



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2003

Wolff, D.J.B. de; Burri, S.D.; Cremers-Hartman, E.; Rodrigues, P.R.; Vermeulen, B.P.;
Waldijk, C.; ... ; Zoethout, C.M.

Citation

Wolff, D. J. B. de, Burri, S. D., Cremers-Hartman, E., Rodrigues, P. R., Vermeulen, B. P.,
Waldijk, C., ... Zoethout, C. M. (2004). *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar
2003*. Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14569>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14569>

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

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen 9

■ **COMMENTAAR** 13

Ras en nationaliteit 15
mr. P.R. Rodrigues

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

Arbeidsduur 57
mr. D.J.B. de Wolff

Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat 65
mr. C. Waaldijk

Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid 77
prof. mr. drs. B.P. Vermeulen & dr. C.M. Zoethout

(Seksuele) Intimidatie en (on)gelijke behandeling: nieuwe normen,
nieuwe praktijken? 89
prof. mr. R. Holtmaat

Het HOS-akkoord revisited 107
mr. drs. M.S.A. Vegter

Senioriteitsopbouw, loon en pensioen bij flexibele arbeid 113
dr. A.G. Veldman

De wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid,
beroep en beroepsonderwijs 119
mr. D.J.B. de Wolff

Onderscheid naar nationaliteit: een blik over de grenzen 129
mr. A.J.Th. Woltjer

■ **OORDELEN 2003** 137

Annotaties bij de oordelen 03-102 (p. 228), 03-105 (p. 237), 03-142 (p. 286),
03-143 (p. 293) en 03-159/03-160 (p. 329)

■ **RECHTERLIJKE UITSPRAKEN** 339

Overzicht oordelen 359

Artikelenregister 375
Trefwoordenregister 377
Overzicht auteurs 381

Lijst van afkortingen

AAR	Algemeen Ambtenaren Reglement
AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
ABP	Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds
ABP-wet	Algemene burgerlijke pensioenwet
ADB	anti-discriminatiebureau
ADV	arbeidsduurverkorting
A-G	advocaat-generaal
aio	assistent in opleiding
AMvB	Algemene maatregel van bestuur
ANW	Algemene nabestaandenwet
AOW	Algemene Ouderdomswet
APPA	Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers
ArA	Arbeidsrechtelijke annotaties
Arbowet	Arbeidsomstandighedenwet
ARRvS	Afdeling Rechtspraak van de Raad van State
AW	Ambtenarenwet
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
AZC	asielzoekerscentrum
B&W	(college van) burgemeester en wethouders
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen
BVE	Beroepsonderwijs en Volwasseneneducatie
BW	Burgerlijk Wetboek
BZK	ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
CAO	collectieve arbeidsovereenkomst
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CEDAW	Committee on the Elimination of Discrimination against Women
CERD	Committee on the Elimination of Racial Discrimination
CGB	Commissie gelijke behandeling
CMT	Culturele Minderheden en Tolkencentra
COA	Centraal orgaan opvang Asielzoekers
COM	Commissiedocument
COR	centrale ondernemingsraad
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CWI	Centrale organisatie Werk en Inkomen
EER	Europese Economische Ruimte
EG	Europese Gemeenschap(pen)
EG(-Verdrag)	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de rechten van de mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

EP	Europees Parlement
FJR	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
FWG	functiewaarderingssysteem gezondheidszorg
GAK	Gemeenschappelijk Administratiekantoor
GGD	Gemeenschappelijke Gezondheidsdienst
GvEA EG	Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen
Gw	Grondwet
HOS	Herziening Onderwijs Salarisstructuur
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HR	Hoge Raad der Nederlanden
ICER	Interdepartementale Commissie Europees Recht
ILJ	International Law Journal
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVDV	Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen
IVRD	Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het kind
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
Jur.	Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
JV	Justitiële Verkenningen
KB	koninklijk besluit
KG	Kort Geding
Ktg.	kantongerecht
Ktr.	kantonrechter
LBR	Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie
m.nt.	met noot
MvT	memorie van toelichting
n.g.	niet gepubliceerd
NHG	Nationale Hypotheek Garantie
NICOA	Nederlands Instituut Conflictmanagement Overleg en Arbeid van het Centrum Arbeidsverhoudingen
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten
NJCM-Bull.	NJCM-Bulletin
NMI	Nederlands Mediation Instituut
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
OC&W	ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen
OR	ondernemingsraad
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
Pres. Rb.	president van de rechtbank
Prg.	De Praktijkgids
PSW	Pensioen- en spaarfondsenwet
Rb.	rechtbank
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RN	Rechtspraak Nemesis
r.o.	rechtsoverweging
ROC	Regionaal Opleidingen Centrum
RpbO	Rechtspositiebesluit Onderwijspersoneel

Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RV	Rechtspraak vreemdelingenrecht
RvS	Raad van State
SER	Sociaal-Economische Raad
SEW	Sociaal-Economische Wetgeving
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
Sr	Wetboek van Strafrecht
SR	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
SZW	ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
UvA	Universiteit van Amsterdam
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VBD	Voorzieningsstelsel buitenland defensiepersoneel
vbta	verblijfsvergunning voor bepaalde tijd – asiel
VN	Verenigde Naties
VU	Vrije Universiteit
vvtv	voorwaardelijke vergunning tot verblijf
VvV	Verbond van Verzekeraars
VWS	ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Waa	Wet aanpassing arbeidsduur
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WAZ	Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen
WBEEA	Wet bevordering evenredige arbeidsdeelname allochtonen
Wet Pemba	Wet premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen
Wet REA	Wet (re)integratie van arbeidsgehandicapten
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
Wet Samen	Wet stimulering arbeidsdeelname minderheden
WGB h/cz	Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte
WGBL	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs
WGBMV	Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen
WGBO	Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst
WGBOD	Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de burgerlijke en openbare dienst
WID	Wet identificatie bij dienstverlening
WMK	Wet op de medische keuringen
WML	Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag
WMO	Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen
WOA	Wet verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WPO	Wet op de primair onderwijs
WTV	werktijdverkorting
WvK	Wetboek van Koophandel
WVPS	Wet verevening pensioenrechten bij scheiding
ZW	Ziektewet

COMMENTAAR

Ras en nationaliteit

Mr. P.R. Rodrigues

1 INLEIDING

In 2003 heeft de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) 166 oordelen uitgesproken. Daarvan hebben er 47 betrekking op ras of nationaliteit (28%). In 2002 was dat ook 28%. De trend van de afgelopen jaren, dat het volume van deze oordelen afneemt ten opzichte van het totale aantal oordelen, is daarmee stopgezet. De absolute groei is gestopt: vorig verslagjaar (2002) sprak de CGB nog 57 oordelen uit over de gronden ras en nationaliteit. De meeste oordelen betreffen de grond ras (37), andere ras en godsdienst (6)¹, sommige ras en geslacht (4)², drie uitsluitend nationaliteit (3)³ en twee zowel ras als nationaliteit (2)⁴ en ten slotte één ras en homoseksualiteit.⁵ In drie zaken heeft de CGB de gestelde tweede grond van nationaliteit⁶ of geslacht⁷ niet in het oordeel meegenomen. De verhouding tussen de arbeidszaken (art. 5 AWGB) en het aanbieden van goederen en diensten (art. 7 AWGB) ligt op 60:40.⁸ Het blijkt dat in 2003 ten opzichte van 2002 het percentage arbeidszaken iets is teruggelopen (was 64:36).⁹

2 ARBEID

De oordelen met betrekking tot arbeid over 2003 betreffen uitsluitend die van een arbeidsverhouding zoals bedoeld in art. 5 AWGB. Klachten over onderscheid naar ras bij zelfstandige beroepsuitoefening komen in dit jaar niet voor (art. 6 AWGB). Bij de bespreking van de oordelen is niet de volgorde van art. 5 lid 1 AWGB aangehouden, maar de pragmatische volgorde van instroom (werving en selectie)¹⁰, doorstroom (beloning, bevordering en bejegening) en uitstroom (beëindiging). Klachten over beloning, bevordering en bejegening bij de doorstroom leiden niet zelden tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In dat geval wordt veelal door de werknemer gesteld dat het ontslag (ook) discriminatoir is. Zodoende komen bij veel van deze oordelen meerdere aspecten van ongelijke behandeling aan de orde. In bijna de helft van de zaken waarbij over bejegening is geklaagd, dient de CGB na te gaan of de beëindiging niet tevens in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving. Een typisch verzoek om een oordeel is het verzoek van de FNV Bondgenoten tegen het reglement van een ondernemingsraad (OR). Het reglement zou onderscheid naar

1 Oordelen 2003-127, 129, 134, 146, 148 en 163.

2 Oordelen 2003-17, 85, 123 en 125.

3 Oordelen 2003-49, 50 en 162.

4 Oordelen 2003-13 en 18.

5 Oordeel 2003-55.

6 Oordeel 2003-13 en 17.

7 Oordeel 2003-85.

8 28 om 19.

9 41 om 23.

10 Daaronder begrepen het aangaan van een arbeidsverhouding.

ras en geslacht tot gevolg hebben. Aangezien de vakbond de rechtsgeldigheid van de OR betwist, heeft zij het verzoek tegen de onderneming gericht. Dat is de verkeerde partij en leidt ertoe dat de CGB verzoeker niet-ontvankelijk moet verklaren.¹¹

2.1 *Werving en selectie*

Vaak zijn personen of instellingen zich niet bewust van het onderscheid dat zij maken en hebben zij ook niet de bedoeling om dit te doen. Het erkennen van de discriminatie gebeurt maar zelden. Dat geldt in het bijzonder als racistische motieven aan de gedraging ten grondslag liggen. Een werkgever die onomwonden aangeeft geen buitenlanders aan te willen nemen is in dat opzicht een *rara avis*. Dit overkomt een Antilliaanse moeder die voor haar (minderjarige) dochter informeert naar een baantje bij de stomerij. Zij laat het er niet bij zitten en wendt zich tot de CGB. De Commissie heeft in dit geval weinig woorden nodig om te concluderen dat deze werkgever in strijd met de AWGB handelt.¹²

Voor vluchtelingen is de arbeidsmarkt niet makkelijk toegankelijk. Veelal lukt het niet bij hun relatief hoge opleiding een passende baan te vinden.¹³ Een man afkomstig uit Sierra Leone woont sinds 1989 in Nederland en heeft inmiddels de Nederlandse nationaliteit verkregen en een universitaire studie afgerond. Aanvankelijk is in geschil of hij ingeschaald moet worden als vakkenvuller of als verkoper. Na een klacht van de man over te lage inschaling en discriminatoire bejegening wordt zijn salaris aangepast. Op 1 juni 1999 vertrekt de man op eigen initiatief bij de werkgever om er op 28 juli 2002 weer te solliciteren voor de functie supermarktmanager. De werkgever wijst de man – na referenties bij zijn voormalige filiaal te hebben ingewonnen – af. Een en ander is voor de sollicitant aanleiding om een klacht bij de CGB in te dienen. De Commissie hanteert conform vaste jurisprudentie en vooruitlopend op de implementatie van de EG-richtlijn houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (hierna: Rasrichtlijn)¹⁴ een verschuiving van de bewijslast indien verzoeker feiten of omstandigheden aanvoert die doen vermoeden dat er sprake is van onderscheid naar ras. Indien dit vermoeden aannemelijk is gemaakt dient verweerder te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden.¹⁵ De CGB merkt hierover op: ‘Het is aan verweerder om dit vermoeden te weerleggen, dan wel aan te tonen dat dit onderscheid in de gegeven omstandigheden is gerechtvaardigd’ (r.o. 5.6). Het ‘weerleggen van een vermoeden’ lijkt een minder sterke formulering dan de Rasrichtlijn voorschrijft. Bovendien is de toevoeging over de objectieve rechtvaardiging hier niet op zijn plaats. Slechts als het bewijsvermoeden van *indirect* onderscheid niet met tegenbewijs wordt ontkracht, heeft verweerder de mogelijkheid om de objectieve rechtvaardiging van het onderscheid aan te tonen. In de onderhavige zaak is echter geen sprake van indirect onderscheid. Opvallend is verder dat het bewijsvermoeden wordt gehonoreerd op basis van gebeurtenissen die zich in de eerdere, reeds beëindigde arbeidsrechtelijke rechtsverhouding hebben voorgedaan. Het lukt verweerder niet tegenbewijs te leveren. De Commissie stelt vast dat de werkgever zich onvoldoende heeft ingespannen om de personen bij wie de referenties zijn ingewonnen te achterhalen. Het eindoordeel luidt dan ook dat de werkgever jegens de sollicitant onderscheid naar ras heeft gemaakt door hem af te wijzen.¹⁶

11 Oordeel 2003-125.

12 Oordeel 2003-62.

13 Zie ook *Kamerstukken II* 2003/04, 29 203, nr. 2, p. 47-48.

14 Richtlijn 2000/43/EG, *PbEG* 2000, L180/22.

15 Art. 8 Rasrichtlijn.

16 Oordeel 2003-119.

Het niet verlengen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst *kan* in strijd zijn met de AWGB. Dat is het geval als de werknemer er redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat zijn tijdelijke aanstelling zou worden omgezet in een vaste en hiervan is afgezien vanwege criteria die verboden onderscheid opleveren. De CGB hanteert als vaste jurisprudentie dat het besluit een contract niet te verlengen, een besluit is betreffende het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Een werknemster stelt dat het niet verlengen van haar contract onderscheid op grond van geslacht, ras en nationaliteit oplevert. De Commissie stelt haar alleen ten aanzien van het onderscheid naar geslacht in het gelijk.¹⁷ Opvallend is dat de CGB zonder nadere toelichting over de grond nationaliteit geen uitspraak doet.

In twee andere zaken waarbij de tijdelijke arbeidsovereenkomst niet werd omgezet naar een vaste oordeelt de CGB dat er voorafgaand sprake is geweest van discriminatoire bejegening die de werkgever kan worden toegerekend en dat de werkgever niet heeft bewezen dat het besluit geen vaste aanstelling aan te bieden niets met onderscheid naar ras van doen heeft.¹⁸ Overigens krijgt verzoeker ondanks de bewijslastverschuiving niet altijd het gelijk aan zijn zijde.¹⁹

Discriminerende bejegening op de werkvloer is voor een werknemer zelfs aanleiding om aangifte te doen. De werkgever verlengt mede hierom het contract niet. De CGB oordeelt de bejegening in strijd met de AWGB en het niet-verlengen ook.²⁰ Anticiperend op de victimisatiebescherming van art. 9 van de Rasrichtlijn meent de Commissie terecht dat ook bij het aangaan van een overeenkomst (in casu het niet verlengen) bescherming geboden is.

Een afwijzing voor een interne vacature kan verstrekkende gevolgen hebben. Een afgewezen sollicitante voelt zich gediscrimineerd op grond van geslacht en ras. Vervolgens dreigt zij bij de eerstvolgende herstructurering haar baan te verliezen. Aanleiding genoeg voor de vrouw om zowel de sollicitatie als de beëindiging door de CGB te laten toetsen. De Commissie hanteert de bewijslastverschuiving en constateert onvoldoende vermoeden voor onderscheid naar ras. Dat geldt niet voor het indirecte onderscheid naar geslacht. Het beroep op een objectieve rechtvaardiging faalt voor deze grond omdat de CGB het gehanteerde middel niet noodzakelijk acht. Daaraan doet niet af dat het een veel gebruikte afvloeiingsregeling betreft volgens het zogenoemde lifo-principe, waarop de vakbonden hadden aangedrongen. Ook ten aanzien van de afwijzing voor de openstaande vacature wordt door de Commissie de bewijslastverschuiving gebruikt. Vervolgens wordt geconstateerd dat onderscheid naar ras voldoende onderbouwd is, maar naar geslacht niet. De klacht over onderscheid naar ras kan de werkgever makkelijk weerleggen. Resteert het oordeel dat onderscheid naar geslacht is gemaakt bij de beëindiging van de arbeidsverhouding.²¹ In oordeel 2003-137 gaat het eveneens om achterstelling bij interne sollicitaties. In deze zaak brengt de bewijslastverschuiving verzoekster geen baat. Het gestelde onderscheid wordt onvoldoende aannemelijk gemaakt.

Een Nederlandse man van Turkse afkomst solliciteert via het uitzendbureau waaraan hij verbonden is bij een werkgever. Het aanvankelijk enthousiasme bij de werkgever bekoelt en de man krijgt na aandringen te horen dat zijn afkomst daarbij een rol speelt. Hoewel de man het uitzendbureau niets verwijt, onderzoekt de CGB toch of het uitzendbureau aan zijn zorgvuldigheidsplicht op grond van de AWGB heeft voldaan (r.o. 5.3). Door navraag te doen naar de afwijzing, te protesteren tegen

17 Oordeel 2003-17.

18 Oordelen 2003-41 en 127.

19 Zie oordelen 2003-129 en 146. In beide zaken concludeert de CGB dat geen verboden onderscheid is gemaakt.

20 Oordeel 2003-48.

21 Oordeel 2003-123.

het discriminatoire argument en de relatie met de klant op te schorten heeft het uitzendbureau aan deze verplichting voldaan.²² In de zaak tegen de potentiële werkgever past de CGB de bewijslastverschuiving toe en herhaalt zij daarbij in haar overwegingen (r.o. 5.4) terecht de letterlijke tekst van art. 8 van de Rasrichtlijn. Op deze wijze worden misverstanden omtrent de betekenis van de bewijslastverdeling voorkomen. De inlener slaagt – gezien de gebezigde uitlatingen begrijpelijk – niet in het tegenbewijs en maakt zodoende verboden onderscheid naar ras.²³

Autochtone kandidaten storen zich vaak aan voorkeursbeleid. Zij ervaren het als discriminatie. Maar als na een tegemoetkoming in de bewijslastverdeling blijkt dat de werkgever helemaal geen voorkeursbeleid voert, moet de CGB uiteraard de klacht afwijzen.²⁴

Een curieuze zaak is het verzoek van een voormalig werknemster die stelt dat zij voor haar werkgever personeelsbeleid moest uitvoeren waarbij onderscheid werd gemaakt naar ras en godsdienst. Hoewel het onderscheid niet verzoeksters eigen ras of godsdienst betreft, oordeelt de CGB haar verzoek toch ontvankelijk. Deze uitbreiding van de kring van belanghebbenden ex art. 12 lid 2 sub *a* AWGB past de Commissie vaker toe.²⁵ Het beleid van een beheerste instroom van allochtonen en moslimvrouwen met hoofddoek was gebaseerd op enkele slechte ervaringen. De CGB oordeelt dat het beleid onderscheid naar ras en godsdienst oplevert en bovendien tot het vertrek van verzoekster heeft geleid.²⁶

2.2 *Beloning en bevordering*

De CGB heeft in 2003 één loonzaak (dat wil zeggen zaken waarbij een apart loontechnisch onderzoek plaatsvindt) op grond van ras gewezen. Daarnaast is in twee zaken ongelijke beloning door de verzoeker gesteld.

In de loonzaak is tevens geklaagd over bejegening, bevordering, arbeidsomstandigheden en uitbetaling van het ziekingeld. Het is niet ongebruikelijk dat een werknemer die zich op ongelijke beloning beroept, eveneens meent dat in het kader van bejegening en arbeidsomstandigheden sprake is van ongelijkheid. Alle klachten van verzoeker worden afgewezen, behalve die over zijn inschaling. De CGB neemt de bevindingen en conclusies van het onderzoeksrapport van haar functiewaarderingsdeskundige over (r.o. 13). Uit dit rapport blijkt dat verzoeker niet is achtergesteld voorzover het betreft het salarisverloop binnen schaal 5. Zijn functie heeft echter het niveau van salarisschaal 6. Partijen verschillen van mening in hoeverre dit aan een tekort in het functioneren te wijten zou zijn. De CGB stelt vast dat verzoeker, als enige werkleider van Marokkaanse afkomst, zonder duidelijke argumentatie niet is ingeschaald in de bij de functie behorende salarisschaal. Tevens zijn met verzoeker geen functionerings- en beoordelingsgesprekken gevoerd. Ten slotte is de door verweerder gehanteerde procedure ten aanzien van inschaling niet inzichtelijk, systematisch en controleerbaar conform de eisen zoals geformuleerd in vaste jurisprudentie van het HvJ EG²⁷ en de CGB.²⁸ Het lukt verweerder niet het vermoeden te ontcrachten door bewijs van het tegendeel en dus handelt hij op dit punt in strijd met de AWGB.²⁹

22 Oordeel 2003-140.

23 Oordeel 2003-141.

24 Oordeel 2003-161.

25 Zie ook oordelen 2000-73 en 2001-78.

26 Oordeel 2003-163.

27 HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88 (*Danfoss*), *Jur.* 1989, p. 3199.

28 R.o. 5.14.

29 Oordeel 2003-151.

Een tijdelijke werknemer meent dat hij op grond van zijn Antilliaanse afkomst geen vaste betrekking krijgt, uitgesloten wordt van cursussen en lager beloond wordt dan zijn collega's. De CGB hanteert de bewijslastverschuiving maar die kan de man niet helpen. Bij het beroep op gelijk loon heeft hij zich vergeleken met collega's die geen gelijkwaardige arbeid verrichten. Onder die omstandigheden komt de Commissie niet aan een loonvergelijking toe.³⁰

Maakt een instelling die Belgische en Nederlandse onderdanen in dienst heeft zich schuldig aan ongelijk loon als de fiscale regimes van België en Nederland tot verschillende netto-lonen leiden? De instelling beroept zich op art. 2 lid 5 sub a AWGB dat bepaalt dat het in de AWGB neergelegde verbod van onderscheid op grond van nationaliteit niet geldt indien het onderscheid is gebaseerd op algemeen verbindende voorschriften. De CGB honoreert dit beroep nu het onderscheid waarover wordt geklaagd voortvloeit uit het Dubbelbelastingverdrag 1970.³¹

2.3 *Bejegening*

De meeste klachten bij de arbeid gaan over bejegening (16 stuks). Vaak in combinatie met klachten over onderscheid bij beëindiging³², soms met werving³³ of beloning.³⁴ Een vaste overweging daarbij is dat het verbod van onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden mede ziet op discriminerende bejegening op de werkvloer.³⁵ De verplichting voor de werkgever om zich te onthouden van discriminatie op de werkvloer brengt een zorgverplichting met zich die inhoudt dat de werkgever er op moet toezien dat degenen waarover hij het gezag uitoefent zich van discriminatie onthouden.³⁶ Deze verplichting houdt tevens in dat de werkgever een klacht over discriminatie zorgvuldig dient te behandelen. Bovendien wordt bij deze veelal lastig aan te tonen vormen van onderscheid indien mogelijk de bewijslastverschuiving toegepast. In de oordelen die uitsluitend over bejegening gaan concludeert de Commissie viermaal dat er geen sprake is van ongelijke behandeling³⁷ en komt zij tweemaal tot het oordeel dat de klachtprocedure naar aanleiding van de gestelde ongelijke behandeling onzorgvuldig is.³⁸ In één zaak geeft de CGB een tussenoordeel teneinde een getuigenverhoor te houden.³⁹ Bij vier van de vijf oordelen waarin *geen* ongelijke behandeling wordt vastgesteld, doet de CGB toch een aanbeveling met betrekking tot klachtbehandeling.⁴⁰ Het moge duidelijk zijn dat discriminerende bejegening zelf heel moeilijk te bewijzen is, ondanks de bewijslastverschuiving. Meer kans op succes heeft het aanspreken van de werkgever op een onzorgvuldige behandeling van de klachten over deze bejegening. Daarvoor is uiteraard wel vereist dat verzoeker deze klachten ter kennis heeft gebracht van de werkgever.

2.4 *Beëindiging*

Wanneer gesteld wordt dat een werkgever de arbeidsverhouding in strijd met de AWGB beëindigt, zijn er meestal daarvoor liggende gebeurtenissen waarbij de werknemer eveneens meent ongelijk behandeld te zijn. In de vorige paragraaf is

30 Oordeel 2003-11.
31 Oordeel 2003-50.
32 Oordelen 2003-11, 15, 41, 48, 127, 128, 129 en 149.
33 Oordeel 2003-123.
34 Oordeel 2003-11.
35 Zie ook oordelen 2001-28 en 2001-35.
36 Zie ook oordelen 1997-82 en 2001-28.
37 Oordelen 2003-53, 55, 67 en 75.
38 Oordelen 2003-144 en 158.
39 Oordeel 2003-54.
40 Oordelen 2003-53, 55, 67 en 147.

reeds opgemerkt dat de combinatie met een klacht over bejegening veel voorkomt. Dat is eveneens het geval bij een oordeel waarin de werknemer klaagt dat zijn arbeidsovereenkomst wordt ontbonden vanwege een conflict tussen hem en een collega. Bij dat conflict zou hij gediscrimineerd zijn. De CGB oordeelt dat het ontslag daarmee in strijd is met de AWGB.⁴¹ Binnen het kader van het spoedoordeel kan de Commissie niet vaststellen dat de daaraan voorafgaande gestelde racistische bejegening aan verweerder is toe te rekenen. Het verzoek dateert van 22 november 2002 en de uitspraak van de CGB is op 3 februari 2003 gedaan. Op 22 januari 2003 doet de kantonrechter uitspraak in de ontbindingsprocedure.⁴² De arbeidsverhouding is volgens hem zodanig verstoord dat niet meer aan ontbinding kan worden ontkomen. In de beschikking is geen aandacht besteed aan de procedure bij de CGB en het oordeel kwam te laat om nog door de kantonrechter meegenomen te worden. Bejegening en ontslag gaan blijkbaar hand in hand. Een verzoeker die niet kan staven dat de bejegening discriminatoir is, staat daarom meestal zwak bij het bewijs van het discriminatoire ontslag. Deze situatie doet zich voor bij een lid van de ondernemingsraad, waarbij noch het bewijs van het een, noch van het ander succesvol verloopt. De CGB mag eventueel onderscheid wegens zijn OR-lidmaatschap niet toetsen en haar resteert niets anders dan te concluderen dat er geen sprake is van onderscheid.⁴³

3 CONSUMENTENTRANSACTIES

Onder consumententransacties worden overeenkomsten tot het afnemen van goederen of diensten verstaan tussen een professionele aanbieder en een eindgebruiker.⁴⁴ Art. 7 AWGB verbiedt onderscheid bij het aanbieden van goederen en diensten en bij het sluiten, uitvoeren en beëindigen van overeenkomsten. Vereist is dat het aanbod geschiedt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, dan wel door de openbare dienst of door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur en onderwijs. Art. 7 AWGB is eveneens van toepassing op transacties aangeboden door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voorzover het aanbod in het openbaar geschiedt. Tot slot is deze bepaling van toepassing op het geven van advies of voorlichting over school- of beroepskeuze.

Art. 7 AWGB bevat geen beperkingen met betrekking tot de aard van de aan te bieden goederen en diensten, dan wel ter zake te sluiten overeenkomsten. Onder het aangaan van een overeenkomst wordt mede begrepen het verlengen van een overeenkomst.⁴⁵ Werving en reclame vallen onder het aanbieden van goederen en diensten. Bij de parlementaire behandeling is gesteld dat bij het openbaar aanbieden van goederen en diensten het geoorloofd is dat de aanbieder bij de promotie met name een specifieke doelgroep tracht aan te spreken.⁴⁶ Daarnaast is het de vraag onder welke omstandigheden de overheid kan worden aangemerkt als aanbieder van goederen en diensten. Het is vaste jurisprudentie van de CGB dat hiervan sprake is als het feitelijk handelen van de overheid als zodanig is aan te merken. Puur publiekrechtelijke rechtshandelingen vallen dus buiten het bereik van de AWGB.

41 Oordeel 2003-15.

42 Rb. Almelo 22 januari 2003, rolnr. 2831/02, opgenomen in deze bundel.

43 Oordeel 2003-128.

44 Zie ook art. 7:5 BW.

45 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 89.

46 *Kamerstukken I* 1992/93, 22014, nr. 212c, p. 7-8.

Onder de noemer consumententransacties wordt hier achtereenvolgens aandacht besteed aan ongelijke behandeling in de horeca, de financiële dienstverlening, het openbaar vervoer en bij recreatie.⁴⁷ Rechtsgebieden als het huurrecht en het onderwijsrecht horen niet thuis bij het consumentenrecht en komen in par. 4 apart aan de orde.

3.1 Horeca

Het weigeren van toegang tot horecagelegenheden aan allochtone mannen is een van de hardnekkigste vormen van discriminatie. Sinds de omzetting van het VN-Verdrag ter uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie in 1971 in het Wetboek van Strafrecht⁴⁸ is hier in Nederland op talloze manieren actie tegen ondernomen. Aanvankelijk via het strafrecht, later het civiele recht en vervolgens het bestuursrecht. Nadien deden zelfregulering en in 1994 de AWGB hun intrede. De laatste jaren worden de beste resultaten behaald met een lokale aanpak waarbij justitie, bestuur, anti-discriminatiebureaus en horeca-exploitanten gezamenlijk een convenant afsluiten. Dergelijke lokale convenanten bestaan uit een mix van de hiervoor genoemde juridische instrumenten. Zij dienen in elk geval de transparantie van het deurbeleid te waarborgen, te voorzien in een klachtregeling en zonodig repressieve maatregelen te bieden.⁴⁹ Het aantal horecazaken bij de CGB is door de jaren heen beperkt, maar het effect ervan moet niet onderschat worden. Veelal strekt de invloed van deze oordelen op lokaal niveau ver.

In 2003 is één horecazaak aan de Commissie voorgelegd, maar die is wel karakteristiek te noemen. Het betreft de weigering begin 2002 van een man en enkele vrienden, allen van Marokkaanse afkomst, bij een dansgelegenheid in de politieregio Amsterdam-Amstelland. De jongeman tracht aangifte wegens discriminatie te doen, maar de politie wil eerst met de uitbater praten. Dit is een bekend probleem. Hoewel de politie op grond van de Aanwijzing Discriminatie⁵⁰ verplicht is de aangifte op te nemen, gebeurt dat in de praktijk vaak niet. Hierin heeft de waarschuwing van hoofdcommissaris Kuiper in augustus 2001 dat de jongeren van Marokkaanse afkomst gewoon in Amsterdam moeten kunnen uitgaan geen verandering gebracht.⁵¹ Meestal druipt gedupeerde vervolgens af. In dit geval gaat de man naar het Meldpunt Discriminatie Amsterdam. Een schrijven van dit bureau levert geen reactie van de uitbater op. Ook kan een klacht niet op grond van de gedragscode ter bestrijding van discriminatie door het bedrijf Horeca worden behandeld omdat de desbetreffende horecagelegenheid niet bij het bedrijf is ingeschreven. Strafrecht en zelfregulering bieden dus geen soelaas. De klacht wordt met hulp van het Meldpunt aan de CGB voorgelegd.

De Commissie herhaalt in haar oordeel de vaste jurisprudentie dat onder het sluiten van een overeenkomst ex art. 7 AWGB tevens wordt verstaan het weigeren een overeenkomst aan te gaan.⁵² Tevens wordt de gedupeerde tegemoet gekomen in de in dit soort zaken altijd lastige bewijslastverdeling. Indien verzoeker aannemelijk

47 In J.M. van Buren-Dee, E.H. Hondius en J.G.J. Rinkes (red.), *Jaarboek Consumentenrecht 2002*, Antwerpen, Groningen, Oxford: Intersentia 2003, besteed ik in hoofdstuk 9 aandacht aan gelijke behandeling bij consumententransacties.

48 Art. 137c-137g en 429quater Sr.

49 Zie hierover ook het rapport van het Dutch Monitoring Centre on Racism and Xenophobia (DUMC) *Discrimination in nightlife* uit 2002 (www.dumc.nl).

50 *Stcr.* 2003, 61.

51 *Het Parool* 10 augustus 2001.

52 Oordeel 2003-02.

maakt dat er sprake is van onderscheid, dient de verweerder dit te ontcrachten.⁵³ Verzoeker en zijn twee vrienden is de toegang tot de dansgelegenheid geweigerd omdat zij volgens de portier geen vaste klant zijn. Toch heeft de jongeman waargenomen dat een groep autochtone jongeren na hem wel toegang krijgt, zonder dat de portier deze jongeren vroeg hun lidmaatschapssleutelhangertje te tonen. Verzoeker is op de betreffende avond correct gekleed. Nu deze feiten door de getuige zijn bevestigd en door de exploitant niet zijn bestreden, acht de Commissie ze aannemelijk. Tegen deze achtergrond kan worden vermoed dat verweerder jegens verzoeker onderscheid heeft gemaakt op grond van ras. Dit vermoeden wordt versterkt door de verklaring van de getuige dat dezelfde portier hem altijd binnenlaat als hij zich met een groep collega's van autochtone afkomst bij de dansgelegenheid van verweerder meldt. Nu kan worden vermoed dat bij de weigering tot toelating onderscheid is gemaakt, is het vervolgens aan verweerder te bewijzen dat er geen sprake is van een verboden onderscheid. Deze bewijslastverschuiving is conform art. 8 van de Rasrichtlijn. Verweerder dient nu te bewijzen dat hij het beginsel van gelijke behandeling niet geschonden heeft. Dat lukt niet.

De uitbater blijkt bovendien in het geheel niet te hebben gereageerd op de klacht van verzoeker. Dat is aanleiding voor de CGB in herinnering te roepen dat de verplichting zich te onthouden van discriminatie meebrengt dat klachten omtrent discriminatie in het kader van de dienstverlening zorgvuldig onderzocht dienen te worden.⁵⁴ Indien dat niet gebeurt, schiet de aanbieder tekort in de bescherming tegen discriminatie die ingevolge art. 7 lid 1 sub *a* AWGB is geboden. Verweerder is tekortgeschoten in deze verplichting en daarom oordeelt de Commissie dat hij bij de weigering verzoeker toe te laten tot de dansgelegenheid verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van ras. Dat laatste is verwarrend. Concludeert de CGB tot strijd met de wet wegens het tekortschieten in de onderzoeksplicht naar aanleiding van de klacht of wegens de weigering? Of wellicht beide? Uit de overweging ten overvloede (5.12) over het gebrek aan transparantie in het toelatingsbeleid lijkt het tekortschieten in onderzoeksplicht bepalend te zijn. Dat had duidelijker in het oordeel tot uiting kunnen komen. Nog beter was geweest om beide gedragingen volledig te toetsen, zoals dat ook in het vergelijkbare horecaoordeel 2002-02 is gebeurd. Tot slot beveelt de CGB de uitbater aan om zijn toelatingsbeleid systematisch, inzichtelijk en controleerbaar te maken.⁵⁵ Geheel terecht voegt de Commissie daaraan toe dat daarbij een goede klachtregeling niet mag ontbreken.

3.2 *Financiële dienstverlening*

Bij het verstrekken van krediet dienen aanbieders de identiteit en ook nationaliteit van de consument vast te stellen. Indien de klant een andere nationaliteit heeft dan de Nederlandse, is er voldoende aanleiding om naar de aard van het verblijfsrecht te vragen. Dergelijke acceptatieprocedures zijn zowel in het belang van de financier (beperking bedrijfsrisico) als van de consument (voorkoming overkreditering). Soms blijken er aan vreemdelingendocumenten onjuiste conclusies te worden verbonden en soms worden aan buitenlanders onterecht zwaardere eisen gesteld dan aan andere klanten. Dat laatste is het geval in de enige zaak over financiële dienstverlening die in 2003 wegens onderscheid naar nationaliteit aan de CGB is voorgelegd.⁵⁶

Het betreft een klacht van een in Nederland woonachtige man met de Turkse nationaliteit. De man kan in de periode dat hij – door omstandigheden – tijdelijk

53 Conform Richtlijn 2000/43/EG, *PbEG* 2000, L 180/22.

54 Zie ook oordeel 2002-02.

55 Zie ook oordeel 2002-09.

56 Oordeel 2003-49.

niet over een geldige verblijfsvergunning beschikt geen geld overmaken naar Turkije. Zijn bank eist niet alleen dat hij zijn geldige Turkse paspoort overlegt, maar tevens een tweede legitimatiebewijs. De bank hanteert bij internationale overboekingen de eis dat om een identificatie wordt gevraagd zoals genoemd in de Wet identificatie bij dienstverleningen (WID).⁵⁷ Deze eis hanteert de bank ongeacht of de WID van toepassing is en ongeacht de nationaliteit van de klant of de hoogte van het bedrag. Er wordt dus geen direct onderscheid naar nationaliteit gemaakt. Op de vraag of dit indirect onderscheid is overweegt de CGB dat de documenten waarmee cliënten zich kunnen identificeren verschillen, afhankelijk van de aard van de dienst en de nationaliteit van betrokkene. Nederlanders en andere EU- en EER-onderdanen⁵⁸ kunnen zich voor alle diensten identificeren met een Nederlands paspoort respectievelijk een paspoort uit het EU- of EER-land van herkomst. Anderen kunnen op grond van regels van verweerder – waaronder toepassing van de WID – niet altijd volstaan met een paspoort of identiteitsbewijs uit het land van herkomst. Hieruit concludeert de CGB dat veelal zwaardere eisen worden gesteld aan personen met een niet-Nederlandse nationaliteit die geen onderdaan zijn uit de EU of EER. Het beleid van verweerder levert in deze situaties indirect onderscheid op naar nationaliteit. De vraag of dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is, beantwoordt de CGB ontkenkend. Weliswaar is het doel voldoende zwaarwegend en niet discriminerend, en ook het middel is passend, maar niet noodzakelijk. De bank stelt immers strengere eisen dan de wet voorschrijft en verzoeker is al langer klant bij deze coöperatie van banken. Bovendien had de klant ten tijde van het conflict een aantekening in zijn paspoort dat hij rechtsgeldig verblijf had. Op grond van deze feiten en omstandigheden acht de CGB de eisen disproportioneel en het indirecte onderscheid in strijd met de wet. Een belangrijk oordeel omdat de wettelijke identificatieverplichtingen soms door het bedrijfsleven worden gehanteerd buiten het wettelijk kader waarvoor zij verplicht zijn. Soms hoeft dat geen probleem te zijn, maar in gevallen zoals de onderhavige levert het terecht de kwalificatie van verboden onderscheid op.

3.3 *Openbaar vervoer*

Klachten over onderscheid naar ras bij het openbaar vervoer komen incidenteel voor.⁵⁹ In 2003 klaagt een blanke man van Nederlandse afkomst over discriminatie op grond van ras door een Amsterdamse buschauffeur. De chauffeur zou een allochtone man die te laat bij de halte was, niet meer in hebben laten stappen. Verzoeker heeft niet alleen terstond de bus verlaten, maar ook aangifte bij de politie gedaan en het incident aan het Meldpunt Discriminatie Amsterdam voorgelegd. Het Meldpunt acht het handelen niet discriminatoir. Verzoeker blijkt een doorbijter. Hij legt niet alleen zijn klacht voor aan het Gemeentevervoerbedrijf Amsterdam, maar ook aan het college van B&W, overigens zonder resultaat. Vervolgens wendt hij zich tot de CGB, die zijn klacht niet in behandeling neemt. Dit kan als bijvoorbeeld het verzoek kennelijk ongegrond is.⁶⁰ Klager dient met succes een nieuw verzoek bij de CGB in, wraakt (zonder succes) vervolgens een commissielid en zet zijn klacht door tegen zowel vervoersbedrijf als B&W. Reeds eerder besliste de Commissie dat niet alleen de direct benadeelde een verzoek om een oordeel kan vragen.⁶¹ Wel is vereist dat verzoeker kan staven dat hij nadeel van het bestreden handelen ondervindt, hetgeen de CGB ook daadwerkelijk vaststelt. Verzoeker heeft belang bij discrimina-

57 Laatste wijziging *Stb.* 2002, 272.

58 Onderdanen uit een land dat de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte heeft ondertekend (Noorwegen, Liechtenstein en IJsland).

59 Zie ook oordeel 2002-58.

60 Zie art. 14 lid 1 sub *a* AWGB.

61 Zie bijvoorbeeld oordeel 2001-102.

tievrij openbaar vervoer en ondervindt anders nadeel. Het beroep op art. 1 Grondwet en art. 137g Sr wordt door de Commissie wegens onbevoegdheid terzijde gelegd. Geconstateerd wordt dat onvoldoende feiten en omstandigheden zijn aangevoerd die een vermoeden van onderscheid kunnen doen rijzen. Voorts is noch het vervoerbedrijf, noch B&W tekortgeschoten in zijn onderzoeksplicht naar de klacht. In beide zaken oordeelt de CGB dat er geen sprake is van onderscheid op grond van ras.⁶²

3.4 Recreatie

Conflicten met een mogelijk discriminatoire component doen zich in de sfeer van recreatie met enige regelmaat voor. Zo klaagt een vrouw van Colombiaanse afkomst over de uitsluiting van haar en haar familie bij een reis naar Eurodisney. Op de terugreis is een ruzie ontstaan met een andere familie. Vanwege de ernst van het geschil en de dreiging van escalatie heeft de chauffeur uiteindelijk in overleg met de reisorganisatie besloten de vrouw en haar familie uit de bus te zetten. Geen van de buschauffeurs of hostesses van de reisorganisator is getuige geweest van het ontstaan van de ruzie. Leden van twee gezelschappen kregen ruzie met elkaar en het was het gezelschap van buitenlandse afkomst dat uit de bus gezet werd. Dat levert volgens de CGB een bewijsvermoeden op – in de zin van de Rasrichtlijn – dat de afkomst van het gezelschap van verzoekster een rol heeft gespeeld. Het vermoeden wordt mede ingegeven doordat de buschauffeur niet heeft kunnen waarnemen hoe het conflict is ontstaan en hij zonder nadere informatie bij betrokkenen of derden in te winnen, het gezelschap van verzoekster blijvend heeft verwijderd. De CGB constateert dat bovendien een minder vergaande oplossing mogelijk was door de desbetreffende familie beneden in de bus te plaatsen. Al met al heeft de reisorganisatie niet bewezen dat er geen sprake is van verboden onderscheid. Een andere ommissie is dat de klacht van verzoeker door verweerder niet zorgvuldig is onderzocht. Op beide punten stelt de CGB strijd met de wet vast en zij beveelt de reisorganisator aan bij de scholing van personeel aandacht te besteden aan cultuurverschillen.⁶³

Een man van Turkse afkomst wendt zich tot de CGB omdat een zonnecentrum hem discriminatoir heeft bejegend en vervolgens geweigerd. Het zonnecentrum voert als verweer dat verzoeker zich nimmer op discriminatie heeft beroepen. Dit was noch het geval in zijn klachtschriften, noch bij de gesprekken die verweerder was aangegaan om het conflict uit de wereld te helpen. De CGB geeft aan dat de bewijslastverdeling kan verschuiven als een vermoeden van onderscheid aannemelijk is gemaakt. Verzoeker is er echter niet in geslaagd feiten of omstandigheden te presenteren die doen vermoeden dat onderscheid op grond van zijn afkomst is gemaakt. Zodoende heeft hij niet aannemelijk gemaakt dat verweerder jegens hem onderscheid heeft gemaakt op grond van ras in de zin van de AWGB en bestaan er geen aanknopingspunten om de bewijslast te verschuiven naar verweerder.⁶⁴

De derde zaak heeft veel aandacht gekregen.⁶⁵ Het betreft de toetsing van zogenoemde preflightcontroles, uitgevoerd bij vluchten van Amsterdam naar Curaçao. Met ingang van 15 april 2002 worden deze controles uitgevoerd. De controle houdt in dat passagiers door medewerkers van het Schipholteam, bestaande uit personeel van de Koninklijke Marechaussee en de douane ondervraagd worden. Aan de hand van niet openbare criteria beoordelen de opsporingsambtenaren vervolgens of een passagier later mogelijk als drugskoerier zou kunnen terugvliegen naar Nederland.

62 Oordeel 2003-82 (Vervoerbedrijf) en 2003-83 (B&W).

63 Oordeel 2003-76.

64 Oordeel 2003-120.

65 *NRC-Handelsblad* 16 december 2003. Zie ook de hierover gestelde Kamervragen, *Aanhangsel Handelingen II*, 2003/04, nr. 1081.

Op basis van deze beoordeling geeft het Schipholteam zonodig een negatief reisadvies. De luchtvaartmaatschappij weigert zonder meer alle passagiers ten aanzien van wie het Schipholteam een negatief reisadvies heeft gegeven. De CGB overweegt dat verweerster een eigen verantwoordelijkheid heeft om de gelijkebehandelingswetgeving na te leven. Nu verweerster zelfstandig de beslissing neemt om een dienst aan een passagier niet (meer) aan te bieden, is de Commissie bevoegd dit verzoek te beoordelen. De Commissie oordeelt dat het beleid van verweerster om zonder meer negatieve reisadviezen op te volgen niet voldoet aan de eisen van systematiek, inzichtelijkheid en controleerbaarheid waaraan procedures naar vaste jurisprudentie van het HvJ EG en de Commissie moeten voldoen. Het is voor risico van de luchtvaartmaatschappij dat hierdoor de kans dat verboden onderscheid wordt gemaakt aanmerkelijk wordt vergroot. Tevens heeft verweerster de stelling van verzoekster dat in de praktijk in overwegende mate passagiers met een donkere huidskleur door het preflightcontrolebeleid worden benadeeld niet weerlegd. De Commissie oordeelt dat het beleid van verweerster om zonder meer negatieve reisadviezen op te volgen indirect onderscheid op grond van ras ten gevolge heeft. Voor dit onderscheid acht de CGB geen objectieve rechtvaardiging aanwezig. Een rechtvaardiging is evenmin voorhanden in art. 8 van de algemene vervoersvoorwaarden. In dit artikel is onder meer opgenomen dat verweerster het vervoer of de voortzetting van het vervoer van passagiers kan weigeren om redenen van veiligheid of orde aan boord. Het middel, te weten het zonder meer opvolgen van negatieve reisadviezen, is niet geschikt om het door verweerster genoemde doel, een ordelijke en veilige vlucht, te bereiken. Dat valt volgens mij nog te bezien als een bolletjesslikker tijdens de vlucht problemen krijgt met zijn handelswaar. De negatieve reisadviezen worden volgens de Commissie met een ander doel gegeven, te weten de bestrijding van drugsmokkel. De eindconclusie luidt dat de luchtvaartmaatschappij indirect, niet gerechtvaardigd onderscheid op grond van ras maakt.⁶⁶

4 ANDERE RECHTSVERHOUDINGEN

Onder andere rechtsverhoudingen worden die overeenkomsten begrepen die niet tot het consumentenrecht behoren. Bij de oordelen uit 2003 gaat het om huisvesting, onderwijs en zakelijke dienstverlening.

4.1 *Huisvesting*

Ook de huur van een garagebox kan een bron van ergernis worden indien schijnbaar de etniciteit van de aanvrager een rol speelt bij het uitblijven van een toewijzing.⁶⁷ In dergelijke gevallen, waarin de bewijslast voor klagers moeilijk is, geldt dat verzoekers feiten en omstandigheden aan de Commissie dienen voor te leggen waardoor een vermoeden wordt gewekt van onderscheid.⁶⁸ Indien verzoekers hierin slagen is het aan verweerster om te bewijzen dat niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving is gehandeld. De CGB beroept zich hierbij op analogie van art. 6a WGBMV en op de komende implementatie van de Rasrichtlijn.⁶⁹ Verzoekers hebben hun stellingen niet kunnen onderbouwen met duidelijke aanwijzingen voor discriminatie. Dit is mede te wijten aan de weinig coöperatieve houding van verweerster. Tegen deze achtergrond acht de CGB het voldoende aannemelijk dat het ras van verzoeker een rol heeft gespeeld bij de weigering. Bovendien oordeelt de

66 Oordeel 2003-153.

67 Oordeel 2003-05.

68 R.o. 5.4.

69 Richtlijn 2000-43-EG, *PbEG* 2000, L 180/22.

CGB de selectiecriteria voor de garageboxen niet systematisch, inzichtelijk en controleerbaar. Verweerster is niet geslaagd in het tegenbewijs en de Commissie oordeelt dat zij in strijd met de wet heeft gehandeld. Het belang van de bewijslastverschuiving lijkt onmiskenbaar: anders zouden verzoekers hun zaak niet rond hebben gekregen. Ook hier past de reeds in par. 2.1 gemaakte opmerking over die bewijslastverschuiving. De CGB overweegt in r.o. 5.13 dat verweerster er niet in is geslaagd het onder 5.6 genoemde vermoeden te weerleggen. In het licht van de tekst van art. 8 van de Rasrichtlijn lijkt dit niet sterk genoeg geformuleerd. Art. 8 lid 1 eist dat, nadat het bewijsvermoeden aannemelijk is gemaakt, 'verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden'. Het weerleggen van het vermoeden, bijvoorbeeld door het voldoende in twijfel te trekken, lijkt mij onvoldoende om van het door de richtlijn bedoelde tegenbewijs te kunnen spreken.

Het Bureau Discriminatiezaken Den Haag diende een klacht bij de CGB in tegen een bemiddelaar van woonruimte. Het betreft hier een collectieve actie ex art. 12 lid 2 sub *e* AWGB. Verweerster hanteerde voor kandidaat-huurders een taaleis. Aanvankelijk was dat Nederlands, maar later werd ook Engels of Duits toegestaan. Verweerster stelde daarnaast tot 2001 als voorwaarde voor inschrijving dat een aspirant-bewoner in het bezit moest zijn van een Nederlands paspoort. Na overleg met verzoeker heeft verweerster deze voorwaarde verruimd. Sindsdien komen ook personen met een verblijfsvergunning voor onbepaalde duur dan wel een verblijfskaart voor gemeenschapsonderdanen voor inschrijving in aanmerking. Ter zitting bleek dat personen met een verblijfsvergunning voor bepaalde duur eveneens voor inschrijving in aanmerking komen, indien zij een ondersteunende verklaring van een onderwijsinstelling of een verklaring van soortgelijke strekking overleggen waaruit hun intentie van langer verblijf in Nederland blijkt. De woonruimte wordt verhuurd middels een systeem van coöptatie. Ten aanzien van de taaleis stelt de Commissie dat met name personen wier etnische of nationale herkomst buiten Nederland ligt en personen van niet-Nederlandse nationaliteit door de taaleis worden getroffen. Immers, zij zullen, anders dan vrijwel alle autochtone Nederlanders, niet zonder meer aan de taaleis kunnen voldoen. Verweerster maakt daarom door de taaleis indirect onderscheid op grond van ras en nationaliteit. De Commissie meent evenwel dat deze eis objectief gerechtvaardigd is omdat verweerster geen andere middelen ten dienste staan. Gezien de aard van de woonruimtebemiddeling – het lijkt om zogenoemde kraakwachten te gaan – en de telkens aangepaste selectiecriteria kunnen hier volgens mij vraagtekens bij gezet worden.

Het vereiste Nederlanderschap en de eisen aan de verblijfstatus leveren volgens de CGB eveneens indirect onderscheid naar ras en nationaliteit op. Ook dit onderscheid is volgens de Commissie objectief gerechtvaardigd. Wederom dienen hier vraagtekens bij gezet te worden omdat de criteria niet inzichtelijk zijn ten opzichte van regulier verblijf en verblijf voor asiel en de daarmee samenhangende verschillende soorten verblijfstatus. Ten slotte acht de Commissie coöptatie op zichzelf niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving. Daarvan is pas sprake als door dit systeem personen van een bepaalde afkomst of nationaliteit geen toegang tot het aanbod zouden hebben. De Commissie acht de toelatingsprocedure van verweerder niet systematisch, doorzichtig en controleerbaar. Aangezien er evenwel geen sprake is van (een vermoeden van) onderscheid beveelt de CGB aan haar procedure in voormelde zin aan te passen en bekend te maken.⁷⁰

Mag een verhuurder een woning aan een medewerkster van Vluchtelingenwerk

weigeren te verhuren omdat zij daarin geen gezin van Turkse herkomst gehuisvest wenst te zien? De verhuurster meent dat zij mag verhuren aan wie zij wil en zou hebben gezegd dat 'buitenlanders je huis helemaal uitwonen.' Als verweer voert zij nog aan dat het Turkse gezin te groot is voor het desbetreffende huis. In deze zaak treedt het Anti Discriminatie Bureau Zeeland als verzoeker op. Het betreft wederom een collectieve actie ex art. 12 lid 2 sub *e* AWGB. Ter zitting bij de Commissie blijkt dat in de telefoongesprekken met verweerster is gesproken over de gezinssamenstelling van de Turkse familie. Verweerster is ter zitting niet verschenen. Ook heeft zij niet betwist dat de betreffende woning een rijtjeshuis is met een beneden- en een bovenverdieping en drie slaapkamers. Op grond hiervan gaat de Commissie ervan uit dat de woning geschikt is voor een gezin van vier personen. Ook in deze zaak hanteert de CGB het verschuiven van de bewijslast. Verweerster heeft echter haar stelling dat het niet ging om buitenlanders, maar om de gezinssamenstelling niet bewezen. De CGB stelt vast dat er verboden onderscheid naar ras is gemaakt.⁷¹

Het Meldpunt Discriminatie Amsterdam heeft een interessante collectieve actie ingesteld tegen onderscheid bij huisvesting. Het betreft een klacht tegen een woningstichting die het aspect van discriminatie niet zou meewegen in haar klachtbehandeling van (buren)overlast. Het wettelijke verbod van onderscheid houdt volgens de CGB de verplichting van de aanbieder van huurwoningen in om ervoor te zorgen dat huurders gebruik kunnen maken van het gehuurde zonder in hun woongenot beperkt te worden door discriminatie. De Commissie benadrukt hierbij dat de verplichting tot het verschaffen van een discriminatievrije woonomgeving een inspanningsverplichting en niet een resultaatsverplichting is. De Commissie onderkent dat het niet in het vermogen van verweerster ligt om iedere vorm van discriminatie te doen stoppen. Voorzover het in haar vermogen ligt is zij echter verplicht zich hiervoor in te spannen in het kader van de uitvoering van de huurovereenkomst. Dit leidt tot de conclusie dat verweerster tekortschiet in haar plicht om klachten over discriminatie van huurders zorgvuldig te behandelen en dat zij derhalve in strijd handelt met art. 7 lid 1 sub *c* AWGB.⁷² Ten overvloede zij gemeld dat de verplichting tot het verschaffen van een discriminatievrij woongenot haar grondslag, behalve in de AWGB, naar mijn mening ook vindt in het Burgerlijk Wetboek, nu art. 7:204 BW (voorheen art. 7A:1586 lid 3 BW) bepaalt dat de verhuurder verplicht is om de huurder het genot van het gehuurde te doen hebben.⁷³

Een asielzoekster meent dat in het asielzoekerscentrum (AZC) jegens haar onderscheid op grond van ras en godsdienst is gemaakt. De vrouw is vluchteling uit Tsjetsjenië en stelt bij de CGB dat zij meermalen is bedreigd en gediscrimineerd door een medebewoner wegens haar etnische afkomst en omdat zij geen moslim is. Hierna is verzoekster naar een andere woonunit binnen het AZC overgeplaatst. Verzoekster stelt dat het Centraal Orgaan opvang Asielzoekers (COA) onvoldoende is opgetreden tegen discriminatie door deze medebewoner en dat het COA bij het nemen van maatregelen telkens in het voordeel van de medebewoner besloot. De CGB moet eerst beoordelen of het handelen van het COA binnen de reikwijdte van het aanbieden van goederen en diensten in de zin van art. 7 AWGB valt. Dit artikel verbiedt de overheid onderscheid te maken indien zij op gelijke voet als particulier deelneemt aan het maatschappelijk en economisch verkeer. De Commissie stelt vast dat het handelen van het COA zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke aspecten heeft. Zo zijn de medewerkers in dienst van verweerder geen ambtenaar en

71 Oordeel 2003-65.

72 Oordeel 2003-132.

73 Zie onder meer oordeel 2001-41.

is niet iedere persoon die werkzaam is in een AZC in dienst van verweerder. Aan de andere kant is het COA een zelfstandig bestuursorgaan en kan men zich met klachten wenden tot de Nationale ombudsman. De CGB concludeert dat het aanbieden van opvangmodaliteiten aan asielzoekers en het zorgdragen voor de goede gang van zaken in een AZC uitdrukkelijk zijn opgedragen aan de overheid. Deze taken kunnen dan ook niet worden beschouwd als het aanbieden van diensten als bedoeld in de AWGB. Het COA neemt immers met het aanbieden van opvangmodaliteiten niet als een particulier deel aan het maatschappelijk en economisch verkeer. Dit leidt tot de conclusie dat de CGB niet bevoegd is een oordeel te geven over de vraag of het COA in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving heeft gehandeld.⁷⁴ De Commissie vraagt in haar oordeel terecht aandacht voor de omstandigheid dat de bestaande klachtregeling voor asielzoekers van het COA onvoldoende bij de bewoners bekend is.

Het Meldpunt Discriminatie Amsterdam vraagt de CGB of de stichting die beslist over toewijzing van de Nationale Hypotheek Garantie (NHG) in strijd handelt met de AWGB. Om in aanmerking te komen voor deze regeling dienen vreemdelingen die niet EU-burgers of onderdaan uit een EER-land zijn, een verblijfsvergunning te hebben voor onbepaalde tijd. De NHG is door de overheid ondergebracht in een stichting. Deze stichting is een zelfstandig bestuursorgaan, dat met het beoordelen van NHG-aanvragen een overheidstaak uitoefent. De rechtsverhouding tussen burger en de stichting wordt beheerst door het bestuursrecht. Op basis hiervan concludeert de CGB dat er sprake is van eenzijdig overheidshandelen, waartoe art. 7 AWGB zich niet uitstrekt (r.o. 5.8). De Commissie verklaart zich onbevoegd te oordelen over de collectieve actie van het Meldpunt.⁷⁵ Fraai is, dat in het oordeel uitgebreid wordt uitgelegd waarom de overheid soms wel en soms niet onder art. 7 valt (r.o. 5.9 en 5.10). Bij de evaluatie van de AWGB is wel gepleit om de beperking van het eenzijdige overheidshandelen te schrappen⁷⁶, maar hiertoe is de regering blijkens het wetsvoorstel Evaluatiewet AWGB niet overgegaan.⁷⁷

4.2 Onderwijs

Maakt een hogeschool voor tolken onderscheid naar ras of nationaliteit jegens een van origine Franstalige studente die de opleiding vertaler Frans volgt? De studente stelt dat zij gediscrimineerd is, maar heeft onvoldoende feiten of omstandigheden aangedragen om haar stelling aannemelijk te maken. De CGB kan slechts de verschuiving van de bewijslast toepassen als het bewijsvermoeden geleverd is. Het enkel stellen van discriminatie is daartoe onvoldoende. De klacht wordt dan ook door de CGB afgewezen.⁷⁸ Opvallend is dat verzoekster onderscheid op grond van ras en nationaliteit aanvoert en de CGB slechts op ras toetst. Volgens de Commissie is die beperking aangebracht omdat 'onderscheid op grond van moedertaal verband kan houden met de afkomst en afstamming van betrokkenen en niet met de nationaliteit in staatkundige zin' (r.o. 5.2). Deze redenering is alleen begrijpelijk als verzoekster de Nederlandse nationaliteit heeft, hetgeen nergens in het oordeel vermeld staat.

74 Oordeel 2003-148.

75 Oordeel 2003-162.

76 *Gelijke behandeling in beweging, Evaluatie van vijf jaar Algemene wet gelijke behandeling*, Utrecht: CGB, p. 28-29.

77 *Kamerstukken II 2003/04, 29 311, nr. 1-3.*

78 Oordeel 2003-13.

Een geschil over de weigering tot toelating van een studente van Iraanse afkomst tot een opleiding kraamverzorging leidt tot de volgende vaste overwegingen van de CGB (r.o. 5.4). 'De Commissie rekent het niet tot haar taak te beoordelen of een instantie op deugdelijke gronden een kandidaat heeft afgewezen voor een opleiding. De taak van de Commissie is te beoordelen of bij de afwijzing – in dit geval – onderscheid naar ras mede een rol heeft gespeeld. De redenen voor de afwijzing worden daarbij in zoverre betrokken dat aannemelijk moet zijn dat deze niet ondeugdelijk of willekeurig zijn. Indien daarvan sprake is kan zulks aanleiding geven tot het vermoeden dat sprake is van onderscheid op grond van ras. Daarvan kan ook sprake zijn bij een onzorgvuldig optreden van verweerster.' Het belang van deze standaardoverweging is dat de CGB niet een tweede beoordeling van de afwijzing pleegt te doen, maar slechts nagaat of bij die beslissing geen discriminatoire of willekeurige afwegingen zijn gemaakt. In deze zaak komt de CGB daar niet aan toe, omdat verzoekster haar stelling onvoldoende aannemelijk weet te maken. Zodoende komt de CGB ook in deze zaak niet toe aan bewijslastverschuiving.⁷⁹

Een leerlinge die afkomstig is uit Mauritanië verwijt het Regionaal Opleidingen Centrum (ROC) dat haar onvoldoende bescherming is geboden tegen discriminatoire bejegening en dat haar klachten niet zorgvuldig zouden zijn behandeld. De jonge vrouw studeert als enige vrouw en als enige allochtoon aan de opleiding Middenkaderfunctionaris Telematica. De CGB stelt vast dat de vrouw is uitgelachen om haar Franse accent en met spray is bespoten die de naam Afrika draagt. Tevens stelt de CGB vast dat de extra faciliteiten van de leerlinge door haar klasgenoten als voorkeursbehandeling worden ervaren. Dit complex van feiten en omstandigheden acht de CGB voldoende om tot een vermoeden van onderscheid naar ras te komen. Hier blijkt hoe dun het lijntje kan zijn tussen het wel of niet aannemen van een bewijsvermoeden. In tegenstelling tot de twee vorige gevallen acht de CGB nu wel een bewijsvermoeden aanwezig. Dat lijkt misschien arbitrair, want het complex biedt weinig aanknopingspunten om achterstelling te vermoeden. De CGB toetst vervolgens het bewijs van het tegendeel van het ROC en concludeert dat de school weliswaar zijn best heeft gedaan, maar desalniettemin tekort is geschoten. Volgens de Commissie worden van verweerder onder deze omstandigheden anders gerichte inspanningen geleverd (r.o. 5.15). Het ROC heeft zich daarom niet afdoende gekwetend van zijn zorgplicht de leerlinge te vrijwaren van discriminatie. In het verlengde daarvan is verweerder tekortgeschoten in de afhandeling van klachten over ongelijke behandeling op school en het treffen van passende maatregelen. De CGB oordeelt dat het ROC onderscheid heeft gemaakt op grond van ras.⁸⁰ Meestal behandelt de Commissie de vragen van de bejegening en een zorgvuldige klachtbehandeling separaat.⁸¹ In dit oordeel lopen deze twee aspecten vanaf de bewijslastverschuiving tot aan het eindoordeel door elkaar. Daarmee boet het oordeel aan overtuigingskracht in.

Het Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie (LBR) en het Antidiscriminatiebureau Veenendaal hebben door middel van een collectieve actie een belangwekkend oordeel van de CGB over spreidingsbeleid in het bijzonder onderwijs verkregen.⁸² Het thema is ook belicht in een recent preadvies voor de Neder-

79 Oordeel 2003-19.

80 Oordeel 2003-85.

81 Zie bijvoorbeeld oordeel 2003-158.

82 Zie over spreidingsbeleid ook B.P. Vermeulen, 'Spreidingsbeleid, gelijke behandeling en schoolkeuzerecht in het Nederlands onderwijs', in: D.J.B de Wolff (red.) *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 83-95.

landse Vereniging voor Onderwijsrecht.⁸³ De klacht van de belangenorganisaties richt zich tegen het bevoegd gezag van een vereniging voor protestants-christelijk primair onderwijs. De vereniging hanteert voor haar scholen een maximumtoelatingspercentage van 15 voor anderstaligen. Dat maximum geldt voor elke klas: van groep 1 tot en met 8. Anderstalige kinderen zijn kinderen die het Nederlands als tweede taal gebruiken, de zogenoemde NT2-leerlingen. Tevens hanteert de vereniging een quotum voor het aantal toe te laten kinderen uit de Roma- en Sintigemeenschap. Over het spreidingsbeleid zijn door de scholenvereniging met andere onderwijsinstellingen convenanten afgesloten.

Het is vaste jurisprudentie dat toelating door middel van quotaregelingen die direct verwijzen naar ras in strijd met de wet zijn. Het maakt bij direct onderscheid naar ras niet uit of er goede bedoelingen aan ten grondslag liggen. Deze vaste rechtspraak blijkt ook uit een eerder oordeel van de CGB waarin het quotabeleid van een bijzondere (christelijke) school in Haarlem aan de Commissie is voorgelegd.⁸⁴ In deze zaak komt vast te staan dat het overtallig geachte percentage allochtone kinderen uitsluitend op grond van hun afkomst op een wachtlijst wordt geplaatst. De CGB concludeert dat de school op deze wijze direct onderscheid naar ras maakt en dus in strijd met de AWGB handelt. In dit licht wekt het geen verbazing dat de CGB tot het oordeel komt dat het quotabeleid ten opzichte van kinderen uit de Roma- en Sintigemeenschap verboden onderscheid oplevert.⁸⁵ De omstandigheid dat aan het spreidingsbeleid een door onderwijskundige partijen afgesloten convenant ten grondslag ligt, doet daaraan niet af. De school maakt direct onderscheid naar ras.

Ten aanzien van de taaleis ligt de rechtsvraag complexer. Maakt de school direct of indirect onderscheid? De CGB oordeelt dat er sprake is van indirect onderscheid naar ras. Vervolgens wordt onderzocht of dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is. De school heeft aangegeven dat de toelatingsnorm van 15% voor NT2-leerlingen drie doelen dient. Ten eerste het bevorderen van onderwijs van goede kwaliteit. Voorts het voldoen aan de integratieopdracht die verweerster op grond van art. 8 lid 3 Wet op het primair onderwijs heeft en ten slotte het waarborgen van de instandhouding van de scholen en daarmee ook de identiteit van de scholen. Opvallend genoeg laat de school het derde doel ter zitting vervallen en wordt dit vervolgens ook door de CGB verder buiten beschouwing gelaten. De 15%-norm kan volgens de Commissie niet door de beugel omdat de school niet heeft aangetoond dat die 15% noodzakelijk is voor het bereiken van het nagestreefde doel. Ten aanzien van de integratieopdracht oordeelt de CGB dat het spreidingsbeleid daartoe geen geschikt middel is 'omdat het per definitie niet zal kunnen bijdragen aan integratie op de school van hun keuze van die leerlingen die, omdat het maximumaantal anderstaligen is bereikt, niet worden toegelaten op die school.' Deze overweging kan mijns inziens bijna niet anders worden begrepen dan dat het middel een discriminatoir doel dient omdat een bepaalde groep leerlingen vanwege hun afkomst in keuzevrijheid worden beperkt. Dat zou echter tot een directe verwerping van de objectieve rechtvaardiging hebben moeten leiden. De CGB concludeert evenwel op basis van de noodzakelijkheidstoets dat de school verboden indirect onderscheid naar ras maakt.⁸⁶

In 2003 spreekt de CGB nog een oordeel uit over het toelatingsbeleid van een bijzondere school op rooms-katholieke grondslag. Het betreft eveneens een collec-

83 C.W. Noorlander en F.H.J.G. Brekelmans, *Gelijke onderwijskansen, preadvies voor het symposium ter gelegenheid van de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht op 14 november 2003*, Den Haag: Sdu 2003.

84 Oordeel 2001-99.

85 Oordeel 2003-105.

86 Het oordeel is ook besproken door Vermeulen in *AB* 2003, 376, en door Rodrigues in *NJCM-Bulletin* 2003, nr. 2.

tieve actie, deze keer van het Meldpunt Discriminatie Apeldoorn. Tot de school worden alleen leerlingen toegelaten die afkomstig zijn van katholieke of protestants-christelijke basisscholen. Het toelatingsbeleid heeft tot gevolg dat vooral christelijke leerlingen worden toegelaten en in overwegende mate niet-christelijke leerlingen worden geweigerd. De CGB acht het aannemelijk dat op openbare basisscholen meer leerlingen zitten van een niet-christelijk geloof. Zodoende heeft het door de school gehanteerde toelatingsbeleid indirect onderscheid op grond van godsdienst tot gevolg. In het omliggend gebied van de school ligt het percentage allochtone leerlingen op openbare basisscholen aanzienlijk hoger dan op de katholieke of protestants-christelijke basisscholen. De CGB concludeert dat het gehanteerde toelatingsbeleid allochtone leerlingen dan ook in overwegende mate treft en er dus eveneens sprake is van indirect onderscheid op grond van ras. Het doel van de bestreden toelatingsregeling is het oplossen van feitelijk ruimtegebrek door een maximum aantal leerlingen per jaar aan te nemen. Dit doel is zonder meer zwaarwegend en niet discriminerend. Het middel acht de CGB ten aanzien van zowel ras als godsdienst wel geschikt, maar niet noodzakelijk (r.o. 5.11 en 5.12). Het middel zou geschikt zijn, 'immers welke criteria men ook kiest, het beperken van de instroom en het oplossen van het ruimteprobleem kan hierdoor worden bereikt.' (r.o. 5.11) Dat lijkt een te ruime opvatting van de toets naar geschiktheid. Hierin zit de eis van redelijkheid besloten en die is nu niet onderzocht.⁸⁷ Bij de noodzakelijkheidstoets gaat het om de vraag of het middel voldoet aan de eis van proportionaliteit. Het eindoordeel van de Commissie is dat het toelatingsbeleid van de school verboden indirect onderscheid naar ras en godsdienst oplevert.⁸⁸

4.3 Zakelijke dienstverlening

Een opmerkelijke zaak is het verzoek van een werkgever tegen een klant omdat een van zijn werknemers bij de uitvoering van werkzaamheden door de klant was weggestuurd wegens (te) slechte beheersing van het Nederlands. De werkgever komt met het verzoek tegemoet aan de zorgvuldigheidsplicht die op hem rust om zijn werknemers van ongelijke behandeling te vrijwaren. Maar met de klant bestaat geen arbeidsrechtelijke verhouding. De CGB oordeelt dat deze rechtsverhouding onder art. 7 lid 1 sub *a* AWGB valt. De klant is weliswaar een professionele *afnemer* van diensten en geen *aanbieder*, maar handelt in de uitvoering van een overeenkomst. De CGB stelt dat het wegsturen van de werknemer kan worden beschouwd als een belemmering voor verzoekster uitvoering te geven aan haar contractuele verplichtingen. Op grond van het bewijsvermoeden stelt de CGB verzoekster in het gelijk.⁸⁹ Naar mijn mening is de oplossing sympathiek, maar in strijd met de bedoeling van de AWGB. Dit oordeel is in deze bundel ook integraal opgenomen met een afzonderlijke bespreking.

5 SLOTOPMERKINGEN

Het aantal oordelen over ras en nationaliteit is in 2003 procentueel gelijk gebleven ten opzichte van 2002. In vijftien van de 47 zaken geeft de CGB verweerder een aanbeveling. De meeste keren betreft dat arbeidszaken (11), waarvan het in de meerderheid van de gevallen om bejegening (7) gaat. Bejegening blijft het meest complexe terrein. Ondanks het feit dat in bejegeningzaken bijna standaard de

87 J.H. Gerards, 'Het toetsingsmodel van de CGB voor de beoordeling van indirect onderscheid', in: D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2002, Deventer: Kluwer 2003, p. 87.

88 Oordeel 2003-134.

89 Oordeel 2003-142.

bewijslastverschuiving wordt toegepast, lukt het in tien van de zestien gevallen niet om een vermoeden van verboden onderscheid te vestigen. In meer dan de helft van de zaken is rechtshulp verleend (25). In zeventien gevallen betreft het een anti-discriminatiebureau (ADB), vier keer een advocaat en eveneens vier maal een andere gemachtigde. Hieruit blijkt dat de ADB's een belangrijke rol spelen bij de handhaving van de gelijkebehandelingswetgeving, in elk geval voor de gronden ras en nationaliteit. Bovendien maken zij gebruik van het collectief actie-recht. Acht keer is een collectief verzoek voorgelegd⁹⁰, waarbij in zeven gevallen een ADB betrokken is.⁹¹ FNV Bondgenoten is niet-ontvankelijk in zijn verzoek en op een klacht van het Meldpunt Discriminatie Amsterdam verklaart de CGB zich onbevoegd. Van de overige zes collectieve acties worden er vijf toegewezen. Reeds eerder heb ik betoogd dat het collectief actierecht een belangrijk middel is om principiële zaken aanhangig te maken, waarbij de kans op succes groter is dan in individuele procedures.⁹² Het Meldpunt Discriminatie Amsterdam lijkt daar ook zo over te denken en bracht in 2003 drie zaken aan. Onderscheid in verband met taaleisen speelt in verschillende oordelen een doorslaggevende rol.⁹³ Meer in het algemeen blijkt ruis in de communicatie vaak bij te dragen tot problemen⁹⁴, hetgeen vooral in bejegeningzaken tot uiting komt. Tot slot: misschien enigszins stereotiep, maar als het om ras en nationaliteit gaat hebben in 2003 uitsluitend mannen zich druk gemaakt over gelijk loon en alleen vrouwen over hun kansen in het onderwijs.

90 Oordelen 2003-18, 65, 105, 125, 132, 134, 153 en 162.

91 Eenmaal samen met het LBR.

92 P.R. Rodrigues, 'Collectieve acties als structureel instrument tegen discriminatie', in: A.W. Jongbloed (red.), *Samen sterk, Over het optreden in rechte door groeperingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 99.

93 Oordelen 2003-13, 18, 85, 105 en 142.

94 Zie onder meer oordelen 2003-15, 19, 49, 76, 119 en 123.

Geslacht

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

1 INLEIDING

In 2003 hebben 79 van de 166 oordelen (mede) betrekking op onderscheid naar geslacht. Veel verzoeken zijn gevoegd behandeld, omdat meer partijen in eenzelfde zaak waren betrokken. In de 79 oordelen zijn daarom uiteindelijk slechts 54 verschillende casus in het geding.¹ De meeste verzoeken zijn afkomstig van vrouwen (66 van 79 oordelen). Er zijn slechts twee verzoeken over eigen handelen (2003-01 en 2003-60). Eén verzoek is afkomstig van een vakbond (2003-125), één van een anti-discriminatiebureau (2003-81) en één van een ondernemingsraad (2003-118). In twee oordelen die betrekking hebben op eenzijdig overheidshandelen acht de CGB zich onbevoegd (2003-16 en 2003-160).

Dit jaar heeft de CGB geen onderzoek uit eigen beweging gedaan over onderscheid naar geslacht. Naar aanleiding van de evaluatie van de AWGB zal waarschijnlijk een ruimere bevoegdheid worden toegekend aan de CGB om uit eigen beweging onderzoek te verrichten.² Het afschaffen van de eis dat onderzoek op onderscheid in de openbare dienst of binnen één of meer sectoren van het maatschappelijke leven betrekking moet hebben geeft de CGB ruimte om onderzoek naar onderscheid in één bedrijf te doen.

In dit overzicht zijn alle oordelen van 2003 over onderscheid naar geslacht thematisch verwerkt. Aan enkele punten wordt meer aandacht besteed, zoals de vraag of ook mannen ontvankelijk zouden moeten zijn in verzoeken waarin ze over indirect onderscheid jegens vrouwen klagen.

2 WERKINGSFFEER

2.1 *Personele werkingssfeer*

Uit de gevoegde oordelen 2003-69 t/m 2003-72 blijkt dat promovendi die als bursalen werkzaam zijn onder de personele werkingssfeer van de WGB vallen op grond van art. 1b WGB (gelijkgestelden). Dit artikel bepaalt dat ingeval een natuurlijk persoon, rechtspersoon of bevoegd gezag een ander arbeid onder zijn gezag laat verrichten, anders dan krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of ambtelijke aanstelling, de art. 7:646 en 7:647 BW van overeenkomstige toepassing zijn. Bursalen hebben een studentenstatus. Ze sluiten een overeenkomst met de decaan af en krijgen een beurs op grond van het bursalenstelsel. Naast deze overeenkomst hebben bursalen vaak ook een overeenkomst tot het geven van onderwijs afgesloten en ontvangen ze op grond daarvan een salaris. Alle verzoekers vergelijken zich met assistenten in opleiding, die een werknemersstatus hebben en

1 Drie oordelen zijn tussenoordelen en betreffen gelijkloonzaken: 2003-56, 2003-164 en 2003-130. Deze oordelen blijven hier verder buiten beschouwing.

2 *Kamerstukken II 2003/04, 29 311, nr. 1-3.*

onder gunstiger voorwaarden eveneens promotieonderzoek verrichten en onderwijs geven. De verzoekers stellen dat ze in een gezagsverhouding staan tot hun promotor, nu deze onder meer het onderzoeksvoorstel van de promovendus keurt en richtinggevend is voor de aanpak van het onderzoek. Volgens de verweerder is sprake van een docent-studentrelatie. De CGB onderzoekt eerst of de verzoeksters nog belang hebben bij het oordeel, nu ze de mogelijkheid hebben gekregen om zowel onderzoeks- als onderwijstaken op basis van een aanstelling als aio te verrichten. Nu deze keuze het verschil in status dat in het verleden bestond onverlet laat, hebben verzoeksters belang bij een oordeel. De gezagsrelatie leidt de CGB af uit het feit dat de promotor in dienst is bij de verweerder en dat er een academische gezagsrelatie bestaat tussen bursaal en promotor. Een terechte conclusie, zij het summier onderbouwd. Opvallend is voorts het verschil in benadering tussen de oordelen waarin de verzoeken door vrouwen (2003-69 en 2003-70), respectievelijk door mannen zijn ingediend (2003-71 en 2003-72). De stelling van alle verzoekers is dat de bursalen dezelfde werkzaamheden verrichten als aio's, maar onder ongunstiger arbeidsvoorwaarden en dat er sprake is van indirect onderscheid naar geslacht, omdat vrouwelijke promovendi meer kans hadden om als bursaal te worden aangesteld dan mannelijke promovendi. De CGB acht de werkzaamheden die beide categorieën promovendi verrichten vergelijkbaar, voorzover het gaat om promotieonderzoek. Uit een door de CGB verricht loononderzoek dat betrekking heeft op verschillende faculteiten, blijkt dat de bursalen minder inkomen genieten dan de aio's. Maar van indirect onderscheid naar geslacht is geen sprake, nu er geen significant verschil is aangetroffen tussen mannen respectievelijk vrouwen die als bursaal dan wel als aio zijn aangesteld, zo concludeert de CGB in de oordelen waarin vrouwen als verzoeksters optreden (2003-69 en 2003-70). De mannelijke bursalen worden daarentegen niet-ontvankelijk verklaard (2003-71 en 2003-72). Zij stelden immers dat de regeling indirect discriminerend is voor vrouwen en hebben niet aangevoerd dat ze als man onevenredig zijn getroffen. Een vergelijkbare situatie is ook aan de orde in de oordelen 2003-73 (vrouwelijke verzoekers) en 2003-74 (mannelijke verzoekers), zie ook 4.1.2. Maar in dit laatste oordeel concludeert de Commissie dat er geen strijd met de wet is omdat verzoekers stellen dat het toepassen van verschillende regelingen op twee groepen werknemers tot indirect onderscheid van vrouwen leidt en zij van het mannelijke geslacht zijn en derhalve niet het vermoeden hebben gewekt dat jegens hen indirect onderscheid is gemaakt. Waarom in het ene geval de mannen niet ontvankelijk zijn en in het andere geval de Commissie concludeert dat er geen strijd met de wet is, is niet duidelijk.

In de benadering van de Commissie kunnen alleen vrouwen klagen over indirect onderscheid dat vrouwen nadelig treft, mannen niet. Dat klinkt op het eerste gezicht logisch, maar is niet onproblematisch. Loenen heeft dit probleem eerder gesignaleerd bij haar bespreking van het discriminatiebegrip in het Vrouwenverdrag.³ Art. 1 van dit verdrag verbiedt discriminatie van vrouwen. Zij betoogt dat ook mannen een beroep kunnen doen op het verbod van indirecte discriminatie van vrouwen. Ze geeft als voorbeeld deeltijdarbeid. Nu algemeen bekend is dat vooral vrouwen in deeltijd werken zal een nadelige behandeling van deeltijders over het algemeen vrouwen treffen en een mogelijk in strijd met de wet zijn. Zij meent dat ook een man die in deeltijd werkt en daardoor wordt getroffen dat zal kunnen aanvoeren. De benadering van de Commissie heeft tot gevolg dat indien mannen klagen over indirect onderscheid dat overwegend vrouwen nadelig treft, er geen onderzoek naar de regeling wordt ingesteld, ook niet als de situatie van de mannen en de vrouwen gelijk is en de mannelijke verzoekers dezelfde nadelen ondervinden als de vrouwe-

3 T. Loenen, 'Het discriminatiebegrip' in: A.W. Heringa, J. Hes & L. Lijnzaad, *Het Vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag...*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu Uitgevers, p. 3.

lijke. In deze oordelen richtten de mannen zich bovendien tegelijkertijd met de vrouwen tot de Commissie (bursalen) of in de oordelen 2003-73 en 2003-74 zelfs met een gezamenlijk verzoek, dat de Commissie vervolgens splitste. Doordat ook vrouwen een verzoek indienden, is de in geding zijnde regeling door de Commissie onderzocht. Maar door de benadering van de Commissie kunnen de mogelijkheden van een onderzoek naar de vraag of een regeling zelf niet in strijd met de wet is worden beperkt. Een duidelijke scheidslijn tussen wie op grond van de wet kan klagen en het onderzoek naar de regeling zelf zou verhelderend zijn. Een individuele klacht kan immers bijdragen aan het opsporen van ongeoorloofd onderscheid. Steun voor deze opvatting kan worden ontleend aan de parlementaire behandeling van art. 12 lid 2 AWGB. Daaruit blijkt 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 betrekking kan hebben op een voor de onderneming geldende regeling die bij toepassing kan leiden tot ongelijke behandeling.⁴ Een inperking van de kring van personen die zich op de gelijkebehandelingswetgeving kan beroepen zoals die zich in de oordeelvorming van de CGB lijkt af te tekenen past niet goed bij deze uitleg. Het doel van de gelijkebehandelingswetgeving is immers het bestrijden van het discriminerend effect van een regeling, criterium of praktijk. Bovendien komt de benadering van de CGB ons niet wenselijk voor omdat bestaande stereotiepe rollen van mannen en vrouwen eerder worden bevestigd dan doorbroken. Aan de andere kant dient ook voorkomen te worden dat querulanten de CGB met verzoeken overspoelen, hetgeen tot overbelasting van de Commissie zou kunnen leiden.⁵

En wat als is vastgesteld dat een regeling in strijd met de wet is wegens ongeoorloofd indirect onderscheid van vrouwen, en mannen die nadeel ondervinden van deze regeling zich vervolgens op de gelijkebehandelingswetgeving beroepen, zoals het geval was in de HOS-zaken? Al eerder is geconstateerd dat indien een regeling in strijd met de wet is, de regeling nietig is en dat het curieus zou zijn als de nietigheid relatief zou zijn, in zoverre dat hij alleen tegenover vrouwen zou gelden.⁶ Ook uit de HOS-zaken blijkt dat de mannelijke 'nahossers' zich niet kunnen vergelijken met de mannelijke leerkrachten die een HOS-garantie hebben gekregen (2003-87 t/m 2003-101). Maar de aanpassing van de regeling om de beloningsverschillen te verkleinen is zowel voor vrouwelijke als mannelijke leerkrachten gunstig (zie verder de bijdrage van Vegter in deze bundel).

De eindbeoordeling over de vraag of een stand-by overeenkomst een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW is, berust volgens de CGB bij de rechter, zo blijkt uit de KLM-zaken over gelijke beloning en uitsluiting van pensioenopbouw (2003-23 t/m 35), zie ook 4.1.6 en de themabijdrage van Veldman bij deze oordelen. De Kantonrechter Amsterdam oordeelde dat stand-by's niet onder het begrip werknemer vallen.⁷ De Commissie acht zich evenwel bevoegd om op grond van art. 5 AWGB een oordeel te geven, omdat dit artikel niet alleen van toepassing is op arbeidsovereenkomsten, maar op alle gevallen waarin er sprake is van een arbeidsverhouding. Voorzover het BW niet van toepassing zou zijn, toetst de Commissie aan art. 5 AWGB en concludeert dat er sprake is van arbeid onder gezag. De Commissie had ook steun kunnen ontleenen voor haar opvatting aan de jurispru-

4 *Kamerstukken II 1986/87, 19908, nr. 3, p. 25.*

5 Zie ook de bijdrage van Rodrigues in deze bundel, in het bijzonder hetgeen is opgemerkt over de oordelen 2003-82 en 2003-83 en A. Woltjer, 'Ras en nationaliteit', in: D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 15-26.

6 I.P. Asscher-Vonk & S. Burri, 'Geslacht' in: D.J.B. de Wolff, *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 29.

7 Ktr. Amsterdam 15 maart 2002, aangehaald in oordeel 2003-23 (r.o. 4.7), zonder vindplaats.

dentie van het Hof van Justitie over de personele werkingssfeer van art. 141 EG (art. 119 EG-Verdrag (oud)), waarop vanaf 8 april 1976 een beroep kan worden gedaan.⁸ Het HvJ EG stelde onder meer in *Raulin* vast dat oproepcontracten onder de personele werkingssfeer van dit artikel kunnen vallen.⁹ Het beslissende criterium is volgens het Hof dat het moet gaan om 'reële en daadwerkelijke arbeid, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig blijken'.¹⁰ De nationale rechter mag bij de toepassing van dit criterium rekening houden met het onregelmatige karakter en de beperkte duur van de oproeparbeid. In *Raulin* was de vraag aan de orde of een serveerster die in totaal 60 uur had gewerkt onder het werknemersbegrip viel van art. 141 EG. Het feit dat slechts een zeer gering aantal uren is gewerkt kan een aanwijzing vormen dat de arbeid louter marginaal en bijkomstig is, aldus het Hof. De nationale rechter kan er in voorkomend geval ook rekening mee houden dat betrokkene zich beschikbaar moet houden om te werken wanneer de werkgever haar oproept. Uit de oordelen die betrekking hebben op stand-by stewardessen blijkt dat de verzoeksters beslist geen zeer gering aantal uren hebben gewerkt en dus onder het werknemersbegrip van art. 141 EG vallen.¹¹

In oordeel 2003-116 volgt de CGB een heel andere benadering. Dit oordeel betreft onder meer de uitsluiting van deeltijders van een pensioenregeling van een detailhandelconcern die vanaf 8 april 1976 aan art. 141 EG (art. 119 EG-Verdrag (oud)) kan worden getoetst (zie 6.1). Gedurende een deel van de in geding zijnde periode is verzoekster werkzaam geweest als hulpkracht en volgens de CGB op grond van de aard van de arbeidsverhouding uitgesloten geweest van de pensioenvoorziening. Uit het oordeel blijkt niet dat verzoekster werkzaam was op grond van een arbeids-overeenkomst, zoals bijvoorbeeld het geval was in oordeel 1998-10, dat eveneens betrekking heeft op hulpkrachten.¹² De verzoekster had bijna vier jaar als hulpkracht gewerkt (vanaf 1 oktober 1973 tot 1 juni 1977). Dit vormt dus een aanwijzing dat de arbeid niet louter bijkomstig is en geen marginaal karakter draagt. Naar onze mening had verzoekster zich vanaf 8 april 1976 tot 1 juni 1977 kunnen beroepen op art. 141 EG. De CGB toetst aan art. 7:646 BW en hanteert een heel ander criterium. Om vast te stellen of er sprake is van arbeid onder gezag, dient verzoekster volgens de Commissie aan te tonen dat er sprake was van een bestendig arbeidspatroon. Waar de Commissie dit strenge criterium aan ontleent blijkt niet uit het oordeel. Mogelijk aan het rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst in het BW (art. 7:610a BW). Maar volgens vaste jurisprudentie van de Commissie valt een beoordeling van de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht buiten haar bevoegdheid. Evenmin is duidelijk waarom de Commissie hier niet aan art. 5 AWGB toetst, analoog aan de bovenbeschreven oordelen 2003-23 t/m 35. Verzoekster overlegt een grafiek met haar inkomen in die jaren en twee werkbriefjes uit 1975 (!), maar slaagt er desalniettemin niet in om voor de CGB aannemelijk te maken dat ze volgens een bestendig arbeidspatroon heeft gewerkt omdat de jaaropgaven, met de bijbehorende werkbriefjes ontbreken. De benadering van de CGB in dit oordeel staat op gespannen voet met het EG-recht en heeft naar onze mening een onwenselijke beperking van de personele werkingssfeer van de gelijkebehandelingswetgeving tot gevolg.

8 HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/72, *Jur.* 1976, p. 455 (*Defrenne II*).

9 HvJ EG 26 februari 1992, zaak C-357/89, *Jur.* 1992, p. I-1027 (*Raulin*).

10 HvJ EG 23 maart 1982, zaak C-53/81, *Jur.* 1982, 1035 (*Levin*), r.o. 17.

11 Ook op het terrein van het vrij verkeer van werknemers (art. 39 EG) blijkt dat het HvJ EG de personele reikwijdte van de verdragsbepaling ruim interpreteert, zie bijvoorbeeld HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Jur.* 1995, p. I-4921 (*Bosman*).

12 In dit oordeel toetst de CGB het onthouden van een inconvenientoeslag aan hulpkrachten aan de Wet verbod van onderscheid naar arbeidsduur.

2.2 *Materiële werkingsfeer*

Een voorbeeld van een situatie waarin verschillende bepalingen relevant zijn, maar de bevoegdheid van de Commissie beperkt is, biedt oordeel 2003-51. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van verzoekster is niet verlengd, omdat verzoekster niet voltijds wilde werken. De CGB oordeelt terecht dat aan het verbod van onderscheid naar arbeidsduur (art. 7:648 BW) geen recht kan worden ontleend om in deeltijd te worden aangesteld of de arbeidsduur te verminderen in een bestaande arbeidsverhouding. Voor een toetsing aan de Wet aanpassing arbeidsduur is de CGB onbevoegd. Blijft over een toetsing aan het verbod van indirect onderscheid naar geslacht, maar daarvoor is statistisch bewijs nodig. De CGB komt tot de conclusie dat er in strijd met de wet is gehandeld.

Zoals bekend valt een eenzijdige overheidshandeling buiten de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving.¹³ De CGB is daarom onbevoegd om een oordeel te geven over een keuring in het kader van de WAO door het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen om de mate van arbeidsongeschiktheid vast te stellen (2003-16). Deze kwestie speelt ook in oordeel 2003-160 (zie 8).

Wat betreft onderscheid op grond van ras is de werkingsfeer van de AWGB uitgebreid. Om aan de implementatieverplichtingen van de communautaire Rasrichtlijn¹⁴ te voldoen is een nieuw art. 7a in de AWGB opgenomen. Dit artikel verbiedt onderscheid op grond van ras bij de sociale bescherming, waaronder de sociale zekerheid en sociale voordelen. Een soortgelijk verbod ontbreekt voor onderscheid naar geslacht en is ook niet opgenomen in het nieuwste voorstel van de Europese Commissie over gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang en de aanbidding van goederen en diensten.¹⁵

Het interne verenigingsleven valt evenmin binnen de werkingsfeer van art. 7 lid 1 sub *c* AWGB. Dit artikellid verbiedt onder meer onderscheid bij het aanbieden van goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten terzake, door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs. Aan de CGB is de vraag voorgelegd of een puntentellingsysteem van een nationale badmintonvereniging dat verschillend is voor mannen dan voor vrouwen in strijd met de wet is (2003-81). De competities en toernooien waarin dit systeem wordt gehanteerd behoren tot de belangrijkste activiteiten van de vereniging en staan uitsluitend open voor leden. Deze activiteiten vallen daarom buiten de werkingsfeer van art. 7 lid 1 sub *c* AWGB. Het oordeel geeft een aardig overzicht van de relevante oordelen over dit vraagstuk.

3 TOEGANG TOT DE ARBEID

3.1 *Werving en selectie*

Oordeel 2003-01 betreft de vraag van een wervings- en selectiebureau of het plaatsen van de advertentie 'topvrouwen gevraagd' is toegestaan. Het bureau stelt zich ten doel om de achterstand van vrouwen in topfuncties te verminderen. Al jarenlang richt het bureau zich in hoofdzaak op de bemiddeling van hoogopgeleide vrouwen en tevens op coaching van vrouwen in het arbeidsproces. De meeste opdrachtgevers

13 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 014, nr. 29 en *Handelingen II* 1992/93, p. 3567-3570 en p. 3593-3595.

14 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.

15 COM 2003(657) final.

vragen uitdrukkelijk om werving onder vrouwen. De bewuste advertentie heeft betrekking op enkele topfuncties in de technologische hoek. Als een man eventueel op de advertentie zou reageren, kan het wervings- en selectiebureau de man opnemen in het eigen bestand of voor de betrokken functies doorverwijzen naar de opdrachtgever of naar een ander bemiddelingsbureau dat voor de opdrachtgever mannen bemiddelt. De CGB toetst de advertentietekst aan art. 3 WGBMV en spreekt zich in het kader van deze toetsing uit over het gevoerde voorkeursbeleid. Art. 3 WGBMV staat het maken van sekseonderscheid in een advertentie alleen toe als dit berust op de wettelijk toegestane uitzonderingen. In dat geval moet de reden voor het maken van onderscheid in de advertentie worden vermeld. Omdat in de bewuste advertentie niet expliciet naar het voorkeursbeleid is verwezen, handelt het bureau in strijd met de WGBMV. Het voorkeursbeleid van het bureau is wel toelaatbaar. De Commissie geeft in het oordeel een duidelijk overzicht van de relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie en toetst het beleid hieraan. De CGB plaatst hierbij de kanttekening dat het voorkeursbeleid van het wervings- en selectiebureau slechts marginaal hoeft te worden getoetst omdat het bureau ten behoeve van derden werft en selecteert. Het bureau hoeft niet te onderzoeken of bij de opdrachtgever in concreto een feitelijke achterstand van vrouwen bestaat. Het bureau kan afgaan op de informatie van de opdrachtgever omdat vrouwen in de bedoelde topfuncties altijd ondervertegenwoordigd zijn. Omdat de opdrachtgever andere bemiddelingsbureaus inschakelde om onder mannen te werven, kan het bureau er ook van uitgaan dat de opdrachtgever mannen daadwerkelijk een kans bood op dezelfde functies. De CGB geeft voorts aan dat een wervings- en selectiebureau wel een onderzoeksplicht heeft als de gegevens van een opdrachtgever geen blijk geven van een (significante) achterstand. Tevens neemt de verantwoordelijkheid van intermediairs toe naarmate de betrokkenheid bij het hele traject van werving en selectie groter is.

In een tweede oordeel over de fase van werving en selectie is de vraag aan de orde of het verschil in toetredingscriteria voor een vrouwelijke en mannelijke sollicitant een verboden onderscheid oplevert (2003-156). De vrouw solliciteert intern naar een directeursfunctie en moet een assessment ondergaan. De vrouw wordt afgewezen. In het kader van een reorganisatie wordt de directeursfunctie voor een periode van anderhalf jaar omgezet in een managementfunctie. Een mannelijke collega wordt voor deze functie gevraagd. Hij hoeft geen assessment te ondergaan omdat dit voor de functie van manager alleen als vereiste wordt gesteld in geval van twijfel over de geschiktheid. De CGB stelt een zorgvuldig onderzoek in naar de gang van zaken en concludeert dat geen onderscheid op grond van geslacht is gemaakt. De werkgever is wel nalatig geweest door interne kandidaten in onvoldoende mate inzicht, uitleg en informatie te verschaffen. Deze nalatigheid is echter niet van dien aard dat alleen daardoor sprake is van strijd met de gelijkebehandelingswetgeving.

3.2 *Niet verlengen tijdelijke arbeidsrelatie*

De CGB heeft in 2003 elf oordelen uitgesproken over de vraag of bij de beslissing van de werkgever om een tijdelijke arbeidsovereenkomst of ambtelijke aanstelling niet te verlengen de zwangerschap van werknemster een rol heeft gespeeld. In enkele oordelen speelde tevens de vraag of de deeltijdwens van werknemster ook van invloed was op deze beslissing. Voorzover de CGB ook aan het verbod van onderscheid naar arbeidsduur heeft getoetst, komt dat in de bijdrage van De Wolff aan de orde.

In vijf oordelen concludeert de Commissie dat de zwangerschap (mede) een rol heeft gespeeld. In de zes andere oordelen neemt de CGB aan dat dit niet het geval is.

De CGB laat de beoordeling van het concrete geval standaard vooraf gaan door een aantal algemene overwegingen. De CGB overweegt:

- dat het de werkgever verboden is om onder andere bij het aangaan en beëindigen van de arbeidsovereenkomst onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen;
- dat het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst kan worden beschouwd als het niet aangaan van een arbeidsovereenkomst. Voor deze opvatting verwijst de CGB meestal naar jurisprudentie van het Hof van Justitie waaruit deze opvatting blijkt.¹⁶ Soms verwijst de CGB tevens naar de wetsgeschiedenis van de AWGB. In een aantal oordelen volstaat de CGB met een verwijzing naar eigen oordelen;
- dat volgens eigen vaste jurisprudentie geldt dat er sprake is van ongelijke behandeling op grond van geslacht als de zwangerschap *mede* een rol heeft gespeeld bij het besluit om de arbeidsovereenkomst niet te verlengen;
- dat volgens de bewijsregel van art. 7:646 lid 8 BW de bewijslast naar de werkgever verschuift als de werkneemster feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die naar objectieve maatstaven doen vermoeden dat de zwangerschap een rol heeft gespeeld bij de beslissing.

In één oordeel wijkt de CGB van deze standaard benadering af voorzover het gaat om de kwalificatie van het besluit tot niet verlengen. In oordeel 2003-115 merkt de CGB de beslissing om niet te verlengen namelijk aan als een beslissing omtrent de beëindiging van de arbeidsrelatie. Uit het oordeel blijkt niet waarom de Commissie in deze zaak afwijkt van de vaste lijn. Een verschil met de andere zaken is dat hier gaat om een ambtelijke aanstelling. Betrokkene had een aanstelling voor een jaar met uitzicht op een vast dienstverband. De CGB had de weigering om niet te verlengen aan moeten merken als een weigering om een ambtelijke aanstelling voor onbepaalde tijd aan te gaan. De CGB beklemtoont dat de aanstelling na een jaar van rechtswege eindigt. Dat is echter geen verschil met het einde van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Het antwoord op de vraag of de zwangerschap *mede* reden is geweest om de arbeidsrelatie niet te verlengen, staat of valt met de waardering van de aangevoerde feiten en omstandigheden. In zaken als deze is het gebruikelijk dat de werkgever in de procedure bij de CGB het onvoldoende functioneren van de vrouw in kwestie dan wel ongunstige bedrijfsomstandigheden als reden aanvoert om de arbeidsrelatie niet te verlengen.

De conclusie dat de werkgever *geen onderscheid* naar geslacht maakt, omdat zwangerschap geen rol heeft gespeeld, trekt de CGB zowel bij arbeidsrelaties van kortere als van langere duur: eenmalige contracten voor bepaalde tijd (2003-14, 2003-63), eenmalige contracten met uitzicht op een vast dienstverband (2003-44, 2003-115) en bij contracten die al eerder verlengd zijn (2003-51, 2003-152). Het valt op dat de CGB in bijna alle gevallen de bewijslast niet naar de werkgever verschuift omdat verzoekster onvoldoende feiten en omstandigheden zou hebben aangevoerd. Uit drie oordelen blijkt dat de CGB tot deze conclusie komt omdat zij meer waarde hecht aan de tegenargumenten van de werkgever (2003-14, 2003-63 en 2003-152). Gezien het feitencomplex had het meer voor de hand gelegen om de bewijslast naar de werkgever te verschuiven. In dat geval komen de tegenargumenten aan de orde bij de vraag of de werkgever kan bewijzen dat de zwangerschap niet (*mede*) een rol heeft gespeeld. Alleen in oordeel 2003-44 verschuift de CGB de bewijslast naar de werkgever. Een vergelijking met de feitelijke situatie in de andere oordelen maakt niet duidelijk waarom dit hier wel het geval is.

De oordelen waarin de CGB concludeert dat er *wel onderscheid* naar geslacht is gemaakt, betroffen in alle gevallen arbeidsovereenkomsten die één of meerdere malen waren verlengd. In een aantal oordelen had verzoekster het zwangerschaps- en bevallingsverlof al genoten gedurende de contractperiode. Volgens de CGB kan de werkgever het vermoeden van onderscheid niet weerleggen omdat verzoekster de positieve waardering van de werkgever wel gedocumenteerd kan aantonen en de werkgever de kritiek niet ondersteunt met verslagen van functioneringsgesprekken. Het ontbreken van een doorzichtige, controleerbare en systematische wijze van beoordelen hoort voor rekening van de werkgever te komen (2003-17). In oordeel 2003-20 spelen de schriftelijke verklaringen van collega's van verzoekster een rol. De collega's hebben zich positief uitgesproken over de lessen van verzoekster en tevens verklaard dat de directeur opmerkingen heeft gemaakt die doen vermoeden dat de zwangerschap mede reden is geweest om de arbeidsovereenkomst niet te verlengen. Bovendien is een terugloop van het aantal beschikbare uren niet gebleken. Oordeel 2003-36 betreft een verzoekster die correspondentie en verslagen kan overleggen waaruit een positief oordeel over haar functioneren blijkt. Ook heeft ze een aantal keren een periodieke loonsverhoging ontvangen. In de oordelen 2003-39 en 2003-124 speelt het gegeven dat de werkgever nieuwe functie-eisen en een nieuw deeltijdbeleid niet of in een laat stadium aan verzoeksters kenbaar heeft gemaakt, een duidelijke rol bij de conclusie van de CGB dat de werkgever direct onderscheid naar geslacht heeft gemaakt.

3.3 *Aangaan arbeidsrelatie*

Drie oordelen betreffen het aangaan van een arbeidsrelatie. Een inlener maakt onderscheid op grond van geslacht door een vrouw niet opnieuw als uitzendkracht in te lenen omdat de inlener problemen verwachtte tussen haar en een vaste medewerker tegen wie de vrouw eerder een klacht had ingediend wegens seksuele intimidatie (2003-138). De relatie inlener-uitzendkracht valt onder art. 1b WGBMV. De betekenis van deze bepaling is in 2.1 toegelicht. De CGB stelt vast dat de inlener de klacht van de vrouw ten tijde van de eerder bestaande arbeidsrelatie onvoldoende zorgvuldig heeft behandeld. Een inadequate behandeling van klachten over seksuele intimidatie betekent een schending van het verbod van discriminatie omdat een werkgever of inlener de plicht heeft de werknemers te vrijwaren van seksuele intimidatie. Nalatigheid op dit gebied is volgens vaste jurisprudentie van de Commissie in strijd met het verbod van onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden. De CGB overweegt dat de inlener deze ongelijke behandeling uit het verleden voor risico van de vrouw brengt door haar niet opnieuw als uitzendkracht in te lenen. De inlener zou zich juist moeten inspannen om een soepeler samenwerking tussen de vrouw en de vaste medewerker te verkrijgen. Het niet opnieuw inlenen vindt zijn basis in de eerdere ongelijke behandeling en moet daarom worden gezien als een ongelijke behandeling bij het aangaan van de arbeidsrelatie. De CGB onderstreept in r.o. 5.7. dat de inlener als materiële werkgever een zelfstandig en zorgvuldig onderzoek op de werkvloer had moeten instellen, ook als een klaagster afziet van het starten van de officiële klachtprocedure voor seksuele intimidatie. Het onderzoek moet niet alleen onder de werknemers met een vast dienstverband worden verricht maar ook onder de tijdelijke werknemers, waaronder de uitzendkrachten. De CGB maakt terecht duidelijk dat uitzendkrachten en andere 'gelijkgestelden' die op de werkvloer in een zwakkere positie kunnen verkeren, een zelfde wettelijke bescherming tegen seksuele intimidatie genieten als de vaste werknemers. Dit oordeel is een voorbeeld van de duidelijke jurisprudentie van de CGB inzake de eisen die aan werkgevers kunnen worden gesteld bij de bescherming tegen seksuele intimidatie. Voor een overzicht van deze eisen en van de betekenis van de wijzigingen in de AWGB na inwerking-

trekking van de EG-implementatiewet AWGB kan worden verwezen naar de bijdrage in deze bundel van Holtmaat.

Oordeel 2003-136 betreft een verzoekster die van mening is dat ze niet is aangenomen als consultant kinderopvang omdat de werkgever haar een bedrijfseconomisch risico vond vanwege haar bekkeninstabiliteit als gevolg van zwangerschap. Volgens de werkgever bestond het bedrijfseconomisch risico van de vrouw uit het niet voldoen aan de functie-eisen. De werkgever heeft het vermoeden van discriminatie niet kunnen weerleggen. Voor de CGB is het doorslaggevend dat de sollicitatieprocedure onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar was geweest.

Oordeel 2003-64 betreft de vraag of de zwangerschap van een sollicitante een rol heeft gespeeld bij de beslissing om geen arbeidsovereenkomst aan te gaan. De CGB overweegt dat het niet-aangaan van een arbeidsovereenkomst valt onder het 'aangaan' in de zin van art. 7:646 BW. Volgens de CGB heeft verzoekster onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd die het vermoeden van onderscheid vestigen. Het lijkt erop dat de Commissie hierbij heeft meegewogen dat de werkgever al met een tweede sollicitante in gesprek was over een eventuele vervulling van de functie voordat verzoekster hem had verteld dat ze zwanger was.

4 ARBEIDSVORWAARDEN

4.1 *Gelijk loon*

4.1.1 *Inschaling en paarsgewijze loonvergelijking*

De werkneemster in dienst van een HBO-instelling die is aangesteld als hogeschooldocent in schaal 12 en op grond van een vergelijking van haar werkzaamheden met drie maatmannen meent dat zij arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde of hogere waarde verricht, maar lager wordt beloond, is door de CGB in het gelijk gesteld (2003-77). De werkneemster heeft in een uitgebreide motivatie haar taken en verantwoordelijkheden vergeleken met drie maatmannen en slaagt erin om een vermoeden van onderscheid naar geslacht te vestigen. De CGB beperkt de periode waarin de arbeid van verzoekster en de maatmannen vergeleken kan worden tot de datum waarop een systeem van functiedifferentiatie is ingevoerd en waarin de functies van hogeschooldocent en hogeschoolhoofddocent zijn opgenomen. Daardoor kan er geen vergelijking plaatsvinden met een maatman wiens dienstverband ruim voor de invoering van de functiedifferentiatie is beëindigd. De CGB wijst er terecht op dat een vergelijking met maatmannen uit het verleden op zich wel mogelijk is.¹⁷ De Commissie behandelt uitvoerig de door de werkgever aangedragen argumenten, die hier buiten beschouwing blijven, nu deze zijn toegesneden op de specifieke situatie. De werkgever slaagt er niet in om het vermoeden te weerleggen, temeer daar de wijze waarop de functiewaardering met de bijbehorende criteria op basis waarvan inschaling in de hogere schaal plaatsvindt niet eenduidig is. Het feit dat één van de maatmannen dezelfde beloning geniet als de verzoekster doet daar niet aan af. Er is immers één maatman die hoger is ingeschaald.

17

Zie HvJ EG 27 maart 1980, zaak 129/70, *Jur.* 1980, p. 1275 (*Macarthys*).

4.1.2 *Inschaling na reorganisatie*

Veertien vrouwen en drie mannen die als administratief ondersteunend personeel bij de afdeling Arbeidsintegratie van het GAK Nederland werkten menen dat jegens hen onderscheid naar geslacht in de arbeidsvoorwaarden is gemaakt bij de overgang van hun afdeling na een landelijke herstructurering. Hun verzoek is door de CGB gesplitst: in oordeel 2003-73 is het verzoek van de vrouwen behandeld, in oordeel 2003-74 dat van de mannen (zie ook 2.1). In oordeel 2003-73 is de vraag aan de orde of er indirect onderscheid naar geslacht is gemaakt bij het toepassen van verschillende compensatieregelingen op de verzoeksters en de groep arbeidsdeskundigen om de inkomensachteruitgang op te vangen ten gevolge van de overgang van hun afdeling. Verzoeksters stellen dat de groep arbeidsdeskundigen een structurele compensatie krijgt, terwijl zij slechts eenmalig zijn gecompenseerd. Op grond van nader onderzoek door de functiewaarderingsdeskundige van de CGB blijkt dat de groep arbeidsdeskundigen geen structurele compensatie krijgt, maar dat de inkomensachteruitgang van beide groepen is gecompenseerd door middel van uitkeringen. Op dit punt heeft de werkgever niet in strijd met de wet gehandeld. Verzoeksters klagen ook over het feit dat de toewijzing van de inkomenscompensatie aan hun groep afhangt van gegevens die ze zelf aanleverden, terwijl voor de arbeidsdeskundigen de werkgever dit regelde. De CGB onderzoekt of dit een vermoeden van indirect onderscheid naar geslacht oplevert. Relevant zijn de gegevens op het moment van overgang van de afdeling, maar die ontbreken. Uit gegevens die betrekking hebben op de man/vrouwverdeling van beide groepen anderhalf jaar na de overgang van de afdeling blijkt dat 1.54 maal meer vrouwen dan mannen moesten bewijzen dat er sprake was van een inkomensachteruitgang. Daarmee is de grens die de CGB hanteert (1.5) overschreden en is er sprake van indirect onderscheid. De werkgever slaagt er niet in om aan te tonen dat het onderscheid objectief gerechtvaardigd is omdat ook een procedure denkbaar was die minder onderscheid makend was geweest. Het middel was daarom niet noodzakelijk en de handelswijze in strijd met de wet. De werkgever heeft daarentegen wat betreft de mannelijke verzoekers niet in strijd met de wet gehandeld (2003-74). Ook hier moet worden geconstateerd dat deze uitkomst onbevredigend is. De regeling zelf is immers volgens de Commissie wel in strijd met de wet. Uiteraard zal de werkgever geen onderscheid naar geslacht mogen maken bij de reparatie van de regeling en dienen de mannelijke verzoekers hetzelfde te worden behandeld als de vrouwelijke. Ze liften als het ware mee, maar pas achteraf.

4.1.3 *Bezuinigingen op de werkgeversbijdrage aan kinderopvang*

In oordeel 2003-135 was de vraag aan de orde of een werkgever die bezuinigt op de werkgeversbijdrage van de kosten van kinderopvang in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving handelt omdat alleenstaande moeders worden getroffen. Van direct onderscheid naar geslacht is geen sprake omdat de kinderopvangregeling voor alle werknemers geldt. Een vermoeden van indirect onderscheid acht de CGB gevestigd op grond van landelijke cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek. De cijfers over het personeelsbestand van de werkgever geven geen aanleiding om te veronderstellen dat de situatie bij het bedrijf anders is. In het totale bezuinigingspakket vormt het versoberen van de kinderopvangregeling de enige maatregel die een specifieke groep nadelig treft. Er is evenwel een objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid. Daarbij speelt onder meer een rol dat de gerealiseerde besparing ter voorkoming van gedwongen ontslagen substantieel is, de kosten van de regeling beheersbaar zijn geworden en de maatregel onderdeel is van een totaalpakket. De kinderopvangregeling is niet afgeschaft, maar versoberd, waarbij de overgangsregeling voor eenoudergezinnen gunstiger was dan voor tweouderge-

zinnen. Bovendien heeft de werkgever extra aandacht besteed aan mogelijkheden om de nadelige situatie van verzoekster op te vangen.

4.1.4 *Deeltijd, zwangerschap en bevalling en ouderschapsverlof*

Een voorbeeld van samenloop van onderscheid naar arbeidsduur en direct onderscheid naar geslacht bij de beloning biedt oordeel 2003-61. Een dierenartsassistente die reeds vijf jaar in dienst van de werkgever is krijgt voor het eerst geen jaarlijkse schaalverhoging nadat ze haar arbeidsduur heeft verminderd van 40 naar 20 uur en zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft genoten. De CGB komt tot de conclusie dat het verbod van onderscheid naar arbeidsduur (art. 7:648 BW) is geschonden (zie de bijdrage van De Wolff in deze bundel). De vraag is of er ook direct onderscheid is gemaakt wegens zwangerschap en bevalling, nu de werkgever in een brief aan de personeelsvertegenwoordiging mede refereert aan afwezigheid wegens zwangerschap en ziekte. In een latere brief stelt de werkgever daarentegen dat ziekte en zwangerschapsverlof als gewerkte dagen worden gezien en geen invloed hebben op schaalverhogingen. De CGB kiest een pragmatische aanpak: het feit dat reeds is geconstateerd dat het verbod op onderscheid naar arbeidsduur is geschonden, de toepassing van de vereenvoudigde procedure en de tweede brief van de werkgever geven de Commissie voldoende aanleiding om te concluderen dat het vermoeden van onderscheid naar geslacht is weerlegd. Een mild oordeel, want de werkgever heeft in eerste instantie zelfs schriftelijk aangegeven dat afwezigheid wegens zwangerschap en ziekte een rol speelden bij het afzien van de schaalverhoging. Maar niet onbegrijpelijk, nu de argumenten over arbeidsduurvermindering en afwezigheid wegens zwangerschap en ziekte zo met elkaar waren verweven. Blijkbaar was de werkgever overtuigend.

Het ziekenhuis dat een bindingspremie aan een operatieassistente heeft onthouden vanwege zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft wel direct onderscheid naar geslacht gemaakt (2003-133). De regeling bepaalt dat de premie berekend wordt over gewerkte periodes. Volledige arbeidsongeschiktheid, zwangerschaps- en ouderschapsverlof, onbetaald verlof en andere vormen van afwezigheid worden niet meegerekend bij de berekening van de hoogte van de premie. Steun ontlenend aan het EG-recht heeft de CGB weinig moeite de bindingspremie onder het begrip arbeidsvoorwaarden van art. 7:646 BW te brengen. Met de constatering dat door afwezigheid wegens zwangerschap en bevalling mee te laten tellen alleen vrouwen worden benadeeld en dat geen van de wettelijke uitzonderingen van toepassing is, volgt de weinig verrassende conclusie dat de regeling in strijd met de wet is. Opvallend is dat de Commissie aangeeft dat bij arbeidsongeschiktheid, ouderschapsverlof, dan wel onbetaald verlof mannelijke en vrouwelijke medewerkers gelijk getroffen kunnen worden. Dit mag waar zijn afhankelijk van de samenstelling van de referentiegroep, voor ouderschapsverlof past toch zeker de kanttekening dat dit verlof landelijk gezien overwegend door vrouwen wordt opgenomen, in het bijzonder indien het onbetaald is.¹⁸ Een kritischere opstelling van de Commissie op dit punt met bijvoorbeeld een aanbeveling om na te gaan of de regeling op dit punt niet indirect discriminerend is, was zeker op zijn plaats geweest.

18

Zie M. Grootsholte, J. Bouwmeester & P. de Klaver, *Evaluatie Wet op het ouderschapsverlof: onderzoek onder rechthebbende en werkgever. Eindrapport*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2000.

4.1.5 *Deeltijd en functieverandering*

Bijzonder vreemd en verontrustend is de benadering van de CGB in oordeel 2003-143, waarin het motief van de verzoekster om in deeltijd te werken een rol speelt bij het vaststellen van indirect onderscheid naar geslacht! In dit oordeel was de vraag aan de orde of de verweerder in strijd met de wetgeving gelijke behandeling heeft gehandeld door verzoekster in rang en salaris achteruit te zetten op het moment dat ze in deeltijd is gaan werken. In een eerder oordeel had de Commissie reeds vastgesteld dat het deeltijdbeleid van de verweerder in strijd met de wet was (2003-184). In dit oordeel komt de Commissie via een merkwaardige weg tot de tegengestelde conclusie (zie de annotatie van Burri bij dit oordeel).

4.1.6 *Continuing story I: de KLM-stewardessen*

Wederom is de Commissie verzocht om verschillende arbeidsvoorwaarden die van toepassing waren op KLM-stewardessen te toetsen aan de gelijkebehandelingswetgeving. In alle gevoegde oordelen (2003-23 t/m 35) zijn drie vragen aan de CGB voorgelegd. De eerste vraag heeft betrekking op het niet mee laten wegen van eerder opgedane ervaring bij de inschaling op grond van een vast arbeidscontract. De verzoeksters zijn tussen 12 en 23 jaar in dienst van KLM geweest op grond van diverse contracten voordat hun een vast contract werd aangeboden. De CGB concludeert dat de regeling in strijd met de wet is, omdat er een te grote discrepantie bestaat tussen de werkelijke jaren dat er tussen verzoeksters en de KLM een arbeidsrelatie is geweest en de inbouw van de anciënniteit. De tweede vraag betreft de uitsluiting van pensioenopbouw en de derde de inschaling.

Voor de beantwoording van deze vragen refereert de Commissie aan het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Bouma*.¹⁹ Anders dan de Hoge Raad in deze zaak, die oordeelde dat er sprake was van indirect onderscheid naar geslacht, komt de Commissie tot de conclusie dat er direct onderscheid naar geslacht bij de beloning is gemaakt door de lagere inschaling van de stand-by stewardessen. Reeds eerder had de Commissie vastgesteld dat de stand-by stewardessen arbeid van gelijke waarde dan wel arbeid van nagenoeg gelijke waarde als hun mannelijke collega's verrichten.²⁰ Vrouwelijke werknemers konden alléén stand-by stewardessen worden, dit hangt rechtstreeks samen met geslacht en is dus direct onderscheid volgens de Commissie. De pensioenopbouw toetst de CGB aan art. 5 AWGB en met inachtneming van de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt ook op dit punt de conclusie dat de KLM direct onderscheid naar geslacht heeft gemaakt. Nu de Hoge Raad concludeerde tot indirect onderscheid in de zaak *Bouma* gaat de Commissie na of er indirect onderscheid naar geslacht is gemaakt op grond van de contractsvorm en beantwoordt zij ook deze vraag bevestigend. Dit geldt ook voor de lagere inschaling. Maar of het ooit tot reparatie zal komen valt te betwijfelen, nu verschillende kantonrechters over dezelfde regelingen tot andere uitkomsten komen dan de Commissie (zie de themabijdrage van Veldman bij deze oordelen). Wordt vast vervolgd...

4.1.7 *Continuing story II: de HOS-garanties in het onderwijs*

De zaken die de beloning in het onderwijs betreffen, in het bijzonder het hanteren van het criterium laatstgenoten salaris bij het vaststellen van het aanvangssalaris

19 HR 24 april 1992, NJ 1992, 689.

20 CGBm/v 17 juli 1987, oordeel 3039.

zonder rekening te houden met eerdere betaalde en onbetaalde ervaring en de HOS-garanties kennen ook een lange geschiedenis (2003-87 t/m 101, zie ook de themabijdrage van Vegter in deze bundel). De oordelen in 2003 hebben betrekking op de sector Beroepsonderwijs en Volwasseneneducatie (BVE). In de oordelen 2003-90 t/m 92 en 2003-96 t/m 98 zijn de verzoeken afkomstig van vrouwen, in de oordelen 2003-87 t/m 89, 2003-93 t/m 95 en 2003-99 t/m 101 van mannen.

Wat betreft het vaststellen van het aanvangssalaris zijn maatregelen getroffen om de salarisachterstand in te kunnen lopen, maar verzoekster in de gevoegde oordelen 2003-90 t/m 92 heeft daarvan niet kunnen profiteren, tegenover haar is er dus indirect onderscheid naar geslacht gemaakt op dit punt. Verzoekster in oordeel 2003-96 klaagde over het feit dat bij het vaststellen van het aanvangssalaris geen rekening is gehouden met aanvullende inkomsten uit onder meer fooien. De CGB oordeelt dat de beoordeling van de wijze waarop het salaris is vastgesteld niet onder haar bevoegdheid valt, niet is gesteld of gebleken dat dit met één van in de wet genoemde discriminatiegronden samenhangt. Ten aanzien van de verzoeken van de mannelijke docenten constateert de CGB dat de mannen zich met collega's van hetzelfde geslacht vergelijken en er dus niet aan de discriminatiegrond geslacht kan worden getoetst. Op een andere in de wet genoemde discriminatiegrond was geen beroep gedaan (2003-87, 2003-93 en 2003-99). Wat betreft de HOS-garanties in de BVE is er geen strijd met de wet, omdat de relevante cijfers niet wijzen op een vermoeden van indirect onderscheid naar geslacht.

4.2 *Gelijke behandeling*

Art. 5 AWGB heeft een open normadressaat en kan ook worden ingeroepen tegenover intermediaire instanties op het terrein van de arbeidsbemiddeling, zoals uitzendbureaus. In oordeel 2003-06 is de verweerder een College van B&W en verzoekers – die met elkaar gehuwd zijn en beiden een bijstandsuitkering ontvangen – klagen over het feit dat de vrouw wel een loopbaanbegeleidingstraject kreeg aangeboden, maar de man niet. Nu het College als instantie net als een Centrum voor werk en inkomen bepaalt of iemand in aanmerking komt voor een begeleidingsinstrument als loopbaanbegeleiding, valt een dergelijke beslissing onder art. 5 lid 1 sub *e* AWGB, aldus de Commissie. Het betreft dus geen eenzijdig overheids-handelen. Maar in dit geval geven de feiten onvoldoende aanleiding om te vermoeden dat er onderscheid naar geslacht is gemaakt.

Evenmin slaagt de verzoekster die werkzaam is bij een aannemingsbedrijf erin aan te tonen dat ze bepaalde werkzaamheden die bij haar functie horen niet zou mogen uitoefenen (2003-68). Een discriminerende bejegening op de werkvloer kan evenmin worden vastgesteld omdat de verklaringen van de werknemster en de werkgever uiteenlopen. Maar de werkgever heeft wel in strijd met de wet gehandeld door zich onvoldoende in te spannen om een niet-seksistische werkomgeving te realiseren. Vooral in een door mannen gedomineerde werkomgeving dienen leidinggevenden zich wat dat betreft actief op te stellen, meent de Commissie.

4.3 *Medezeggenschap*

FNV-Bondgenoten heeft de Commissie verzocht een oordeel te geven over een OR-reglement van een schoonmaakbedrijf dat een aantal kiesgroepen onderverdeelt in CAO- en niet-CAO-personeel, waardoor vrouwen en allochtonen niet evenredig aan medezeggenschap kunnen deelnemen (2003-125). De Commissie acht de vakbond niet-ontvankelijk omdat het verzoek is gericht tegen de werkgever, terwijl het volgens de Commissie tegen de OR had moeten zijn gericht. Uit art. 8 lid 1 WOR leidt de CGB af dat de OR in beginsel verantwoordelijkheid draagt voor zijn

reglement en de effecten die bepalingen uit dit reglement met zich meebrengen. Maar FNV-Bondgenoten erkent het platform dat het reglement heeft vastgesteld niet als een wettig gekozen ondernemingsraad. Dit platform is samengesteld uit ondernemingsraden van verschillende bedrijven na een fusie. De Commissie acht zich terecht onbevoegd om over de rechtsgeldigheid van dit platform als OR te oordelen.

4.4 *Transseksualiteit*

Onderscheid op grond van geslacht omvat ook transseksualiteit, zo blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie.²¹ Een transseksuele verzoekster meent dat jegens haar onderscheid is gemaakt bij de bejegening op de werkvloer, bij haar non-actiefstelling, bij de beëindiging van haar detachering en bij haar reïntegratieproces (2003-139). De feiten waarover verzoekster klaagt hebben zich over een periode van bijna tien jaar afgespeeld, vanaf het moment dat verzoekster zich als vrouw is gaan presenteren op het werk. Op grond van de talrijke inspanningen van de werkgever, een gemeente, om verzoekster een geschikte werkomgeving te bieden oordeelt de Commissie dat de werkgever het transformatieproces serieus heeft genomen en heeft voldaan aan zijn zorgverplichtingen. De non-actiefstelling staat in verband met een zeer lage productiviteit zonder uitzicht op verbetering. De beëindiging van de detachering is het gevolg van een conflict met een collega en het feit dat alle andere collega's hadden aangegeven niet meer met verzoekster samen te willen werken. De werkgever kan niet worden verweten dat hij het conflict niet heeft zien aankomen en beheersbaar heeft gehouden, omdat verzoekster vlak daarvoor aangaf dat alles prima ging. Ook wat betreft de reïntegratie oordeelt de CGB dat de werkgever zich voldoende heeft ingespannen. Gelet op de feitelijke gang van zaken een terecht oordeel.

5 **ZWANGERSCHAP EN ZWANGERSCHAPSGERELATEERDE ZIEKTE**

De combinatie zwangerschap en arbeid speelt ieder jaar een grote rol in de oordelen van de CGB. In dit overzicht blijkt dit in diverse paragrafen. In deze paragraaf gaat de aandacht alleen uit naar oordeel 2003-118. In dit oordeel behandelt de CGB op verzoek van de OR drie rechtsvragen die betrekking hebben op de rechtspositionele gevolgen van afwezigheid gedurende de periode van zwangerschaps- en bevallingsverlof en de periode van aan zwangerschap gerelateerde ziekte tijdens de zwangerschap. Deze vragen zijn grotendeels te herleiden tot de vraag welke gevolgen het *Brown*-arrest van het EG-Hof heeft voor de rechtspositie van zwangere en pas bevallen werknemers.²² In dit arrest oordeelde het Hof dat deze beide perioden van afwezigheid niet mogen worden meegeteld voor de berekening van de periode waarna ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid kan volgen. De vraag of dit arrest alleen consequenties heeft voor ontslag na langdurige arbeidsongeschiktheid of dat het meetellen van deze perioden ook in andere situaties ongeoorloofd is, is een van de kwesties die de OR aan de CGB voorlegt.

De CGB beantwoordt de volgende drie vragen:

1. mag de werkgever de perioden van afwezigheid wegens zwangerschaps- en bevallingsverlof en wegens aan zwangerschapsgelateerde ziekte tijdens de zwangerschap meetellen voor de termijn van achttien maanden waarop bezoldigingsaan-

21 HvJ EG 30 april 1996, zaak C-13/94, *Jur.* 1996, p. I-2143 (P/S).

22 HvJ EG 30 juni 1998, zaak C-394/96, *Jur.* 1998, p. I-4225 (*Brown*), *JAR* 1998/198, *RN* 1999, 979 (m.nt. Monster).

- spraken bij arbeidsongeschiktheid worden verminderd tot 80 procent van het laatstverdiende loon?
2. is de werkgever nalatig door geen terugwerkende kracht te verlenen aan de in verband met het *Brown*-arrest gecorrigeerde bepaling die voorziet in ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid?
 3. is de werkgever nalatig door vrouwen die in het verleden zijn ontslagen met inachtneming van de niet-gecorrigeerde ontslagbepaling actief te informeren over hun rechten en daarnaast door eventuele herzieningsverzoeken af te wijzen op grond van het enkele feit dat de bezwaartermijn is verstreken?

De CGB toetst de *eerste* vraag aan art. 1a WGBMV, waarin het verbod van onderscheid op grond van geslacht bij de arbeidsvoorwaarden door de openbare dienst is geformuleerd. De gemeente valt onder het begrip openbare dienst en de omstrede bepaling betreft de arbeidsvoorwaarden. Verder is van belang dat de omstrede bepaling dezelfde regeling geeft voor de afwezigheid wegens zwangerschap en wegens ziekte. De Commissie stelt vast dat art. 1a WGBMV moet worden uitgelegd in overeenstemming met de bewoordingen en objectieve doelstellingen van het EG-recht, zoals neergelegd in de jurisprudentie van het Hof. De CGB wijst daarbij allereerst op de betekenis van de zwangerschapsrichtlijn en bespreekt vervolgens relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake de betekenis van het discriminatieverbod van de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn voor de rechtspositie van zwangere en pas bevallen vrouwen.²³ In het antwoord op de eerste vraag maakt de CGB korte metten met de omstrede bepaling met verwijzing naar de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat ziekte en zwangerschap niet gelijkgesteld mogen worden. De Commissie betreft daarbij tevens de regel uit het *Brown*-arrest dat ziekte tijdens de zwangerschap die het gevolg is van de zwangerschap op geen enkele manier vergelijkbaar is met een toestand van ziekte. De CGB concludeert dat de beide genoemde perioden niet mogen worden meegeteld voor de toepassing van de bepaling. Dit is terecht, omdat het arrest volgens ons geen aanleiding geeft voor de veronderstelling dat de regel van het *Brown*-arrest alleen bedoeld is voor ontslag.²⁴ De CGB had er beter aan gedaan deze opvatting uitvoeriger te beargumenteren omdat dit geen onomstreden standpunt is. Zo heeft de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) zich in een advies aan het kabinet op het standpunt gesteld dat het *Brown*-arrest er niet toe noodzaakt de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof buiten beschouwing te laten voor de wachttijd van de WAO en de WAO-conforme regelingen. Dit zou evenmin nodig zijn voor de periode van de loondoorbetalingsplicht in geval van ziekte op grond van art. 7:629 BW.²⁵ Ondanks dit advies is deze wetgeving in het kader van de invoering van de Wet arbeid en zorg wel herzien voor wat betreft de periode van het zwangerschaps- en bevallingsverlof. De periode van afwezigheid wegens zwangerschapsgelateerde ziekte die zich kan voordoen voor de ingang van het verlof, heeft de wetgever hier echter buiten gelaten.²⁶ De CRvB heeft ook voor deze benadering gekozen. Volgens de Raad heeft het *Brown*-arrest wel consequenties voor de wachttijd van de WAO in de zin dat de verlofperiode niet mag worden meegeteld, maar dit zou niet gelden

23 Het betreft respectievelijk Richtlijn 89/391/EEG, *PbEG* 1986, L 359/56 (zwangerschapsrichtlijn) en Richtlijn 76/206/EEG, *PbEG* 1976, L 39/40 (tweede gelijkebehandelingsrichtlijn).

24 Dit standpunt vindt steun in de uitvoerige annotatie van Monster bij het *Brown*-arrest in *Nemesis* 1999, nr. 1, RN 1999, 979.

25 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 206, nr. 16.

26 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 208, nr. 4, 5 en 12; zie met name nr. 5, p. 9-12; deze wijzigingen maken deel uit van de Invoeringswet arbeid en zorg; deze wet is gelijktijdig met de Wet arbeid en zorg in werking getreden op 1 december 2001, *Stb.* 2001, 569.

voor de periode van afwezigheid wegens zwangerschapsgelateerde ziekte.²⁷ Volledigheidshalve valt erop te wijzen dat het in 2001 ingediende wetsvoorstel dat de consequenties van het *Brown*-arrest moet regelen voor het ontslagverbod van art. 7:670 BW nog steeds ter behandeling bij de Tweede Kamer ligt.²⁸ Dit voorstel voorziet onder andere in de noodzakelijke toevoeging aan art. 7:670 BW dat een periode van zwangerschapsgelateerde ziekte voorafgaand aan het zwangerschapverlof en een periode van ziekte tijdens het zwangerschap- en bevallingsverlof niet mogen worden meegeteld bij de berekening van de termijn gedurende welke het opzegverbod wegens ziekte geldt.

Het antwoord op de *tweede* vraag luidt dat aan de gecorrigeerde ontslagbepaling terugwerkende kracht moet worden toegekend. In r.o. 5.15 geeft de CGB aan dat burgers zich na het verstrijken van de implementatietermijn van de tweede gelijke-behandelingsrichtlijn op 9 augustus 1978 jegens een openbare dienst rechtstreeks kunnen beroepen op de norm. Met 'de norm' doelt de CGB op art. 5 van de richtlijn. De CGB wijst er tevens op dat het Hof zelf in verschillende arresten geen beperking in de tijd geeft aan de interpretatie die zij ten aanzien van de norm hanteert. De Commissie zegt dat het niet tot haar bevoegdheid behoort om een uitspraak te doen over het moment waarop het verbod geldt om de periode van zwangerschap en zwangerschapsgelateerde ziekte te betrekken in de berekening van de termijnen van de beide bepalingen. Het zou denkbaar zijn dat het verbod geldt sinds het verstrijken van de implementatietermijn van de tweede gelijkebehandelingsrichtlijn. Ten onrechte acht de CGB het ook mogelijk dat het verbod pas geldt sinds het *Webb*-arrest van 14 juli 1994.²⁹ Het is aannemelijk dat de Commissie voor dit arrest kiest omdat het Hof daar voor het eerst uitdrukkelijk de gelijkstelling van zwangerschap en aan zwangerschap gerelateerde ziekte aan gewone ziekte van de hand wees. Maar het is vaste jurisprudentie van het HvJ EG dat er slechts bij wijze van uitzondering een beperking aan de terugwerkende kracht van een arrest wordt gegeven (zie *Defrenne II* en *Barber*).³⁰ Een beperking van de werking in de tijd heeft het Hof noch in *Webb*, noch in *Brown* aangebracht.

Het antwoord op de *derde* vraag is dat de gemeente mogelijk getroffen werknemers actief moet informeren over hun rechten. Ook zouden herzieningsverzoeken van deze werknemers die na ommekomst van de bezwaartermijn worden gedaan, niet zonder meer mogen worden afgewezen.³¹ De CGB beargumenteert dit antwoord in r.o. 5.19 en 5.20 met een verwijzing naar de arresten *Constanzo* en *Larsy*.³² De CGB geeft aan dat alle instanties van een lidstaat (elke overheidsinstantie, ook een gedecentraliseerde instantie zoals een gemeente) de volle werking van de gemeen-

27 CRvB 6 juni 2003, nr. 00/2504 WAO, *NJB* 2003, p. 1398, nr. 16.

28 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 826, nr. 1-2. In februari 2004 is een nota van wijziging ingediend vanwege de mogelijk discriminatoire effecten van de samentellingsregel van art. 7:670 BW (en andere wetten): *Kamerstukken II* 2003/04, 27 826, nr. 5 en 6. Zie hierover ook het CGB-advies 2002/05 inzake wetsvoorstel 27 826 d.d. 27 augustus 2002.

29 HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-32/93, *Jur.* 1994, p. I-3567 (*Webb*).

30 HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/72, *Jur.* 1976, p. 455 (*Defrenne II*); HvJ EG 17 mei 1990, zaak 262/88, *Jur.* 1990, I-1889 (*Barber*).

31 In het dictum van de CGB staat overigens dat het afwijzen van herzieningsverzoeken op grond van het enkele feit dat de bezwaartermijn is verstreken in strijd is met het verbod van onderscheid op grond van geslacht. Dit is geen goed gekozen formulering omdat hiermee ten onrechte de indruk wordt gewekt dat het laten verstrijken van bezwaartermijnen door een rechthebbende niet tot niet-ontvankelijkheid zou kunnen leiden. In dit verband is een verwijzing naar de zaak *Bahaddar* op zijn plaats waarin het EHRM tot niet-ontvankelijkheid oordeelde omdat Bahaddar de nationale rechtsmiddelen niet had uitgeput nu zijn advocaat termijnen voor het aanvullen van de gronden van bezwaar in de nationale procedure had laten verstrijken. EHRM 19 februari 1998, *Bahaddar t. Nederland*, *JV* 1998, 45, *NJCM-Bulletin* 1999, p. 1072-1083 (m.nt. B.E.C.M. Tax).

32 HvJ EG 22 juni 1989, zaak C-103/88, *Jur.* 1989, p. 1839 (*Constanzo*); HvJ EG 28 juni 2001, zaak C-118/00, *Jur.* 2001, p. I-05063 (*Larsy*).

schapsregels moeten verzekeren voorzover het gaat om bepalingen uit het gemeenschapsrecht waarop een particulier zich tegenover de staat kan beroepen omdat deze bepalingen inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn. De CGB ondersteunt deze argumentatie tevens met verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad.³³

6 PENSIOENEN EN NABESTAANDENVOORZIENINGEN

6.1 Uitsluiting

Vier verzoeken van vrouwen betreffen (onder meer) uitsluiting van een pensioenregeling. In de gevoegde oordelen 2003-03 t/m 04 is een regeling in het geding op grond waarvan gehuwde vrouwen niet konden deelnemen aan de pensioenregeling. De uitsluiting is ongedaan gemaakt met terugwerkende kracht tot 1 januari 1980, met een compensatieregeling voor voorgaande jaren. Verzoekster is van 1973 tot 1986 uitgesloten geweest en kreeg in 1981 de mogelijkheid aangeboden om alsnog pensioen op te bouwen, maar zag daarvan af op advies van het toenmalige hoofd personeelszaken. Een schriftelijke afstandsverklaring ontbreekt, maar de werkgever kan wel een ontvangstbevestiging van de afstandsverklaring overleggen en bewijzen dat er uitgebreid voorlichting is gegeven over de nieuwe regeling. De Commissie stelt eerst vast dat de rechter moet beoordelen of de verjaringstermijn naar burgerlijk recht is overschreden. CGB past de jurisprudentie van het Hof van Justitie toe, waarbij met name de zaak *Fisscher* relevant is, op grond waarvan gehuwde vrouwen het recht op aansluiting bij een pensioenregeling geldend kunnen maken vanaf 8 april 1976.³⁴ Art. 141 EG is dus op deze zaak van toepassing voor de periode van 8 april 1976 (de datum waarop aan art. 119 EG-Verdrag (nu art. 141 EG) rechtstreekse werking is toegekend) tot 31 maart 1986. De Commissie overweegt dat er voor de periode tussen 8 april 1976 en 1981 een redelijke compensatieregeling bestond, waarvan verzoekster geen gebruik heeft gemaakt. De werkgever kan niet worden tegengeworpen onderscheid naar geslacht te hebben gemaakt, nu compensatie is aangeboden, uitgebreid voorlichting over de regeling is gegeven en uitvoerig overleg is gevoerd met de ondernemingsraad. Anders dan in oordeel 1996-07, waarin de CGB oordeelde dat het voorleggen van een afstandsverklaring aan alleen vrouwelijke werknemers in strijd met de wet is, oordeelt de CGB in deze situatie – in het licht van de uitgebreide voorlichting die is gegeven – dat de werkgever heeft voldaan aan zijn zorgplicht op grond van de gelijkebehandelingswetgeving. Het enkele feit dat een afstandsverklaring is voorgelegd is niet in strijd met de wet.

In de gevoegde oordelen 2003-116 en 2003-117 toetst de CGB twee opeenvolgende pensioenregelingen van een detailhandelconcern aan het verbod van onderscheid naar geslacht (zie ook 2.1). De uitsluiting van deeltijders voor de wijziging van de pensioenregeling is in strijd met de wet vanaf 8 april 1976 (*Vroege*).³⁵ Vanaf 1 januari 1978 konden deeltijders kiezen uit deelname aan de pensioenregeling of aan een bedrijfsspaarregeling. Verzoekster koos voor het laatste. De CGB oordeelt dat deeltijders dus niet zijn uitgesloten van de pensioenregeling en acht ook hier het feit dat er voorlichting is gegeven over de nieuwe regeling relevant. Er is wel onderscheid gemaakt in de regeling tussen deeltijders en voltijders, nu voltijders verplicht en automatisch aan de regeling deelnamen, terwijl deeltijders aan een minimale ureneis

33 HR 13 november 1987, NJ 1989, 698.

34 HvJ EG 28 september 1994, zaak C-228/93, *Jur.* 1994, p. I-4583 (*Fisscher*).

35 HvJ EG 28 september 1994, zaak C-57/93, *Jur.* 1994, p. I-4541 (*Vroege*).

moesten voldoen (12 uur per week), vijf jaar onafgebroken in dienst moesten zijn geweest of daarvoor om opname in de pensioenregeling moesten hebben verzocht. Dit onderscheid heeft volgens de Commissie betrekking op de opbouw van pensioenaanspraken. Dit is inderdaad het geval voor de grootste groep. Maar de groep deeltijders die minder dan 12 uur per week werkt en niet vijf jaar na 1 januari 1978 onafgebroken in dienst is geweest of voorheen om deelname heeft verzocht, wordt uitgesloten van de toegang tot de pensioenregeling. Verzoekster behoort niet tot deze groep, zij is daarom niet-ontvankelijk omdat de klacht betrekking heeft op een periode vóór 17 mei 1990 (*Barber*).³⁶ Verzoekster klaagt ook over wijzigingen in de nieuwe pensioenregeling. De franchise in de regeling is voor deeltijds werkende vrouwen verhoogd naar 100% van de gehuwden-AOW. Daarover verricht de CGB nader onderzoek en de zaak wordt op dit punt aangehouden. De pensioengerechtigde leeftijd voor in voltijd werkende vrouwen is verhoogd van 60 naar 65 jaar. Wat betreft de periode voor 17 mei 1990 is het verzoek niet-ontvankelijk. Na die datum is er geen strijd met de wet, de pensioengerechtigde leeftijd van de bevoordeelde groep mag worden gebracht naar het lagere niveau van de benadeelde groep (*Smith/Avdel*).³⁷ Dit geldt ook voor de verlaging van het opbouwpercentage van de vrouwelijke werknemers, waardoor hetzelfde opbouwpercentage geldt voor mannen en vrouwen. Verzoekster klaagt ook over de toepassing van een eindloonstelsel, dat indirect discriminerend voor vrouwen zou zijn omdat het vooral ‘carrièremakers’ bevoordeelt en vooral mannen carrière maken. De CGB acht dit aannemelijk, maar concludeert op grond van een nadere analyse van het zogenaamde backservicesysteem dat niet is komen vast te staan dat meer mannen dan vrouwen backserviceaanspraken genereren omdat ook de duur van het dienstverband een rol speelt bij de hoogte van de aanspraken.

In de gevoegde oordelen 2003-106 en 2003-107 is onder meer de vraag aan de orde of een pensioenregeling die uitsluitend van toepassing is op werknemers met specifieke functies (expert-taxateurs in de scheepsvaart en stafmedewerkers) in strijd is met het verbod van indirect onderscheid naar geslacht. Verzoekster is werkzaam als administratief medewerkster en kan vanwege haar functie niet deelnemen aan de pensioenregeling. Dit kleine bedrijf kan geen relevante gegevens over het personeelsbestand in de in geding zijnde periode overleggen. In de branche zijn geen vrouwen als expert-taxateur werkzaam en uitgaande van het feit van algemene bekendheid dat vooral vrouwen in administratieve functies werken, is er volgens de CGB indirect onderscheid naar geslacht. De uitsluiting is niet objectief gerechtvaardigd. Het doel – het bieden van een extra voorziening aan werknemers die risicovol werk verrichten – is voldoende zwaarwegend en niet discriminerend. Maar het middel – het aanbieden van een pensioenregeling aan zowel expert-taxateurs als stafmedewerkers – is niet geschikt, nu stafmedewerkers niet meer risicovol werk verrichten dan werknemers met andere kantoorfuncties. De Commissie acht de in het geding zijnde regeling niet vergelijkbaar met de situatie die in het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Soeverijn* aan de orde was, omdat in dat arrest de groep administratief medewerkers zich vergeleek met de groep technisch personeel.³⁸ De pensioenregeling had betrekking op één bepaalde groep medewerkers, terwijl de onderhavige pensioenregeling niet is gerelateerd aan een bepaalde functie en de verschillende functies waarvoor de pensioenregeling geldt niet van gelijke waarde zijn.

36 HvJ EG 17 mei 1990, zaak 261/88, *Jur.* 1990, p. I-1889 (*Barber*).

37 HvJ EG 28 september 1994, zaak C-408/92, *Jur.* 1994, p. I-4435 (*Smith/Avdel*).

38 HR 12 april 2002, *NJ* 2002, 411.

In oordeel 2003-165 is eerst de vraag aan de orde wie kan worden aangesproken voor navorderingen op pensioenaanspraken. Verzoekster werkt bij een accountantskantoor. Bij elke fusie en overname werd het personeel overgenomen. De verzoekster spreekt niet haar huidige werkgever aan, maar de voorgaande. De verweerder meent dat de verzoekster haar huidige werkgever als rechtsopvolger onder algemene titel had moeten aanspreken. De Commissie constateert eerst dat de vraag wie aansprakelijk is buiten haar bevoegdheid valt. Nu de werkgever nog bestaat die de verweerder in de zaak is, kan deze op grond van de gelijkebehandelingswetgeving worden aangesproken (art. 7:646 BW). Onderscheid naar geslacht kan volgens de CGB na onderzoek van de feiten niet worden vastgesteld. De pensioenverzekeraar heeft evenmin in strijd met de wet gehandeld, omdat onder meer is komen vast te staan dat de verzekeraar de werkgever heeft geïnformeerd over relevante rechtsontwikkelingen en daarmee heeft voldaan aan zijn informatieplicht (2003-166).

6.2 *Geen vermoeden van (indirect) onderscheid*

Een oproepkracht in dienst van een uitvaartonderneming klaagt over onderscheid naar arbeidsduur omdat haar van 1984 tot 1999 geen pensioenregeling aangeboden is (2003-103). Na 1 januari 1999 zou ze alleen deel kunnen nemen, indien zij de volledige premie zou betalen. Dit terwijl de werkgever voor 50% bijdraagt in de premie van het middenkader en de premie volledig voor zijn rekening neemt voor het hoger kader. Verzoekster klaagt over onderscheid naar arbeidsduur, maar de Commissie stelt vast dat in de regeling onderscheid naar functies wordt gemaakt, niet naar arbeidsduur. Ambtshalve onderzoekt de CGB of de werkgever indirect onderscheid naar geslacht heeft gemaakt door het lager kader geen pensioen aan te bieden tot 1 januari 1999, maar de cijfers wijzen niet op indirect onderscheid naar geslacht.

In oordeel 2003-86 klaagt een man over het niet jaarlijks indexeren van de maximumpensioengrondslag, waardoor meer mannen dan vrouwen relatief minder pensioen opbouwen, nu alleen mannen een salaris boven het maximum verdienen. Hij slaagt er echter niet in aannemelijk te maken dat hij nadeel heeft ondervonden van de pensioenregeling.

6.3 *Nabestaandenpensioen*

Ook in 2003 kreeg de CGB verzoeken over kortingsregelingen in nabestaandenpensioenen vanwege een leeftijdsverschil van meer dan tien jaar tussen de partner en de deelnemer (gevoegde oordelen 2003-58 en 2003-59 en oordeel omtrent eigen handelen 2003-60). In de oordelen 2003-58 en 2003-59 is eerst de vraag in het geding of de verzoekster belang heeft bij een oordeel. Nu op grond van de kortingsregeling niet alle deelnemers gelijk zijn verzekerd, zou dit onderscheid in de zin van de wetgeving gelijke behandeling kunnen opleveren en acht de CGB de verzoekster belanghebbende. De Commissie memoreert dat een nabestaandenregeling onder het beloningsbegrip van art. 141 EG valt (*Ten Oever*).³⁹ Al eerder oordeelde de CGB dat het beperken van voordeel ook onderscheid in de zin van de wet kan opleveren. Nu de vraag de opbouw van pensioen betreft, kan de regeling vanaf 17 mei 1990 worden getoetst (*Barber*).⁴⁰ De werkgever en de pensioenverzekeraar bestrijden dat er sprake zou zijn van onderscheid, omdat verzoekster vanwege haar verwachte

39 HvJ EG 6 oktober 1993, zaak C-109/91, *Jur.* 1993, p. I-4879 (*Ten Oever*).

40 HvJ EG 17 mei 1990, zaak 261/88, *Jur.* 1990, p. I-1889 (*Barber*).

levensduur, waarschijnlijk uiteindelijk een even grote pensioensom zou ontvangen als een partner die even oud is als de deelnemer. Maar dit verweer met een beroep op actuariële factoren wijst de Commissie af. Toepassing van het beginsel van gelijke behandeling bij pensioenen betekent volgens de CGB dat er sprake moet zijn van gelijke periodieke pensioenuitkeringen.⁴¹ Cijfers uit het deelnemersbestand van het nabestaandenpensioen wijzen uit dat veel meer vrouwen dan mannen door de regeling worden getroffen. Nu het middel niet geschikt is om het op zich zwaarwegende en legitieme doel te bereiken van het voorkomen van sterfhuisconstructies, onder meer omdat ook partners die niet onder de kortingsregeling vallen een 'sterfbedhuwelijk' kunnen sluiten, is de regeling indirect discriminerend voor vrouwen. Het voorkomen van een te groot beroep op de onderlinge solidariteit vormt eveneens een voldoende zwaarwegend en legitiem doel. Met het oog op dit doel is de kortingsregeling wel een geschikt middel, maar niet noodzakelijk, onder meer omdat niet duidelijk is welke kosten zouden zijn verbonden aan het afschaffen van de kortingsregeling. De stelling dat het afschaffen van de kortingsregeling teveel zou vergen van de solidariteit is daarom niet onderbouwd.⁴²

7 BEËINDIGEN VAN DE ARBEIDSRELATIE

7.1 *Gevolgen onderbreken dienstverband wegens de zorg voor kinderen*

De vraag wat de langetermijnevolgen zijn van het onderbreken van een dienstverband wegens de komst van en de zorg voor kinderen, is in drie oordelen aan de orde. Een belangrijk element van deze oordelen is dat de CGB een wisselend antwoord geeft op de vraag hoe te bepalen of in overwegende mate vrouwen worden getroffen door de handelwijze van de werkgever.

Oordeel 2003-66 betreft de vraag of een werkgever in strijd met het verbod van sekseonderscheid handelt door de dienstjaren voorafgaand aan het onderbroken dienstverband niet mee te tellen bij het bepalen van de hoogte van de beëindigingsvergoeding. Verzoekster is in 1979 na een dienstverband van zeven jaar uit dienst getreden wegens de komst van haar kind. Na een onderbreking van ongeveer twee en half jaar treedt de vrouw opnieuw in dienst bij de werkgever. In het kader van een reorganisatie met gedwongen ontslagen worden de vergoedingen vastgesteld overeenkomstig het sociaal plan. De CGB concludeert dat meer vrouwen dan mannen de nadelige gevolgen ondervinden van de regeling die geen rekening houdt met onderbroken dienstverbanden. De conclusie is gebaseerd op het feit van algemene bekendheid dat in de periode van eind zeventiger en begin tachtiger jaren meer vrouwen dan mannen hun beroepsloopbaan onderbraken in verband met de verzorging van kinderen. Het feit dat binnen het bedrijf zelf zeven mannen en één vrouw nadeel ondervinden, doet hieraan niet af omdat niet is gesteld en gebleken dat deze mannen vanwege de komst van en de zorg voor kinderen het dienstverband hadden onderbroken. De mannen zouden daarom niet in een vergelijkbare situatie verkeren. Het eindoordeel van de CGB luidt dat de werkgever het gemaakte onderscheid niet kan rechtvaardigen.

Oordeel 2003-110 betreft een vrouw die in 1987 haar dienstverband bij een bank opzegt vanwege zwangerschap en het vervullen van zorgtaken. In 1994 treedt de

41 De CGB wijst erop dat dit uitgangspunt tijdens de parlementaire behandeling van de wijziging in de Pensioen- en spaarfondsenwet nogmaals is onderschreven, zie *Kamerstukken II* 26711.

42 In oordeel 2003-60 kan geen vermoeden van indirect onderscheid naar geslacht worden afgeleid, omdat de gegevens slechts betrekking hebben op enkele werknemers en afwijken van het beeld dat nationale statistieken geven. Voor het geval in de toekomst cijfers zouden wijzen op indirect onderscheid naar geslacht, gelden dezelfde overwegingen als in de gevoegde oordelen 2003-58 en 2003-59.

vrouw opnieuw in dienst bij de werkgever. Ook hier is sprake van een reorganisatie met gedwongen ontslagen. Bij het bepalen van de ontslagvolgorde overeenkomstig het sociaal plan tellen de dienstjaren voorafgaand aan een onderbroken dienstverband niet mee. De CGB neemt afstand van de aanpak in oordeel 2003-66. De Commissie onderzoekt of de toepassing van deze regeling binnen het bedrijf van de werkgever tot benadeling van vrouwen leidt. In r.o. 5.10 verwijst de CGB naar de eigen vaste jurisprudentie over de vaststelling van een mogelijk benadelend effect: het referentiekader wordt gevormd door de groep werknemers op wie de maatregel wordt toegepast en het verschil tussen beide groepen moet een factor 1,5 of meer bedragen. Deze vergelijking leidt tot de vaststelling dat binnen het bedrijf van de werkgever meer mannen zijn benadeeld. Vervolgens onderzoekt de CGB of er sprake is van benadeling van vrouwen door specifiek te kijken naar de gevolgen van het niet meetellen van onderbroken dienstverbanden voor de referentiegroep. Daaruit blijkt dat 0,96% vrouwen is getroffen en 0% mannen. Dit is geen significant verschil omdat de factor 1,5 niet wordt gehaald. De CGB onderzoekt niet wat de gevolgen zijn voor de hele CAO-populatie en motiveert dit met de stelling dat de werkgever een lokale bank is met eigen werkgeversverantwoordelijkheid. Bovendien zouden er geen sectorgegevens over het aantal medewerkers met een onderbroken dienstverband zijn, laat staan cijfers van medewerkers die vanwege zorgtaken een dergelijk dienstverband hebben onderbroken. Het betoog van verzoekster dat vooral vrouwen nadeel ondervinden wijst de Commissie van de hand.

Uit de overweging ten overvloede (r.o. 5.11) valt af te leiden dat de CGB terugkomt op oordeel 2003-66. De Commissie geeft aan dat het effect van een regeling moet worden vastgesteld voor de totale groep medewerkers die onder de CAO vallen dan wel voor de medewerkers binnen het bedrijf van werkgever. Kennelijk kan dit effect niet worden vastgesteld op grond van feiten van algemene bekendheid. Als vaststaat dat vrouwen in overwegende mate worden getroffen, moet vervolgens worden aangetoond dat het onderbroken dienstverband verband houdt met de zorg voor kinderen. Dit laatste kan eventueel wel worden aangetoond met het feit van algemene bekendheid. Of dat kan, hangt af van de jaren waarin de werkonderbreking heeft plaatsgevonden. In de jaren zeventig, begin tachtiger jaren is het een feit van algemene bekendheid dat het patroon van werkonderbreking in verband met de verzorging van kinderen en terugkeer bij dezelfde werkgever significant vaker bij vrouwen voorkwam. Volgens de CGB is dit sinds eind jaren '80 en begin jaren '90 niet onverminderd het geval, omdat de mogelijkheden voor kinderopvang vanaf medio jaren '80 gaandeweg zijn uitgebreid en het maatschappelijk steeds meer aanvaard is dat mannen zorgtaken op zich nemen. De CGB voegt hieraan toe dat verzoekster in oordeel 2003-110 voldoende alternatieven voor het onderbreken van het dienstverband had, omdat sinds begin jaren '90 een kinderopvangregeling tot haar arbeidsvoorwaarden behoort.

In oordeel 2003-149 is het feit van algemene bekendheid voor de CGB wel weer voldoende om het effect van een regeling vast te kunnen stellen. In dit oordeel gaat het om het bepalen van de afvloeiingsvolgorde bij een reorganisatie van een school voor middelbaar beroepsonderwijs en volwasseneneducatie waarbij geen rekening wordt gehouden met verzorgingsjaren. Verzoekster heeft van augustus 1977 tot september 1990 haar loopbaan onderbroken vanwege zorgtaken. Bij het bepalen van de afvloeiingsvolgorde geldt anciënniteit als criterium omdat daarmee de binding van de werknemer met de werkgever is uitgedrukt. Het gaat om anciënniteit per

functiecategorie waarbij anciënniteit in dit geval de som van ‘bestuurstijd’ en ‘ambtelijke diensttijd’ is.⁴³ De gewerkte jaren voorafgaand aan een onderbroken dienstverband worden meegeteld voorzover ze onder deze begrippen vallen. Alle daadwerkelijk gewerkte jaren bij de werkgever of de overheid tellen, zonder onderscheid naar deeltijd of voltijd. De CGB oordeelt dat de regeling nadelig is voor werknemers die vanwege zorgtaken hun loopbaan onderbreken. Het feit van algemene bekendheid dat in de bewuste periode meer vrouwen dan mannen vanwege de verzorging van de kinderen hun beroepsloopbaan onderbraken, volstaat voor de conclusie dat de regeling met betrekking tot de jaren die in het geding zijn vooral nadelig is voor vrouwen. De Commissie onderzoekt niet wat het effect van de regeling is voor de totale groep medewerkers die onder de CAO valt dan wel voor de werknemers die bij de betrokken school werkzaam zijn en komt hiermee dus terug op oordeel 2003-110. Het eindoordeel van de CGB luidt overigens dat de werkgever geen verboden onderscheid maakt omdat de argumenten van de werkgever de objectieve rechtvaardigingstoets kunnen doorstaan.

In voorgaande jaren is de CGB bekritiseerd omdat zij niet voldoende duidelijk maakt in welke gevallen welke methode kan worden gebruikt om vast te stellen of de toepassing van een regeling vooral nadelig is voor vrouwen.⁴⁴ Deze kritiek kan hier zonder meer worden herhaald. De CGB zal er goed aan doen de gevraagde duidelijkheid te verschaffen. Een consequente analyse van de eigen oordelen over meerdere jaren kan daaraan bijdragen.

7.2 *Ontslag en ontbinding*

Oordeel 2003-21 betreft een proeftijdontslag van een zwangere werknemster. De vrouw krijgt ontslag enkele dagen nadat zij tegen de werkgever heeft gezegd dat ze zwanger is. De werkgever heeft kort daarvoor niet duidelijk gemaakt dat de vrouw niet voldeed aan de functie-eisen en evenmin wat de kritiekpunten zijn. De CGB leidt uit deze feiten het vermoeden af dat de zwangerschap – in ieder geval mede – een rol heeft gespeeld bij het ontslagbesluit. De CGB accepteert echter de weerlegging van dit vermoeden door de werkgever. In dit oordeel speelt een duidelijke rol dat een psycholoog ter zitting heeft verklaard dat de werkgever die psycholoog in een vroeg stadium van de proeftijd had geraadpleegd.

Een ontbindingsverzoek van de werkgever is aanleiding voor oordeel 2003-104. Er is sprake van een niet gerechtvaardigd indirect onderscheid op grond van geslacht vanwege de moeizame en trage manier waarop de werkgever de verzoeken van werknemster heeft behandeld om na het einde van het zwangerschaps- en bevalingsverlof in deeltijd te mogen werken en aaneengesloten ouderschapsverlof op te nemen. In deze zaak stelt de CGB het vermoeden van indirect onderscheid vast op grond van het feit van algemene bekendheid dat in onze maatschappij met name vrouwen in deeltijd werken, aangezien zij betaalde werkzaamheden veelal combineren met zorgtaken.

43 Bestuurstijd is de tijd die een werknemer bij de school of diens rechtsvoorganger heeft gewerkt. Ambtelijke diensttijd is de tijd die een werknemer heeft doorgebracht bij een werkgever die is aangesloten bij het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds.

44 I.P. Asscher-Vonk & S.D. Burri, ‘Geslacht’, in: D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 37-39; I.P. Asscher-Vonk & S.D. Burri, ‘Geslacht’, in: D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 37 en p. 48-49; zie over de vaststelling van het vermoeden van indirect onderscheid door de CGB ook: J.H. Gerards, ‘Het toetsingsmodel van de CGB voor de beoordeling van indirect onderscheid’, in: D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 81-83.

Heeft de werkgever onderscheid op grond van geslacht gemaakt bij het voornemen de arbeidsovereenkomst te beëindigen wegens boventalligheid die is vastgesteld op grond van het last in/first out-principe? Dit is één van de vragen die worden beantwoord in oordeel 2003-123. Uit de overgelegde cijfers blijkt dat binnen het bedrijf vooral vrouwen nadelig worden getroffen door de toepassing van dit principe. De werkgever heeft zich niet verdiept in andere, minder onderscheid makende systemen omdat het last in/first out-principe hem zou zijn opgedrongen door de vakbonden. De CGB is terecht van oordeel dat de werkgever geen objectieve rechtvaardiging heeft voor de indirecte discriminatie op grond van geslacht.

8 AANBIEDEN VAN GOEDEREN EN DIENSTEN EN SLUITEN VAN OVEREENKOMSTEN

Vier oordelen hebben betrekking op de mogelijke schending van art. 7 AWGB. In de gevoegde oordelen 2003-159 en 2003-160 onderzoekt de CGB of een zorgverzekeraar in strijd met het verbod van sekseonderscheid handelt door de kosten van in-vitro fertilisatie (IVF) geheel ten laste te brengen van de verzekering van de vrouw die zo'n behandeling ondergaat. Deze oordelen zijn in deze bundel door Cremers-Hartman geannoteerd. Naar die annotatie kan worden verwezen.

In oordeel 2003-79 speelt de vraag of een medewerker van een vakbond zich discriminerend heeft opgesteld bij de advisering en begeleiding van verzoekster bij het arbeidsconflict met haar werkgever. De CGB is terecht van oordeel dat verzoekster haar stelling onvoldoende met feiten onderbouwt. Er is derhalve geen sprake van verboden onderscheid. Uit de bespreking van de gang van zaken kan worden afgeleid dat verzoekster vooral ontevreden was over de arbeidssituatie en de oplossing van het geschil, terwijl dit niets van doen had met een eventueel sekseonderscheid. Vermeldenswaard is nog dat de CGB het betoog van verweerder dat verzoekster niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard omdat ze de interne klachtprocedure niet had gevolgd, terecht van de hand wijst.

Oordeel 2003-81 betreft een wijziging van de puntentelling in wedstrijden door de badmintonbond met een nadelige uitwerking op de waardering van het spel van de vrouwen. De Commissie komt niet toe aan een toetsing aan art. 7 AWGB omdat het interne verenigingsleven in het geding zou zijn (zie 2.2).

9 TOT SLOT

Ook dit jaar heeft de Commissie zich over veel verschillende kwesties moeten uitspreken, die zowel betrekking hebben op direct als op indirect onderscheid naar geslacht. In ongeveer de helft van de gevallen oordeelt de CGB dat in strijd met de wet is gehandeld. Verzoeken van individuen dragen dus bij aan het opsporen van verboden onderscheid naar geslacht. Uit dit overzicht over de oordelen in 2003 blijkt dat de CGB er niet altijd in slaagt om een vaste lijn in haar oordeelvorming te ontwikkelen en te blijven volgen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de personele werkingssfeer van de gelijkebehandelingswetgeving en de vaststelling van het referentiekader. Soms sluit de CGB nauw aan bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG, zoals in vraagstukken rondom pensioenen of zwangerschap. Maar de CGB betreft niet altijd het EG-recht in haar overwegingen. Met meer verwijzingen naar relevante communautaire bepalingen en jurisprudentie van het HvJ EG kan de Commissie bijdragen aan een grotere bekendheid van EG-recht. En soms volgt de Commissie een benadering die het Hof van Justitie later blijkt te delen

en die ook door de hoogste nationale rechter wordt toegepast, zoals in de zaak *Lommers*, een zaak over voorkeursbeleid.⁴⁵

45 HvJ EG 19 maart 2002, zaak C-476/99, *Jur.* 2002, p. I-289 (*Lommers*) en CRvB 23 januari 2003, *AB* 2003, 372.

Arbeidsduur

Mr. D.J.B. de Wolff

1 INLEIDING

Het verbod om onderscheid naar arbeidsduur te maken is in 1996 met de Wet onderscheid arbeidsduur (WOA) ingevoerd. De belangrijkste materiële bepalingen die deze wet heeft geïntroduceerd zijn de art. 7:648 BW en 125g Ambtenarenwet. In dit overzicht komen de veertien oordelen aan de orde die de CGB in 2003 heeft gegeven over onderscheid wegens arbeidsduur. Tevens wordt aandacht besteed aan enkele rechterlijke uitspraken met betrekking tot arbeidsduur.

Sinds november 2002 is aan de CGB ook de taak opgedragen desgevraagd oordelen te geven of zelfstandig onderzoek te doen naar de vraag of art. 7:649 BW is geschonden.¹ Deze bepaling verbiedt onderscheid in de arbeidsvoorwaarden tussen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en werknemers met een contract voor bepaalde tijd, behoudens een objectieve rechtvaardiging. In 2004 zal dit verbod van onderscheid ook gaan gelden voor de ambtelijke sector.² In het verslagjaar is art. 7:649 BW slechts in één oordeel (2003-102) aan de orde gekomen. Dit oordeel is van een afzonderlijk commentaar voorzien in een noot.

2 OVERWERK

Oordeel 2003-07 betreft zaak waarin een ondernemingsraad een oordeel vroeg over het overwerkbeleid van een thuiszorginstelling. De werkgever betaalde voor de uren die werknemers boven de overeengekomen arbeidsduur werkten aanvankelijk een uurloon inclusief een toeslag voor vakantierechten. Bovendien werden de overuren meegewogen bij het bepalen van een recht op uitkering bij ziekte. Op een gegeven moment besloot de directie om niet langer meer vakantierechten over overuren te berekenen. Ook zouden overuren niet langer meer betrokken worden in de vaststelling van een ziekte-uitkering. De ondernemingsraad vond dat die wijziging in strijd was met rechtspraak van het EG-Hof. Kennelijk doelde de OR op de zaak-*Helmig*.³ In *Helmig* oordeelde het EG-Hof, simpel gezegd, dat een deeltijder geen aanspraak kan maken op een toeslag voor een overwerkuur, indien met dat overwerk niet de normale in het bedrijf geldende arbeidsduur werd overschreden. De nieuwe regeling in de thuiszorginstelling zou echter betekenen dat een medewerker die bijvoorbeeld 20 uur per week werkte voor een overwerkuur per saldo *minder* beloning zou ontvangen dan een fulltimer voor het 21^{ste} in een bepaalde week gewerkte uur. De werkgever verschuilde zich achter de CAO, die een gelijke beloning van overwerkuren zou uitsluiten. Verder voerde de werkgever ten verweere aan dat ook fulltimers voor overwerk een lagere beloning gingen ontvangen. Daarmee kon er geen sprake zijn van onderscheid naar arbeidsduur.

1 Wet van 7 november 2002, *Stb.* 2002, 560.

2 *Stb.* 2004, 88.

3 HvJ EG 15 december 1994, zaak C-399/92, *JAR* 1995/36.

De CGB volgt de OR en constateert dat de gewraakte regeling voor een deeltijder betekent dat een lagere beloning per uur is ontstaan voor de uren tussen de overeengekomen arbeidsduur en de voltijdnorm in de instelling. Dat is in strijd met het verbod van onderscheid naar arbeidsduur. Een beroep op de CAO kan de werkgever niet baten gezien het dwingendrechtelijke karakter van het verbod van onderscheid. In oordeel 2003-08 spreekt de CGB zich uit over dezelfde kwestie. In die zaak verzocht de OR opnieuw om een oordeel, maar traden de CAO-partijen op als verweerder. Inhoudelijk komt het oordeel overeen met 2003-07.

Oordeel 2003-155 gaat eveneens over de vergoeding van overwerkuren. Ook in die zaak volgt de CGB weer getrouw de lijn-*Helmig*: een voor deeltijders en voltijders verschillende definitie van overwerk levert strijd op met de WOA. Uren die worden gewerkt binnen de voltijdse norm dienen voor deeltijders en voltijders hetzelfde te worden beloond, ongeacht of die uren door de deeltijder worden gewerkt boven de overeengekomen arbeidsduur.⁴

3 BELONING, INSCHALING EN ANCIËNNITEIT

Anciënniteit is het onderwerp van oordeel 2003-61. Een maatschap van dierenartsen hanteerde een beloningssysteem waarbij werknemers bij goed functioneren automatisch jaarlijks een salarisverhoging kregen. Voor deeltijders gold dat automatisme niet. Een medewerkster, in dienst sinds 1995, gaat in 2000 van een voltijdse werkweek naar een werkweek van 20 uur en neemt in 2002 zwangerschapsverlof op. Vervolgens krijgt zij niet een jaarlijkse aanpassing, terwijl haar die sinds 1995 wel altijd was toegekend. De werkgever stelt dat het 'veterinair Nederland niet voor de wind gaat' en dat medewerkers pas een salarisverhoging krijgen als zij in het voorgaande jaar 'een meerwaarde voor de werkgever hebben gehad'. Die meerwaarde zou onder meer moeten blijken uit voltijds werken in plaats van deeltijds werken. Recht op een salaris aanpassing ontstaat in de visie van de werkgever dan ook na 220 gewerkte dagen. Een andere interpretatie zou deeltijders zelfs bevoordelen boven voltijders, zo meende de maatschap.

Het financiële argument passeert de CGB. Kostenbesparing vormt volgens de wetgeschiedenis en volgens vaste rechtspraak van de HR op zichzelf geen voldoende rechtvaardiging voor het maken van onderscheid. Voor een bespreking van het argument van de anciënniteit, die bij voltijders groter zal zijn dan bij deeltijders, gaat de Commissie te rade bij het EG-Hof. Dit argument is te algemeen en daarom evenmin een afdoende rechtvaardiging. Volgens de leer die het EG-Hof in de zaken *Nimz*, *Gester* en *Kording* heeft gegeven, moet de vaststelling of ervaring een toelaatbaar differentiatie criterium oplevert van geval tot geval bekeken worden. Opvallend is dat de CGB de leer van het EG-Hof in overweging 5.7 wel met zoveel woorden weergeeft, maar vervolgens in overweging 5.8, zonder een nadere toespitsing op de omstandigheden van het individuele geval te geven, oordeelt dat de werkgever een ongerechtvaardigd onderscheid naar arbeidsduur heeft gemaakt. Zij had mijns inziens de werkgever moeten uitnodigen om duidelijk te maken waarom in haar bedrijf de mate van werkervaring in termen van gewerkte uren een wezenlijk element zou kunnen zijn in de salariering. Wellicht is dat wel gebeurd, maar dan blijkt dat niet duidelijk uit het oordeel zelf.

Functionaardering was eveneens aan de orde in oordeel 2003-143.⁵ Deze keer betrof het een salarissysteem in de gezondheidszorg. Een vrouw ging, door in deeltijd te

4 Zie ook W.M. Blom, 'Overwerkvergoeding voor deeltijdwerknemers; nieuwe inzichten', *AR* 2001/5, nr. 25, en P.C. Vas Nunes, 'Overwerkvergoeding voor deeltijders; een reactie', *AR* 2001/10, nr. 49.

5 In deze bundel opgenomen met noot van Burri.

gaan werken, een iets ander takenpakket uitvoeren. 'Functiewaarderingstechnisch' betrof dit een andere functie. De CGB meende na een onderzoek door een deskundige op het gebied van functiewaardering dat het niet in strijd was met de WOA de vrouw de arbeidsvoorwaarden aan te bieden die voor die gewijzigde functie golden. De werkgever viel wel wat te verwijten waar het ging om de communicatie over deze wijziging. Zo was aan de vrouw na de aanpassing van haar arbeidsduur geen nieuwe functiebeschrijving verstrekt. Dat gebrek aan transparantie was evenwel niet zo ernstig dat daardoor al van benadeling op grond van arbeidsduur kon worden gesproken.

4 VERSCHILLENDE PENSIOENLEEF TIJD, SENIORENDAGEN

De pensionering van vliegend personeel bij de KLM had de gemoederen van de CGB al eerder beziggehouden (zie oordeel 2002-53). Vliegers werden als zij 48 waren voor de volgende keus gesteld: voltijds doorvliegen tot de 56-jarige leeftijd en vervolgens een overbruggingspensioen tot aan hun 65^{ste} of voor 80% gaan werken tot aan de leeftijd van 58 en daarna het overbruggingspensioen. Het salaris van degenen die voor de tweede optie kozen werd verhoogd met het bedrag dat aan overbruggingspensioen werd uitgespaard. In oordeel 2002-53 werd die regeling al op klacht van een voltijder door de CGB afgekeurd als in strijd met de WOA. De follow-up van die zaak bij de civiele rechter was kennelijk minder gunstig voor de voltijdse vlieger en de KLM bleef de gewraakte regeling daarom toepassen. In oordeel 2003-84 is een nieuwe klacht over dezelfde regeling aan de orde. Nu van een andere voltijds werkende piloot, die op 30 januari 2003 al een kort geding tegen de KLM en de Vereniging van Nederlandse verkeersvliegers had verloren. De CGB stelt in overweging 4.2 deemoedig dat zij een grote terughoudendheid in acht moet nemen, nu de burgerlijke rechter in hoogste feitelijk instantie een ander oordeel toegedaan blijkt te zijn dan de Commissie zelf. Vervolgens put de CGB zich evenwel in een buitengewoon uitvoerig oordeel uit in overwegingen op grond waarvan zij uiteindelijk vasthoudt aan het eerder ingenomen standpunt dat de regeling in strijd is met de WOA. De CGB kijkt daarbij naar het feit dat de deeltijders 8 jaar lang een hoger *uurloon* ontvangen en spreekt in dat verband over achterstelling van voltijders. De Commissie slaat geen acht op het feit dat de beide groepen vanaf hun 48^{ste} tot aan hun 65^{ste} levensjaar evenveel werken (respectievelijk 8 x 100% en 10 x 80%) en per saldo evenveel beloning ontvangen in de vorm van salaris en pensioen. Evenmin lijkt de CGB belang te hechten aan het feit dat de vliegers allemaal zelf de keuze hebben mogen maken tussen korter voltijds doorvliegen en langer deeltijds werker. Ook met dit oordeel heeft de CGB de burgerlijke rechter niet weten te overtuigen. Bij arrest van 18 december 2003 (in deze bundel opgenomen) oordeelt het Hof Amsterdam dat er per saldo geen sprake is van achterstelling van voltijders. Nog los van de vraag of de Commissie het bij het juiste eind had door slechts te kijken naar de verschillen in beloning voor gewerkte uren en daarbij de pensioenrechten buiten beschouwing te laten, rijst de vraag of je wel kunt spreken van *achterstelling* als werknemers mogen kiezen uit twee arbeidsvoorwaardelijk gelijkwaardige opties en zij later kennelijk spijt krijgen van hun keuze.

Een andere seniorenregeling kwam aan de orde in oordeel 2003-37. De regeling voorzag in extra, betaalde verlofdagen voor werknemers van 62 of ouder. Voorwaarde om voor het verlof in aanmerking te komen was een voltijds dienstverband dat ten minste 10 jaar had geduurd. De verzoeker was een paar jaar geleden naar een vierdaagse werkweek gegaan en kon daarom niet voor de verlofdagen in aanmerking komen. Het doel van de seniorenregeling was, zo gaf de werkgever aan, tweeledig. Ten eerste bood het voltijds werkenden de mogelijkheid om zich op hun aanstaande

pensionering voor te bereiden. Ten tweede zou het de deelname aan het arbeidsproces van de oudere werknemer bevorderen. De CGB kon uiteraard nog niet toetsen aan het verbod van onderscheid wegens leeftijd, dat pas in 2004 van kracht zal worden. Zij toetste de kwestie aan de WOA. De Commissie oordeelde dat deeltijders door de regeling slechter af waren en dat er daarmee sprake was van onderscheid naar arbeidsduur. Bij de weging van de rechtvaardiging oordeelt de CGB dat de doelstellingen van de werkgever op zichzelf niet discriminerend waren. Het middel, het uitsluiten van deeltijders, was echter naar haar oordeel weliswaar geschikt, maar niet noodzakelijk. De werkgever had ook aan alle werknemers een evenredig recht op seniorenverlof kunnen toekennen.

Interessant aan deze seniorenregeling was overigens dat deze ook getoetst kon worden aan het in november 2002 van kracht geworden art. 7:649 BW, dat onderscheid in de arbeidsvoorwaarden verbiedt tussen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en werknemers met een contract voor bepaalde tijd, behoudens een objectieve rechtvaardiging. Aan de eis van een onafgebroken dienstverband van ten minste tien jaar zullen tijdelijke krachten in de praktijk immers nooit kunnen voldoen. De zaak was echter aangekaart voordat art. 7:649 BW kracht van wet kreeg. Opmerkelijk is dat kennelijk dezelfde werkgever een jaar later, op 17 juni 2003, aan de CGB een oordeel omtrent eigen handelen vraagt. De werkgever had op grond van het eerdere, voor hem ongunstige oordeel 2003-37 de seniorenregeling iets aangepast en wilde weten of deze nu wel de toets der kritiek kon doorstaan. De aanpassing was evenwel dermate cosmetisch van aard, dat ook de nieuwe regeling strijd met de WOA opleverde. Bovendien kon de CGB nu ook aan art. 7:649 BW toetsen. Zij kwam tot de conclusie dat de werkgever met de regeling ook het verbod van onderscheid naar de al dan niet tijdelijke aard van de arbeidsrelatie overtreedt. Voor een bespreking van dit onderdeel van het oordeel verwijs ik naar mijn noot onder oordeel 2003-102.

In het verslagjaar 2003 wees het EG-Hof een arrest over een seniorenregeling die nadelig uitpakte voor deeltijders.⁶ De zaak ging over de vraag of de Duitse Bundesanstalt für Arbeit deeltijders mocht uitsluiten van een stelsel van deeltijdarbeid voor oudere werknemers. Voor de deelname aan dat stelsel gold als eis dat de medewerker ten minste drie jaar voltijds had gewerkt. Het Hof toetste aan Richtlijn 76/207/EEG van 9 februari 1976 en stelde vast dat de regeling verhoudingsgewijs veel vrouwen dupeerde. Het Hof stelt vast dat bij de vraag of dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is uitgangspunt moet zijn dat algemene verklaringen zoals overwegingen van werkgelegenheidsbeleid en kostenneutraliteit bij de planning en verdeling van arbeidsplaatsen in de openbare sector op zichzelf onvoldoende rechtvaardiging vormen. Mocht de nationale rechter tot de conclusie komen dat er sprake is van ongerechtvaardigde indirecte discriminatie naar geslacht, dan dient die discriminatie opgeheven te worden door de vrouwelijke medewerker met terugwerkende kracht voor de seniorenregeling in aanmerking te brengen.⁷

5 ENKELE SECUNDAIRE ARBEIDSVOORWAARDEN

Dat de rechterlijke macht en de CGB het wel vaker oneens zijn over de toepassing van de gelijkebehandelingswetgeving blijkt ook uit oordeel 2003-109. De zaak betrof de vergoeding van ziektekostenverzekeringen. Hebben alle werknemers recht op

⁶ HvJ EG 11 september 2003, nr. C-77/02, *Steinecke*, JAR 2004/16.

⁷ Zie voor een vergelijkbaar geval HvJ EG 20 maart 2003, C-187/00 *Kutz-Bauer*, alsmede twee arresten over een korting op de pensioenrechten van deeltijders, HvJ EG 23 oktober 2003, C-4/02, *Schonheit* en C-5/02, *Becker*.

dezelfde vergoeding of krijgen deeltijders die vergoeding naar rato van de arbeidsduur? In oordeel 1998-88 vond de Commissie indertijd dat vergoeding naar rato in strijd was met de WOA. De Centrale Raad van Beroep was echter een andere opvatting toegedaan.⁸ De CRvB oordeelde indertijd dat de kosten waarin de tegemoetkoming beoogde bij te dragen niet uit de arbeidsverhouding voortvloeien en geen zuivere vergoeding van in de arbeidsverhouding gemaakte onkosten betrof. Daarom mocht toekenning naar rato van de arbeidsduur plaatsvinden. In oordeel 2003-109 komt de CGB nu tot dezelfde slotsom als de CRvB, en verschuilt haar ommezwaai achter een technisch lijkend verschil met de regeling die zij in 1998 nog afkeurde.

In oordeel 2003-52, een ambtenarenzaak, is een studieregeling aan de orde. De zaak betreft een oordeel over eigen handelen, gevraagd door het college van B&W van een gemeente. De regeling hield in dat aan voltijders betaald verlof werd verleend voor het volgen van opleidingen. Deeltijders kregen bij het volgen van opleidingen ook verlof, maar naar rato van de omvang van het dienstverband. De CGB verwijst naar de memorie van toelichting bij de WOA, waaruit blijkt dat het afhankelijk is van de aard van de arbeidsvoorwaarde of toekenning naar rato of volledig gelijke toekenning aan de orde is. Terzake van opleidingen blijkt uit de memorie van toelichting dat het in de rede ligt te kiezen voor volledig verlof of een betere compensatie dan compensatie naar rato, indien de opleiding ten goede komt aan de functievervulling. De Commissie oordeelt dat voor opleidingen die de rechtspositieregeling *verplicht* stelt volledige vergoeding van opleidingstijd dient plaats te hebben, zowel bij voltijders als bij deeltijders. De CGB laat zich in het oordeel niet expliciet uit over niet verplicht gestelde opleidingen.

6 SAMENLOOP MET VERLOF

Zwangerschapsverlof, vermindering van arbeidsduur, ziekte, ouderschapsverlof en vakantie kwamen samen in een geschil waarover een directiesecretaresse van een telecombedrijf een oordeel van de CGB vroeg (oordeel 2003-104).⁹ Verlofaanspraken combinerend wilde de vrouw, die voorheen fulltime werkte, in een bepaald jaar slechts 15 dagen komen werken, verspreid over het jaar. Dat voorstel was de werkgever, begrijpelijkerwijs, in het verkeerde keelgat geschoten. Een verzoek om ontbinding, dat de werkgever daarop bij de kantonrechter indiende, werd echter afgewezen. Vervolgens maakten partijen alsnog afspraken over de wijze van opnemen van verlof. De CGB toetste het ontstane geschil zowel aan het verbod van onderscheid wegens geslacht als aan de WOA. De toetsing aan de WOA vond plaats omdat de vrouw in deeltijd wilde werken, aaneengesloten ouderschapsverlof wilde opnemen en vakantieverlof wilde opnemen en omdat zij klaagde over de wijze waarop de werkgever op die verzoeken had gereageerd. De werkgever stelde dat al haar verzoeken waren gehonoreerd, behalve de wens van de vrouw om haar vakantieverlof over het jaar te spreiden. Daarover kon nog worden onderhandeld, zo meende de werkgever. Daarom moest het verzoek volgens de werkgever niet-ontvankelijk worden verklaard. De CGB gaat daarin niet met de werkgever mee. De CGB meent dat verzoekster wel degelijk belang heeft bij een oordeel, een belang dat ligt in het voorkomen dat een dergelijk conflict zich nog eens voordoet ten aanzien van haarzelf of anderen. Bovendien kon verzoekster er belang bij hebben erkend te

8 CRvB 25 november 1999, USZ 2000, 10, m.nt. Wentholt. Zie verder ook S.D. Burri, *Tijd delen. Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 2000, p. 505 e.v.

9 Zie over dit oordeel eveneens onderdeel 7.2 van de bijdrage van Burri en Cremers-Hartman in deze bundel.

zien dat er sprake is geweest van onderscheid in strijd met de wet. Naar mijn indruk stapt de CGB hier wel erg makkelijk over het ontvankelijkheidsverweer van de werkgever heen. Indien een conflict reeds is opgelost zou de CGB zich volgens mij terughoudender moeten opstellen. Dat het verzoek ontvankelijk werd verklaard mocht de directiesecretaresse overigens niet baten. De Commissie nam geen strijd met de WOA aan, omdat de verwickelingen over het opnemen van verlof niet het gevolg waren van het feit dat de vrouw in deeltijd werkte.

7 NIET VERLENGEN VAN EEN DEELTIJDCONTRACT

Oordeel 2003-152 beantwoordt de vraag of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een medewerkster van een makelaarskantoor terecht niet is verlengd. Het contract liep, na enkele eerdere verlengingen, van 1 januari 2002 tot 1 januari 2003. In april 2002 vertelde de werkneemster, die voor 20 uur per week in dienst was, dat zij zwanger was. De werkgever had hier positief op gereageerd. De vrouw deelde mee dat zij na haar verlof 16 uur zou willen werken. Dan zou de arbeidsovereenkomst overigens reeds afgelopen zijn. Intussen vindt echter een reorganisatie plaats, op grond waarvan de werkgever besluit het aantal deeltijders terug te brengen. Daarom, aldus de werkgever, vindt per 1 januari 2003 geen contractverlenging meer plaats. De CGB vindt dat de werkgever de reorganisatie voldoende aannemelijk heeft gemaakt en honoreert ook het belang van het verminderen van het aantal deeltijdfuncties. Het onderscheid naar arbeidsduur is derhalve objectief gerechtvaardigd. Wel beveelt de commissie de werkgever aan om in de toekomst in een eerder stadium duidelijkheid te verschaffen aan de werknemers over reorganisaties en vergelijkbare maatregelen.

Iets vergelijkbaars was aan de orde in oordeel 2003-154. De werkneemster die het oordeel uitlokte was eveneens werkzaam op tijdelijke basis. Zij komt niet voor een verlenging van haar contract in aanmerking omdat de werkgever, een detacheringsbureau, de voorkeur geeft aan een voltijdse medewerker (40 uur). De vrouw geeft aan het liefste 16 tot 24 uur te willen werken, maar desnoods ook wel 32 uur. Toch gaat de werkgever daar niet mee akkoord. Strijd met de WOA? De CGB constateert net als in het hiervoor besproken oordeel dat er sprake is van onderscheid in de zin van de WOA. Anders dan bij de casus van het makelaarskantoor komt de CGB hier echter tot de slotsom dat er geen sprake is van een objectieve rechtvaardiging. De werkgever had naar de mening van de CGB kennelijk te losjes onderbouwd waarom er alleen maar een voltijder tewerkgesteld kon worden. 'Om te voorkomen dat de norm van gelijke behandeling wordt uitgehold, moet niet te gemakkelijk worden aangenomen dat er geen alternatieven zijn om het beoogde doel te bereiken', aldus de Commissie. De conclusie uit de beide oordelen: na het einde van een tijdelijk contract met een deeltijder staat het een werkgever in principe vrij om te kiezen voor invulling van de functie op voltijdse basis. Het is daarbij echter wel zaak goed en toetsbaar te onderbouwen waarom die keuze noodzakelijk is.

8 SAMENHANG MET WET AANPASSING ARBEIDSDUUR

Oordeel 2003-121 betrof een vrouw die 24 uur per week werkte toen bij haar werkgever een beleidsregel van kracht werd waardoor verder gestreefd zou worden naar een minimale omvang van arbeidsverhoudingen van 20 uur per week. Er waren echter ook wel werknemers in dienst voor een kortere werkweek. De vrouw wilde in plaats van 24 uur nog maar 16 uur per week werken en dat werd geweigerd. Een vertrouwenspersoon en de ondernemingsraad kwamen eraan te pas, en uiteindelijk

de CGB. Terecht stelt de CGB voorop dat zij niet bevoegd is deeltijdbeleid van een bedrijf te toetsen aan de Wet aanpassing arbeidsduur. Zij kan in dit geval slechts aan de WOA toetsen, of eventueel aan het verbod van (indirect) onderscheid naar geslacht. Net als in het oordeel dat hiervoor werd besproken, 2003-104, kan de CGB niet constateren dat er sprake is van onderscheid wegens de arbeidsduur van de werkneemster, zie onderdeel 6.

9 VOLTijdSE OPLEIDINGSPERIODEN IN DEELTIJDOPLEIDING HUISARTS

Na dit overzicht van de in 2003 gegeven Commissieoordelen over arbeidsduur nog enkele opmerkingen over een arrest van het EG-Hof over deeltijders, in het verslagjaar gewezen.¹⁰ Het arrest beantwoordde de vraag of aan huisartsen in een deeltijdopleiding de eis gesteld mocht worden dat zij in het kader van die opleiding ook voltijdse opleidingsperiodes van ten minste zes maanden doormaakten. Bijzonder aan deze zaak was dat die eis zijn grondslag vond in een Europese richtlijn (93/16/EG). Het Hof toetste de eis aan Richtlijn 76/207 met betrekking tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen, daarmee op grond van het grondwettelijke karakter van het discriminatieverbod een zekere rangorde aangevend tussen verschillende richtlijnen, en concludeerde dat het vereiste van voltijdse opleidingsperiodes een veel groter percentage vrouwen dan mannen feitelijk benadeelt. Indirect onderscheid derhalve. Het Hof nam in dit geval evenwel aan dat er sprake was van een objectieve rechtvaardiging. De doelstelling van de opleidingsrichtlijn was niet discriminerend en de eis van voltijdse opleidingsperiodes was noodzakelijk. Verder oordeelde het Hof coulant: 'Gelet op de beoordelingsmarge van de gemeenschapswetgever terzake, kan van deze maatregel worden aangenomen dat hij niet verder gaat dan nodig om de genoemde doelstellingen te bereiken.'

10 SLOT

In de afgelopen jaren bleek al dat de WOA niet veel aanleiding geeft tot geschillen en dat de geschillen meestal aan de technische kant zijn. Zo ook in 2003. Opvallend is dat vier van de veertien oordelen werden gegeven naar aanleiding van een verzoek van een werkgever over eigen (voorgenomen) handelen. Uit die zaken blijkt wel hoe lastig het kan zijn om voor een concrete arbeidsvoorwaardenregeling na te gaan of deze al dan niet in strijd is met het verbod van benadeling wegens de arbeidsduur. Enkele korte samenvattende opmerkingen:

- In oordelen over overwerkvergoedingen blijft de CGB strak vasthouden aan de *Helmig*-leer. De rechtspraak van het Hof is ook leidend bij oordelen die handelen over arbeidsvoorwaarden die aan ervaring en anciënniteit zijn gekoppeld: ervaring in termen van gewerkte dagen is niet zonder meer een objectieve rechtvaardiging voor onderscheid tussen voltijders en deeltijders.
- Tussen de CGB en de burgerlijke rechter blijft verschil van inzicht over de verschillende pensioendata voor vliegend personeel bij de KLM. Het verschil van mening met de CRvB over de wijze waarop de vergoeding voor ziektekosten in de ambtelijke sector moet worden benaderd lijkt te zijn bijgelegd ten gunste van de CRvB. Het ging om de keuze tussen toekenning als vast bedrag voor alle ambtenaren of toekenning naar rato van de arbeidsduur, wat de lijn was van de ambtenarenrechter. Een studieverlofregeling dient echter wel aan deeltijders en

voltijders een gelijke hoeveelheid verlof toe te kennen indien de regeling verplicht gestelde opleidingen betreft.

- Na het einde van een tijdelijk deeltijdcontract staat het een werkgever vrij om te kiezen voor invulling van de functie op voltijdse basis mits goed en toetsbaar onderbouwd is waarom die keuze noodzakelijk is.
- Bij de vraag wat rechtens is als werkgever en werknemer een conflict krijgen over een verzoek om aanpassing van de arbeidsduur, al dan niet in combinatie met ouderschapsverlof en het opnemen van vakantiedagen, stelt de CGB zich terughoudend op. Pas als er daarbij sprake is van ongerechtvaardigd indirect onderscheid naar geslacht zal een werknemer steun van de CGB kunnen verwachten.

Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat

Mr. C. Waaldijk

1 EUROPESE ORIËNTATIE EN DE GERICHTHEID VAN DE AWGB

Het jaar 2003 is het laatste jaar geweest dat het verbod van discriminatie wegens seksuele gerichtheid vooral een nationale aangelegenheid was. Vanaf 2 december 2003 stelt een kaderrichtlijn van de EG minimumeisen aan het verbod van onderscheid naar seksuele gerichtheid voor het terrein van arbeid en beroep.¹ Onderscheid naar burgerlijke staat valt buiten de scope van de kaderrichtlijn. Een wet tot aanpassing van de AWGB aan de richtlijn is begin 2004 van kracht geworden.² Bij de interpretatie van de Nederlandse wetgeving zullen rechters en de Commissie gelijke behandeling zich nu ook op dit punt op Europese normen moeten oriënteren. Op bijvoorbeeld het punt van de bewijslastverdeling doet de Commissie dat al.³ In een groot aantal oordelen uit 2003 komt een nieuwe belangrijke vraag op die met behulp van de EG-richtlijn beantwoord kan worden. Dat is de vraag naar de normadressaat: tegen wie kan het verbod van onderscheid wegens seksuele gerichtheid worden ingeroepen?⁴ Een andere vraag die wellicht met een Europese oriëntatie opgelost kan worden, betreft het opnieuw door de Commissie onderkende recht om in ongelijke gevallen ongelijk behandeld te worden.⁵

2 VIJFTIEN OORDELEN IN TWAALF ZAKEN

In 2003 heeft de Commissie gelijke behandeling weer wat meer oordelen gegeven over seksuele gerichtheid dan in de vier voorgaande jaren.⁶ Het zijn er nu zes, waarvan er twee betrekking hebben op één zaak.⁷ In twee van de vijf zaken constateert de Commissie verboden onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid.⁸ Daarnaast was er opnieuw een oordeel over vermeend onderscheid wegens transseksualiteit⁹, dat aan de orde komt in het hoofdstuk over de grond *Geslacht* (zie p. 46).

Het aantal oordelen over de grond burgerlijke staat is in 2003 iets lager dan in 2002.¹⁰ Het zijn er nu negen, waarvan twee keer een tweetal oordelen dat betrekking

1 Richtlijn 2000/78/EG.

2 EG-implementatiewet Awgb, *Stb.* 2004, 119.

3 Zie paragraaf 5.

4 Zie daarover met name paragraaf 4.

5 Zie daarover paragraaf 3 en 7.

6 Van 1995 tot en met 2003 bedroeg het aantal oordelen met betrekking tot seksuele gerichtheid achtereenvolgens: 5, 5, 8, 8, 5, 4, 4, 2 en nu 6.

7 Oordelen 2003-42 en 2003-43.

8 Oordelen 2003-113 (ontslag homoseksuele man) en 2003-150 (lesbische vrouw afgewezen voor deelname aan geneesmiddelenonderzoek). Beide oordelen zijn integraal opgenomen in deze bundel.

9 Oordeel 2003-139.

10 Van 1995 tot en met 2003 bedroeg het aantal oordelen met betrekking tot burgerlijke staat achtereenvolgens: 10, 8, 16, 16, 8, 6, 4, 11 en nu 9. Van de negen oordelen van dit jaar is oordeel 2003-78 integraal in deze bundel opgenomen.

heeft op één zaak.¹¹ In geen van de zeven zaken constateert de Commissie verboden onderscheid wegens burgerlijke staat.

Net als in 2001 en 2002 heeft geen van de zaken dit jaar betrekking op zowel seksuele gerichtheid als burgerlijke staat, terwijl dat in de jaren tot en met 2000 vaak het geval was.¹² Wel betreft een van de zaken van 2003 naast seksuele gerichtheid ook de grond ras¹³, en gaat het in een andere zaak niet alleen om burgerlijke staat maar ook (en vooral) om geslacht.¹⁴

Vijf van de in totaal twaalf zaken betroffen goederen of diensten¹⁵, en in de andere zeven ging het om arbeid. Vier zaken zijn aangekaart door vrouwen¹⁶, en zeven door mannen, terwijl de Commissie in één oordeel het geslacht van verzoekers onvermeld laat.¹⁷

3 WAT VALT ONDER ONDERSCHIED OP GROND VAN SEKSUELE GERICHTHEID?

In een tweetal oordelen geeft de Commissie een nieuwe formule om vast te stellen welk gedrag beschermd wordt door het verbod om onderscheid te maken op grond van seksuele gerichtheid. Dát het begrip ‘gerichtheid’ naast gevoelens en voorkeuren ook concrete uitingen omvat is, in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis van de AWGB, al lang vaste jurisprudentie van de Commissie.¹⁸ Toch leverde dat nog geen helder criterium op voor de vraag welke gedragingen wel en welke niet beschermd worden. Nu stelt de Commissie 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.¹⁹ De Commissie voegt daaraan toe dat van direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid sprake is indien bij een door de AWGB bestreken handeling ‘rechtstreeks wordt verwezen naar homoseksuele gerichtheid’.²⁰ Deze laatste formulering wijkt enigszins af van de formulering in het oordeel inzake bloeddonoren (‘Indien (...) rechtstreeks verwezen wordt naar de homoseksuele gerichtheid van betrokkene als zodanig’).²¹ Of dit nu betekent dat de Commissie terugkomt van haar (omstreden²²) lijn om onderscheid tussen mannen die seks hebben met mannen enerzijds en mannen die seks hebben met vrouwen anderzijds *niet* te kwalificeren als direct onderscheid naar seksuele gerichtheid, blijft onduidelijk.

In oordeel 2003-150 constateert de Commissie dat bij de toelating van vrouwen tot deelname aan een geneesmiddelenonderzoek onderscheid gemaakt is op grond van het al dan niet gebruiken van bepaalde vormen van anticonceptie. Het niet

11 Oordelen 2003-45 en 2003-46, respectievelijk 2003-116 en 2003-117 (in beide gevallen ging het om pensioenzaken).

12 Voor een overzicht zie de Oordelenbundels over de jaren 1999 tot en met 2002, en voorts www.emmeijers.nl/waaldijk.

13 Oordeel 2003-55 (een allochtone man stelde dat een manager hem voor ‘flikker’ had uitgesloten en zich jegens hem negatief over allochtonen had uitgelaten).

14 Oordelen 2003-116 en 2003-117 (gesteld werd dat indirect onderscheid ten nadele van gehuwde vrouwen was gemaakt). Deze twee oordelen worden in deze bundel besproken in het hoofdstuk over *Geslacht*.

15 Oordelen 2003-57, 2003-108, 2003-11, 2003-122 en 2003-150.

16 Oordelen 2003-111, 2003-116 en 2003-117, 2003-122 en 2003-150.

17 Oordeel 2003-108 (verzoekers zijn ongehuwd/ongeregistreerd samenwonende partners).

18 Zie bijvoorbeeld overweging 5.5 van oordeel 1999-137 (inzake bloeddonoren).

19 Aldus overweging 5.3 van zowel oordeel 2003-113 als oordeel 2003-150 (allebei integraal opgenomen in deze bundel).

20 Overweging 5.4 van oordeel 2003-113.

21 Overweging 5.5 van oordeel 1998-137.

22 Zie onder meer de kritiek op oordeel 2000-90 van A.C. Hendriks & C. Waaldijk, in: T. Loenen e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2000*, Deventer: Kluwer 2001, p. 57-59.

gebruiken van anticonceptie door een vrouw wordt, volgens mij terecht, niet gezien als concreet gedrag dat algemeen wordt beschouwd als uitvloeisel van de homoseksuele gerichtheid van verzoekster. Dus geen direct onderscheid. Volgens de Commissie is er wel sprake van indirect onderscheid, omdat naar verhouding meer lesbische dan heteroseksuele vrouwen worden getroffen door de eis om een condoom of spiraaltje te gebruiken. Ik vraag me af of je wel kunt zeggen dat lesbische vrouwen ‘getroffen’ worden door de eis om bijvoorbeeld een condoom te gebruiken. Het condoom zal immers alleen gebruikt hoeven te worden wanneer ze met een man vrijen. De Commissie gaat daaraan voorbij, wellicht om vervolgens een streng oordeel te kunnen vellen over het onnozel geformuleerde onderzoeksprotocol (zie par. 4 hieronder). Ik denk dat de Commissie de zaak beter had kunnen aanpakken als een geval van *verboden gelijke behandeling van ongelijke gevallen*²³: het onderzoeksprotocol maakt in de voorschriften ter voorkoming van zwangerschap ten onrechte geen onderscheid tussen vrouwen die (onder meer) heteroseksueel actief zijn en vrouwen die (uitsluitend) homoseksueel actief zijn.

In oordeel 2003-113 neemt de Commissie wél direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid aan.²⁴ Hier ging het om het ontslag van een homoseksuele man die één dag werkzaam was geweest als assistent voor algemene dagelijkse levensverrichtingen. Het ontslag volgde op de weigering van drie gehandicapten om door hem verzorgd te worden. Deze weigering baseerden deze gehandicapten onder meer op door hen niet nader gespecificeerde gedragingen, waarmee de man buiten de werksfeer uiting zou geven aan zijn homoseksuele voorkeur. De werkgever is er in de procedure bij de Commissie niet in geslaagd om te bewijzen dat de weigering door de gehandicapten niet mede gebaseerd was op concreet gedrag dat algemeen wordt beschouwd als uitvloeisel van de homoseksuele gerichtheid van de man. De Commissie concludeert dat er daarom sprake is van direct onderscheid naar homoseksuele gerichtheid. Kennelijk kan er volgens de Commissie niet alleen sprake zijn van direct onderscheid indien er bij een door de wet bestreken handeling (het ontslag) rechtstreeks wordt verwezen naar homoseksuele gerichtheid, maar ook indien bij zo’n handeling *verwezen wordt naar een rechtstreekse verwijzing van derden* (in dit geval klanten: de te verzorgen gehandicapten) naar homoseksuele gerichtheid. Terecht, want anders zouden werkgevers zich te gemakkelijk kunnen verschuilen achter discriminerende gevoelens of gedragingen van klanten of collega’s.

4 DISCRIMINATIE DOOR DERDEN: OP WIE IS DE AWGB GERICHT?

Opvallend is dat in 2003 álle oordelen over seksuele gerichtheid, en ten minste drie van de oordelen over burgerlijke staat, terug te voeren zijn op discriminatie door anderen dan de verweerder in de procedure bij de Commissie. Het gaat dan onder meer om klachten over (vermeend) discriminerende uitlatingen of gedragingen van: – werknemers: een schoolleider van een spirituele school zou gezegd hebben dat hij verzoeker op geen enkele wijze zou ondersteunen in zijn rol van mentor jongerengroep omdat verzoeker als homoseksueel een slecht voorbeeld zou zijn voor jongeren (2003-43), een tankstationmanager zou een medewerker voor ‘flikker’ hebben uitgescholden (2003-55), een barman op een café van een vereniging voor mensen met HIV zou een heteroseksuele bezoeker ‘homohater’ hebben genoemd

23 Zie mijn bijdrage in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 65-66 en 70. Zie ook oordeel 2003-47, hierna besproken onder 7.

24 Integraal opgenomen in deze bundel.

- (2003-57), een docent zou verzwegen hebben dat zij wist wat de nieuwe school was waar de ex-vrouw van een gescheiden vader hun gezamenlijke kinderen heen had gestuurd (2003-122);
- klanten: een bezoeker van een café van een vereniging voor mensen met HIV zou een bezoeker voor ‘vuile hetero’ hebben uitgescholden, terwijl andere leden van de vereniging zouden hebben gezegd dat hij homo was maar het zelf nog niet wist (2003-57), drie door een nieuwe assistent te verzorgen gehandicapten zouden hebben geweigerd om door hem verzorgd te worden en dat op grond van niet nader gespecificeerde gedragingen waarmee de man buiten de werksfeer uiting zou geven aan zijn homoseksuele voorkeur (2003-113);
 - opdrachtgevers: een verzekeringsmaatschappij treedt voor een pensioenfonds op als uitvoerder van een pensioenregeling waarin voor het nabestaandenpensioen onderscheid wordt gemaakt naar burgerlijke staat (2003-46), een pensioenfonds treedt voor een detailhandelsconcern op als uitvoerder van een pensioenregeling waaraan veel deeltijders jarenlang niet mochten deelnemen (2003-117), een onderzoeksinstituut doet in opdracht van een farmaceutisch bedrijf een geneesmiddelenonderzoek aan de hand van een protocol waarin het bedrijf – blijkens het voorschrift onvruchtbaar te zijn danwel een voorbehoedmiddel te gebruiken – geen rekening heeft gehouden met vrouwelijke proefpersonen met seksuele partners van het vrouwelijke geslacht (2003-150).

In sommige van deze zaken stelt de verzoeker dat niet alleen deze derden, maar ook de verweerder zelf zich schuldig gemaakt heeft aan discriminerend gedrag²⁵, of tekort is geschoten in het nakomen van een zorgplicht om discriminerend gedrag van derden tegen te gaan.²⁶ Voor dat eigen gedrag is de verweerder uiteraard zelf verantwoordelijk, behoudens de beperkingen en uitzonderingen van de gelijkebehandelingswetgeving. Er zijn echter twee andere vragen van belang in dit kader. In hoeverre is een verweerder verantwoordelijk voor het gedrag van derden? En in hoeverre kunnen ook die derden zelf aangesproken worden voor hun eigen discriminerende gedrag?

Het is vaste jurisprudentie van de Commissie dat degene die een opdracht of regeling van een ander uitvoert zich daarbij ook zelf moet houden aan de gelijkebehandelingswetgeving. Dit betekent dat van ongelijke behandeling beschuldigde verzekeringsmaatschappijen en pensioenfondsden zich niet kunnen verschuilen achter de door hen uit te voeren, maar door anderen vastgestelde, pensioenregelingen.²⁷ Evenmin kan een onderzoeksinstituut zich verschuilen achter het door de opdrachtgever vastgestelde onderzoeksprotocol (2003-150). Het is echter minder duidelijk in welke gevallen een werkgever verantwoordelijk is voor discriminerend gedrag van zijn werknemers.

In de zaak van de gescheiden vader die beter geïnformeerd had willen worden door een school, stelt de Commissie dat uitlatingen gedaan door leden van het docentencorps onder de verantwoordelijkheid van de onderwijsinstelling vallen.²⁸ Bij uitlatingen moeten we in dit verband kennelijk denken aan toezeggingen en de verstrekking van informatie, en niet aan beledigende uitlatingen. Immers, wanneer het over discriminerende bejegening op de werkvloer gaat, stelt de Commissie zich op het standpunt dat de verantwoordelijkheid van de werkgever zich beperkt tot een zorgplicht die inhoudt dat de werkgever er op moet toezien dat degenen waarover hij het

25 Dat is bijvoorbeeld het geval in de oordelen 2003-43, 2003-57, 2003-113, 2003-122 en 2003-150.

26 Zie bijvoorbeeld 2003-55 en 2003-57.

27 Dat dit niet alleen geldt voor pensioenfondsden, zoals in oordeel 2003-117, maar ook voor verzekeringsmaatschappijen, wordt nadrukkelijk overwogen in oordeel 2003-46 (overweging 5.2).

28 Oordeel 2003-122, overweging 5.4.

gezag uitoefent zich van discriminatie onthouden en tot een verplichting om klachten over discriminatie zorgvuldig te behandelen.²⁹ Dat betekent dat het enkele feit dat een werknemer of klant wordt geïntimideerd door een collega of zelfs door een manager³⁰, nog niet betekent dat de werkgever jegens die werknemer of klant de AWGB heeft overtreden.

Vervolgens dient zich dan de vraag aan of discriminerende werknemers, klanten of opdrachtgevers ook zelf rechtstreeks op hun gedrag aangesproken kunnen worden op grond van de AWGB. In sommige zaken gebeurt dat al, zonder dat de Commissie er een probleem in ziet.³¹ Zo wordt in pensioenzaken soms naast de verzekeringsmaatschappij ook het pensioenfonds aangesproken (2003-45), of naast het pensioenfonds ook de werkgever (2003-116). En in de zaak met betrekking tot de homoseksuele mentor op een spirituele school werd niet alleen het bevoegd gezag van de Nederlandse school aangesproken (2003-43), maar ook de 'schoolleider internationaal' uit Engeland, dat wil zeggen het spirituele hoofd van het genootschap waar de Nederlandse school een 'dochter' van is (2003-42).

In de zaak van de gescheiden vader lijkt de Commissie echter van mening te zijn dat je niet tegelijkertijd een werkgever en een werknemer op hetzelfde gedrag kunt aanspreken. In dit geval was het verzoek zowel gericht tegen de school als tegen een van de docenten van die school. De Commissie rekent het gedrag van de docent toe aan de school. Terecht, naar mijn mening. Volgens de Commissie moet dat er echter ook toe leiden dat het verzoek voorzover het is gericht tegen de leerkracht beschouwd moet worden als te zijn gericht tegen de school. Deze redenering is moeilijk te volgen, en lijkt mij ook onjuist. Verzoeker heeft immers bij de Commissie een klacht ingediend tegen de docent. Dat betekent dat de Commissie die klacht moet onderzoeken en daarbij de docent als wederpartij moet oproepen. Nu betrof het in dit geval een klacht over discriminerende dienstverlening in de zin van art. 7 AWGB en zou de Commissie bij het onderzoek van de klacht moeten bezien of het gedrag van de docent in de termen van dat artikel valt. Daarvóór pleit dat de docent betrokken is bij het uitvoeren van de overeenkomst tussen school en ouders. Ertegen zou kunnen pleiten dat de tekst van art. 7 AWGB ten aanzien van onderwijs beperkt is tot onderscheid door instellingen.

Bij zaken over (vermeende) intimidatie *bij de arbeid* zal vaker en gemakkelijker geconcludeerd kunnen worden dat een collega-werknemer of klant in strijd met art. 5 lid 1 AWGB heeft gehandeld. De daar genoemde arbeidsvoorwaarden omvatten immers de arbeidsomstandigheden. Vanaf de inwerkingtreding van de EG-implémentatiewet AWGB³², zal dat laatste begrip expliciet vermeld worden in art. 5 lid 1 onder *b* en zal intimidatie (in verband met bijvoorbeeld seksuele gerichtheid) in een nieuw art. 1a AWGB expliciet gedefinieerd worden als een vorm van verboden onderscheid. De verbodsnorm van beide wetsartikelen wordt dan kortweg: 'Intimidatie (...) is verboden (...) bij arbeidsomstandigheden.' De tekst van de genoemde artikelen geeft niet aan tot wie dat verbod gericht is. In ieder geval geeft de tekst van de wet geen steun aan de gedachte dat het verbod alleen tot werkgevers zou zijn gericht, of alleen zou gelden in arbeidsverhoudingen. De EG-richtlijn waarop het verbod gebaseerd is stelt zelfs met zoveel woorden dat het verbod inzake diverse

29 Deze vaste jurisprudentie werd nog eens herhaald in oordeel 2003-55 (overweging 5.5).

30 Oordeel 2003-55 (tankstationmedewerker stelt uitgescholden te zijn) en oordeel 2003-57 (bezoeker HIV-café stelt uitgescholden te zijn).

31 Zie ook oordeel 2003-142 (rassendiscriminatie door een klant van een uitzendbureau jegens een werknemer van dat uitzendbureau), integraal in deze bundel opgenomen, met een noot van Rodrigues, die er wél een probleem in ziet.

32 *Stb.* 2004, 119, in werking getreden per 1 april 2004.

aspecten van arbeid op alle personen van toepassing moet zijn.³³ In dat licht is het door de regering tijdens de behandeling van de EG-implementatiewet AWGB ingenomen standpunt, dat de AWGB niet tussen collega's geldt³⁴, moeilijk houdbaar. Tegen dat standpunt pleit ook dat een werkgever, afgezien van zijn hierboven genoemde zorgplicht, niet altijd aansprakelijk is voor intimidatie van de ene werknemer door een andere werknemer of van een werknemer door een klant. Daarom is het belangrijk dat een geïntimideerde werknemer zich bij rechter en Commissie ook rechtstreeks kan richten tot de collega of klant die intimideert. Als ik het goed zie, betekent dat bijvoorbeeld dat de tankstationmedewerker (2003-55) bij de Commissie of bij de rechter niet alleen tegen zijn werkgever maar ook tegen de betrokken manager en collega had kunnen procederen wegens vermeend handelen in strijd met art. 5 AWGB. Vermoedelijk had zelfs de genoemde assistent voor algemene dagelijkse levensverrichtingen zijn Commissieprocedure (2003-113) ook kunnen richten tot de gehandicapten die niet door hem verzorgd wilden worden. Geen van beiden heeft dat echter gedaan.

De van het geneesmiddelenonderzoek uitgesloten lesbische vrouw had natuurlijk ook de opdrachtgever in de procedure voor de Commissie kunnen betrekken. Het is jammer dat haar verzoek alleen betrekking had op het onderzoeksinstituut (2003-150), waardoor de eigenlijke boosdoener, de opsteller van het onderzoeksprotocol, niet in de procedure werd betrokken. Het is trouwens een vreemde zaak. Het protocol stelt dat 'Female subjects must be (...) surgically sterile, or, if sexually active, must have a partner who has been vasectomized (...) or agree to use (...) contraception.' Deze, door een medisch-ethische toetsingscommissie positief beoordeelde, maar onnozele formulering miskent dat een aantal vrouwen geen seks met mannen maar met vrouwen heeft, dat vrouwen met een gesteriliseerde mannelijke partner misschien vreemdgaan, en dat sommige vrouwen zich niet seksueel maar kunstmatig laten bevruchten. Bij het voorkómen dat zwangere vrouwen mee zouden doen aan een riskant medisch onderzoek was men vergeten dat er ook andere vormen van seks of voortplanting bestaan. Terecht komt de Commissie tot het oordeel dat dit voorschrift geen geschikt en ook geen noodzakelijk middel is ter voorkoming van zwangere proefpersonen en dat er dus sprake is van ongerechtvaardigd indirect onderscheid naar seksuele gerichtheid.³⁵ Naar verluidt is het protocol naar aanleiding van het oordeel aangepast.

5 BEWIJS

Wat betreft de bewijslastverdeling is het vaste jurisprudentie van de Commissie dat de verzoeker feiten en omstandigheden dient aan te voeren die doen vermoeden dat er sprake is van direct en indirect onderscheid, en dat het vervolgens aan de verweerder is om dit te weerleggen.³⁶ De Commissie verwijst in dit verband naar de implementatie van de richtlijnen 2000/43/EG en 2000/78/EG. Opmerkelijk is echter dat de Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen om ten aanzien van procedures bij de Commissie deze zowel in de richtlijnen als door de Commissie gehanteerde bewijslastverdeling niet in de wet vast te leggen.³⁷ Daarmee maakt de wetgever gebruik van de mogelijkheid die de richtlijnen bieden om de bewijslastverdeling vrij

33 Art. 3 lid 1 van zowel Richtlijn 2000/43/EG als Richtlijn 2000/78/EG.

34 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 28.

35 Zie ook par. 3 hierboven.

36 Overweging 5.6 van oordeel 2003-55 en overweging 5.5 van oordeel 2003-111.

37 Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 34.

te laten bij lichamen die zelf de feiten mogen onderzoeken.³⁸ Voor de rechtszekerheid en voor de begrijpelijkheid van de AWGB is dat jammer, want het nieuwe art. 10 AWGB suggereert nu dat deze bewijslastverdeling alleen bij de rechter geldt en niet ook bij de Commissie.

In verschillende van de oordelen van 2003 constateert de Commissie dat er onvoldoende feiten en omstandigheden zijn aangevoerd voor een vermoeden (2003-55 inzake de tankstationmedewerker; en 2003-122 inzake de gescheiden vader) of dat het vermoeden effectief weerlegd wordt (2003-57 inzake het HIV-café). In oordeel 2003-113 komt volgens de Commissie wél vast te staan dat er direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid is gemaakt ten nadele van een assistent voor algemene dagelijkse levensverrichtingen. Een belangrijke rol speelt daarbij dat de betrokken werkgever volgens de Commissie onvoldoende zorgvuldig heeft gehandeld door de assistent te ontslaan binnen enkele uren na ontvangst van de brieven van drie gehandicapte bewoners, zonder nader onderzoek te doen en zonder de assistent te vragen om op de brieven te reageren. In oordeel 2003-57 komt de Commissie juist tot de conclusie dat het bestuur van de vereniging van HIV-geïnfecteerden wel zorgvuldig is opgetreden jegens de verzoeker, met name door herhaald aandacht te besteden aan de verbetering van de sfeer in het HIV-café, door een eerdere klacht van verzoeker in behandeling te nemen en door verzoeker na een incident niet te royeren of te schorsen maar slechts de toegang tot het café te ontzeggen.

In de meeste andere zaken speelt de bewijslast nauwelijks een rol, bijvoorbeeld omdat het dan vooral gaat over de vraag of een vorm van indirect onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

6 UITZONDERINGEN VOOR VERENIGINGEN, (KERK-)GENOOTSCHAPPEN, DE PRIVÉSFEER EN PENSIOENEN

In de zaak van de man die de toegang was ontzegd tot het café van een vereniging voor mensen met HIV gaat de Commissie eerst na of art. 7 lid 1 onder *c* AWGB wel van toepassing is op deze vereniging (2003-57). Gezien het open en zakelijke karakter van het café en van andere verenigingsactiviteiten, is dat volgens de Commissie wel het geval. Overigens ging het in deze zaak niet alleen om dienstverlening door een welzijnsinstelling, maar ook om vrijwilligerswerk. De Commissie heeft echter niet de gelegenheid te baat genomen om duidelijk te stellen dat en onder welke voorwaarden ook vrijwilligerswerk een 'betrekking' of 'arbeidsverhouding' oplevert in de zin van art. 5 lid 1 AWGB. Volgens literatuur en parlementaire geschiedenis valt vrijwilligerswerk daar onder, mits de vrijwilliger onder gezag van een ander werkt.³⁹ Juist bij zaken waarin het om een vrijwilliger bij een vereniging gaat (zoals in de genoemde oordelen), kan het van belang zijn om van arbeid in de zin van art. 5 AWGB te spreken in plaats van dienstverlening in de zin van art. 7 AWGB. Anders dan art. 7 is art. 5 immers onverkort van toepassing op verenigingen, tenzij het gaat om een rechtsverhouding binnen een genootschap op geestelijke grondslag, zoals bedoeld in art. 3 AWGB.

38 Zie art. 10 lid 5 van Richtlijn 2000/78/EG.

39 I.P. Asscher-Vonk & W.C. Monster, *Gelijke behandeling bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2002, p. 19-20 en 151-152; J.H. Gerards & A.W. Heringa, *Wetgeving gelijke behandeling*, Deventer: Kluwer 2003, p. 61; *Kamerstukken II 1991/92*, 22.014, nr. 5, p. 79.

Van dat laatste was sprake in de andere vrijwilligerszaak die de Commissie te beoordelen kreeg (2003-42 en 2003-43). Het ging om een homoseksuele man die student en mentor was bij een vanuit Engeland geleide en vanuit India geïnspireerde spirituele school. De Commissie geeft mede op basis van de statuten en enkele getuigenverklaringen een beschrijving van de organisatie, doelstellingen en werkwijze van de school en verbindt daaraan de conclusie dat het gaat om een genootschap op geestelijke grondslag en dat de positie van mentor een rechtsverhouding daarbinnen betreft. Op grond daarvan acht de Commissie zich niet bevoegd om de handelingen van de school en de schoolleider aan de AWGB te toetsen. Wat in de parlementaire geschiedenis al niet gelukt was, het bieden van een sluitende definitie van het begrip genootschap op geestelijke grondslag, lukt nu ook de Commissie niet.

De uitzondering van art. 5 lid 3 AWGB voor werkverhoudingen met een privé-karakter komt even aan de orde in de zaak van de ontslagen assistent voor algemene dagelijkse levensverrichtingen (2003-113). Volgens de Commissie ziet die uitzondering slechts op arbeidsverhoudingen waarbij de persoonlijke levenssfeer van de opdrachtgever zelf in het geding is, en dus niet op situaties waar het gaat om de persoonlijke levenssfeer van de klanten van een werkgever.

De omstreden uitzondering voor onderscheid op grond van burgerlijke staat met betrekking tot pensioen (art. 5 lid 6 AWGB) komt aan de orde in de oordelen 2003-45 en 2003-46 (nabestaandenpensioen) en ook in oordeel 2003-78 (pensioenaanspraken opgebouwd voor 1 januari 2002). Deze oordelen worden hieronder besproken.

7 ALLEENSTAANDEN

Ook dit jaar kreeg de Commissie weer te oordelen in een zaak van een alleenstaande ambtenaar die zich beklaagde over de hoogte van de toelage die hij ontving in verband met zijn uitzending naar het buitenland (2003-47). In dit geval ging het om een in België gestationeerde militair.⁴⁰ Het beknopte oordeel is overigens moeilijk te doorgronden. Zo zou de toelage volgens de feiten en volgens de standpunten van de partijen berekend worden als percentage van het inkomen, maar lijkt de Commissie er bij de beoordeling van het verzoek van uit te gaan dat alleen daadwerkelijk gemaakte meerkosten worden vergoed. In het oordeel maakt de CGB, conform het verzoek, een vergelijking tussen de vergoeding voor een militair zonder gezin enerzijds en de vergoeding voor een militair met een in Nederland achtergebleven gezin anderzijds. Nergens in het oordeel is een aanduiding te vinden van het soort kosten dat voor de eerste categorie lager zou zijn dan voor de tweede categorie.⁴¹ In overweging 5.4 stelt de Commissie dat het gelijkheidsbeginsel vergt dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk, naar de mate van ongelijkheid.⁴² Vervolgens lijkt de Commissie te toetsen aan de clausulering van dat tweede aspect van het gelijkheidsbeginsel. Zij stelt dat er geen sprake is van gelijke gevallen en oordeelt zonder nadere onderbouwing dat de ongelijke toelage overeenkomt met de mate van ongelijkheid van de gevallen. Er is dus geen sprake van verboden onderscheid.⁴³

40 Een vergelijkbare zaak leidde in 2000 tot oordeel 2000-12, dat gevolgd werd in de uitspraak van Rechtbank 's-Gravenhage van 30 augustus 2002, opgenomen in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003. Zie ook oordeel 2002-188.

41 Omdat een militair die haar of zijn gezin meegenomen heeft naar het buitenland een nog hogere vergoeding krijgt, gaat het kennelijk niet om het al dan niet hebben van twee woningen.

42 Zie daarover ook mijn opmerkingen over oordeel 2003-150, hierboven onder 2, en mijn verwijzingen in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 65-66.

43 Kennelijk doelt de Commissie op *indirect* onderscheid, maar dat wordt niet expliciet gemaakt.

Op zichzelf is het belangwekkend dat de CGB, anders dan in eerdere vergelijkbare zaken⁴⁴, nu lijkt te toetsen aan wat wel een materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel wordt genoemd. Daarbij zal echter helder onderscheiden moeten worden tussen:

- het ten onrechte gelijk behandelen van ongelijke gevallen,
- het onvoldoende ongelijk behandelen van ongelijke gevallen en
- het overmatig ongelijk behandelen van ongelijke gevallen.

Bij de laatste twee gaat het in wezen om een evenredigheidstoets. Een interessante vraag daarbij is nog hoe die toets zich verhoudt tot het verschil in toetsingssystematiek ten aanzien van direct en indirect onderscheid. Het is jammer dat de Commissie in dit geval de veronderstelde evenredigheid niet zichtbaar maakt door kosten en vergoedingen met elkaar te vergelijken.

De andere alleenstaandenzaak die de Commissie in 2003 kreeg te beoordelen betreft pensioen (2003-78).⁴⁵ Met ingang van 1 januari 2002 geldt art. 2b van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). Dit artikel was onder meer bedoeld om een einde te maken aan de achterstelling van alleenstaanden die wel moesten meebetalen aan de opbouw van nabestaandenpensioenen ten bate van de partners van hun collega's, maar die daar zelf niets voor terugkregen. Art. 2b PSW bepaalt dat indien een pensioenregeling ook voorziet in de opbouw van een nabestaandenpensioen, de deelnemer dat nabestaandenpensioen ongeacht zijn burgerlijke staat moet kunnen uitruilen voor een hoger of eerder ouderdompensioen. Het artikel heeft alleen betrekking op nabestaandenpensioenaanspraken die vanaf 1 januari 2002 worden opgebouwd.

De verweerster heeft er in een wijziging van het pensioenreglement echter vrijwillig voor gekozen om de uitruil juist mogelijk te maken ten aanzien van al vóór die datum opgebouwd nabestaandenpensioen. Daarbij zijn echter alleenstaanden weer uitgesloten van deze uitruilmogelijkheid.

Een alleenstaande deelnemer in de pensioenregeling van verweerster heeft zich bij de CGB beklagd over deze vorm van indirect onderscheid naar burgerlijke staat. De vraag waar het vervolgens om draait is of dit onderscheid gedekt wordt door art. 5 lid 6 AWGB, dat stelt dat onderscheid op grond van burgerlijke staat niet verboden is indien het nabestaandenpensioen betreft of pensioenaanspraken die vóór 1 januari 2002 zijn opgebouwd. In dit geval is aan de letter van beide voorwaarden voldaan. De Commissie verwerpt de stelling van verzoeker dat art. 5 lid 6 AWGB niet voor een geval als het onderhavige bedoeld zou zijn door de wetgever. De Commissie voert daarvoor als argument aan dat de bepaling bedoeld is als een permanente uitzondering (overweging 5.10). Dat kan mij niet overtuigen, nu verweerster de uitzonderingsbepaling van de AWGB gebruikt heeft om in 2002 met terugwerkende kracht een nieuwe vorm van onderscheid ten nadele van alleenstaanden door te voeren die voor de toekomst verboden wordt door art. 2b PSW. Dat kan de wetgever zo niet bedoeld hebben.

8 ONGEREGISTREERDE ONGEHUWDE PARTNERS

In de oordelen 2003-45 en 2003-46 gaat het om een pensioenreglement dat zowel aan gehuwde of geregistreerde partners als aan ongeregistreerde ongehuwde partners een nabestaandenpensioen toekent. Aan de ongeregistreerde ongehuwde partners worden echter enkele aanvullende eisen gesteld: de partner moet blijkens een nota-

44 Zie oordelen 2000-12 en 2002-188.

45 Oordeel 2003-78 is integraal opgenomen in deze bundel.

riël samenlevingscontract als begunstigde zijn aangewezen en moet op het moment van overlijden zowel blijktens dat contract als blijktens het bevolkingsregister ten minste gedurende het voorafgaande halfjaar een gezamenlijke huishouding met de overledene gevoerd hebben. Direct onderscheid naar burgerlijke staat dus, maar bij nabestaandenpensioen is dergelijk onderscheid uitgezonderd van het verbod van de AWGB (art. 5 lid 6, zoals gewijzigd per 1 januari 2002). De eis van een notarieel samenlevingscontract is ook wel redelijk te achten⁴⁶, maar de bijkomende eisen (bevolkingsregister en minimumduur) zijn volgens mij moeilijk verdedigbaar zolang die eisen niet ook gesteld worden aan partners die gehuwd of geregistreerd zijn. Juist ter bestrijding van dergelijke willekeur zou art. 5 lid 6 AWGB opnieuw herzien moeten worden.

Met betrekking tot goederen en diensten geldt het verbod van onderscheid op grond van burgerlijke staat onverkort. Toch wees de CGB twee klachten af van ongehuwden die meenden dat zij anders behandeld werden dan gehuwden. De eerste van deze zaken had betrekking op de tarieven van een postbedrijf voor het doorzenden van post naar een tijdelijk vakantieadres (2003-108). Per achternaam moet apart betaald worden. Dat systeem is in het voordeel van gehuwde of geregistreerde paren indien de ene partner de naam van de ander voert (art. 1:9 BW). Indirect onderscheid ten nadele van ongeregistreerde ongehuwde partners dus. De Commissie acht het doel van de tariefstelling, individualisering en fraudebestrijding, legitiem en het middel passend en proportioneel.⁴⁷ Vreemd genoeg meent de Commissie bovendien dat het gestelde doel niet op een andere, minder sterk differentiërende wijze kan worden bereikt en dat het indirecte onderscheid dus gerechtvaardigd is. Tijdens de behandeling van de zaak heeft kennelijk niemand eraan gedacht dat het tarief ook gebaseerd zou kunnen worden op het aantal (volwassen) personen voor wie de post bestemd is.

De andere zaak betrof een woningverhuurder die bij de toewijzing van huurwoningen bepaalde inkomenseisen stelt, die gunstiger zijn voor 'werkende stellen met een duurzame relatie' dan voor andere tweetallen (2003-111). De relatie van een moeder en dochter die samen een woning wilden huren, werd door de verhuurder niet aangemerkt als duurzaam, en daarom werd een bepaalde woning niet aan hen toegewezen. Helaas zijn partijen niet verschenen ter zitting. De Commissie houdt het er nu maar op dat het criterium duur van de relatie niets van doen heeft met burgerlijke staat en dat er dus geen vermoeden van direct of indirect onderscheid is. Dat zou volgens mij anders zijn indien duurzaamheid van de relatie in geval van huwelijk of geregistreerd partnerschap steeds voorondersteld zou worden, zoals nog steeds gebruikelijk is, zie bijvoorbeeld in de zaak die tot de hierboven besproken oordelen 2003-45 en 2003-46 leidde.

9 GELIJKGESLACHTELIJKE PARTNERS

Na de openstelling van huwelijk en adoptie voor gelijkgeslachtelijke partners in 2001 zijn nog enkele vormen van onderscheid tussen homo- en heteroparen blijven bestaan. Anders dan in 2002 is dergelijk onderscheid in 2003 niet aan de orde gekomen bij de CGB. Wel heeft de indertijd door de Commissie veroordeelde niet-herbenoeming van een ambtenaar die gewetensbezwaren heeft tegen het sluiten van huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht (2002-25), nu een vervolg

46 Aldus ook Rb. Utrecht 5 juni 2002, *JAR* 2002/200, waar de Commissie in overweging 5.7 naar verwijst.
47 Overwegingen 5.8 tot en met 5.11 van oordeel 2003-108.

gekregen bij de rechter⁴⁸, dat in deze bundel aan de orde komt in het hoofdstuk over *Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid*.⁴⁹

De uitsluiting van interlandelijke adoptie door paren van gelijk geslacht (art. 1 Wet opnemning buitenlandse kinderen ter adoptie) wordt blijkens de aanvaarding van een motie op 18 december 2003 niet langer gesteund door een meerderheid van de Tweede Kamer.⁵⁰ In reactie daarop heeft de Minister van Justitie in een brief van 6 februari 2004 aangekondigd nog dit jaar te zullen bezien of vanuit Zuid-Afrika interlandelijke adoptie door gelijkgeslachtelijke Nederlandse paren mogelijk is, en zo ja om daarover met Zuid-Afrika dan een apart verdrag te sluiten en de Nederlandse wetgeving overeenkomstig aan te passen.⁵¹

Over de wenselijkheid iets te doen aan de niet-toepasselijkheid van de vaderschapsregels van art. 1:199 en 1:203 BW op kinderen van lesbische paren, heeft de Minister van Justitie op 22 december 2003 een brief aan de Tweede Kamer gestuurd.⁵² Hij stelt zich daarin op het standpunt dat er onvoldoende reden is om nu voor wat betreft de gelijkstelling van heteroseksueel en homoseksueel afstammingsrecht een verdere stap te zetten, maar dat hij in 2006 wel wil bezien of het erfrecht ten aanzien van deze kinderen aangepast moet worden.

In Nederland komen al jaren vrijwel geen zaken meer voor waarin onderscheid tussen ongehuwde paren van gelijk geslacht enerzijds en ongehuwde paren van verschillend geslacht anderzijds wordt aangevochten. Het Europese Hof voor de rechten van de mens en het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties kregen dergelijke zaken in 2003 wel te beslissen. Beide colleges kwamen in stellige bewoordingen tot de conclusie dat dergelijk onderscheid (i.c. met betrekking tot de voortzetting van een huurovereenkomst na overlijden van de huurder, respectievelijk de uitkering van een pensioen aan de partner van een overleden militair) verboden discriminatie naar seksuele gerichtheid oplevert.⁵³

10 CONCLUSIES

In 2003 heeft de Commissie voor het eerst sinds haar instelling vastgesteld dat er bij een ontslag verboden onderscheid naar seksuele gerichtheid was gemaakt (2003-113). Het enige andere geval waarin de Commissie dit jaar verboden onderscheid wegens gerichtheid (of burgerlijke staat) constateerde betrof de uitsluiting van een lesbische vrouw van een geneesmiddelenonderzoek omdat er in het onderzoeksprotocol geen rekening was gehouden met lesbische vrouwen (2003-150).⁵⁴ In beide oordelen heeft de Commissie enige verheldering gebracht ten aanzien van het begrip gerichtheid, door te overwegen dat daaronder ook valt concreet gedrag dat algemeen wordt beschouwd als uitvloeisel van de homoseksuele of heteroseksuele gerichtheid van een persoon.

Een ander kenmerk van deze twee zaken, en van vele andere zaken dit jaar, was dat

48 Rb. Leeuwarden 24 juni 2003, zaak 02-1377 AW, LJN AH8543.

49 Zie ook de oordelen 2002-24, 2002-25 en 2002-26, besproken door B.P. Vermeulen (p. 159-160) en C. Waaldijk (p. 67-69) in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003.

50 *Kamerstukken II 2003/04*, 28 457, nr. 11, waarin de regering wordt verzocht om de wet op dit punt aan te passen. Zie ook idem nr. 12, en *Handelingen II 2003/04*, p. 2869-2872.

51 *Kamerstukken II 2003/04*, 28 457, nr. 14, p. 2. Het bilaterale verdrag zou nodig zijn omdat het Haags Adoptieverdrag niet van toepassing is op homoadoptie.

52 *Kamerstukken II 2003/04*, 26 672 en 26 673, nr. 14.

53 EHRM 24 juli 2003, *Karner t. Oostenrijk*, appl. 40016/98, *NJCM-bulletin* 2004, p. 88; VN Mensenrechtencomité 6 augustus 2003, *Young t. Australië*, CCPR/C/78/D/941/2000 (zie de *Treaty Bodies Database* op www.unhchr.ch).

54 Beide oordelen zijn integraal opgenomen in deze bundel.

het gemaakte onderscheid terug te voeren was op discriminatie door anderen dan de verweerder. Voor een vollediger beoordeling van dergelijke zaken en ter verduidelijking van de vraag tot wie de verbodsbepalingen van de AWGB zich richten, zou het goed zijn indien toekomstige verzoekers of de Commissie zelf in voorkomende gevallen meer partijen, zoals klanten, collega's, managers, opdrachtgevers, in de procedure zouden betrekken.

Andere aandachtspunten voor Commissie, verzoekers en wetgever zijn de volgende:

- Bij onderscheid in de verenigingssfeer (2003-42, 2003-43 en 2003-57) zouden verzoekers en de Commissie zelf niet alleen naar art. 7 AWGB moeten kijken, maar ook naar art. 5 AWGB, dat immers ook betrekking heeft op vrijwilligerswerk.
- In zaken met betrekking tot ongeregistreerde ongehuwde partners (2003-45, 2003-46, 2003-108 en 2003-111) zou de Commissie wat meer oog moeten hebben voor mogelijkheden om gelijke behandeling te realiseren door gehuwden en geregistreerde partners net zo te behandelen als ongeregistreerde.
- Het toetsingskader dat gebruikt kan worden bij zaken waarin over gelijke (of onvoldoende ongelijke of overmatig ongelijke) behandeling van ongelijke gevallen wordt geklaagd (2003-47 en 2003-150), behoeft verdere ontwikkeling en verduidelijking.
- Drie oordelen toonden opnieuw het onredelijke karakter aan van de uitzondering voor nabestaandenpensioen in art. 5 lid 6 AWGB (2003-45, 2003-46, 2003-78).
- De door de Commissie gehanteerde richtlijnconforme bewijslastverdeling (zie 2003-55 en 2003-111) zou voor alle duidelijkheid ook in de wet vastgelegd moeten worden.

Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid

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

1 INLEIDING

Zorg om de problemen van de multiculturele samenleving hebben het afgelopen jaar tot felle debatten en juridische conflicten geleid. Centraal stond de spanning tussen de vrijheid van godsdienst en onderwijs enerzijds en het gelijkheidsbeginsel anderzijds en de verhouding van deze grondrechten tot de vereiste neutraliteit van de overheid. Te denken valt aan de discussies over de positie van bijzondere, met name islamitische, scholen en de vrijheid van onderwijs, de pleidooien voor en tegen gedwongen spreidingsbeleid in onderwijs en huisvesting, de weigering van het bestuur van een regionaal opleidingscentrum om leerlingen met een nikaab (een gezichtsbedekkende sluier) toe te laten, en de hoofddoekjesverboden op diverse scholen.

Niet alleen in Nederland, ook elders in Europa heeft de vrijheid van godsdienst het afgelopen jaar tot heftige debatten geleid. Het meest ophefmakend was ongetwijfeld het Franse voorstel voor een wettelijk verbod op 'opzichtige' religieuze tekenen (dus wel een klein maar geen groot kruis(je), geen hoofddoek maar wel een minikoran aan een kettinkje). De Franse regering volgde hiermee het voorstel van de Commissie-Stasi, die zich voor het verbod beriep op het principe van de *laïcité*.¹ Deze strikte scheiding tussen kerk en staat impliceert neutraliteit van de staat; zij mag geen enkele geestelijke of religieuze optie bevoorrechten. Enkele maanden eerder speelde in Duitsland een belangwekkende zaak van een islamitische onderwijzeres aan een openbare school. Voor het Bundesverfassungsgericht eiste zij met een beroep op de vrijheid van godsdienst dat zij voor de klas een hoofddoek zou mogen dragen. Zij werd in het gelijk gesteld.² Italië zag zich in dezelfde tijd geconfronteerd met zijn eerste 'Kruzifixentscheidung'. Een moslim spande met succes een rechtszaak aan omdat hij niet wilde dat zijn zoon in de klas voortdurend zou blootstaan aan de aanblik van een naakte man aan een kruisbeeld.³

Het afgelopen jaar verschenen tal van publicaties die betrekking hebben op bovengeschetste materie. Een aantal daarvan willen wij hier noemen: August Hans den Boef, *Nederland seculier! Tegen religieuze privileges in wetten, regels, praktijken, gewoonten en attitudes*, Amsterdam: Van Gennep 2003; P.B. Cliteur & H.M.Th. ten Napel, (red.), *Rechten, plichten, deugden*, Nijmegen: Ars Aequi 2003; Hans Jansen, *God heeft gezegd. Terreur, tolerantie en de onvoltooide modernisering van de islam*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Augustus 2003.

1 Rapport van de Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République van 11 december 2003, te vinden op <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/brp/noices/034000725.shtml>.

2 Arrest van 24 september 2003, te vinden op <http://www.bundesverfassungsgericht.de/cgi-bin/link.pl?entscheidungen>.

3 Tribunale di l'Aquila 23 oktober 2003, te vinden op <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/file/crocifisso.ordinanza.html>.

Voor de trouwe lezers van deze oordelenbundel zijn met name relevant: R. Lawson, (red.), *Het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet: nationale en internationale perspectieven*, Leiden: NJCM-Boekerij 2003; het themanummer Recht & Religie van *Ars Aequi*, juli/augustus 2003 en de zeer lezenswaardige bundel onder redactie van J. Velaers en J. Vrieling, *De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2003, gewijd aan de Belgische antidiscriminatiewet⁴ die te beschouwen is als het equivalent van onze AWGB.

In september verscheen het advies van de Onderwijsraad getiteld *Onderwijs en burgerschap, Een voorname rol voor onderwijsinstellingen en overheid*. Het advies beoogt bouwstenen aan te dragen voor de versterking van de burgerschapsvormende taak van het onderwijs, en stelt met het oog hierop voor de gemeenten coördinerende bevoegdheden te geven. De Onderwijsraad sluit niet uit dat in het kader daarvan een spreidingsbeleid vormgegeven wordt, maar wijst er op dat daarvoor – gezien CGB-oordeel 2003-105 – vermoedelijk tevens wijziging van de AWGB nodig is. We komen daar later op terug.

Eind november 2003 werd het rapport *Waarden en normen en de last van het gedrag*, rapport no. 68 van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid gepubliceerd. Op het terrein van het onderwijsrecht in relatie tot de multiculturele samenleving verschenen onder meer het pre-advies en co-referaat *Gelijke onderwijskansen*, F.H.J.G. Brekelmans, C.W. Noorlander en R. Versteegen, Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht, Den Haag: Sdu 2003; P.J.J. Zoontjes, 'Verbod op gezichtssluiers is geen discriminatie', *School en medezeggenschap* 2003, p. 23-24; B.P. Vermeulen, 'Islamitische kledingperikelen in het onderwijs', *School en wet* 2003, p. 45-48.

Tot slot moet in dit kader worden genoemd de Commissie Onderzoek Integratiebeleid, ofwel de Commissie-Blok, die eind februari 2004 haar rapport publiceerde.

In vervolg op onze bijdrage over de oordelen van 2002 willen wij nog vermelden dat het oordeel over de Leeuwarder trouwambtenaar die weigert homoparen te huwen, in 2003 tot een zaak voor de Rechtbank Leeuwarden heeft geleid.⁵ De gemeente bleek een fout bij de aanstellingsprocedure te hebben gemaakt. De aanstelling van de ambtenaar wordt nu verlengd; ze mag tot 2015 aanblijven en wordt niet verplicht om paren van gelijk geslacht in de echt te verbinden.

De toename van publiciteitgenererende conflicten omtrent de vrijheid van godsdienst in samenhang en in contrast met beginselen van gelijkheid en neutraliteit, heeft nog niet geleid tot een groeiend aantal zaken voor de Commissie Gelijke Behandeling op dit terrein. In 2002 werden hierover 24 oordelen gegeven, waarvan zes over art. 3 AWGB, in 2003 waren er 17 oordelen. De meeste oordelen voegen geen nieuwe elementen aan de Commissiejurisprudentie toe. Wel bieden enkele nieuwe perspectieven. Met name op deze oordelen zullen we hierna uitgebreider ingaan.

4 Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de Wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, *Staatsblad* 17 maart 2003, te raadplegen op <http://www.ejustice.just.fgov.be/doc/rech.n.htm>.

5 Rb. Leeuwarden 24 juni 2003, LJN-nummer AH 8543, zaak nr: 02/1377 AW. De rechtbank doet in deze zaak overigens geen uitspraak over het principiële punt of een buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand vanwege gewetensbezwaren mag weigeren homoparen te trouwen.

2 SLUIER- EN HOOFDDOEKZAKEN IN HET ONDERWIJS

Belangwekkend is allereerst oordeel 2003-40⁶, over het verbod op het dragen van een nikaab, een gezichtsbedekkende sluier, waarmee de Commissie, als wij het goed zien, in feite terugkomt van oordeel 2000-63⁷, waar zij meende dat een dergelijk verbod in principe in strijd is met de AWGB.

Aan de orde is een nikaabverbod op een onderwijsinstelling voor beroepsonderwijs en volwasseneneducatie. Verzoekster 1 volgt er een opleiding waarvoor zij twee dagen per week stage loopt op een kinderdagverblijf. Verzoekster 2 volgt de opleiding sociaal pedagogisch werk en loopt stage bij een islamitische basisschool als onderwijsassistente. Verzoeksters zijn praktiserend moslim en dragen sinds medio november 2002 een nikaab over hun hoofddoek. De instelling deelt hun daarop mee niet langer toe te staan dat zij op school volledig gesluierd zijn. Vanaf 23 januari 2003 geldt voor de hele school een verbod op het dragen van gezichtsbedekkende sluiers. Tijdens de lessen dragen verzoeksters, tenzij de docent toestemming geeft, geen nikaab. Zij erkennen dat het dragen ervan een belemmering voor de communicatie kan vormen. Ook tijdens de stages dragen zij deze hoofddoeken niet. Verweerder is een instelling van bijzonder onderwijs, die zich niet beroept op een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag. Verweerder beroept zich uitsluitend op de vrijheid van inrichting die – naar de mening van verweerder – dient te prevaleren boven de AWGB, en doet geen beroep op art. 7 lid 2 AWGB.

Valt het dragen van een nikaab onder de reikwijdte van het door de AWGB beschermde begrip godsdienst? De Commissie overweegt hiertoe het volgende (r.o. 5.4). Verzoeksters hebben gemotiveerd aangegeven dat zij op basis van zelfstudie en onderzoek tot het oordeel zijn gekomen dat het dragen van een nikaab volgens hun beleving van de islam verplicht is, althans in het bijzijn van mannen. Hieruit volgt voor hen dat het dragen van een nikaab een uiting is van het door hen aangehangen geloof. Uit het feit dat niet alle moslimvrouwen een nikaab dragen volgt nog niet dat er geen sprake is van een geloofsuiting. Verweerder heeft uitsluitend bezwaar tegen het gezichtsbedekkende karakter van dit kledingstuk. De achterliggende godsdienst heeft geen rol gespeeld bij het verbod (r.o. 5.6).

Aangezien dit verbod personen met een bepaalde geloofsovertuiging – moslims – in overwegende mate treft, kan worden geconcludeerd tot indirect onderscheid wegens geloof. Maar is dit misschien objectief gerechtvaardigd? Daartoe dient het doel legitiem te zijn en het middel passend en noodzakelijk. Doel van het verbod is drieledig; het bevorderen van de onderlinge communicatie, het kunnen vaststellen van de identiteit van de deelnemers van de instelling en de naleving van wettelijke taken die voortvloeien uit de Wet educatie en beroepsonderwijs (r.o. 5.10). Het doel is dus voldoende zwaarwegend en niet-discriminerend, zo oordeelt de Commissie. Is het middel ook passend en noodzakelijk? Opmerkelijk is dat wanneer de Commissie in r.o. 5.13 uitdrukkelijk formuleert wat zij onder de noodzakelijkheidstoets verstaat – een middel is noodzakelijk wanneer is voldaan aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit – zij eigenlijk nalaat om na te gaan of daadwerkelijk behoefte bestond aan het gemaakte onderscheid. Op verweerder rust een grote verantwoordelijkheid voor het pedagogisch klimaat op de school, een verantwoordelijkheid die zich niet beperkt tot het klassikale onderwijs, maar het gehele schoolcomplex omvat (r.o. 5.14). In dat licht bezien staat het nikaabverbod in evenredige verhouding tot het beoogde drieledige doel, aldus de Commissie (r.o. 5.14). Bovendien is zij er niet van overtuigd dat verweerder op een andere, minder onderscheid makende wijze,

6 Tevens gepubliceerd in AB 2003, 233 (m.nt. B.P. Vermeulen).

7 CGB 6 september 2000, T. Loenen (red.), *Gelijke behandeling 2000, oordelen en commentaar*, Deventer: Kluwer 2001, p. 363 e.v.

het gestelde driedelige doel kan bereiken (r.o. 5.15). Daarmee voldoet het middel aan de proportionaliteits- en de subsidiariteitseis; het indirecte onderscheid is objectief gerechtvaardigd.

De Commissie volgt hiermee de door haar in 2002 gestarte lijn en beperkt de noodzakelijkheidstoets tot de proportionaliteit in ruime zin. Toch is het de vraag of dit een wenselijke benadering is, zoals J.H. Gerards in een analyse van de Commissieoordelen op dit punt stelt.⁸ De vereisten van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit hebben ieder hun eigen functie voor de toetsing van een rechtvaardiging bij het maken van indirect onderscheid, zodat een afzonderlijke toetsing hieraan de inzichtelijkheid van een motivering kan vergroten. De Commissie voegt hieraan nog een – tamelijk ondoorzichtige – opmerking toe. Zij constateert dat ‘voor sommige groepen articulatie specifiek van belang is voor de communicatie om de participatie van deze groepen te garanderen.’

Mede met het oog op zaken als deze heeft de Commissie in april 2003 een advies⁹ uitgebracht aan de Minister van Onderwijs, die daarop de *Leidraad kleding op scholen* heeft opgesteld. Advies en Leidraad zijn als gezaghebbende interpretaties van de AWGB te beschouwen.

Onlangs deed ook de Commissie Geschillen Medezeggenschap een uitspraak in een geschil waarin de medezeggenschapsraad aanvoerde dat het nikaabverbod te ingrijpend was. Terecht wees de Commissie deze opvatting af.¹⁰

Oordeel 2003-112¹¹ verdient wat ons betreft bijzondere aandacht. De zaak gaat over een katholieke school voor voortgezet onderwijs, die wordt geconfronteerd met een leerlinge die heeft besloten volgens de koran te gaan leven en een hoofddoek te gaan dragen. De school probeert een compromis aan te gaan met de leerlinge door haar in beperkte mate toe te staan de hoofddoek te dragen, maar zij kan hiermee geen genoegen nemen. In lijn met het Maimonides-arrest (HR 22 januari 1988, AB 1988, 96), waarin de Hoge Raad de voorwaarden formuleerde op grond waarvan een confessioneel schoolbestuur leerlingen met een beroep op de grondslag kan weigeren, hanteert de Commissie als toetsingskader de vraag of het in de schoolregels neergelegde verbod, gelet op het doel van de grondslag van de school, noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de grondslag en of het verbod is gegrond op een consistent en op het doel van de school berustend beleid (r.o. 5.11). De Commissie komt tot de slotsom dat op de school daadwerkelijk invulling aan de grondslag (identiteit) gegeven wordt (r.o. 5.14) en dat deze consequent gehandhaafd wordt, onder meer door van ouders of verzorgers van elke leerling te vragen de grondslag te onderschrijven, ook al worden ook leerlingen met een andere godsdienst toegelaten (5.15). Dat het dragen van hoofddoeken op andere scholen die ressorteren onder het bevoegd gezag blijkbaar wel wordt toegestaan doet daar geen afbreuk aan (r.o. 5.15), evenmin als het feit dat in twee andere gevallen op de onderhavige school uitzonderingen op het hoofddoekverbod zijn toegestaan (r.o. 5.16). Derhalve zijn de kledingseisen (waaronder het hoofddoekverbod) gelet op de doelstelling van de school noodzakelijk voor de verwezenlijking van haar grondslag, komt aan verweerster een beroep op art. 7 lid 2 AWGB toe en heeft zij derhalve niet in strijd met de AWGB gehandeld (r.o. 5.17, 5.18). Hoewel wij ons in de hoofdlijnen

8 Voor een uitgebreide beschouwing hierover, zie: J.H. Gerards, ‘Het toetsingsmodel van de CGB voor de beoordeling van indirect onderscheid’, in: D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling 2002, oordelen en commentaar*, Deventer: Kluwer 2003, p. 77-95, in het bijzonder p. 87-91.

9 Het advies *Gezichts sluiers en hoofddoeken op school* is te vinden op de website van de Commissie, www.cgb.nl, onder publicaties, adviezen, en in *NJB* 2003, p. 1003-1004. De tekst van de ministeriële Leidraad – met commentaar – is te vinden in E. Cremers-Hartman, ‘Kledingvoorschriften voor scholen’, *School en Wet* 2003, p. 358-363.

10 Commissie Geschillen Medezeggenschap 12 december 2003, nr. 102367. Zie www.sgoweb.nl.

11 Ook gepubliceerd in *AB* 2003, 375 (m.nt. B.P. Vermeulen, waaraan het navolgende deels is ontleend).

van dit oordeel wel kunnen vinden, menen wij wel dat de onderbouwing ervan een lacune bevat en op een onderdeel ondeugdelijk is.

In zaken als deze, waarin het bestuur van een confessionele instelling zich op de grondslag beroept om te rechtvaardigen dat onderscheid wordt gemaakt jegens leerlingen, werknemers e.d., dienen, zoals de Commissie zelf bijvoorbeeld heeft overwogen in oordeel 96-118, drie vragen gesteld en beantwoord te worden.

(a) Ten eerste moet beoordeeld worden of de grondslag waarop het bestuur zich beroept niet alleen op papier bestaat, in statuten en reglementen, maar ook of deze grondslag concreet, in de praktijk, beleefd en uitgedragen wordt.

(b) Vervolgens moet bezien worden of de gestelde eis waar het onderscheid door veroorzaakt wordt met het oog op het realiseren van de grondslag noodzakelijk is.

(c) Ten slotte dient onderzocht te worden of de gestelde eis consequent gehandhaafd wordt.

Slechts wanneer aan elk van de drie punten is voldaan, komt naar onze mening aan de instelling een geslaagd beroep op de betreffende uitzonderingsbepaling in de AWGB toe.

De Commissie behandelt aspect (a) in r.o. 5.14 en komt gezien de aangevoerde gegevens terecht tot de conclusie dat de katholieke identiteit van de school niet louter een formaliteit is, maar dat daaraan daadwerkelijk gestalte gegeven wordt.

Merkwaardig is dat zij (b) – de vraag of de gestelde eis noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de grondslag – in concreto niet expliciet aan de orde stelt.

Vermoedelijk ligt de sleutel echter in de algemene overwegingen in r.o. 5.13, waarin gesteld wordt dat ‘de vaststelling van de grondslag en het doel, *alsmede de betekenis ervan voor het stellen van bepaalde eisen* [curs. van de auteurs], [...] primair bij verweerster [ligt]’. Derhalve doet de Commissie de beslissing van verweerster niet nog eens ten gronde over, maar beoordeelt zij of ‘verweerster in redelijkheid heeft kunnen beslissen’. De Commissie had deze algemene overwegingen evenwel nog op de concrete casus moeten toepassen. Voldoende zou naar onze indruk al zijn geweest, als zij had gesteld dat het schoolbestuur in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat de gestelde kleding-eis nodig is voor de verwezenlijking van de grondslag. Een dergelijke terughoudende toetsing van het oordeel van een confessioneel schoolbestuur, dat een bepaalde eis noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de grondslag, lijkt ons in het licht van de wetsgeschiedenis¹² en gezien de vrijheid van onderwijs de juiste te zijn. Zij vloeit voort uit de vrijheid van het bevoegd gezag om de grondslag (richting) van de onderwijsinstelling te concretiseren. Zoals de individuele persoon een zeker recht van zelfinterpretatie heeft bij de bepaling van wat als uiting van zijn of haar godsdienst heeft te gelden, zo ook hebben instellingen het recht om een eigen invulling aan hun religieuze grondslag te geven.

Van groot belang is dat de Commissie meent dat de toelating van andersgelovige leerlingen het bevoegd gezag niet het recht ontnemt om aan die leerlingen eisen met het oog op de katholieke identiteit van de school te stellen (r.o. 5.15). Het vereiste van consequente handhaving (c) gaat blijkbaar niet zover dat het stellen van identiteitseisen alleen maar mogelijk zou zijn als de school een stringent toelatingsbeleid zou voeren op grond waarvan alleen katholieke leerlingen welkom zouden zijn. Met andere woorden, confessionele schoolbesturen die een open toelatingsbeleid voeren kunnen met het oog op hun grondslag ook aan andersgelovige en niet-gelovige leerlingen nadere eisen stellen, mits zij maar consequent werk van hun grondslag maken en die eisen aan de grondslag te relateren zijn. Dat lijkt ons, gezien de vrijheid van onderwijs en het daaruit voortvloeiende recht van zelfinterpretatie, correct. Met deze uitspraak wordt confessionele schoolbesturen ruimte geboden om

daadwerkelijk inhoud aan de grondslag te geven, zonder dat zij in orthodoxie en restrictief toelatingsbeleid hoeven te vervallen.

De Commissie werpt het schoolbestuur de aanwezigheid van andersgelovige leerlingen niet tegen, omdat van hun ouders gevraagd wordt de grondslag van de school *te onderschrijven*. Dat is in de wereld van het onderwijsrecht een nogal ongebruikelijke toepassing van deze term. In het algemeen wordt met het ‘onderschrijven van de grondslag’ bedoeld, dat de ouders/leerling het geloof aanhangen dat die grondslag vormt. Daar staat tegenover het louter ‘respecteren van de grondslag’, dat geen actieve instemming vraagt maar enkel inhoudt dat betrokkene de grondslag niet (actief) verwerpt, er niet tegenin gaat. Uiteraard zijn er tussenposities, zoals in casu die van moslimouders en -leerlingen die het katholieke geloof niet aanhangen maar wel verklaard hebben waardering te hebben voor de uit dit geloof voortvloeiende grondslag van de school en daarmee samenhangende activiteiten, en daarin dus niet enkel (passief) berusten maar deze (meer actief) eerbiedigen. Het is deze tussenpositie, die de Commissie aanduidt als het ‘onderschrijven van de grondslag’. Een andere term, bijvoorbeeld: ‘aanvaarden van de grondslag’, had naar onze indruk meer voor de hand gelegen.

Niet aanvaardbaar achten wij het dat de Commissie door de vingers ziet dat op andere scholen door het bevoegd gezag een beleid gevoerd wordt op grond waarvan aldaar het dragen van een hoofddoek niet verboden is (r.o. 5.15). Daartoe overweegt zij, dat het ‘aan het bevoegd gezag [is] om te beslissen over het bieden van ruimte aan scholen binnen haar gezagsbereik om op eigen wijze invulling te geven aan de grondslag’. Daarmee doet de Commissie het voorkomen alsof er twee dragers zijn van de vrijheid van onderwijs: het schoolbestuur – het bevoegd gezag – en de school. Dat is onjuist. Scholen zijn geen rechtssubject – zijn geen dragers van rechten en plichten – maar rechtsobject: zij worden bestuurd door het schoolbestuur, het bevoegd gezag, dat de drager is van rechten en plichten. Het is immers het bevoegd gezag dat leerlingen toelaat en verwijderd, dat leerkrachten benoemt en ontslaat, en dat inhoud geeft aan de grondslag (richting) van de school. Als op de door het bevoegd gezag bestuurde scholen (in de praktijk door de directie) een verschillende invulling aan de richting gegeven wordt, is dat aan het bevoegd gezag toe te rekenen. Het gaat er bij ons niet in dat een schoolbestuur kan volhouden dat op de ene door haar bestuurde school een hoofddoekverbod geacht kan worden noodzakelijk te zijn voor de verwezenlijking van de grondslag (richting), terwijl op de andere school zo een verbod niet noodzakelijk is voor de verwezenlijking van diezelfde grondslag.

Hoewel wij de hoofdlijn van dit oordeel onderschrijven, hebben we begrip voor de zorgen die naar aanleiding hiervan door het Steunpunt Anti-Discriminatie (STAD) – verzoekster – en door het Landelijk Bureau ter bestrijding van Rassendiscriminatie (LBR) naar voren zijn gebracht. Zij hebben de vrees uitgesproken dat met dit oordeel in de hand andere confessionele schoolbesturen eveneens een hoofddoekverbod zullen instellen, waardoor de schoolkeuze van islamitische leerlingen beperkt wordt, hun keuze voor islamitisch en openbaar onderwijs gestimuleerd wordt en daarmee de scheiding tussen witte en zwarte scholen bevorderd wordt. Die vrees is niet zonder grond. Tegelijkertijd denken we dat het niet zo’n vaart zal lopen. Een hoofddoekverbod blijft in het licht van art. 7 lid 2 AWGB slechts in stand, indien de betreffende confessionele onderwijsinstelling daadwerkelijk gestalte geeft aan de grondslag (richting), en dat consistent en consequent doet. We verwachten dat de Commissie op zorgvuldige wijze op de naleving van die voorwaarden toe zal zien.

3 SPREIDINGSBELEID IN HET ONDERWIJS

Een kwestie die al lang in het onderwijs speelt betreft de vraag of uit overwegingen van kwaliteit en sociale cohesie gedwongen spreiding van leerlingen op grond van etnische afstamming of onderwijsachterstand mogelijk moet zijn.¹³

In een oordeel uit 2001 had de Commissie reeds – terecht – vastgesteld dat het hanteren van een maximumnorm voor allochtonen op een school verboden direct onderscheid op grond van ras vormde.¹⁴ Daarmee stond nog niet vast of spreidingsbeleid op basis van andere criteria dan etnische afkomst ongeoorloofd zou zijn. In oordeel 2003-105 spreekt de Commissie evenwel uit dat een schoolbestuur in het bijzonder onderwijs met een beleid, dat met het oog op onderwijskwaliteit en integratie gericht is op een evenwichtige spreiding over haar scholen van leerlingen die thuis geen Nederlands spreken en een taalachterstand hebben – aangeduid als NT2-leerlingen – in principe verboden (indirect) onderscheid op grond van ras als bedoeld in de AWGB maakt.¹⁵

Terecht oordeelt de Commissie dat door het toelatingspercentage van maximaal 15% NT2-leerlingen in overwegende mate leerlingen van allochtone afkomst getroffen worden, zodat sprake is van indirect onderscheid op basis van ras. Derhalve resteert de vraag of dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is (art. 2 lid 1 AWGB). Het schoolbestuur had hiertoe aangevoerd, dat zij het spreidingsbeleid hanteerde met het oog op de kwaliteit van het onderwijs en met het oog op integratie van anderstalige leerlingen (r.o. 5.9, 5.10). De Commissie acht deze redenen echter onvoldoende om het gemaakte indirect onderscheid te rechtvaardigen (r.o. 5.12-5.16, 5.17-5.20).

Onduidelijk blijft waarom de Commissie meent dat het hanteren van een percentage als middel om het tweede doel, integratie, dichterbij te brengen niet passend is. Er kunnen goede redenen zijn die voor een dergelijk beleid pleiten. Ons inziens gaat dat op voor de door het schoolbestuur aangevoerde argumenten. Zo ligt het toch wel erg voor de hand dat NT2-leerlingen gemakkelijker Nederlands leren en vanzelfsprekender onderdeel gaan uitmaken van de Nederlandse samenleving wanneer zij een kleine minderheid binnen de schoolbevolking vormen. Hoe klein die minderheid precies moet zijn is natuurlijk niet aan te geven; elk percentage is in zekere zin arbitrair. Dat neemt evenwel niet weg, dat het stellen van een reëel maximum aan het aantal anderstaligen per school – als dat niet al te zeer afwijkt van het plaatselijk gemiddelde – een aanvaardbaar middel kan zijn om genoemde doeleinden dichterbij te brengen.

We sluiten niet uit dat school- en gemeentebesturen deze uitspraak (al dan niet stilzwijgend) aan hun laars zullen lappen. Beter ware het als de wetgever, indien hij van oordeel is dat spreiding in bepaalde gevallen wenselijk is, hiertoe een expliciete regeling zou treffen, waarin randvoorwaarden en aanvaardbare modaliteiten gespecificeerd worden.¹⁶

13 Zie daarover B.P. Vermeulen, 'Spreidingsbeleid, gelijke behandeling en schoolkeuzerecht in het Nederlandse onderwijs', in: D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling 2001, oordelen en commentaar*, Deventer: Kluwer 2002, p. 83-95.

14 Oordeel 2001-99, zie D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling 2001, oordelen en commentaar*, Deventer: Kluwer 2002, p. 217 e.v. (m.nt. Woltjer), *AB* 2002, 48 (m.nt. BPV).

15 Eveneens in: *AB* 2003, 376 (m.nt. BPV). Zie ook de bijdrage van Rodrigues in deze bundel, alsmede het aan spreidingsperikelen, waaronder het Commissieoordeel gewijde themanummer van *School en Wet* 2003, p. 249 e.v.

16 De Onderwijsraad heeft de contouren van een dergelijke regeling geschetst. In zijn verkenning stelt de raad – onder verwijzing naar oordeel 2003-105 – dat bij de wettelijke regeling tevens aanpassing van de AWGB noodzakelijk is. In: *Vaste grond onder de voeten. Een verkenning inzake artikel 23 Grondwet*, Den Haag: Onderwijsraad 2002, p. 64-65.

Een zaak die tot slot aandacht verdient is oordeel 2003-134. Verweerster bestuurt een scholengemeenschap met vier vestigingen. Tot een van haar vestigingen laat verweerster alleen leerlingen toe die afkomstig zijn van katholieke of protestants-christelijke basisscholen. Het door verweerster gehanteerde toelatingsbeleid heeft indirect onderscheid op grond van godsdienst tot gevolg. Doel van de toelatingsregeling is het oplossen van feitelijk ruimtegebrek door een maximum aantal leerlingen per jaar aan te nemen. Dit doel is zwaarwegend en niet discriminerend, aldus de Commissie (r.o. 5.10). Verweerster wil dit doel bereiken op een wijze die aansluit bij de katholieke grondslag van haar school. De vraag of het middel noodzakelijk is beantwoordt de Commissie niet volgens de gebruikelijke toetsingscriteria. 'Op zich acht de Commissie het in het algemeen legitiem dat een school bij het nemen van beperkende maatregelen wil aansluiten bij haar grondslag als deze tot uiting komt in het beleid van de school en de consequente uitvoering daarvan. In dit concrete geval tekent de Commissie hierbij aan dat verweerster ten aanzien van haar grondslag een niet erg duidelijk en consistent beleid voert en ook in de dagelijkse praktijk weinig concrete aandacht besteedt aan haar grondslag (r.o. 5.12). De Commissie constateert echter dat de onderhavige toelatingsregeling niet aansluit bij de katholieke doelstelling van de school (r.o. 5.12). Niet kan worden ingezien hoe wordt aangesloten bij de katholieke grondslag van de school door protestants-christelijke leerlingen van PC basisscholen voorrang te geven boven katholieke kinderen van openbare basisscholen' (r.o. 5.12). Het middel is niet noodzakelijk om het beoogde doel van beperking te bereiken. Naar het oordeel van de Commissie kan verweerster ook voor een ander selectie criterium kiezen dan de signatuur van de basisschool waarvan een leerling afkomstig is. In het omliggend gebied van de school ligt het percentage allochtone leerlingen op openbare basisscholen voorts aanzienlijk hoger dan op de katholieke of protestants-christelijke basisscholen. Het gehanteerde toelatingsbeleid treft allochtone leerlingen dan ook in overwegende mate (r.o. 5.18). Er is derhalve tevens sprake van indirect onderscheid op grond van ras. Voor de beoordeling of dit onderscheid niettemin gerechtvaardigd is, verwijst de Commissie naar haar eerdere overwegingen ten aanzien van het indirect onderscheid naar godsdienst. Het gemaakte onderscheid op grond van zowel ras als godsdienst is niet objectief gerechtvaardigd omdat er ook andere middelen zijn om het doel te bereiken. Derhalve is sprake van strijd met art. 7 AWGB.

4 ARBEIDSCONFLICTEN

Hoewel de aandacht in de media al gauw uitgaat naar zaken waarin relatief nieuwe godsdienstige uitingen een rol spelen, doen zich voor de Commissie toch ook met enige regelmaat zaken voor waarin de christelijke geloofsovertuiging aanleiding is tot een conflict. Zo sprak de Commissie in twee ontslagzaken een oordeel uit over de vraag of een zorgcentrum respectievelijk een verpleeghuis in strijd met de AWGB handelden¹⁷, door van verzoeksters, twee verpleegkundigen, te eisen dat zij preventief zouden worden ingeënt tegen hepatitis-B. Beide verpleegkundigen hebben hier tegen bezwaren in verband met hun geloof. Zoals in de eerste zaak wordt gesteld: 'Conform haar geloofsovertuiging is verzoekster van mening dat vaccinatie treedt in Gods voorzienigheid. Vaccinatie is strijdig met haar geloofsovertuiging, dat God beschikt over ziekte en dood.' In beide zaken stelt de Commissie dat sprake is van indirect onderscheid naar godsdienst; het vaccinatiebeleid heeft immers tot gevolg dat personen die de christelijke geloofsovertuiging aanhangen, onevenredig worden getroffen. Of dat onderscheid eventueel gerechtvaardigd is hangt af van het doel van

het onderscheid en het middel ter bereiking van dat onderscheid. De Commissie overweegt in beide oordelen dat de deskundigen ter zitting hebben verklaard dat het risico van hepatitis-B-besmetting dat de functie van verpleegkundige in een verzorgingscentrum meebrengt, dermate klein is dat de voorhanden zijnde alternatieven als voldoende adequaat moeten worden aangemerkt. Derhalve voldoet het gehanteerde middel (inentingsverplichting op straffe van afwijzing/ontslag) niet aan de eis van noodzakelijkheid, gezien het geringe besmettingsrisico en het feit dat de werkgeversverplichting op grond van de arbowetgeving op dit punt niet zo ver gaat.¹⁸ Er is dus sprake van ongerechtvaardigd onderscheid op grond van godsdienst.

In eerdere uitspraken heeft de Commissie al vastgesteld dat op werkgevers de zorgplicht rust om het mogelijke te doen om een discriminatievrije werkomgeving te creëren en te handhaven.¹⁹ In 2003 komt deze zorgplicht wederom aan de orde naar aanleiding van een incident in een bedrijf, vlak na de aanslagen van 11 september 2001.²⁰ De sfeerverandering waartoe deze gebeurtenissen in sommige bedrijven hebben geleid, uit zich in dit geval in opmerkingen als ‘Scheer je baard er maar af’, ‘Alle moslims moeten dood’ en ‘Daar komt de Taliban/Osama bin Laden’. Maar de aanleiding tot de klacht bij de Commissie was een foto die in het bedrijf was opgehangen waarin betrokkene wordt vergeleken met een hond, een voor moslims ernstige belediging. Volgens de Commissie (r.o. 6.4) brengt art. 5 lid 1 sub *d* AWGB met zich dat een werkgever een zelfstandig, deugdelijk onderzoek dient te verrichten naar klachten omtrent discriminatie om afhankelijk van het resultaat van het onderzoek passende maatregelen te treffen.²¹ In het licht van de gebeurtenissen van 11 september 2001 moet des te meer zorgvuldigheid van de werkgever worden verwacht. Het oordeel luidt in casu dat het bedrijf onvoldoende zorg heeft gedragen voor een discriminatievrije werkomgeving en daarmee in strijd met de wet heeft gehandeld. De uitspraak ligt hiermee in het verlengde van eerdere uitspraken over soortgelijke kwesties.

Oordeel 2003-114 is vooral interessant omdat de Commissie daarin overweegt dat, gelet op de internationale verdragen waarin dit recht is neergelegd, onder de vrijheid van godsdienst mede valt ‘het niet huldigen en het niet belijden van een godsdienst’ (r.o. 5.9). Daarmee kan een bepaalde gedraging die op het eerste gezicht buiten de bescherming van de AWGB lijkt te vallen – de weigering bij te dragen aan godsdienstig gekleurde activiteiten – hier toch onder worden gerekend. De Commissie oordeelt dat het niet meewerken aan onderwijs op religieuze grondslag als een aspect van de godsdienstvrijheid is te beschouwen en daarmee valt onder het begrip godsdienst in de AWGB. De verplichting om les te geven binnen het christelijke deel van een samenwerkingsschool, die zowel christelijk als neutraal onderwijs aanbiedt, treft in overwegende mate docenten die geen christelijke geloofsovertuiging zijn toegedaan. Dit levert derhalve indirect onderscheid op grond van godsdienst op. De ook voor niet-godsdienstige docenten geldende verplichting om indien nodig werkzaam te zijn in het christelijk deel van de onderwijsinstelling en daarin de christelijke geloofsovertuiging gestalte te geven kan niet gezien worden als een geschikt middel om het doel, de verwezenlijking van de religieuze grondslag, te realiseren, ‘immers,

18 De Commissie stelt in r.o. 6.17 van oordeel 2003-09 en r.o. 6.15 van oordeel 2003-10 dat verweerster, nu de overheid vaccinatie niet in het algemeen verplicht heeft willen stellen, noch aan het niet gevaccineerd zijn consequenties heeft willen verbinden voor de beroepsuitoefening, geen verdergaande verplichtingen kan stellen.

19 Zie bijvoorbeeld oordelen 2002-69 en 2002-84, besproken in onze bijdrage in D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling 2002, oordelen en commentaar*, Deventer: Kluwer 2003.

20 Oordeel 2003-12.

21 Zie oordelen 2001-33 en 2001-136.

deze docenten zullen niet in staat zijn op de noodzakelijk geachte wijze gestalte te geven aan de christelijke identiteit van de school' (r.o. 5.18).

Het lijkt er op dat de Commissie zich hier te zeer een eigen oordeel aanmatigt over de invulling die het instellingsbestuur aan zijn identiteitsbeleid zou moeten geven. Verzoeker heeft zich bij de fusie bereid verklaard ook werkzaam te zijn binnen het christelijke deel van de instelling. In principe mag het bestuur van die bereidheid uitgaan en mag het veronderstellen dat betrokkene in staat is die bereidheid gestalte te geven. En evenzo mag het bestuur, wanneer naderhand blijkt dat betrokkene toch niet die bereidheid en houding heeft, daaraan negatieve consequenties verbinden.

Een andere zaak die aandacht verdient, oordeel 2003-145, betreft een uitgeverij van een dagblad en andere publicaties, waarin informatie wordt gegeven 'in gebondenheid aan de Heilige Schrift, waarvan de Drie Formulieren van Eenheid van de Gereformeerde Kerken in Nederland de hoofdsom leren' (r.o. 2.2).²² De redacteuren die aan het dagblad zijn verbonden moeten instemmen met de grondslag en het doel van verweerster en lid zijn van een kerkgemeenschap die de Bijbel en de Drie Formulieren van Eenheid aanvaardt als grondslag voor haar belijden. Verzoeker werkte op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als opmaakredacteur en fotograaf, later uitsluitend als fotograaf. Maar verzoeker sluit zich aan bij een andere kerkgemeente, de Christengemeente het Kruispunt, een gemeente die niet voldoet aan de voorwaarden als gesteld in de statuten. Mag deze stap leiden tot ontslag? En maakt het nog enig verschil dat het in kwestie niet om een redacteur maar een fotograaf gaat? Dat laatste wordt door verzoeker uitdrukkelijk en uitvoerig betoogd, maar door verweerster betwist. De uitgeverij geeft een ideologisch bepaalde krant uit die een missie wil verwezenlijken. De Commissie vindt de zaak duidelijk; de uitgeverij is een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, die daarom een beroep kan doen op de wettelijke uitzondering van art. 5 lid 2 sub *a* AWGB. Het argument dat verzoeker fotograaf is, gaat niet op. Het is volgens de Commissie aan verweerster om de eisen te stellen die zij nodig acht voor de verwezenlijking van haar grondslag (r.o. 5.12). Bovendien is volgens verweerster het werk van fotografen net zo bepalend voor de identiteit van de krant als het werk van de schrijvende journalisten. (Dat de fotograaf in kwestie overigens in de praktijk meermalen met zijn collega's gesprekken is aangegaan over de overgang naar het andere kerkgenootschap en zelfs heeft geprobeerd zijn collega's ervan te overtuigen dat zij de kerk waarvan zij lid zijn, op essentiële punten van de bijbelse leer afwijkt, zal zeker niet tot de zaak hebben bijgedragen). Wel onderscheid op grond van godsdienst dus, maar in dit geval geoorloofd onderscheid – een uitspraak die naar onze mening past in het systeem van de wet en in lijn ligt met vaste Commissiejurisprudentie.

Het laatste oordeel over een arbeidsconflict dat wij hier aan de orde stellen, oordeel 2003-146, betreft de vraag of er onderscheid is gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden en bij het besluit de arbeidsovereenkomst niet te verlengen. Verweerster is een beveiligingsbedrijf met 220 medewerkers, waarvan meerdere van allochtone afkomst. Verzoeker, een Turkse moslim, heeft een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij het bedrijf. Zijn klacht houdt in dat hij discriminerend zou zijn bejegend op de werkvloer omdat collega's negatieve opmerkingen zouden hebben gemaakt over mensen van niet-Nederlandse afkomst en moslims. Verzoeker heeft

22 Hiermee wordt het volgende bedoeld. De bijbel is voor de uitgeverij het uitgangspunt voor haar handelen. Het beroep op de 'Drie Formulieren van Enigheid of Eenheid' (dat zijn de drie gereformeerde belijdenisgeschriften, nl. de Heidelbergse Catechismus, de Nederlandse Geloofsbelijdenis, en de Dordtse Leerregels) onderstreept dat nog eens. Onder christenen wordt niet altijd eenduidig gesproken over het gezag van Gods woord. De belijdenisgeschriften beogen het Woord van God samen te vatten en daarmee een eenheid te vestigen.

zijn stelling echter niet nader onderbouwd. Verder heeft hij gesteld dat hij door zijn werkgever is aangesproken over bidden op de werkvloer. Volgens de Commissie handelt een werkgever die islamitische werknemers daarop aanspreekt niet zonder meer in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving indien er binnen bepaalde grenzen voorwaarden worden gesteld aan de wijze waarop een en ander geschiedt (r.o. 6.14). Verweester geeft gemotiveerd aan dat de reden voor het niet verlengen van zijn arbeidsovereenkomst gelegen is in het feit dat verzoeker onvoldoende functioneerde in teamverband. Het gewekte vermoeden van onderscheid is volgens de Commissie voldoende weerlegd. Tot slot is niet gebleken dat verweester verzoekers klachten over discriminatie bij het aangaan van de arbeidsverhouding onvoldoende heeft onderzocht (r.o. 6. 15). Geen onderscheid op grond van godsdienst, luidt het juiste oordeel.

5 WIJZIGING VAN DE AWGB DOOR DE EG-IMPLEMENTATIEWET

Ten slotte willen we nog wijzen op een wijziging van de AWGB die het gevolg is van de richtlijnen 2000/43/EG en 2000/78/EG.²³ Ingevolge deze implementatiewet is art. 6a AWGB van kracht geworden, waarvan het eerste lid luidt: 'Onderscheid is verboden bij het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of een vereniging van beroepsgenoten, alsmede bij de voordelen die uit dat lidmaatschap of uit die betrokkenheid voortvloeien.' Ingevolge het tweede lid wordt evenwel onverlet gelaten de vrijheid van op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag gebaseerde organisaties of verenigingen om eisen te stellen die nodig zijn voor de verwezenlijking van die grondslag. Aldus wordt, met een regeling analoog aan art. 5 en 7 AWGB, aan dergelijke organisaties en instellingen voldoende ruimte gelaten.²⁴

23 *Stb.* 2004, 119, in werking getreden op 1 april 2004.

24 Zie terzake de memorie van toelichting, *Kamerstukken II 2002/03*, 28 770, nr. 3, p. 12: 'Zou de wetgever deze voorzieningen niet treffen, dan zouden bijvoorbeeld christelijke werkgeversverenigingen, islamitische winkeliersorganisaties, communistische vakbonden of sociaal-liberale bestuurdersverenigingen niet meer van hun leden kunnen verlangen dat deze de grondslag onderschrijven.'

(Seksuele) Intimidatie en (on)gelijke behandeling: nieuwe normen, nieuwe praktijken?

Enkele overwegingen bij de nieuwe EG-richtlijnen op dit terrein en de wijze waarop deze in Nederland worden geïmplementeerd.

Prof. mr. R. Holtmaat

1 INLEIDING¹

Op het terrein van de juridische bescherming tegen discriminatoire bejegening of intimidatie² en seksuele intimidatie op de werkplek kondigen zich momenteel belangrijke wijzigingen aan. Deze wijzigingen worden 'aangestuurd' door het Europese gelijkebehandelingsrecht, in het bijzonder door de twee zogenoemde artikel-13-richtlijnen (de Ras-en Etniciteitrichtlijn en de Kaderrichtlijn) en de gewijzigde Tweede Richtlijn op het terrein van seksegelijkheid (in het vervolg: de gewijzigde sekserichtlijn).³ In deze richtlijnen is opgenomen dat (seksuele) intimidatie een vorm van discriminatie is en derhalve verboden is. De Nederlandse wetgever heeft het EG-recht op dit punt deels al geïmplementeerd in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGBL)⁴ en de EG-Implementatiewet AWGB⁵, maar moet dat, met name waar het gaat om het opnemen van een verbod op seksuele intimidatie in de WGBMV bij de arbeid, nog gaan doen.⁶ Achtereenvolgens besteed ik in deze bijdrage aandacht aan de bestaande wetgeving tegen (seksuele) intimidatie en aan de jurisprudentie die de CGB in dat opzicht heeft ontwikkeld, aan de inhoud van de EG-richtlijnen op dit punt en aan de wijze waarop de wetgever deze bepalingen in Nederland gaat implementeren. Bij dit laatste ligt het accent op de vraag welke toepassingsproblemen deze wijze van implementeren kan opleveren voor de rechter

-
- 1 De tekst van deze bijdrage is afgesloten op 30 januari 2004. Latere ontwikkelingen zijn niet meer beschreven.
- 2 Deze term gebruik ik voorlopig om alle vormen van discriminatie op grond van een van de in de EG-richtlijnen en de AWGB verboden discriminatiegronden op de werkvloer, die niet zijn te kwalificeren als een ongelijke behandeling, aan te duiden. Het gaat dan om eenmalige of langdurige vormen van verbale en non-verbale intimidatie, belediging, uitschelden, pesten etc., die een negatieve invloed kunnen hebben op iemands functioneren op het werk of op diens veiligheid en (psychische) gezondheid. Deze vormen van gedrag worden in het nieuwe recht met de term intimidatie aangeduid. Ik kom in dit artikel nog uitgebreid terug op de juridische terminologie en de bijbehorende definities.
- 3 Richtlijn 2000/43 EG (Richtlijn gelijke behandeling op grond van Ras en etniciteit), Richtlijn 2000/78 EG (Kaderrichtlijn, waarin een verbod op ongelijke behandeling naar godsdienst, seksuele oriëntatie leeftijd en handicap is opgenomen) en Richtlijn 2002/73 EG (Richtlijn waarmee de bestaande Richtlijn 76/207 is geamendeerd; voortaan: gewijzigde Sekserichtlijn). Zie wat betreft deze richtlijnen de 'Kroniek van het EG-Recht' van Annick Masselot & Linda Senden in *Nemesis* 2003, p. 18.
- 4 Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs (Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid), *Kamerstukken II* 2000/01, 28 170, nr. 1-3. Deze wet zal per 1 mei 2004 in werking treden.
- 5 Wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling en enkele andere wetten ter uitvoering van Richtlijn 2000/43/EG en Richtlijn 2000/78/EG (EG-Implementatiewet AWGB) *Stb.* 2004, 119. De wet zal per 1 april 2004 in werking treden. Met deze wet wordt ook de pas aangenomen Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte (WGB h/cz, *Stb.* 2003, 206) gewijzigd. Het implementatietraject wordt beschreven door Susanne Burri en Yvonne Konijn, 'Aanhangige zaken', *Nemesis* 2003, p. 23-27.
- 6 Deze richtlijn hoeft pas op 5 oktober 2005 te zijn geïmplementeerd. Er is nog geen wetsvoorstel tot wijziging van de WGBMV op dit punt naar de RvS gezonden.

en de CGB. Vervolgens zal ik de nieuwe wettelijke normen beoordelen vanuit de vraag of en zo ja wat deze kunnen bijdragen aan de verbetering van de bescherming van werknemers tegen deze vormen van discriminatie.

Voor de goede orde zij opgemerkt dat deze bijdrage zich in hoofdzaak richt op de bespreking van de mogelijkheden tot bestrijding van (seksuele) intimidatie op het terrein van de betaalde arbeid en de beroepsopleidingen.⁷

2 BESTAANDE WETGEVING EN DE JURISPRUDENTIE VAN DE CGB⁸

2.1 *Opname in de Arbowet*

Vanaf het eind van de jaren zeventig van de vorige eeuw kwam onder invloed van de vrouwenbeweging het probleem van de seksuele intimidatie op de werkplek onder de aandacht van de wetgever en de rechter. Na wat geharrewar over de meest adequate term om het verschijnsel mee te benoemen (ongewenste intimiteiten, ongewenst geseksueerd gedrag, of het uit de VS overgewaaid begrip *harassment*) werd vanaf 1990 in Nederland de term seksuele intimidatie aanvaard en ook in de Arbowet van 1994 geïntroduceerd. Sinds het eind van de jaren '80 is daarnaast ook steeds meer aandacht gekomen voor andere vormen van ongewenst gedrag op het werk. Meer en meer kwam naar buiten dat niet alleen vrouwen hinder hadden van pesterijen, maar dat alle werknemers het slachtoffer konden worden van agressie en geweld, pesten en ongewenste omgangsvormen.⁹ In 1994 is daarom aan de Arbowet ook een bepaling toegevoegd die specifiek ziet op het voorkomen en bestrijden van agressie en geweld op de werkplek.¹⁰ Dat ondanks deze maatregelen deze ongewenste situaties allerm minst zijn uitgeroeid blijkt onder meer uit een evaluatierapport dat het ministerie van SZW in 2000 publiceerde: 36% van alle werknemers heeft zelf rechtstreeks te maken met agressie en geweld, 10% met seksuele intimidatie en 16% met pesten op het werk.¹¹

De Arbowet richt zich met de verplichting tot het creëren van een veilige, dat wil

7 Dit omdat ook het EG-recht zich daar in hoofdzaak op richt, zij het dat de Rasrichtlijn eveneens betrekking heeft op het terrein van het aanbieden van goederen en diensten, het gehele onderwijs en de sociale zekerheid en sociale voorzieningen (waaronder ook huisvesting en gezondheidszorg kan vallen). Ook het intimidatieartikel in de (herziene) AWGB zal zien op alle terreinen die door deze wet worden bestreken, dus inclusief het terrein van het onderwijs, de welzijnszorg en de gezondheidszorg. (MvT w.o. EG-Implementatiewet AWGB, 28 770, nr. 3, p. 8.) Zie over de bestaande instrumenten tot bestrijding van seksuele intimidatie buiten het terrein van de betaalde arbeid: R. Holtmaat, 'Seksuele Intimidatie', in: I. Boerefijn, M.M. van der Liet-Senden & T. Loenen (red.), *Het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen; Een verdiepend onderzoek naar het Nederlands beleid in het licht van de verplichtingen die voortvloeien uit het Vrouwenverdrag*, Den Haag: Elsevier 2000, p. 175-207.

8 Ik beschrijf dit op deze plaats zeer kort. Wie in meer detail wil weten wat de juridische mogelijkheden zijn tot bestrijding van seksuele intimidatie op de werkplek raadplege R. Holtmaat: *Seksuele Intimidatie op de werkplek; Een juridische gids*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, hoofdstuk 3, 4, en 5. Het terrein van het onderwijs en de gezondheidszorg wordt beschreven in het in de vorige noot beschreven rapport. Zie voor de mogelijkheden tot het bestrijden van pesten en agressie op het werk Ad Geers, 'Intimidatie op de werkplek', in: Gerrit van Maanen (red.) *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: Boom 2003, p. 183-198.

9 Zie voor een uitgebreide beschrijving en analyse van deze ontwikkelingen het rechtsvergelijkende artikel van Gabrielle Friedman & James Whitman: 'The European Transformation of Harassment Law: Discrimination versus Dignity', *Colombia Journal of European Law*, Spring 2003. Friedman en Whitman zijn van mening dat de aandacht voor pesten ten onrechte de aandacht voor seksuele intimidatie heeft verdrongen, met name in Europa.

10 Art. 1 lid 1 sub f jo. art. 4 lid 2 Arbowet. De definitie van agressie en geweld wordt hieronder nog besproken, in vergelijking met de nieuwe intimidatiebepalingen in de Wet leeftijdsdiscriminatie en de AWGB.

11 J. Soethout & M. Sloep, *Evaluatie Arbowet over seksuele intimidatie, agressie en geweld en pesten op het werk*. Den Haag: Ministerie van SZW 2000, p. II.

zeggen intimidatievrije en pestvrije, werkomgeving tot de werkgever. In deze wet zijn voorts definities te vinden van seksuele intimidatie en van agressie en geweld.¹² Een derde functie van de arbobepalingen ten aanzien van seksuele intimidatie en agressie en geweld is dat deze administratiefrechtelijke normen via reflexwerking ook terechtkomen in het civiele arbeidsrecht.¹³ Dat wil zeggen dat deze bepalingen invulling geven aan civielrechtelijke normen met betrekking tot opzegging, aan het begrip goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), aan de zorgverplichting van werkgevers (art. 7:658 BW) en aan het begrip onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).¹⁴ Door een nadere invulling van deze open civielrechtelijke normen met behulp van de arbobepalingen heeft de rechter bepaald dat seksuele intimidatie op de werkplek een *objectieve grensoverschrijding* betreft van wat betamelijk is in de omgang met collega's en ondergeschikten.¹⁵ Werkgevers worden aangespoord om effectief, preventief en sanctionerend, tegen dit verschijnsel op te treden.¹⁶ Verder heeft de rechter op dit terrein ook de bewijsproblematiek aangepakt via het versoepelen van de bewijsvoering, onder meer door *de auditu*-verklaringen van getuigen toe te laten.¹⁷ Niettemin is de rechter, met name als (seksuele) intimidatie aan de orde komt in het kader van een ontslagprocedure, niet erg scheutig met schadevergoedingen.¹⁸ De bescheiden rol van het strafrecht laat ik verder buiten beschouwing. Het strafrecht is in alle opzichten een *ultimum remedium* en de toepassing ervan is vrijwel geheel onttrokken aan de invloed van de slachtoffers zelf.¹⁹

2.2 De jurisprudentie van de Commissie gelijke behandeling

Een alternatieve route om (seksuele) intimidatie te bestrijden is het vragen van een oordeel aan de CGB. Deze weg werd mogelijk nadat de Commissie het begrip arbeidsvoorwaarden in de gelijkebehandelingswetgeving extensief had uitgelegd²⁰, ondanks het feit dat de wetgever seksuele intimidatie uitdrukkelijk niet onder deze wetgeving wilde brengen.²¹ De CGB oordeelt niet alleen (sporadisch) over seksuele intimidatie, vaker oordeelt zij over discriminatoire bejegening op de werkvloer op grond van ras of nationaliteit. Dat kan variëren van een enkel scheldwoord tot het langdurig en systematisch uitsluiten of pesten van iemand op grond van zijn 'andere' afkomst. Uit de jurisprudentie van de CGB over zaken waarbij (seksuele) intimidatie of discriminatoire bejegening op de werkvloer aan de orde is geweest, komt naar

-
- 12 Art. 1 lid 1 sub *e* en art. 4 lid 2 Arbowet. De definitie zal ik hieronder vergelijken met die van de intimidatiebepalingen in de Wet leeftijdsdiscriminatie en de AWGB.
- 13 Deze reflexwerking is in meer detail beschreven in R. Holtmaat, 'Seksuele intimidatie op de werkplek: een onuitroeibaar kwaad?', *NJB* 1999, p. 1724-1728.
- 14 Op het terrein van het ambtenarenrecht is iets soortgelijks gebeurd. Ook in andere Europese landen is iets vergelijkbaars gebeurd bij de bestrijding van seksuele intimidatie, geheel buiten het kader van de gelijkebehandelingswetgeving om. Zie wat betreft het Verenigd Koninkrijk bijvoorbeeld Pauline Roberts, 'Employer's Liability for Sexual or Racial Harassment: Developing the Reasonable Practicable Steps Defence', *Industrial Law Review*, Vol. 30, 2001, p. 388-396.
- 15 Onder verwijzing naar de zorgverplichting in de Arbowet stelt de kantonrechter te Amsterdam in 1996 expliciet vast dat seksuele intimidatie op de werkplek een 'objectieve normoverschrijding' betreft. Zie Ktr. Amsterdam 9 oktober 1996, Jurisprudentieoverzicht Seksuele Intimidatie nr. 92 (opgenomen in Holtmaat 1999 (zie noot 8)).
- 16 Zie voor een analyse van de jurisprudentie ook mijn in noot 8 genoemde artikel in het *NJB*. Wat betreft de aansprakelijkheid van de werkgever is vooral van belang het vonnis van de Rb. Rotterdam 30 september 1999, *Nemesis* 2000, RN 1166, katern 2000, nr. 3, p. 11-13 (m.nt. R.H.).
- 17 Zie mijn in noot 8 genoemde artikel in het *NJB*.
- 18 Zie voor een overzicht van de jurisprudentie Holtmaat 1999 (zie noot 8). Een recent oordeel waarin wederom uiterst zuinig werd omgegaan met de schadevergoeding is Ktr. Amsterdam 26 mei 2003, *JAR* 2003/264.
- 19 Zie over seksuele intimidatie en het strafrecht hoofdstuk 5 van Holtmaat 1999 (zie noot 8).
- 20 Art. 5 lid 1 sub *d* AWGB, art. 7:646 lid 1 BW en art. 1a lid 1 WGB. Bijv. oordelen 1999-48, 1999-72 en 2001-131: gelijke behandeling bij arbeidsvoorwaarden houdt tevens in een discriminatievrije werkomgeving, waarin geen seksuele intimidatie of discriminerende bejegening voorkomt. Zie hierover ook I.P. Asscher-Vonk en K. Wentholt, *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, Kluwer: Deventer 1994, p. 114 en p. 125.
- 21 Wetsvoorstel AWGB, *Kamerstukken I* 1988/89, 19908, nr. 5b, p. 7.

voren dat op de werkgever een plicht rust om te zorgen voor een (seksuele) intimidatie- en discriminatievrije werkomgeving. Dit betekent dat niet alleen de werkgever zelf zich daarvan dient te onthouden, maar ook dat hij er op dient toe te zien dat degenen over wie hij het gezag uitoefent zich onthouden van discriminatie.²² In een oordeel uit 2000 neemt de Commissie heel algemeen aan dat voor iedereen een *recht* op een discriminatievrije werkvloer bestaat.²³ Iedereen die hinder ondervindt van discriminatoire bejegening door leidinggevenden of collega's wordt door deze norm beschermd. Het is zelfs niet nodig dat een werknemer persoonlijk het doelwit is van de discriminatoire bejegening.

Een groot probleem, met name waar het om rassendiscriminatie in de vorm van discriminatoire bejegening gaat, is de bewijsvoering. Het oordeel van de Commissie hangt volgens Loenen 'in sterke mate af van een weging van de aangevoerde feiten en de vraag in hoeverre het discriminerende karakter van de gewraakte bejegening aannemelijk gemaakt is. Als dat niet lukt strandt de klacht sowieso. (...) De bewijsproblemen kunnen aanzienlijk zijn.'²⁴

Naast het voorkomen en bestrijden van discriminatoire bejegening en seksuele intimidatie is ook van groot belang hoe de werkgever met de klachten op dat terrein omgaat. De situatie kan zich voordoen dat niet komt vast te staan dat er inderdaad gediscrimineerd is en dat dus in dat opzicht de normen van de AWGB niet zijn overtreden, maar dat de werkgever wel tekort is geschoten in de wijze van klachtbehandeling. Dat kan op zichzelf al een schending van de gelijkheidsnorm van de wet meebrengen.²⁵

Een oordeel van de CGB is niet bindend. Belangrijker zijn daarom misschien de adviezen en aanbevelingen die de Commissie in het kader van een individuele klacht aan werkgevers kan verstrekken. De volgende richtlijnen voor werkgevers over hoe te handelen in geval zij worden geconfronteerd met klachten op dit terrein, kwamen uit een onderzoek naar de jurisprudentie van de CGB²⁶ naar voren:

- De werkgever moet een zelfstandig en deugdelijk onderzoek doen zodra klachten over discriminatoire bejegening of seksuele intimidatie onder zijn aandacht worden gebracht.
- Alleen aanhoren van de klacht en overleg voeren met de betrokkenen, waarbij bijvoorbeeld geconcludeerd wordt dat er nu eenmaal meerdere verhalen zijn, is niet genoeg.
- Een ronde maken op de werkvloer om aan iedereen te vragen of ze iets hebben gemerkt van discriminatie, is niet zorgvuldig omdat niet alle mensen vrijuit zullen durven spreken.
- De werkgever mag in eerste instantie de lezing van het slachtoffer volgen.

22 Oordeel 2000-34.

23 Oordeel 2000-73. Zie ook de bijdrage van T. Loenen over de gronden ras en nationaliteit aan de Oordelenbundel 2000 (Deventer: Kluwer 2000), p. 16.

24 T. Loenen, 'Ras en Nationaliteit', Oordelenbundel 1999, Deventer: Kluwer, p. 17. In dezelfde zin de bijdrage over ras en nationaliteit van Woltjer aan de Oordelenbundel 2001, p. 18.

25 Oordeel 2003-158, overweging 5.11: 'Op grond van het vorenstaande kan worden geconcludeerd dat verweerster geen onderscheid op grond van ras heeft gemaakt bij de bejegening van verzoeker, maar dat verweerster onderscheid op grond van ras heeft gemaakt door de wijze van behandelen van verzoekers klachten omtrent discriminatie, als bedoeld in artikel 5, eerste lid, onderdeel d AWGB, in samenhang met artikel 1 AWGB.'

26 Zie met name de oordelen 1997-07, 1998-48, 2001-35 en 2001-130 en 2000-34, 2001-103, 2001-111, 2001-131 en 2001-136 voor de eisen die de CGB nu stelt bij seksuele intimidatie en racisme op de werkplek. Deze inventarisatie van zaken is verricht door een medewerker van de CGB in het kader van de voorbereiding van de invoering van de Wet leeftijdsdiscriminatie. De resultaten zijn daarvan door mij samengevat en neergelegd in een (intern) rapport voor de CGB. Deze criteria (en de vindplaatsen in de oordelen van de CGB) worden ook besproken in de in de vorige en volgende voetnoten genoemde bijdragen aan de Oordelenbundels 1999, 2000, 2001 en 2002 van de CGB van Loenen en Woltjer. Zie voor enkele recente kwesties, waarin de genoemde 'aanwijzingen' nog eens de revue passeren oordelen 2003-158 en 2003-144.

- De werkgever moet zijn best doen om daadwerkelijk een einde te maken aan intimiderende of discriminerende uitlatingen.
- De werkgever moet er voor zorgen dat het slachtoffer kan zien welke maatregelen genomen worden.
- De werkgever moet nagaan of degene die zich schuldig maakt aan intimidatie zijn gedrag verandert.
- Is sprake van een mannencultuur in een bedrijf, dan dient de leidinggevende afstand te nemen van intimiderende omgangsvormen en daar tegen op te treden.
- De werkgever moet het slachtoffer begeleiden en beschermen.
- De Commissie acht het van belang dat een bedrijf een vast beleid heeft met betrekking tot de omgang met klachten over discriminatie, dat dit op schrift staat en voor iedereen kenbaar is.
- Een klachtenregeling dient te voldoen aan eisen van een behoorlijke en onafhankelijke procedure en de klachtencommissie dient onafhankelijk en deskundig te zijn.
- Het maakt geen verschil of er bewust of onbewust is geïntimideerd.
- De Commissie stelt een aanbod tot bemiddeling op prijs, maar het is niet de bedoeling dat de OR bemiddelt, omdat die niet onpartijdig is.
- Slachtoffers zelf hebben de verantwoordelijkheid om voldoende duidelijk te maken dat zij zich geïntimideerd of gediscrimineerd voelen. Gebeurt dat niet, dan kan de werkgever niet worden verweten dat hij zich niet heeft gerealiseerd dat er klachten over discriminatie waren.

2.3 *Evaluatie van het bestaande recht*

Het systeem van rechtsbescherming tegen (seksuele) intimidatie in Nederland is niet uniek. Ook in landen als Duitsland, Zweden en Frankrijk verloopt de bescherming hiertegen tot nu toe grotendeels via het gewone arbeidsrecht, zowel in de civielrechtelijke vorm als in de toezichthoudende publiekrechtelijke vorm (arbeidsomstandighedenrecht) en via het strafrecht.²⁷ Het idee om seksuele intimidatie op te vatten als een vorm van discriminatie van vrouwen is afkomstig uit de VS, maar heeft, tot het moment dat de Europese wetgever dat in de artikel-13-richtlijnen en de gewijzigde Sekserichtlijn ging neerleggen, weinig voet aan de grond gekregen in Europa.²⁸ Daarin lijkt nu dus verandering te komen.

Het geheel overziend moet je wel concluderen dat op dit moment de bescherming tegen discriminatoire bejegening (intimidatie op grond van een van de verboden discriminatiegronden) en seksuele intimidatie in Nederland een tamelijk lapidair karakter heeft. Voor rechtzoekenden is het niet eenvoudig daarin de weg te vinden. Wat de zaak tot nu toe bij elkaar houdt is de overeenstemming onder rechtstoepassers over te hanteren definitie van het 'te bestrijden kwaad', namelijk die van de Arbwet. Tevens bestaat overeenstemming over het objectief afkeurenswaardig karakter van dergelijke gedragingen. Dat wil zeggen dat de beleving van het slachtoffer en de intentie van de dader niet relevant zijn. Op werkgevers rust een tamelijk verstrekende zorgplicht, die met sancties afgedwongen kan worden, zowel door toezicht van Arbeidsinspectie maar ook door civiele aansprakelijkheidsstelling van de werkgever. Met name dat laatste is echter niet eenvoudig, zeker niet voor een individuele werknemer. Een oordeel van de CGB biedt in dat opzicht maar beperkt

27 Zie het in noot 9 genoemde artikel van Friedman & Whitman, die deze systemen bespreken. Zie voor een beschrijving van het Franse systeem ook Abigail Saguy, 'Employment Discrimination or sexual violence? Defining sexual harassment in American and French Law', *Law and Society Review*, Vol. 34, Number 4 (2000), p. 1091-1128.

28 Zie voor een bespreking van de discussies daarover in de jaren '80 Jenny Goldschmidt en Rikki Holtmaat: *Tendrapport Vrouw en Recht*, Den Haag: DCE/STEO 1973, p. 368-377 en Holtmaat 1999, p. 71 (zie noot 8).

soelaas, omdat de Commissie geen sancties kan opleggen en geen bindende uitspraken kan doen. Bieden de nieuwe normen, die geïnspireerd zijn op het EG-recht op dit terrein wellicht uitkomst? Of wordt de ondoorzichtigheid van de verschillende naast elkaar staande vormen van rechtsbescherming alleen maar groter?

3 IMPLEMENTATIE VAN DE EG-RICHTLIJNEN IN DE WET GELIJKE BEHANDELING OP GROND VAN LEEFTIJD (WGBL) EN IN DE EG-IMPLEMENTATIEWET AWGB

3.1 (Seksuele) Intimidatie in de Europese richtlijnen

In de zogenoemde artikel-13-richtlijnen en de gewijzigde Sekserichtlijn wordt intimidatie als een vorm van discriminatie aangemerkt en derhalve verboden.²⁹ Intimidatie wordt gedefinieerd als ongewenst gedrag dat met een van de verboden discriminatiegronden verband houdt en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.³⁰ De lidstaten zijn vrij het begrip intimidatie in overeenstemming met nationale wetgeving en praktijken te definiëren.³¹ Volgens de gewijzigde Sekserichtlijn (art. 2 lid 2 vierde gedachtestreepje) is er sprake van seksuele intimidatie wanneer zich enige vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie voordoet met als doel of gevolg dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Zowel intimidatie als seksuele intimidatie worden in art. 2 lid 3 van deze richtlijn vervolgens beschouwd als discriminatie op grond van geslacht en zijn derhalve verboden. Opvallend in dit artikellid van de gewijzigde Sekserichtlijn is dat het feit dat een persoon zulk gedrag afwijst of lijdzaam ondergaat, niet ten grondslag mag liggen aan een beslissing die die persoon betreft.³² Dit laatste element ontbreekt in de Rasrichtlijn en in de Kaderrichtlijn. Bijzonder is verder dat onder de gewijzigde Sekserichtlijn werkgevers verplicht zijn om preventieve maatregelen te nemen tegen elke vorm van discriminatie op grond van geslacht, in het bijzonder tegen intimidatie en seksuele intimidatie op de werkplek.³²

Voorafgaand aan het implementatietraject is door de regering een notitie uitgebracht, waarin zij haar ideeën en plannen uiteen heeft gezet. Op die notitie heeft de CGB commentaar gegeven.³³ In de Implementatienotitie merkt de regering op dat de huidige bescherming tegen intimidatie in de arbowetgeving en in het strafrecht niet voldoende is om aan de bepaling in de richtlijn tegemoet te komen.³⁴ Erg overtuigend acht ik deze redengeving voor opname van intimidatie in de gelijkebehande-

29 Ik bespreek hier alleen de definities van (seksuele) intimidatie in de betreffende richtlijnen. Andere aspecten, zoals de reikwijdte van de richtlijnen als zodanig, de sanctionering, de bewijslastverdeling, etc. behandel ik niet. Zie daarvoor R. Holtmaat: 'Uit de keuken van de Europese Unie: de gelijkebehandelingsrichtlijnen op grond van Artikel 13 EG-Verdrag', in: T. Loenen, *Gelijke Behandeling: Oordelen en Commentaar 2000*, Deventer: Kluwer 2001, p. 105-124.

30 Art. 2 lid 3 van Richtlijn 2000/43/EC en idem Richtlijn 2000/78/EC, welke bepalingen gelijkkluidend zijn. Zie ook art. 2 lid 2 derde gedachtestreepje van de gewijzigde (Tweede) Sekserichtlijn, zoals die luidt na amendering door Richtlijn 2002/73/EC.

31 Deze bepaling ontbreekt in de gewijzigde Sekserichtlijn. Het lijkt er op dat deze richtlijn dus minder vrijheid laat aan de lidstaten.

32 Art. 2 lid 5 van de Tweede Richtlijn, zoals die luidt na amendering door Richtlijn 2002/73/EC.

33 *Commentaar van de Commissie Gelijke Behandeling inzake implementatie van de gemeenschappelijke bepalingen van de EG Kader Richtlijn en de EG Anti-rassendiscriminatie richtlijn*, CGB 30 mei 2001.

34 Implementatienotitie, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 187, nr. 1, p. 8.

lingswetgeving (nog steeds) niet. In een bijdrage aan een eerdere Oordelenbundel heb ik betoogd dat het zeer de vraag is of de EG-richtlijnen dit wel eisen.³⁵ In plaats van deze wetgeving aan te passen aan de richtlijnen zou de regering er naar mijn mening ook voor hebben kunnen kiezen de arbowetgeving uit te breiden met enkele bepalingen die de werkgever verplichten effectief op te treden tegen intimidatie op elk van de in art. 13 EG genoemde gronden.³⁶

Met het voorstel voor een wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (in het vervolg: WGBL) heeft de wetgever op het punt van de bestrijding van intimidatie reeds een voorschot genomen op de implementatie van de richtlijnen in de Nederlandse wetgeving.³⁷ De bepalingen die vervolgens op dit punt in de EG-Implementatiewet AWGB zijn opgenomen zijn identiek aan die in de WGBL.

Ik behandel hier de belangrijkste vraagpunten die met de invoering van een verbod op (seksuele) intimidatie in het kader van de gelijkebehandelingswetgeving samenhangen.³⁸

3.2 De normstelling

In art. 2 WGBL, art. 1a AWGB (nieuw) en art. 1a WGB h/cz (nieuw) wordt gesteld dat het verbod om onderscheid te maken mede inhoudt een verbod op intimidatie. In plaats van intimidatie te zien als een onverbreekelijk onderdeel van de normstelling is er uitdrukkelijk voor gekozen een afzonderlijk artikel toe te voegen aan de betreffende wetten. Deze constructie werd in de Implementatienotitie al aangekondigd en is toen door de CGB van de hand gewezen. Volgens de Commissie verdient het de voorkeur om één normstellingsbepaling te hebben, gevolgd door een bepaling waarin alle uitzonderingen worden genoemd. Daardoor zou het beste tot uitdrukking worden gebracht dat het verbod van intimidatie een onverbreekelijk onderdeel is van het verbod van onderscheid.³⁹ Volgens de regering maakt de formulering van art. 2 lid 1 WGBL voldoende duidelijk dat intimidatie onderdeel is van die normstelling.⁴⁰ In de Implementatienotitie geeft de regering daarvoor een argument: ‘Het voordeel van een afzonderlijke bepaling voor intimidatie is dat zo beter tot uitdrukking kan worden gebracht dat het bij intimidatie per definitie gaat om verboden onderscheid. Met andere woorden, in geval van intimidatie kan op geen enkele rechtvaardigingsgrond een beroep worden gedaan.’⁴¹ Op dit punt zal ik hieronder nog terugkomen. In verband met deze (gelede) constructie merkte de Raad van State in zijn advies over de Implementatiewet op dat het opnemen van een verbod van intimidatie in de gelijkebehandelingswetgeving een extra reden is om de formulering van de centrale norm in termen van een verbod op het maken van ‘onderscheid’ te heroverwegen. ‘Het begrip “onderscheid” is immers anders dan “discriminatie” een neutraal begrip; “intimidatie”, een bijzondere vorm van discriminatie, is daarentegen geenszins neutraal.’⁴²

35 Holtmaat 2001 (zie noot 29). Zie voor een identieke mening A.J.C.M. Geers, ‘Naar een nieuwe intimidatiewet?’ in: *SR* 2003, p. 35-36, op p. 36.

36 Ik kom hier in paragraaf 4 van dit artikel nog op terug.

37 Zie noot 4.

38 Ik heb hiervoor geput uit een interne notitie die ik in opdracht van de CGB in 2002 heb gemaakt over de consequenties van de voorstelde WGBL voor de oordeelspraktijk van de CGB.

39 Commentaar CGB, p. 6 (zie noot 33).

40 MvT WGBL, p. 18.

41 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 187, nr. 1, p. 9.

42 Advies Raad van State en Nader Rapport, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, A, p. 13. Zie over deze discussie verder R. Holtmaat, ‘Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling’, *NJB* 2003, p. 1266-1276.

3.3 *Het toepassingsbereik van het intimidatieverbod*

Het materiële toepassingsbereik van de gelijkebehandelingswetgeving verschilt per wet. Onder de WGBL vallen de betaalde arbeid, het vrije beroep, beroepskeuzevoorlichting en loopbaanoriëntatie, het beroepsonderwijs en de werknemers- en werkgeversverenigingen, zie art. 3 t/m 6 WGBL. De WGB h/cz dekt daarnaast het terrein van het openbaar vervoer, zie art. 4 t/m 8 WGB h/cz. De werkgevers- en werknemersverenigingen worden onder deze wet gebracht d.m.v. de Implementatiewet, waarbij art. 5a WGB h/cz wordt toegevoegd. Wat betreft de door de AWGB bestreken gelijkebehandelingsgronden (seksue, ras, nationaliteit, godsdienst, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat) geldt bovendien een verbod op onderscheid bij het aanbieden van goederen en diensten, zie art. 5, 6 en 7 AWGB. Alleen in geval van onderscheid op grond van ras valt ook het terrein van de sociale bescherming in de toekomst onder deze wet (art. 7a AWGB). Wat dat inhoudt moet bij AMvB nader worden ingevuld (art. 7a lid 2 AWGB).⁴³

In de EG-Implementatiewet lijkt de regering hierop een voorschot te nemen: 'De voorgestelde bepaling ziet ook op de overige verhoudingen op sociaal-economisch terrein. Het voorgestelde verbod van intimidatie ziet derhalve ook op intimidatie (van leerlingen) in het onderwijs, in de gezondheidszorg en op het terrein van het welzijn. Ook op die terreinen mag een zodanig verbod niet ontbreken.'⁴⁴ Ik juich dit van harte toe, maar ik zou niet weten waar onderwijsinstellingen (behalve het beroepsonderwijs) en gezondheids- en welzijnsinstellingen deze verplichting dan zouden moeten lezen! Tenzij de regering het begrip sociale bescherming (art. 7a AWGB) ook hierop laat slaan. In dat geval zijn echter alleen de slachtoffers van discriminatoire bejegening op grond van ras daartegen beschermd.

3.4 *De normadressaten*

Een gevolg van het feit dat het verbod op intimidatie onder de gelijkebehandelingswetgeving is gebracht is dat in de uitleg die de Nederlandse regering aan deze wetgeving geeft slechts een beperkte groep mensen aangesproken kan worden op het feit dat ze (seksueel) intimideren. Als normadressaten, dat wil zeggen: degenen die op naleving van het verbod op gelijke behandeling in rechte en bij de CGB kunnen worden aangesproken, gelden immers alleen degenen die het op de terreinen die onder het toepassingsbereik vallen 'voor het zeggen hebben' en aansprakelijk zijn voor wat zich daar afspeelt. Dat wil zeggen dat werkgevers, de besturen van onderwijsinstellingen, de aanbieders van openbaar vervoer of de aanbieders van goederen en diensten, et cetera gehouden zijn om niet te discrimineren op de in de gelijke behandelingswetgeving genoemde gronden. Daarmee blijven veel 'daders' van discriminatoire bejegening of seksuele intimidatie buiten schot. Niet alleen collega's (en beroepsgenoten en medeleerlingen) kunnen zich schuldig maken aan discriminatie in de vorm van intimidatie, maar ook klanten, afnemers, cliënten en andere betrokkenen bij een onderneming of instelling. Zij lijken allemaal 'vrijuit' te gaan. Het slachtoffer kan er niks tegen ondernemen (althans niet op grond van de gelijke behandelingswetgeving), tenzij op de een of andere wijze een verantwoordelijkheid van een werkgever of bestuurder voor het discriminatoire of intimiderende gedrag van deze personen geconstrueerd kan worden. De directie van de Nederlandse Spoorwegen zou dan bijvoorbeeld aansprakelijk gesteld moeten kunnen worden voor intimidatie van gehandicapten in de treinen, op perrons en in stations. Is dat

43 Daarbij moet de regering rekening houden met hoe in het Europese recht dit begrip tot nu toe wordt uitgelegd. Zie daarover Evelyn Ellis: 'Social Advantages: a new lease of life?', *Common Market Law Review* 2003, p. 639-659.

44 MvT EG-Implementatiewet, p. 8.

niet mogelijk dan rest de rechter niets anders dan de klacht af te wijzen op grond van het feit dat de verweerder niet tot de normadressaten van de wet behoort. De klager heeft dan nog wel de mogelijkheid van het instellen van een actie uit onrechtmatige daad, dan wel van het doen van aangifte van een strafbaar feit.

Op dit systeem maakt de regering een kleine uitzondering. Uit de memorie van toelichting blijkt dat art. 3 WGBL⁴⁵ zich ook uitstrekt tot een leidinggevende werknemer die over zijn collega-werknemers feitelijk gezag uitoefent en mitsdien functioneert in de hoedanigheid van werkgever. Maakt deze zich in die hoedanigheid schuldig maakt aan intimiderend gedrag, dan valt hij onder het bereik van het wetsvoorstel.⁴⁶

Het is de vraag of deze beperking van de normadressaten tot werkgevers, leidinggevend en bestuurders in geval van intimidatie de bedoeling is geweest van de Europese wetgever. De bepaling in de richtlijnen is heel algemeen en lijkt zich uit te strekken tot een verbod voor iedereen die zich aan deze gedragingen schuldig maakt en die onder het personele toepassingsbereik van de richtlijnen valt.⁴⁷ Als een beperking was bedoeld had men dat wellicht duidelijk gemaakt, zoals ook gebeurd is ten aanzien van de verplichting tot het doen van redelijke aanpassingen in het geval van handicap. Die verplichting geldt uitdrukkelijk alleen voor werkgevers (art. 5 Kaderrichtlijn).

3.5 Definities van (seksuele) intimidatie

De definitie in de implementatiewetgeving

De regering geeft in de implementatienotitie de definitie die later ook in de WGBL en de EG-Implementatiewet AWGB is overgenomen (art. 2 lid 2 WGBL, art. 1a lid 2 AWGB en art. 1a lid 2 WGB h/cz). Het moet gaan om:

- gedrag dat verband houdt met onderscheid op grond van de discriminatiegronden, genoemd in de gelijkebehandelingswetgeving
- en tot doel of tot gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.

In haar advies over de implementatienotitie heeft de CGB zich sterk tegen deze cumulatie van eisen verzet.⁴⁸ De Commissie stelde voor om de formulering te wijzigen in: 'gedrag dat met een van de discriminatiegronden verband houdt *in die zin* dat het tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid (...) *of* een bedreigende (...)'. De bescherming tegen intimidatie wordt met de definitie van de regering ernstig beperkt en de bewijslast verzaamd, aldus de Commissie. Ook diverse fracties in de Tweede Kamer drongen aan op een wijziging op dit punt.⁴⁹ De regering hechtte blijkbaar weinig waarde aan de naar voren gebrachte argumenten. Ze worden in elk geval niet weerlegd in de vervolgstukken op de Implementatienotitie, noch in de memories van toelichting noch in de nota's naar aanleiding van het verslag bij de WGBL of de EG-Implementatiewet AWGB. Als enige reden om beide vereisten in het tweede onderdeel *naast* elkaar te blijven stellen noemt de regering dat daarmee

45 Art. 3 WGBL gaat echter niet over het verbod op intimidatie als zodanig, maar op het verbod om onderscheid (in welke vorm dan ook!) te maken bij (ondermeer) de arbeidsomstandigheden. Op deze twee verschillende manieren om intimidatie te behandelen onder de nieuwe wetgeving kom ik hieronder terug.

46 MvT WGBL, p. 19. Dit lijkt in tegenspraak met het standpunt dat de regering elders inneemt ten aanzien van de uitleg van de bepaling over het geven van opdracht tot discriminatie. Het passief gedogen of laten voortbestaan van een discriminerende situatie valt daar volgens de regering uitdrukkelijk niet onder. Zie o.m. Implementatienotitie, p. 9 en MvA Implementatiewet, p. 18.

47 In dezelfde zin Richard Whittle, 'The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective', *European Law Review*, June 2002, p. 303-326, op p. 316.

48 Commentaar CGB, p. 6 (zie noot 33).

49 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 770, nr. 4, p. 14 e.v.

wordt aangesloten bij de definitie in de richtlijnen en dat daarmee het ernstige karakter van intimidatie wordt uitgedrukt.⁵⁰

Taalkundig is de definitie in overeenstemming met art. 2 lid 3 van de Kaderrichtlijn en de Rasrichtlijn, die ook een opsomming van elementen geven en daarbij het woordje ‘en’ gebruiken.⁵¹ Er is dus zo te zien geen mogelijkheid om met een beroep op de EG-richtlijnen de Nederlandse normstelling als te streng van de hand te wijzen. De regering had echter wel de ruimte om met een betere definitie te komen. De richtlijnen laten de lidstaten immers de ruimte om zelf met een definitie van intimidatie te komen, zo lang deze maar niet afdoet aan het door de richtlijnen beoogde beschermingsniveau.

De definitie van seksuele intimidatie uit de gewijzigde (tweede) Sekserichtlijn – die overigens de genoemde cumulatie van eisen niet bevat⁵² – is nog niet geïmplementeerd in het Nederlandse recht. Daarvoor wordt een afzonderlijke wijziging van de WGBMV bij de arbeid overwogen. Op de vraag van kamerleden of seksuele intimidatie niet ook nu reeds als norm in de AWGB zou moeten worden opgenomen, heeft de regering geantwoord dat dit niet nodig is omdat dit verschijnsel helemaal onder het algemene intimidatieverbod gebracht kan worden.⁵³ Of dit betekent dat men uiteindelijk ook zal afzien van een wijziging van de WGBMV moet nog worden afgewacht.

Seksuele intimidatie en agressie en geweld in de Arbowet

In de Arbowet staat sinds 1994 zowel een definitie van seksuele intimidatie als van agressie en geweld op de werkplek.

Art. 1 lid 3 sub *e* Arbowet 1998⁵⁴ luidt als volgt:

‘e. seksuele intimidatie: ongewenste seksuele toenadering, verzoeken om seksuele gunsten of ander verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag waarbij tevens sprake is van een van de volgende punten:

- 1e onderwerping aan dergelijk gedrag wordt hetzij expliciet hetzij impliciet gehanteerd als voorwaarde voor de tewerkstelling van een persoon;
- 2e onderwerping aan of afwijzing van dergelijk gedrag door een persoon, wordt gebruikt als basis voor beslissingen die het werk van deze persoon raken;
- 3e dergelijk gedrag heeft het doel de werkprestaties van een persoon aan te tasten en/of een intimiderende, vijandige of onaangename werkomgeving te creëren, dan wel heeft tot gevolg dat de werkprestaties van een persoon worden aangetast en/of een intimiderende, vijandige of onaangename werkomgeving wordt gecreëerd.’

Agressie en geweld worden in art. 1 lid 3 sub *f* Arbowet gedefinieerd als voorvallen waarbij een werknemer psychisch of fysiek wordt lastiggevallen, bedreigd of aangevallen onder omstandigheden die rechtstreeks verband houden met het verrichten van arbeid.

Het element ‘gedrag’ in de definities

De definities van intimidatie in de Rasrichtlijn en de Kaderrichtlijn en in de WGBL c.q. de Implementatiewet houden het (neutrale) midden tussen die van seksuele intimidatie en van agressie en geweld in de Arbowet. In plaats van over seksueel getint gedrag of over lastigvallen, bedreigen of aanvallen gaat het in de nieuwe wetgeving over *gedrag* in het algemeen (zie eerste deel van de definitie in art. 2 lid 2 WGBL en art. 1a lid 2 AWGB-WGB h/cz). Het moet echter volgens het tweede deel

50 Implementatienotitie, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 187, nr. 1, p. 9 en MvA Implementatiewet, p. 19.

51 Een argument dat de regering ook gebruikt. Zie MvT WGBL, p. 18.

52 Zie art. 2 lid 2 van Richtlijn 2002/73 zoals hierboven geciteerd.

53 MvA EG-Implementatiewet, p. 19. Daarmee miskent de regering dat de Europese wetgever het in Richtlijn 2002/73 uitdrukkelijk wel nodig vond om beide verschijnselen afzonderlijk te definiëren en te verbieden.

54 *Stb.* 1999, 184.

daarvan wel gaan om gedrag dat bepaalde duidelijk omschreven gevolgen heeft voor het slachtoffer. Ten opzichte van art. 1 lid 3 sub *b* en *f* van de Arbowet is de nieuwe definitie dus zowel ruimer, omdat gedrag een ruim begrip is, als beperkter, omdat een cumulatieve eis wordt gesteld met betrekking tot het doel of de gevolgen daarvan. Vergelijken we de definitie van seksuele intimidatie in de gewijzigde Sekserichtlijn met die van de Arbowet dan zijn er minder verschillen, omdat in die definitie het seksuele karakter van het gedrag eveneens centraal wordt gesteld. De memories van toelichting bij de WGBL en de EG-Implementatiewet geven verder weinig toelichting op de inhoud van het verbod. De regering stelt alleen nog dat intimiderend gedrag verschillende vormen kan aannemen en zowel verbaal (opmerkingen, grapjes) en non-verbaal (gebaren, afbeeldingen) van aard kan zijn.⁵⁵ Dit geeft de CGB en de rechter de ruimte om de norm verder in te vullen als het gaat over de vraag welke gedragingen en uitingen er allemaal onder vallen. Het hoeft daarbij naar mijn mening niet altijd te gaan om een actieve gedraging of uiting, ook het stelselmatig negeren van iemand kan een uiting zijn van intimidatie, mits de in de wet beschreven gevolgen zich (kunnen) voordoen.

Intimidatie of 'gewoon' pesten?

Niet alle pesterijen, hoe agressief of schadelijk ook, kunnen met deze nieuwe wetgeving worden bestreden. De gelijkebehandelingswetgeving eist immers een aantoonbaar verband tussen de pesterijen en een van de verboden discriminatiegronden.

In uitspraken van de CGB werd in het verleden onderscheid gemaakt tussen discriminatie en pesterijen. Het was mogelijk dat het eerste – als zijnde verboden onderscheid – niet werd bewezen, maar dat wel kwam vast te staan dat pesterijen hadden plaatsgevonden.⁵⁶ Ook onder de nieuwe wetgeving blijft het de vraag of er een grens te trekken is tussen 'zomaar' wat pesterijen, en pesterijen die neerkomen op intimidatie c.q. discriminatie. Het laatste zal in elk geval aan de orde zijn als er een duidelijk verband te leggen is tussen de pesterijen en een van de verboden discriminatiegronden. Of een werkgever op grond van de gelijkebehandelingswetgeving verplicht kan worden op te treden tegen pesterijen waarvan dat verband niet zo duidelijk is te leggen (zoals de Commissie wel heeft gedaan) is echter discutabel. Hij is daartoe wel verplicht op grond van de Arbowet, die geen relatie legt met een of meer van de verboden discriminatiegronden.

Uit de antwoorden op vragen van Kamerleden over de reden waarom niet een afzonderlijke bepaling over pesten in de gelijkebehandelingswetgeving wordt opgenomen, blijkt dat ook de regering nog niet helemaal scherp heeft wat intimidatie inhoudt. Pesten kan onder omstandigheden volgens de regering namelijk zowel onder de definitie van intimidatie worden gebracht als onder de nieuwe bepaling omtrent het recht op gelijke arbeidsomstandigheden (art. 5 lid 1 sub *b* AWGB) vallen.⁵⁷ Wat die omstandigheden dan zijn, welk gedrag, met andere woorden, onder het ene of onder het andere artikel gebracht moet worden laat de regering in het midden. Zie ook hieronder, waar de samenloop tussen het intimidatieverbod en het verbod om onderscheid te maken bij de arbeidsomstandigheden nader wordt besproken.

De relatie met een of meer gronden: samenloop

Met name bij intimidatie kan er sprake zijn van samenloop tussen verschillende non-discriminatiegronden. Een voorbeeld: een oudere lesbische secretaresse wordt

55 MvT WGBL, p. 18.

56 Oordeel 1999-86.

57 MvA EG-Implementatiewet, p. 20.

systematisch niet uitgenodigd om mee te gaan koffiedrinken, mee te gaan op de maandelijkse sauna-uitstapjes van haar (vrouwelijke) collega's, of krijgt geregeld te horen dat ze toch nergens over mee kan praten omdat ze geen kinderen heeft, of er worden haar voortdurend door mannelijke collega's foto's van aantrekkelijke mannen of vrouwen per e-mail toegezonden. Heeft dat gedrag dan te maken met het feit dat ze van een bepaalde leeftijd is of met het feit dat ze lesbisch of alleenstaand is? Teneinde de bewijslast voor de klager te verlichten zou er iets voor te zeggen zijn op dat punt geen al te strenge eisen te stellen. Dat er gepest of geïntimideerd wordt moet voldoende vast komen te staan, wat precies het motief van de dader is hoeft de klager niet te bewijzen. Het gaat immers (ook) om het *tot gevolg hebben* dat het werkklimaat is verziekt en dat de kansen van het slachtoffer om op gelijke en gelijkwaardige wijze te participeren bij de arbeid (of op andere terreinen die onder de non-discriminatiewetgeving vallen) worden verkleind.⁵⁸ Naar mijn idee is het daarom niet nodig om exact vast te stellen op welke grond iemand werd geïntimideerd, als maar duidelijk is dat ten minste een van de door de Nederlandse wetgeving verboden discriminatiegronden in het geding is. Maar het staat te bezien of de Commissie of de rechter dit ook zo zullen gaan toepassen.

De ongewenstheid van het gedrag

De Ras- en Kaderrichtlijnen spreken van ongewenst gedrag. De arbodefinities heeft het over ongewenste seksuele toenadering. Het gebruik van het adjectief ongewenst zou er op kunnen duiden dat de ervaring of beleving van de klager doorslaggevend wordt geacht bij de vraag of van intimidatie sprake is. Door Nederlandse rechters is de arbodefinities echter nooit zo uitgelegd dat de subjectieve beleving van het slachtoffer doorslaggevend is, integendeel. Het gevaar van een (niet gewenste) subjectieve uitleg is door de Nederlandse wetgever afgewend door het woord ongewenst uit de Ras- en Kaderrichtlijn niet over te nemen in de eigen definitie.⁵⁹ Opnemen van dit element zou ook leiden tot een onaanvaardbare bewijslastverzwaring voor de klager, meent de regering.⁶⁰ Een derde reden om het woord ongewenst niet over te nemen is dat zo het risico wordt vermeden dat niet protesteren tegen intimidatie of het lijdzaam ondergaan van dergelijk gedrag kan worden opgevat als een signaal dat het niet ongewenst zou zijn.⁶¹ Of een bepaald gedrag de in het wetsartikel genoemde gevolgen heeft of kan hebben moet daarom naar objectieve normen worden vastgesteld.⁶²

'Quid pro quo' en 'conditions of work'

Voor het overige is de arbodefinities op het punt van de seksuele intimidatie uitgebreider dan die in de Ras- en Kaderrichtlijn c.q. de WGBL en de Implementatiewet. De eerste definitie omvat zowel intimidatie in de vorm van een *quid pro quo*-situ-

58 Uit de literatuur over de ontwikkelingen die 'sexual harassment law' in de VS heeft doorgemaakt blijkt hoe belangrijk het is om dit laatste element goed in de gaten te houden teneinde te voorkomen dat het accent helemaal komt te liggen op het individuele grensoverschrijdende (geseksualiseerde) gedrag van sommige mensen in plaats van op het voorkomen van systematische uitsluitingsmechanismen waarmee vrouwen 'second class workers' blijven; mechanismen die helemaal geen seksuele connotatie hoeven te hebben. Zie o.m. het werk van Vicky Schultz, genoemd in de laatste voetnoot bij deze bijdrage.

59 MvA EG-Implementatiewet, p. 19. Hiermee wijkt de regering af van het advies van de Raad van State, die dit element uit de richtlijnen uitdrukkelijk wel opgenomen wilde zien, omdat het aangeeft dat het gaat om gedrag waarvan een rechtvaardiging per definitie niet voorstelbaar is. Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28 770, A, p. 13 en p. 14. De regering meent echter dat het objectief (en absoluut) verwerpelijk karakter van intimidatie in de richtlijnen tot uitdrukking komt doordat deze niet stellen dat het moet gaan om iemand die zich in zijn waardigheid *voelt* aangetast, maar over iemand die *wordt* aangetast.

60 Advies Raad van State en nader rapport, *Kamerstukken II 2002/03*, 28 770, A, p. 15.

61 Idem.

62 Het noemen van het doel van de intimidatie zou een subjectieverend element aan de zijde van de dader kunnen meebrengen, maar dat wordt gelukkig gecorrigeerd door de nevenstelling van het gevolg van de intimidatie.

atie (de eerste twee elementen uit de arbowetdefinitie) als intimidatie als een *condition of work* (element 3). In de laatste definities komt alleen het derde element aan de orde.⁶³ Dit is ook het geval met de definities van intimidatie en seksuele intimidatie in de gewijzigde Sekserichtlijn. In die laatste richtlijn is echter in art. 2 lid 3 tevens de zinsnede opgenomen dat de afwijzing van of onderwerping aan de intimidatie niet gebruikt mag worden als basis voor beslissingen die de positie van deze persoon raken, waarmee het 'quid pro quo'-element toch geregeld is. Het verschil tussen de diverse regelingen is opmerkelijk, maar niet geheel onverklaarbaar. Het is het waarschijnlijk dat bij intimidatie op andere gronden dan sekse een *quid pro quo*-situatie zich minder snel zal voordoen, omdat het daarbij niet gaat om seksuele of seksueel getinte gedragingen (waarvan het gedogen door het slachtoffer wordt gesteld als tegenprestatie voor het onthouden of geven van een bepaalde beloning), maar om alle gedragingen 'die tot doel of tot gevolg hebben dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd'. Bij de grond seksuele gerichtheid zou zich echter wel degelijk een *quid pro quo*-situatie kunnen voordoen als de intimiderende gedragingen seksueel van aard zijn. Daarom is het toch jammer dat deze elementen uit de arbo-definitie niet zijn terug te vinden in de gelijkebehandelingswetgeving.

3.6 De onmogelijkheid om intimidatie te rechtvaardigen

Door de regeling dat in het geval van intimidatie op geen enkele rechtvaardigingsgrond een beroep kan worden gedaan onderstreept de regering het bijzondere karakter van het verbod op intimidatie.⁶⁴ De onmogelijkheid om intimidatie te rechtvaardigen valt als zodanig niet te lezen in de richtlijnen, maar is wel uitdrukkelijk neergelegd in art. 7 lid 2 WGBL en art. 1a lid 3 AWGB respectievelijk art. 1a lid 3 WGB h/cz.⁶⁵ Het valt te verwachten dat de rigiditeit van deze bepalingen de Commissie en de rechter nog wel eens voor grote problemen kan stellen.⁶⁶ In het verleden achtte de CGB de werkgever namelijk niet verantwoordelijk (hij maakte in termen van de Commissie geen ontoelaatbaar onderscheid) als de werknemer zelf niet voldoende duidelijk had gemaakt dat er sprake is van discriminatoire bejegening en tevens dat hij of zij daar niet van was gediend en wenste dat de werkgever zou ingrijpen.⁶⁷ Dit betekent dat de Commissie tot nu toe wel mogelijke rechtvaardigingsgronden voor het laten voortbestaan van een discriminerende werkomgeving aanvaardbaar achtte.

63 Een discriminatieverbod bij de arbeidsomstandigheden valt echter inmiddels onder het materiële bereik van de wet, dus het is minder nodig om juist dit element van intimidatie als afzonderlijk intimidatieverbod te regelen. Je zou daarnaast kunnen stellen dat intimidatie als *quid pro quo* gewoon onder het verbod op onderscheid op bij de arbeidsvoorwaarden te brengen valt. In dat geval heb je een afzonderlijke bepaling over intimidatie helemaal niet meer nodig! Of dat kan is afhankelijk van de vraag wat de centrale norm is: een discriminatieverbod of een verbod om ongelijk te behandelen. Zie mijn opmerkingen in de slotparagraaf van dit artikel.

64 De Raad van State heeft een meer uitgebreide motivering gegeven voor dit uitgangspunt. Zie *Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A, p. 13*.

65 Nadat de onmogelijkheid om intimidatie (objectief) te rechtvaardigen al in de WGBL was opgenomen is dit onderwerp nog eens bediscussieerd tussen de Raad van State en de regering. Zie *Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A, p. 13 en p. 14*. De regering merkt op de laatste plaats op dat de uitzonderingen (bedoeld: rechtvaardigingsgronden) ten aanzien van instellingen op levensbeschouwelijke grondslag blijven gelden, maar dat ook deze instellingen in hun gedrag niet zo ver mogen gaan dat de waardigheid van een persoon aantasten of dat daardoor een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.

66 Het is verbazingwekkend te noemen dat in een tijd dat allerwegen het rigide karakter van het gesloten stelsel van rechtvaardigingsgronden onder vuur is komen te liggen de regering kiest voor een absoluut verbod. Zie voor een weergave van deze discussie Holtmaat 2003 (zie noot 42).

67 Oordeel 1999-01; zie echter voor een nuancering van dit 'kenbaarheidsvereiste' oordeel 2002-39 en 40 en de opmerkingen daarover van Woltjer in zijn bijdrage aan de Oordelenbundel 2002, p. 19.

In verband met de (on)mogelijkheid om intimidatie te rechtvaardigen is het mijns inziens van belang onderscheid te blijven maken tussen (a) de situatie dat de werkgever zich zelf rechtstreeks schuldig maakt aan discriminatie in de vorm van intimidatie en (b) de situatie dat de werkgever gedooft dat dit in zijn onderneming of instelling plaatsvindt, dan wel onvoldoende actief daartegen optreedt.

In het geval een werkgever zelf of leidinggevende personen⁶⁸ in zijn instelling of onderneming zich rechtstreeks schuldig maken aan intimidatie in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving zal deze werkgever zich daarvoor nooit kunnen disculperen. In het geval een werkgever verantwoordelijk wordt gesteld voor intimiderend gedrag van een bepaalde werknemer of bepaalde groepen werknemers in zijn instelling of onderneming en voor het feit dat hij daartegen onvoldoende actief is opgetreden⁶⁹, kan hij zich er ter verontschuldiging op beroepen dat hij alles heeft gedaan om dit te voorkomen. Gesteld zou kunnen worden dat een werkgever die zich houdt aan de (preventieve) eisen die de Arbwet stelt en die voorts daadkrachtig en voortvarend optreedt tegen discriminatoire bejegeningen of intimidaties die hem ter ore komen dan wel redelijkerwijs ter ore hadden moeten komen, voldoende doet om zich voor de aansprakelijkheid voor intimiderend gedrag van zijn ondergeschikten te disculperen. Om dit mogelijk te maken zouden de CGB en de rechter gebruik kunnen maken van de mogelijkheid die de gelijkebehandelingswetgeving biedt om te kiezen tussen het toepassen van het verbod van (direct of indirect) onderscheid bij de arbeidsomstandigheden en het intimidatieverbod.

3.7 *Keuze tussen het verbod op onderscheid bij de arbeidsomstandigheden en het intimidatieverbod mogelijk?*

Bij intimidatie zal, net zoals bij andere gelijkebehandelingszaken, eerst vastgesteld moeten worden of het bestreden gedrag, de praktijk of regeling gebaseerd is op een van de verboden discriminatiegronden (zie eerste deel van de definitie) en of de klager zich bevindt in een situatie die onder het materiële bereik van het verbod valt. Daarna is door het verschil ten aanzien van de rechtvaardigingsmogelijkheden een correcte kwalificatie van de klacht van groot belang. In het geval van meet af aan bepaalde gedragingen, feiten of omstandigheden als intimidatie worden gekwalificeerd hoeft niet te worden onderzocht of er sprake is van mogelijke rechtvaardigingsgronden daarvoor. Dat dient wel te gebeuren als geklaagd zou worden over directe of indirecte discriminatie. Dat betekent dat de CGB vrij snel aan het begin van een zaak moet kiezen of hier sprake is van intimidatie bij de arbeidsomstandigheden of van direct of indirect onderscheid bij de arbeidsomstandigheden.⁷⁰ Indien de klager alleen een bepaald feitencomplex schetst en niet aangeeft welke norm geschonden is, zal de CGB zelf de keuze moeten maken. Daarbij zou de Commissie de vaste volgorde kunnen hanteren dat eerst wordt nagegaan of de bijzondere bepaling betreffende intimidatie van toepassing is, omdat dat de meest vergaande en strenge bepaling is, en dat pas daarna als daar nog ruimte voor is na wordt gegaan of er wellicht sprake is van direct of indirect onderscheid bij de arbeidsomstandig-

68 Bepaalde handelingen en uitingen van leidinggeven kunnen rechtstreeks aan de werkgever worden toegeschreven. Zie hierboven bij de bespreking van de normadressaten.

69 Het kan ook zijn dat cliënten of klanten van de instelling of het bedrijf zich schuldig maken aan intimidatie en dat de werkgever daartegen onvoldoende bescherming biedt. In het kader van de arbowetgeving wordt aangenomen dat dit eveneens tot de plicht van de werkgever hoort.

70 Het is de vraag of, als over intimidatie geklaagd wordt, ook aangegeven moet worden ten aanzien van welk aspect van de materiële werkingsfeer van de gelijkebehandelingswetten dat is geschied. Formeel lijkt me eigenlijk van wel, maar ik kan me voorstellen dat de CGB of de rechter dat verder een beetje in het midden laat, als maar vast staat dat de intimidatie is voorgevallen in een context die onder het materiële bereik van de betreffende wetgeving valt.

heden. De regering wijst zelf in de toelichting bij de WGBL op deze mogelijke samenloop.⁷¹ Op die plaats koppelt de regering de verplichting om te zorgen voor discriminatievrije arbeidsomstandigheden aan de plicht tot goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Deze verplichting brengt volgens de opstellers van het wetsontwerp met zich mee dat '(...) de werkgever adequaat en tijdig dient te reageren en te corrigeren indien werknemers zich schuldig maken aan intimiderend gedrag.' Ook in de nota naar aanleiding van het verslag bij de Implementatiewet komt de mogelijkheid aan de orde om het gedogen van intimidatie of van een intimiderende werksfeer onder het verbod op onderscheid bij de arbeidsomstandigheden te brengen.⁷² Als richtsnoer zouden Commissie en rechter kunnen nemen dat in geval (a) de werkgever zelf zich rechtstreeks heeft schuldig gemaakt aan intimidatie er geen rechtvaardiging mogelijk is. In het geval (b) hij een intimiderende situatie heeft laten voortbestaan kan de Commissie of rechter dit onder art. 3 sub *b* WGBL (of art. 5 lid 1 sub *b* AWGB en art. 4 sub *b* WGB h/cz) brengen.⁷³ Vervolgens kan dan worden getoetst of de werkgever er voldoende aan heeft gedaan om aan de discriminerende (intimiderende) situatie een eind te maken. Of de CGB echter op grond van de WGBL en de Implementatiewet de mogelijkheid heeft om in dat verband stringente eisen te stellen, zoals het instellen van een klachtencommissie, vertrouwenspersoon of meldpunt, valt te betwijfelen. De Commissie kan echter altijd een aanbeveling doen.

3.8 De bewijslastverdeling bij intimidatie

Een vraag die bij intimidatie voorts nog opkomt is de regeling van de bewijslastverdeling. Art. 12 WGBL, art. 10 AWGB en art. 10 WGB h/cz spreken van onderscheid maken. In art. 2 WGBL (art. 1a AWGB en 1a WGB h/cz) wordt bepaald dat daarvoor *mede* moet worden begrepen intimidatie. Het lijkt op grond daarvan duidelijk dat de bewijslastverdeling in alle gevallen van verboden onderscheid hetzelfde is. Bij het onverkort toepassen van de bewijslastregels in geval van intimidatie wil ik een kanttekening plaatsen. Bij intimidatie gaat het meer dan in andere discriminatiezaken om het vaststellen van feiten en gedragingen zoals die zich hebben voorgedaan. Vaak is het woord tegen woord, vaak gaat het om interpretaties van gebaren, woorden etc. Het bewijs van discriminatoire bejegening is daarom bijzonder moeilijk te leveren (zie het citaat van Loenen in paragraaf 2 van dit artikel.) Dat zou er voor pleiten om de slachtoffers in dat opzicht tegemoet te komen met een soepele bewijslastverdeling. De gelijkebehandelingswetgeving heeft het op het stuk van de bewijslastverdeling over het aanvoeren van feiten die kunnen doen vermoeden dat discriminatie heeft plaatsgevonden. Deze verdeling van de bewijslast is met name in het kader van loondiscriminatie en indirecte discriminatie ontwikkeld in het Europese recht, omdat het voor klagers uitermate ingewikkeld is om daarvoor bewijzen te leveren. Als het om feitelijk handelen gaat is het echter niet te veel gevraagd om

71 MvT WGBL, p. 18.

72 Nota n.a.v. verslag Implementatiewet, p. 24. De regering acht het op die plaats mogelijk dat zowel intimidatie door een leidinggevende zelf als het laten voortbestaan van een intimiderende werksfeer en het onvoldoende bestrijden van intimidatie onder de bepaling van het verbod op onderscheid bij de arbeidsomstandigheden wordt gebracht.

73 Een dergelijke situatie moet denk ik vrijwel altijd worden gekwalificeerd als direct onderscheid. Ik kan me namelijk bijna geen intimiderend gedrag voorstellen dat 'neutraal' is ten opzichte van de verboden grond maar tot effect heeft dat groepen mensen die door de discriminatiegronden worden beschermd er onevenredig veel nadeel van ondervinden. In dat geval moet (behalve als het om leeftijdsdiscriminatie gaat!) volgens het gesloten systeem een wettelijke rechtvaardigingsgrond worden aangevoerd (en geaccepteerd door de rechter of CGB). Merkwaardig is wel dat de Commissie in het verleden buiten deze wettelijke rechtvaardigingsgronden om soms de werkgever ontslagen achtte van verantwoordelijkheid voor een discriminatievrije werkvloer! Dat is misschien te verklaren omdat er in deze situatie als het ware sprake is van indirect direct onderscheid: de werkgever maakt zich immers niet zelf schuldig aan intimidatie, dat doen zijn ondergeschikten, klanten of anderen.

van de klager iets substantiëlers dan een vermoeden te eisen. Het is voor de tegenpartij namelijk ook ondoenlijk te bewijzen dat bepaalde gestelde feiten, gedragingen, gebaren of non-verbale uitingen *niet* hebben plaatsgevonden. Naar mijn idee is er dus aanleiding om de bewijslastverdeling in de gelijkebehandelingswetgeving niet onverkort toe te passen in gevallen van (vermeende) intimidatie.

3.9 Sancties bij intimidatie

De werkgever, beroepsorganisatie, schoolleiding et cetera, die zich schuldig maken aan intimidatie schenden daarmee de norm dat geen onderscheid op grond van een van de verboden discriminatiegronden gemaakt mag worden. De AWGB kent geen eigen sancties op deze normschending, behalve dat bedingen in strijd met de wet nietig zijn (art. 9 AWGB). Intimidatie zal echter vrijwel nooit in de vorm van een 'beding' plaatsvinden. De CGB kan in het geheel geen bindende en afdwingbare veroordelingen, schadevergoedingen of boetes opleggen. De enige 'stok' die de Commissie heeft is de mogelijkheid om haar oordelen ter kennis te brengen van de minister.⁷⁴ De rechter kan intimiderend gedrag wel sanctioneren, maar zal daarvoor een andere wetsbepaling dan het intimidatieverbod in de AWGB (en andere gelijkebehandelingswetgeving) als grondslag moeten gebruiken.⁷⁵ Vaak komt (met name seksuele) intimidatie op de werkplek aan de orde in het kader van een ontslagprocedure, die zowel het slachtoffer als de dader kan betreffen. Is een actie tegen een van de normadressaten van de AWGB mogelijk dan staat, als het om arbeidsverhoudingen gaat, tevens de mogelijkheid open om actie te ondernemen op grond van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) en de mogelijkheid om de werkgever aan te spreken op zijn zorgplicht (art. 7:658 BW).⁷⁶ Als het slachtoffer niet de werkgever of bestuurder van zijn instelling wil aanspreken maar een collega, cliënt of medeleerling staat feitelijk alleen een onrechtmatigedaadsactie open (art. 6:162 BW). Verder is van belang dat art. 3 lid 1 en art. 4 lid 2 Arbowet nageleefd moeten worden. Deze wet kent zijn eigen systeem van sanctionering, waarvan in dit verband de belangrijkste is dat de Arbeidsinspectie een boete kan opleggen aan een tekortschietende werkgever.⁷⁷

Met de opname van het verbod van intimidatie in de gelijkebehandelingswetgeving verandert er niets substantieels aan de mogelijkheden om schadevergoeding of andere vormen van genoegdoening te krijgen voor deze vorm van discriminatie. Het is wellicht iets makkelijker geworden om toegang te krijgen tot de CGB, maar zoals gezegd levert dit weinig of niets op omdat dit orgaan geen bindende uitspraken kan doen en geen sancties kan opleggen. Verder is het intimidatieverbod nu ook uitgebreid tot terreinen buiten de arbeid (met name goederen en diensten zijn dan van belang), maar het is vooralsnog onduidelijk hoe in het civiele recht daarop ingespeeld kan worden. Voor die terreinen zijn immers minder handzame open geformuleerde zorgverplichtingen voorhanden dan op het terrein van het arbeidsrecht. We kennen geen algemene norm van 'goed ondernemerschap' (althans niet in de relatie tot afnemers en consumenten).

74 Over de gebrekkige sanctionering van het gelijkebehandelingsrecht wordt voortdurend geklaagd. Zie voor een overzicht van de sancties en de discussies daarover hoofdstuk I-6 (van de hand van Asscher-Vonk) van het Evaluatierapport van de AWGB: I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.): *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag: SDU 1999, p. 203 e.v.

75 Behalve van de sancties zelf kan een zekere bescherming uitgaan van de bepaling dat personen die over ongelijke behandeling klagen daarvan geen nadeel mogen ondervinden (bescherming tegen victimisatieontslag, dat in de Implementatiewet wordt uitgebreid tot bescherming tegen allerlei vormen van nadeel).

76 Zie wat betreft de sanctionering van pesten door de burgerlijke rechter het in noot 8 genoemde artikel van Geers.

77 Holtmaat 1999, p. 34 e.v. (zie noot 8). Dat dit handhavingssysteem nog wel wat verbetering kan gebruiken blijkt ook uit het Evaluatierapport over de Arbowedgeving (Soethout & Sloep 2000, zie noot 11).

Voor al die gevallen zal alleen via het onrechtmatigedaadsrecht het overtreden van de norm dat er niet mag worden geïntimideerd kunnen worden gesanctioneerd. Het is zeer de vraag of met dit stelsel van rechtsbescherming ook nadat de voorstellen tot implementatie van de artikel-13-richtlijnen zijn ingevoerd, het Nederlandse recht wel voldoet aan de strenge eisen die Europa aan de sanctionering van discriminatie stelt. Volgens de richtlijnen dienen de lidstaten in hun interne rechtsorde de nodige maatregelen te nemen om te zorgen voor reële en effectieve compensatie en reparatie van de schade die het gevolg is van discriminatie. De sancties, die de betaling van een schadevergoeding kunnen omvatten, moeten effectief, proportioneel en afschrikwekkend zijn.⁷⁸ Opvallend is dat het onderwerp sancties in relatie tot het verbod op intimidatie in het geheel niet aan de orde is geweest in het debat tussen regering en parlement over het implementatietraject.⁷⁹

4 **EVALUATIE: LEVERT DIT ALLES EEN BETER JURIDISCH INSTRUMENTARIUM OP OM DISCRIMINATIE IN DE VORM VAN (SEKSUELE) INTIMIDATIE TE BESTRIJDEN?**

Aan het slot van de vorige paragraaf heb ik al besproken dat, waar het de sanctionering van (seksuele) intimidatie betreft, de implementatiewetgeving ons weinig of niets oplevert. In bepaalde opzichten is de rechtsbescherming afgenomen, zeker waar het seksuele intimidatie betreft. De arbodefinitie kent immers niet de eis dat aan alle elementen van de definitie van intimidatie tegelijkertijd voldaan moet zijn. In het civiele recht oriënteren rechters zich nu op deze arbodefinitie, hoewel zij zoals gezegd het subjectieve element daaruit hebben genegeerd. In de toekomst krijgen deze rechters met twee⁸⁰ verschillende begrippen te maken. Verder blijkt uit mijn analyse van de bepalingen in de implementatiewetgeving dat deze op veel punten nog onduidelijkheden bevatten, zoals de samenloop van gronden of de samenloop van mogelijk relevante bepalingen. Op andere punten plaatsen zij de rechter of de Commissie voor aanzienlijke moeilijkheden, zoals de absolute onmogelijkheid om deze vorm van discriminatie te rechtvaardigen. Al met al geen reden om te juichen over dit stukje werk van de nationale wetgever.

Het is opvallend hoe makkelijk de regering het vroegere verzet om (seksuele) intimidatie te verbieden als een vorm van ongelijke behandeling onder druk van Europa heeft opgegeven. Het is de vraag of dat nodig was geweest. Er staat nergens geschreven dat het Europese recht eist dat bescherming tegen deze vorm van discriminatie gegoten moet worden in het stramen van een gelijkebehandelingswet.⁸¹ Daarom blijft het de vraag of een andere vorm van implementatie van de normen die het Europese recht stelt, niet meer voor de hand gelegen zou hebben en geen betere instrumenten voor het bestrijden en voorkomen van (seksuele) intimidatie had kunnen opleveren.

78 Art. 17 Kaderrichtlijn, art. 15 Rasrichtlijn en art. 6 gewijzigde Sekserichtlijn.

79 Ook de CGB heeft dit punt niet aangeroerd in het commentaar dat is gegeven op de Implementatienotitie. De notitie zelf besteedt een korte paragraaf (11) aan sancties, maar rept daar niet over het ontbreken van een adequate sanctionering in geval van intimidatie. De mogelijkheid om de CGB zelf de bevoegdheid te geven boetes op te leggen wordt door de regering van de hand gewezen (Implementatienotitie, p. 19).

80 Mogelijk zelfs drie begrippen, afhankelijk van de vraag hoe de regering Richtlijn 2003/73 EG gaat implementeren!

81 In België is naast opname van intimidatie in de Anti-discriminatiewet (art. 2 par. 6, dat identiek is aan de Richtlijnbevestigingen) gekozen voor een afzonderlijke anti-pestwet. Zie daarover Geers 2003 (zie noot 8). De betreffende wetgeving is te vinden op de web site van de Belgische overheid: <http://www.meta.fgov.be/pc/pce/pceb/nlceb12.htm> Deze wet is onlangs de basis geweest voor oplegging van zeer forse straffen aan zowel een werkgever als collega's die door pesterijen een postbode tot zelfmoord dreven. Zie *De Standaard* 20 januari 2004 (vonnis inzake David van Gysel, nog niet gepubliceerd).

Allerwegen wordt aangedrongen op het inslaan van andere, meer effectieve wegen die kunnen leiden tot de bestrijding van discriminatie. In termen van mijn eigen dieldeling van de gelijkerechtenwetgeving⁸² kun je de implementatievoorstellen benoemen als een versterking van de individuele rechtenstrategie. De tekortkomingen van deze strategie zijn in de (feministische) literatuur over het gelijkebehandelingsrecht uitentreuren geanalyseerd en beschreven.⁸³ De Arbowet is bij uitstek een voorbeeld van een andere benadering, waarin niet het recht van het individu vooropstaat om op eigen kracht bij de rechter op te komen tegen intimidatie en geweld, maar waarin een institutioneel kader voor de bestrijding daarvan wordt geboden. Tot nu toe is de bestrijding van seksuele intimidatie en agressie en geweld in deze wet niet gekoppeld aan de wettelijke discriminatieverboden. Als dat wel zou gebeuren, zou de Arbowet het kader kunnen bieden voor sociale ondersteuning van slachtoffers en voor structurele veranderingen op de werkplek die moeten leiden tot preventie en bestrijding van discriminatie. De normen richten zich dan op de werkgever, die moet zorgen voor een veilig en discriminatievrij arbeidsklimaat en werkomgeving. In termen van Fredman: de organisatie die in de positie verkeert om daadwerkelijk veranderingen te bewerkstelligen krijgt positieve verplichtingen opgelegd om daar ook effectief aan te werken.⁸⁴ Uit het Evaluatierapport over de arbobepalingen inzake seksuele intimidatie en agressie en geweld, dat in 2000 in opdracht van het Ministerie van SZW is opgesteld⁸⁵, blijkt dat de normstellingen, sanctionering en handhaving van deze wet nog veel verbetering behoeven, maar dat wil niet zeggen dat deze aanpak van de bestrijding van discriminatoire bejegening in beginsel niet een goede zou zijn.

In de Verenigde Staten is intussen jarenlang ervaring opgedaan met het bestrijden van seksuele intimidatie en intimidatie op grond van ras als een vorm van *unequal treatment* onder de daar vigerende gelijkebehandelingswetgeving.⁸⁶ Die ervaring is, met name als het om seksuele intimidatie gaat, bepaald niet onverdeeld gunstig te noemen. Het zou passend geweest zijn als we in Europa en in Nederland, alvorens ons op deze weg te begeven, goed hadden bestudeerd wat de voor- en nadelen van een dergelijke benadering zijn. Omdat deze bijdrage toch al veel te lang is geworden laat ik het hier bij een beknopte literatuurverwijzing voor degenen die met deze studie alsnog een aanvang willen maken.⁸⁷

-
- 82 R. Holtmaat, 'Het gelijkheidsbeginsel van een vat vol dilemma's naar drie typen van gelijkerechtenwetgeving', in: M. Kroes, J.P. Loof & H.-M.T.D. ten Napel (red.), *Gelijkheid en rechtvaardigheid; Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden' (Staatsrechtconferentie 2001)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 161-176. Daarin maak ik onderscheid tussen in (1) wetten die individuele rechtsbescherming bieden (Individual Rights Strategies: IRS), (2) het ontwikkelen van sociale ondersteuningsmaatregelen (Social Support Strategies: SSS) en (3) het ontwikkelen van methoden en technieken voor sociale verandering (Social Change Strategies: SCS).
- 83 Zie voor een overzichtelijke bespreking van de bezwaren Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Oxford University Press 2002, hoofdstuk 6: Rights and remedies: the limits of the law.
- 84 Sandra Fredman noemt de ontwikkeling in de richting van het opleggen van positieve verplichtingen tot het opheffen van discriminatie en achterstelling aan 'machtige' organen en organisaties de vierde generatie gelijkerechtenwetgeving. Sandra Fredman 2002, p. 178 (zie noot 83).
- 85 Soethout & Sloep 2000 (zie noot 11).
- 86 Titel VII van de Civil Rights Act.
- 87 Ik vermeld van de belangrijkste mij bekende auteurs alleen enkele recente titels. Deze werken geven een schat aan verwijzingen naar oudere literatuur. Gabrielle Friedman & James Q. Whitman 2003 (zie noot 9). Katherine M. Franke, 'What's Wrong with Sexual Harassment?', in: *Stanford Law Review*, Vol. 49, nr. 4, 1997, p. 691-772. Katherine M. Franke, 'Putting Sex to Work', in: *Denver University Law Review*, Vol. 75, nr. 4, 1998, p. 1139-1180. Katherine M. Franke, 'Gender, Sex, Agency and Discrimination', in: *Cornell Law Review*, Vol. 83, nr. 5, 1998, p. 1245-1256 (dit hele nummer gaat over sexual harassment law). Vicky Schultz, 'Reconceptualizing Sexual Harassment', in: *Yale Law Journal*, Vol. 107, 1998, p. 1683-1805. Vicky Schultz, 'The Sanitized Workplace', in: *Yale Law Journal*, Vol. 112, 2003, p. 2061-2193. Abigail Saguy, 'Employment Discrimination or sexual violence? Defining sexual harassment in American and French Law', in: *Law and Society Review*, Vol. 34, nr. 4 (2000), p. 1091-1128. Catherine A. MacKinnon & Reva B. Siegel, *Directions in Sexual Harassment Law*, Yale University Press, 2003.

Het HOS-akkoord revisited

Mr. M.S.A. Vegter

1 HET HOS-AKKOORD ANNO 2000 EN NU

Eind 2000 heeft de Commissie Gelijke Behandeling (hierna: de Commissie) in een drietal oordelen uitgesproken dat de Minister van Onderwijs, de sociale partners en scholen in het voortgezet onderwijs indirect onderscheid maakten jegens die vrouwelijke docenten die na 1985 waren begonnen in het onderwijs of opnieuw daarin waren ingetreden na een periode van loopbaanonderbreking, door hen substantieel lager te belonen dan veel van hun mannelijke collega's.¹ Oorzaak van de lagere beloning was het in 1985 tussen de toenmalige Minister van Onderwijs, Deetman, en de werknemersorganisaties gesloten HOS-akkoord (HOS staat voor Herziening Onderwijs Salarisstructuur), dat voorzag in een korting op de salarissen van onderwijzend personeel van de werknemers die na 1985 in dienst zouden treden. Door dit akkoord en door het feit dat het na 1985 ingestroomde personeel in het voortgezet onderwijs in belangrijke mate uit vrouwen bestond, waren in de loop der jaren aanzienlijke salarisverschillen ontstaan tussen de nieuw in dienst gekomen, overwegend vrouwelijke docenten en de zittende, overwegend mannelijke docenten. De Commissie achtte voor deze salarisverschillen geen objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig.

De oordelen uit 2000 zijn gevolgd door een aantal oordelen in 2001² en 2002³, en vervolgens door 17 oordelen in juli 2003⁴, eveneens over de HOS-problematiek. De oordelen uit 2001 en 2002 betreffen het voortgezet onderwijs; de oordelen uit 2003 hebben betrekking op het beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie, hierna kortweg: beroepsonderwijs. In 2001 en 2002 geeft de Commissie aan dat het onderscheid naar geslacht dat in het voortgezet onderwijs wordt gemaakt door het HOS-akkoord nog niet is opgeheven, met uitzondering van enkele gevallen waarin het salaris van de betrokken vrouwelijke leerkracht was opgetrokken tot het niveau van dat van de 'voorhossers'.⁵ In de oordelen uit 2003 stelt de Commissie vast dat er geen onderscheid naar geslacht is gemaakt, niet vanwege de door de minister genomen maatregelen, maar omdat in het beroepsonderwijs, anders dan in het voortgezet onderwijs, geen sprake is van structurele benadeling van vrouwelijke docenten als gevolg van het HOS-akkoord. In het beroepsonderwijs bestaan de door het HOS-akkoord benadeelde leerkrachten zowel uit vrouwelijke als uit mannelijke docenten en is er geen sprake van een oververtegenwoordiging van de eerste groep.

Het grote aantal oordelen over de HOS-problematiek is aanleiding voor een nadere blik hierop in dit artikel. Daarbij zal ingegaan worden op de stand van zaken met de

1 Oordelen 2000-98, 2000-99 en 2000-100. Oordeel 2000-99, in een geschil tussen een docente en de Minister van Onderwijs, heeft de meeste aandacht getrokken Dit oordeel is – volledig – gepubliceerd in *JAR* 2001/27. Een verkorte versie ervan is opgenomen in *RN* 2001, 1314. Dit en de andere oordelen zijn te vinden op de website van de Commissie Gelijke Behandeling, www.cgb.nl.

2 Oordelen 2001-125 en 2001-126, zie www.cgb.nl.

3 Oordelen 2002-165 tot en met 2002-174, zie www.cgb.nl.

4 Oordelen 2003-87 tot en met 2003-101, zie www.cgb.nl.

5 Zoals in oordeel 2002-169 tot en met 174.

HOS toen de Commissie zich daarover uitsprak in 2000, wat er in 2001 en 2002 is gebeurd en hoe de huidige situatie is. Tevens zullen de verschillen tussen het voortgezet onderwijs en het beroepsonderwijs aan de orde komen. Verder zal kort worden ingegaan op een element dat enigszins buiten de HOS-problematiek staat, maar dat wel in de meeste HOS-oordelen aan de orde komt, namelijk het bij de inschaling van herintreedsters rekening houden met onbetaalde ervaring opgedaan buiten het onderwijs en bij de zorg voor kinderen.

Het HOS-akkoord en de oordelen van de Commissie uit 2000

Het HOS-akkoord hield, zoals gezegd, in, dat voorgenomen bezuinigingen op het onderwijs zouden worden doorgevoerd door een korting op het salaris van nieuw in dienst te komen leraren. Zittende leraren, dat wil zeggen zij die vóór 1985 reeds in het onderwijs werkzaam waren, zouden bij de bezuinigingen worden ontzien. Zij ontvingen een garantie (de zogeheten HOS-garantie) dat zij ook onder het nieuwe systeem uitzicht zouden hebben op het salaris dat zij vijftien jaar na invoering van de HOS onder het oude systeem zouden hebben ontvangen. Hierdoor bleven zij tot in lengte van jaren een hoger salaris ontvangen dan na 1985 binnengekomen collega's. Alleen al vanwege de lengte van salaristrajecten binnen het onderwijs – tot aan de in 2001 genomen maatregelen duurde het 23 jaar vóór een docent op zijn maximum-salaris uitkwam – was het voor de later binnengekomen collega's vrijwel ondoenlijk om ooit op een gelijk niveau te komen met de zogeheten 'voorhossers'.

In het voortgezet onderwijs zijn vervolgens vanaf 1985, en met name vanaf 1995, grote aantallen vrouwen aan het werk gegaan, waaronder veel herintreedsters in de leeftijd van 35 tot 50 jaar. Deze vrouwelijke leerkrachten werden op een gegeven moment geconfronteerd met het feit dat zij als gevolg van het HOS-akkoord substantieel minder verdienden dan mannelijke collega's die hetzelfde werk deden, alsook met het feit dat dit verschil in beloning vanwege de lange salaristrajecten vrijwel nimmer ongedaan gemaakt zou worden. Eén van deze vrouwen heeft de kwestie in 2000 aan de Commissie voorgelegd. De Commissie constateerde aan de hand van cijfers over vrouwelijke en mannelijke docenten in het voortgezet onderwijs een oververtegenwoordiging van mannen met een HOS-garantie. Aldus rees een vermoeden van indirect onderscheid. Dit onderscheid kon, aldus de Commissie, niet gerechtvaardigd worden op grond van het feit dat sprake was van overgangsrecht, nu ook overgangsrecht geslachtsneutraal dient te zijn en er bovendien in de bewuste zaak sprake was van wel zeer langdurig doorwerkend overgangsrecht. Als rechtvaardiging kon evenmin dienen het feit dat sprake was van een pakket van maatregelen, waarvan sommigen mogelijk wel gunstig waren voor vrouwen, omdat het beginsel van gelijke beloning moet worden toegepast ten aanzien van elk onderdeel van de beloning.⁶

2 GENOMEN MAATREGELEN TEN AANZIEN VAN HET HOS-AKKOORD EN DE OORDELEN VAN DE COMMISSIE UIT 2001 EN 2002

De oordelen van de Commissie uit 2000 hebben veel stof doen opwaaien, zowel in vakbondskringen als bij het ministerie van Onderwijs. Ook zijn er Kamervragen gesteld.⁷ De toenmalige Minister van Onderwijs, Hermans, heeft vervolgens maatregelen aangekondigd om het salarisgat tussen de voorhossers en de nahossers te dichten. Reden hiervoor was volgens de minister overigens niet zozeer het oordeel

6 Zie over dit oordeel van de Commissie mijn artikel 'Discriminerend overgangsrecht: over hossers en na-hossers; ongelijke beloning in het voortgezet onderwijs', *Nemesis* 2001, p. 128-132.

7 Schriftelijke vragen van het lid Rabbae (GroenLinks), ingezonden op 18 januari 2001, *Aanhangsel van de Handelingen II* 2000/01, nr. 1207.

van de Commissie, maar het feit dat hij ook los daarvan van mening was dat de arbeidsvoorwaarden in het onderwijs verbeterd moesten worden. Dit om de inmiddels opgekomen dreiging van het lerarentekort het hoofd te bieden.⁸ Uit de oordelen van de Commissie uit 2001 en 2002 is af te leiden welke maatregelen vervolgens zijn genomen.

Op basis van het rapport van de werkgroep-Van Rijn uit 2001 inzake het verbeteren van de arbeidsvoorwaarden bij de overheid⁹ is in september 2001 overeenstemming bereikt tussen de minister en de centrales voor overheids- en onderwijspersoneel over het verbeteren van de aanvangssalarissen in het onderwijs, de verkortening van carrièrepatronen, de ruimte voor eigen formatiebeleid en over de invoering van integraal personeelsbeleid. Als gevolg hiervan zijn de loopbaantrajecten per 1 augustus 2001 verkort van 23 jaar naar 19 à 20 jaar en per 1 augustus 2002 tot 18 jaar. Verder is het mogelijk gemaakt dat tijdens de loopbaan op basis van een beoordeling van het functioneren extra periodieken worden toegekend. Daarmee kan door voorhossers de beloningsachterstand ten opzichte van voorhossers worden ingelopen. Ten slotte zijn de schoolbudgetten per 1 augustus 2001 verhoogd waardoor de loopbaanperspectieven van leraren kunnen worden verbeterd. De bedoeling van alle maatregelen tezamen is om uiteindelijk de nadelige effecten van het HOS-akkoord geheel weg te nemen.

De door de regering en de sociale partners genomen maatregelen hebben de Commissie gelijke behandeling nog niet geheel kunnen overtuigen. Ten tijde van de oordelen uit 2001 waren de maatregelen nog niet volledig van kracht. In een aantal oordelen uit 2002 merkt de Commissie op dat de minister weliswaar uiteen heeft gezet dat er verschillende maatregelen zijn genomen, maar dat nog niet duidelijk genoeg is dat en in welke mate deze maatregelen daadwerkelijk de indirecte discriminerende effecten van de beloning volgens de HOS-garanties zullen wegnemen dan wel verminderen.¹⁰ Voorzover de minister heeft aangegeven in het vervolg de hoogte van de beloning te zullen bepalen aan de hand van een systeem van functiewaardering en competentie management, merkt de Commissie op dat thans nog geen criteria op basis van functiewaardering zijn ontwikkeld en dat ook nog niet duidelijk is wat de effecten van de eventuele criteria zullen zijn. Daarom is nog geen sprake van het daadwerkelijk inlopen van de salarisachterstanden. De Commissie handhaaft daarom vooralsnog haar standpunt dat de HOS-garanties in het voortgezet onderwijs tot indirecte discriminatie van vrouwen leiden.

Dit oordeel spreekt de Commissie overigens niet in alle HOS-zaken uit 2002 uit. In een aantal zaken is de vrouwelijke leerkracht namelijk bevorderd naar salarisschaal 12, dezelfde schaal op basis waarvan de voorhossers worden betaald. In die zaken is er daarom, aldus de Commissie, geen sprake meer van indirect onderscheid. De Commissie voegt daaraan toe dat zij de situatie beoordeelt zoals die op een bepaald moment is en niet bevoegd is om zich uit te spreken over loonvorderingen over het verleden.

8 Brief van minister Hermans aan de voorzitter van de Commissie gelijke behandeling d.d. 16 mei 2001, met afschrift aan de Tweede Kamer. Te vinden op de website van het ministerie van OCW, www.minocw.nl, 4 januari 2004.

9 Interdepartementale werkgroep Arbeidsmarktknelpunten in de Collectieve Sector, *De Arbeidsmarkt in de collectieve sector – Investeren in mensen en kwaliteit*, Den Haag februari 2001.

10 Zie de oordelen 2002-165 tot en met 168.

3 REKENING HOUDEN MET ONBETAALDE ERVARING BUITEN HET ONDERWIJS BIJ INDIENSTTREDING

In de eerste HOS-oordelen had de Commissie ook aangegeven dat het niet verdisconteren van onbetaalde werk- en levenservaring in het aanvangssalaris van een herintreedster indirect discriminerend is jegens vrouwen, omdat meer vrouwen dan mannen hun loopbaan onderbreken, of op een later tijdstip beginnen in verband met de zorg voor kinderen. Daardoor hebben zij bij (her)intreding minder betaalde ervaring en anciënniteitsjaren met als gevolg dat ze een lager salaris krijgen. De aldus ontstane achterstand bleef in het onderwijs vervolgens jarenlang bestaan vanwege de lange salaristrajecten. De Commissie achtte voor deze indirecte discriminatie geen rechtvaardigingsgrond aanwezig.

Door de minister en de sociale partners zijn vervolgens in 2001 de mogelijkheden uitgebreid voor het toekennen van extra periodieke verhogingen bij indiensttreding ter compensatie van relevante onbetaalde ervaring en voor het toekennen van extra periodieke verhogingen tijdens de loopbaan op basis van een beoordeling van het functioneren. Ook is aan de scholen extra budget ter beschikking gesteld voor de betaling van deze periodieken. Naar aanleiding daarvan merkt de Commissie in haar oordelen uit 2002 op dat zij weliswaar nog niet met zekerheid kan vaststellen of dit budget voldoende is om de achterstanden voor alle herintreedsters in te lopen, maar dat er vooralsnog van uitgegaan moet worden dat de minister en de sociale partners in elk geval kaders hebben geschapen om de gevolgen van ongelijke behandeling weg te nemen. Het is vervolgens aan de scholen om hun budget hiervoor ook inderdaad te benutten.

Oordelen van de Commissie uit 2003

De kwestie van het meewegen van onbetaalde (levens-)ervaring bij de inschaling van herintreedsters en het inlopen van achterstanden door deze groep komt ook in enkele van de oordelen uit 2003 weer terug. Het gaat daarbij om vrouwen die ziek zijn geworden en vervolgens wegens ziekte zijn ontslagen voordat zij konden profiteren van de in 2001 ingevoerde mogelijkheden om hun salarisachterstand, ontstaan door te lage inschaling, in te lopen. Ten aanzien van deze vrouwen oordeelt de Commissie dat sprake is van indirect onderscheid naar geslacht.¹¹ Ten aanzien van andere leerkrachten wordt in dit opzicht geen onderscheid meer gemaakt vanwege de door de minister genomen maatregelen.

Ook de kwestie van de HOS-garanties komt terug in de oordelen van 2003. Anders dan ten aanzien van het voortgezet onderwijs komt de Commissie echter in de zaken betreffende het beroepsonderwijs tot de conclusie dat geen sprake is van indirect onderscheid. Dit heeft te maken met het feit dat in het beroepsonderwijs het verschil tussen het aantal vrouwelijke leerkrachten dat geen HOS-garantie heeft en het aantal mannelijke leerkrachten dat deze wel heeft, veel geringer is dan in het voortgezet onderwijs. Weliswaar hebben ook in het beroepsonderwijs meer mannen dan vrouwen een HOS-garantie, maar dit verschil is volgens de Commissie niet dusdanig dat geconcludeerd moet worden tot het bestaan van (een vermoeden van) indirecte discriminatie. De Commissie overweegt, onder verwijzing naar haar eigen vaste jurisprudentie, dat eerst sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht als minimaal 1,5 keer zoveel vrouwen als mannen (of andersom) nadelig worden getroffen door een bepaalde regeling. Op basis van de statistische methode die de Commissie normaliter hanteert, wordt een dergelijke verhouding alleen gevonden voor de jaren 1990 en 1995, maar niet meer voor de jaren 2000 en volgende. Op basis van een andere toets, die de Commissie ontleent aan de statistische wetenschappen,

wordt in geen enkel jaar een getal van 1,5 gevonden.¹² De Commissie concludeert op basis daarvan, en onder verwijzing naar het feit dat in het voortgezet onderwijs het verschil tussen het aantal mannen dat een HOS-garantie heeft en het aantal vrouwen dat die niet heeft, veel groter is dan in het beroepsonderwijs, dat in het beroepsonderwijs geen sprake is van een vermoeden van indirect onderscheid. De vraag de naar rechtvaardiging van een eventueel onderscheid komt dus ook niet aan de orde.

4 EVALUATIE

Al met al is de stand van zaken nu zo dat naar het oordeel van de Commissie in het voortgezet onderwijs nog steeds indirect onderscheid naar geslacht wordt gemaakt vanwege de HOS-garanties, terwijl dit in het beroepsonderwijs niet het geval is. Een ander geeft de beperkingen aan van het kader waarbinnen de Commissie moet opereren. De Commissie kan alleen beoordelen of er sprake is van een verboden onderscheid op één van de in de wet neergelegde discriminatiegronden (geslacht, ras, huwelijkse staat etc.), en niet of er sprake is van een ongeoorloofd verschil in behandeling tussen twee werknemers en ambtenaren op grond van het feit dat de ene later in dienst is getreden dan de andere. Evenmin kan de Commissie oordelen over een verschillende behandeling van twee mannelijke werknemers, als niet tevens een relevante discriminatiegrond – anders dan geslacht – in het geding is.¹³ Deze beperking wringt in zaken als deze waar het onderscheid in behandeling niet zijn oorzaak vindt in onderscheid naar geslacht, maar in een verschil tussen reeds in dienst zijnde en nieuwe leerkrachten, en waarin het eigenlijk min of meer toevallig is dat dit verschil is uitgegroeid tot een onderscheid naar geslacht, als gevolg van het intreden door veel meer vrouwen dan mannen in het voortgezet onderwijs. Anderzijds hebben de oordelen van de Commissie in de HOS-zaken niet alleen voor vrouwelijke, maar ook voor mannelijke leerkrachten – de nahossers – gunstige gevolgen gehad. De minister heeft immers, mede naar aanleiding van de oordelen van de Commissie, verschillende maatregelen getroffen om de inkomenspositie van de nahossers te verbeteren ten opzichte van die van de voorhossers, niet alleen in het voortgezet onderwijs, maar ook in het beroepsonderwijs. Het feit dat het HOS-akkoord onderscheid naar geslacht bleek te creëren in het voortgezet onderwijs heeft in die zin gevolgen gehad voor een veel bredere groep dan degenen ten opzichte van wie onderscheid naar geslacht werd gemaakt.

Opmerking verdient nog dat het onderscheid naar geslacht als gevolg van het HOS-akkoord anno 2002 volgens de Commissie nog niet geheel was weggenomen. Het wachten is daarom op het daadwerkelijk doorvoeren van de door de minister beschreven maatregelen. Het kan de moeite waard zijn om dit jaar of komend jaar nog eens een zaak uit het voortgezet onderwijs aan de Commissie voor te leggen teneinde een oordeel te verkrijgen over de vraag of inmiddels afdoende reparatie-maatregelen zijn getroffen.

Een laatste punt van aandacht ten slotte is de reparatie van de loonverschillen over het verleden. Terecht geeft de Commissie aan dat zij geen loonvorderingen kan beoordelen. Voorzover de beloningsverschillen niet volledig worden rechtgetrokken – althans over de laatste vijf jaar, nu loonvorderingen over de periode daarvoor verjaard zijn – kan het de moeite waard zijn voor de betrokken vrouwelijke leerkrachten om zich tot de rechter te wenden. Tot nu toe is mij slechts één rechterlijke uitspraak bekend over de gevolgen van de HOS-garanties. Daarin heeft het Hof

12 Zie voor een cursus hogere statistiek de betreffende oordelen: nr. 2003-90, 91 en 92.

13 In een aantal van de zaken betreffende het beroepsonderwijs waren de verzoekers mannelijke leerkrachten. Een vergelijking tussen hen als nahossers en eveneens mannelijke voorhossers was echter niet mogelijk, vanwege het ontbreken van een toetsingsgrond.

's-Gravenhage geoordeeld dat het door het HOS-akkoord veroorzaakte verschil in beloning tussen die schoolhoofden die voorheen hoofd van een lagere school waren (naar verhouding meer mannen) en die schoolhoofden die voorheen hoofd van een kleuterschool waren (meest vrouwen) wordt gerechtvaardigd door het feit dat de eerste groep zwaardere leidinggevende taken heeft moeten vervullen dan de tweede groep.¹⁴ Of zo'n verschil in behandeling ook valt te rechtvaardigen in een situatie waarin het verschil in salaris enkel is te herleiden tot het HOS-akkoord en niet mede op andere oorzaken berust, is mijns inziens zeer de vraag. Wellicht zou hier een proefprocedure over gevoerd kunnen worden, zij het dat de procesrisico's daarvan, gelet op de gecompliceerde materie en de soms terughoudende benadering van rechters in gelijkebehandelingszaken, niet te licht moeten worden ingeschat.

14 Hof 's-Gravenhage 17 februari 1988, NJ 1988, 919.

Senioriteitsopbouw, loon en pensioen bij flexibele arbeid

Enkele overwegingen naar aanleiding van CGB-oordelen 2000-23/35

Dr. A.G. Veldman

1 KWETSBAAR PERSONEELSBELEID

In 2003 heeft de CGB zich moeten buigen over enkele verzoeken van leden van het cabinepersoneel in dienst van een luchtvaartmaatschappij, die op een zeker moment van een stand-by-contract zijn overgestapt naar een vaste (deeltijd)aanstelling. Het gaat om de oordelen 2003-23 tot en met 2003-35. Het commentaar beperkt zich tot de feiten van oordeel 2003-23. De klachten van de verzoekster in deze zaak zijn drieërlei: bij de overstap naar de vaste aanstelling zijn de ervaringsjaren als stand-by niet meegewogen ten aanzien van beloning en promotie. Ten tweede is er geen pensioen opgebouwd tijdens de stand-by-periode en ten derde wordt verzoekster beloond volgens de lagere salarisschaal 2b, die in 1977 werd ingevoerd als gevolg van een algemene wijziging van het salarisbeleid. Het laatste ondanks het feit dat het zittende, vaste cabinepersoneel de gunstiger schaal 2a behield. Verzoekster is sinds 1970 voor verweerder werkzaam, allereerst op een vijfjaarcontract, daarna op een stand-by-contract en sinds 1988 op een contract voor onbepaalde tijd.

Het gaat hier niet bepaald om de eerste gelijkebehandelingszaak waar de luchtvaartmaatschappij mee te maken krijgt. Commissie en rechter hebben zich eerder gebogen over vliegverboden voor zwangere, freelance stewardessen¹, over het buiten beschouwing laten van jaren als freelancer voor toegang tot de vut-regeling² en reeds diverse keren over beloning, pensioenuitsluiting en het meewegen van senioriteit. Debet hieraan lijkt een personeelsbeleid dat binnen een vrij platte organisatie verregaand differentieert naar contract- en functiesoort. De onderneming hanteert reeds langere tijd twee salarissystemen naast elkaar, kent drie verschillende pensioenregelingen en bovendien een promotieregeling die de verhoudingen onder de diverse personeelsgeledingen op scherp zet. Wanneer daarbij wordt opgeteld dat stewardess een seksespecifiek beroep is – ook al neemt dit in de loop der tijd wat af – dan ligt een beroep op de gelijkebehandelingswetgeving min of meer voor de hand. Toch draait het niet uitsluitend om vermeende seksdiscriminatie. Ook een bepaalde groep onder de voornamelijk mannelijke verkeersvliegers die in het verleden is overgestapt naar een ander bedrijfsonderdeel, beklagde zich voor de rechter over het niet meewegen van voorafgaande senioriteit bij deze overstap. Senioriteit bepaalt in het bedrijf niet slechts mede het salaris maar ook de plaatsing op de zogeheten volgordelijst. Alleen diegenen die boven aan de lijst staan, komen voor doorstroming naar een hogere functie in aanmerking. Dat maakt van het toekennen van senioriteit een omstreden onderwerp, want meer ervaringsjaren meewegen voor de één gaat direct ten koste van de plaatsing op de lijst van de ander. Dat verklaart waarschijnlijk ook deels de opstelling van de dominante, categoriale vakbonden die in het verleden hun instemming hebben betuigd met de omstreden regelingen.

1 Hof Amsterdam 30 juni 1994, JAR 1994/267.

2 Ktr. Amsterdam 28 maart 2001, JAR 2001/99.

Weliswaar zijn deze bonden na eerdere klachten, zowel intern als via de Commissie gelijke behandeling³, reparaties van de senioriteitsregeling met de werkgever overeengekomen, maar die blijken zuinig van aard te zijn. Ondanks de reparaties is voor de groep verkeersvliegers senioriteit voor 1996 niet meegenomen. Voor de stand-by-stewardessen die nu in vaste dienst zijn, geldt dat ervaringsjaren gelegen na 1 januari 1988 voor de helft meetellen met een maximum van 2,5 jaar. In beide gevallen wordt de gerepareerde senioriteitsregeling opnieuw aangevochten. Men voelt zich klaarblijkelijk onvoldoende vertegenwoordigd door de dominante bonden, wat overigens ook valt af te leiden uit het gegeven dat er onder verkeersvliegers en onder het freelance cabinepersoneel nieuwe, concurrerende vakverenigingen zijn opgericht.

2 SENIORITEITSREGELINGEN

De CGB oordeelt dat de werkgever jegens verzoekster nog steeds verboden onderscheid maakt door toepassing van de inmiddels aangepaste senioriteitsregeling voor voormalige stand-by's. Weliswaar acht men het gedeeltelijk, en niet geheel, meewegen van ervaringsjaren gedurende de stand-by-periode wel geoorloofd gezien het onregelmatige arbeidspatroon, maar in het concrete geval van verzoekster acht de Commissie de discrepantie tussen de werkelijke ervaringsjaren en de grotendeels forfaitaire regeling te groot. Hiermee is het gehanteerde middel niet passend en noodzakelijk om relevante werkervaring te honoreren en kan het derhalve geen rechtvaardiging opleveren voor het nadelig effect van de regeling voor de vrouwelijke (voormalige) stand-by's.

De Kantonrechter Amsterdam oordeelde inmiddels anders over dezelfde senioriteitsregeling.⁴ In deze mede door de FNV aangespannen zaak acht de rechter de, in overleg met de categorale bonden aangepaste senioriteitsregeling redelijk, gezien de wisselende arbeidspatronen van de stand-by's die het feitelijk vaststellen van relevante ervaring onmogelijk maken, de verjaringsaspecten en het feit dat elke wijziging weer nieuwe ongelijkheden schept ten aanzien van het overige personeel. Ook de rechtsacties namens de eerder genoemde verkeersvliegers om senioriteit voor 1996 alsnog mee te laten wegen, zijn gestrand bij de rechter. Na kantonrechter en rechtbank stelde ook de Hoge Raad hen onlangs in het ongelijk.⁵ Waar voor de stewardessen de aard van het stand-by-contract als rechtvaardiging heeft te gelden voor het toekennen van beperkte senioriteit over het verleden, geldt voor de benadeelde groep verkeersvliegers dat zowel kantonrechter als rechtbank hiervoor een verklaring vinden in een verschil in functies. De verkeersvliegers zouden voor hun overstap op kleinere vliegtuigen hebben gevlogen.

In cassatie laat de Hoge Raad weinig heel van de grond waarop de claim van de vliegers is gebaseerd, te weten het algemene rechtsbeginsel van gelijk loon voor gelijk werk zoals destijds in het *Agfa*-arrest⁶ neergelegd. De volgens de HR noodzakelijke toetsing aan het goed werkgeverschap brengt met zich mee dat ongelijke beloning van gelijke arbeid in gelijke omstandigheden zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond is te geven, niet zonder meer tot slotsom hoeft te leiden dat er een recht op gelijk loon bestaat. Alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen en van strijd met het goed werkgeverschap is alleen dan sprake wanneer de ongelijke beloning naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Voorafgaand aan dit oordeel laat de HR

3 CGB, oordelen 1997-04 en 1997-05.

4 Ktr. Amsterdam 25 september 2003, rolnr. CV 02-18929.

5 Ktr. Amsterdam 28 september 2000, *JAR* 2000/241; Rb. Amsterdam 13 februari 2002, *JAR* 2002/94 en HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68.

6 HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704.

meewegen dat het onderscheid in kwestie niet expliciet door de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling wordt verboden. Dat laatste is opmerkelijk gezien het bestaan van art. 26 IVBPR dat onderscheid 'op welke status' dan ook verbiedt. Zowel advocaat-generaal Keus als de HR zelf gaan hiermee voorbij aan het 'eigen' *Mathilda*-arrest.⁷ Hoewel ook daar het gemaakte onderscheid niet expliciet bij wet was verboden, oordeelde de HR dat uit het rechtstreeks werkende art. 26 IVBPR voortvloeit 'dat een hogere salariëring van gehuwden die hetzelfde werk verrichten als hun ongehuwde collega's, *slechts* (curs. AV) geoorloofd is indien daarvoor een redelijke en objectieve rechtvaardiging kan worden aange-
wezen'.

3 SALARIS- EN PENSIOENREGELINGEN

In de reeds aangehaalde FNV-zaak spreekt de kantonrechter zich ook uit over de eis om stand-by's die reeds vóór 1977 bij de werkgever werkzaam waren en die nadien in vaste dienst zijn gekomen, te belonen volgens salarisschaal 2a. Dezelfde vraag ligt voor bij de CGB. De kantonrechter is snel klaar: eiseres heeft haar recht verwerkt door hier gedurende achttien jaar geen beroep op te doen nadat zij in 1984 vanuit een stand-by-contract in vaste dienst kwam. De aard van de stand-by-relatie in de periode voor 1984 behoeft dan ook geen verder onderzoek. De Commissie hoeft zich niet met het aspect van een mogelijke rechtsverwerking bezig te houden en constateert een verboden onderscheid bij de inschaling, niet alleen vanaf het moment dat verzoekster in vaste dienst kwam (1988) maar vanaf het moment van wijziging van het salarisbeleid in 1977. De Commissie wijst hier op het *Bouma*-arrest van de Hoge Raad.⁸ Deze oordeelde in 1992 dat de toepassing van schaal 2b op zittend tijdelijk personeel, waar het zittende vaste personeel bij wijze van overgangsregeling onder de hogere schaal 2a blijft vallen, indirect sekseonderscheid oplevert wanneer dat tijdelijk personeel uit vrouwen bestaat en destijds niet in vaste dienst kón treden. De CGB past deze redenering analoog toe op de stand-by's die eveneens niet in vaste dienst konden treden vóór 1977, maar oordeelt dat dit directe seksdiscriminatie oplevert.

De Hoge Raad nam destijds aan dat niet sekse ten grondslag lag aan het onderscheid maar het treffen van een overgangsregeling voor het geheel uit mannen bestaande kernkorps dat voor 1961 in dienst was getreden. De Commissie meent daarentegen dat de oorzaak van de verschillende salarisschalen en het feit dat vrouwen alleen stand-by konden worden, rechtstreeks samenhangt met geslacht (onder 6.18). Of er een directe samenhang bestaat is moeilijk te beoordelen: tussen 1961 en 1975 werden vrouwen en ook enkele mannen volgens vast beleid alleen op vijfjaarcontracten aangenomen, zoals ook in geval van verzoekster voorafgaand aan haar freelance overeenkomst. Desondanks speelde sekse wel op een of andere wijze een rol. Na 1961 werd immers grotendeels vrouwelijk cabinepersoneel aangetrokken, waarbij vaste contracten waren uitgesloten. Feit blijft evenwel dat het HvJ EG tot nu toe alleen objectieve gegevens betreft in het vaststellen van direct of indirect onderscheid. Alleen de rechtstreekse en daadwerkelijke aanwending van het criterium sekse, of het daaraan inherente criterium van zwangerschap, leidt tot de aanname door het HvJ EG van direct sekseonderscheid. In *Jenkins* werd juist het middel van het *indirecte* onderscheid naar voren geschoven als remedie tegen discriminatoire motieven die verborgen blijven door het hanteren van een (ogenschijnlijk) neutraal

7 HR 7 mei 1993, NJ 1995, 259.

8 HR 24 april 1992, NJ 1992, 689.

criterium.⁹ Ten slotte is het frappant dat de kantonrechter in de eerder genoemde FNV-zaak de – direct of indirecte – discriminatoire historie van het beleid eerder in het voordeel van de werkgever laat meewegen. Als gevolg van veranderingen in maatschappelijke opvattingen en economische omstandigheden is het begrijpelijk dat beslissingen uit het verleden nu niet meer op een volkomen rechtvaardige wijze zijn recht te zetten, aldus deze rechter.

Een ander interessant aspect aan de beoordeling van de inschaling van de stand-by's in 1977 is dat de CGB oploopt tegen de vraag of de freelance relatie een loonvergelijking uitsluit met diegenen die tijdelijk of vast op arbeidsovereenkomst werken. De verweerder meent dat de vrijblijvendheid van de relatie en de lossere band met het bedrijf geen vergelijkbare gevallen oplevert en wijst op een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam van 15 maart 2002 (zonder bron) die dit zou hebben bevestigd. Terzijde valt hier op te merken dat in zijn uitspraak van 28 maart 2001 over de toegang tot de vut-regeling voor een voormalige stand-by, de kantonrechter – zij het nogal kort door de bocht – wel een arbeidsovereenkomst aanneemt.¹⁰ Ook de Commissie meent dat in feite wel voldaan is aan de eisen van de arbeidsovereenkomst, maar voor de zekerheid valt zij terug op de bredere norm van art. 5 AWGB die van toepassing is op arbeidsverhoudingen waarbij onder gezag arbeid wordt verricht. Qua chronologie leidt dat wel tot problemen. Beroep op de AWGB is pas vanaf 1994 mogelijk zoals de Commissie zelf opmerkt. Desondanks wordt de inschaling in 1977 toch aan art. 5 AWGB getoetst. Het had meer voor de hand gelegen om hier rechtstreeks te toetsen aan art. 141 EG (art. 119 oud).

Hetzelfde geldt voor de toetsing van de pensioenuitsluiting van de stand-by over de periode 1976-1988. Bij gebrek aan nationale wetgeving kan pensioenuitsluiting tussen april 1976 en mei 1990 slechts aan direct werkend Europees recht getoetst worden. De opmerking van de CGB dat art. 12a t/m 12f WGB zowel wat betreft personenkring, inhoud en uitvoering van de pensioenvoorziening terugwerkende kracht hebben tot 8 april 1976 (onder 6.20), kan ik dan ook geheel niet plaatsen. Inhoudelijk oordeelt de Commissie dat de uitsluiting van pensioen op grond van de stand-by relatie een indirecte seksdiscriminatie vormt omdat overwegend vrouwen als stand-by werkzaam zijn geweest. Zou men strikt vasthouden aan de eerdere benadering van de Commissie, dan zou hier net als bij de inschaling in feite moeten gelden dat althans tussen april 1976 en de wijziging van het beleid in 1977 sprake is geweest van directe seksdiscriminatie. Vrouwelijke werknemers konden tot dat moment alleen stand-by stewardess worden, wat, aldus de Commissie, rechtstreeks samenhangt met geslacht. Voor wat betreft de pensioenuitsluiting keert dit gegeven nu pas terug bij de beoordeling van de rechtvaardigingsgronden. De Commissie acht de doelstelling om alleen vast personeel een pensioenvoorziening aan te bieden niet objectief nu vrouwen tot 1977 niet in vaste dienst konden treden en daarna veelal op basis van een flexibel contract werkzaam waren (onder 6.24). Een rechtvaardigingsgrond voor de pensioenuitsluiting van verzoekster tussen 1976 en 1988 wordt dan ook niet aangenomen.

Voorzover een stand-by in feite een langdurig dienstverband heeft en het nog steeds voornamelijk vrouwen zijn die op een stand-by-contract werken, lijkt mij de pensioenuitsluiting ook voor een huidige stand-by in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving. De achtergrond hiervan vormt dan in wezen een langdurig misbruik van flexibele contracten. Zou echter sprake zijn van een voorovereenkomst die in praktijk slechts leidt tot incidentele en kortdurende oproepen met tussenpozen van meer

9 HvJ EG 31 maart 1981, zaak C-96/80, *Jur.* 1981, 911.

10 Zie noot 2.

dan drie maanden, dan kan ingeval van een indirect sekseonderscheid effect m.i. wel een rechtvaardigingsgrond aanwezig zijn. Ingeval van kortdurende en onregelmatige arbeid lijken de administratieve lasten voor de pensioenuitvoerder niet op te wegen tegen het snipperpensioen dat dit oplevert. Ook voor de werknemer zelf, zullen in dat geval de kosten van een verschuldigde pensioenpremie de baten van het te ontvangen pensioen kunnen overtreffen. Het laatste is ingeval van de verzoekster in oordeel 2003-23 niet aan de orde.

4 TOEKOMST

Voor verzoekster zal moeten worden bezien wat uiteindelijk de waarde is van het Commissieoordeel, waarbij zij op alle punten in het gelijk is gesteld. Het recht op pensioenopbouw tussen 1976 en 1988 lijkt, naar Nederland recht althans, verjaard.¹¹ De Hoge Raad stelde eerder vast dat op een dergelijke claim de lange termijn van art. 3:310 BW (schadevergoeding) van toepassing is.¹² Daarop moet echter binnen vijf jaar nadat men met de schade bekend is geworden, beroep te worden gedaan. De *Bouma*-zaak werkt nu in het nadeel van verzoekster, want daar was een collega blijkbaar al in 1987 bekend met vergelijkbare pensioenschade.

Voorts blijkt dat ook de beperkte weging van senioriteit van stand-by's voorlopig door de kantonrechter geoorloofd is geacht. Dat vormt een niet geheel onbegrijpelijk oordeel gezien, opnieuw, het verjaringsaspect en het feit dat opgedane ervaring voor veel stand-by's als gevolg van onregelmatige arbeidspatronen en het lange tijdsverloop, nauwelijks meer valt vast te stellen. De CGB veroordeelt de forfaitaire senioriteitsregeling omdat die voor deze verzoekster met een langdurig en bestendig arbeidspatroon onredelijk uitvalt. De gelijkebehandelingswetgeving dwingt weliswaar tot deze individuele rechtvaardigheid, maar tegelijkertijd is de vraag te stellen hoe dit naar een algemene personeelsregeling valt te transformeren indien dit voor de meerderheid van belanghebbenden niet opgaat of niet meer valt na te gaan. De tegenstelling tussen individuele rechtvaardigheid en uitvoerbaar personeelsbeleid vormt, als het om gelijkebehandelingswetgeving gaat zonder meer een belangrijke kwestie in de toekomst. Toekenning van senioriteit als uitdrukking van ervaring staat zelfs in zijn geheel ter discussie met de komst van een nieuwe loot aan de gelijkebehandelingsboom, namelijk de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.¹³ Weliswaar acht de regering volgens de MvT het wegen van dienstjaren voor tal van regelingen (beloning en promotieregelingen, het BBA, de kantonrechtformule, etc.) een gerechtvaardigde vorm van indirect leeftjidsonderscheid, maar passen we de objectieve rechtvaardigingstoets toe van het HvJ EG, dan mag een rechtvaardigingsgrond gebaseerd op het verband tussen werkervaring en dienstjaren, niet op generalisaties berusten. Derhalve dient, aldus het HvJ EG, in het concrete, individuele geval een aantoonbaar verband te bestaan tussen toenemende dienstjaren en toenemende ervaring.¹⁴ Dat zal voor veel collectieve regelingen een onneembare horde opleveren. Het alternatief vergt echter een regeling gebaseerd op individuele beoordeling of toetsing. Dat kan in zijn algemeenheid wel aan individuele rechtvaardigheid bijdragen, maar met name waar die individuele beoordeling

11 Volgens Europees recht zijn hierbij evenwel vraagtekens te stellen. Zie verder A.G. Veldman, 'Stille strijd rond het (Europees) recht op pensioenreparatie', SR 2000, p. 327-332.

12 HR 3 december 1999, *RvdW* 1999, 187, *JAR* 2000/17.

13 *Stb.* 2004, 30.

14 HvJ EG, zaak C-184/89 (Nimz), *Jur.* 1991, I-297; zaak C-1/95 (Gerster), *Jur.* 1995, I-5253; zaak C-100/95 (Kornding) *Jur.* 1995, I-5289.

subjectief van aard is (bijvoorbeeld het meten van prestatie of ervaring) is het de vraag of men daarmee willekeur over het geheel tegengaat.¹⁵

Voor verzoekster resteert tenslotte nog de inschaling in de ongunstige salarisschaal. De kantonrechter Amsterdam nam hier rechtsverwerking aan omdat eiseres hierop in ieder geval vanaf 1984, toen zij in vaste dienst kwam, beroep had kunnen doen maar dit naliet (zie noot 4). Verzoekster is in 1988 in vaste dienst gekomen waardoor dezelfde redenering toegepast zou kunnen worden. Toch liggen hier, lijkt mij, nog de beste kansen. Een volledige rechtsverwerking is wel een krasse constatering bij loonvorderingen die periodiek opeisbaar worden, terwijl de ongunstiger inschaling van destijds in het huidig en toekomstige salaris blijft doorwerken. Dat mevrouw Bouma tien jaar na dato de inschaling uit 1977 aanvocht, was in het gelijknamige arrest van de Hoge Raad in ieder geval geen reden om de eis af te wijzen (zie noot 8).

15 Zie A.G. Veldman, 'Wet leeftijdsdiscriminatie gooit veel overhoop', *SR* 2003, p. 363-364.

De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs

Mr. D.J.B. de Wolff

1 INLEIDING

Sinds 1 mei 2004 is de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs van kracht.¹ Met deze wet is ten aanzien van leeftijdsdiscriminatie uitvoering gegeven aan Richtlijn 2002/78/EG, die de Raad van Ministers van de Europese Unie op 27 november 2000 heeft vastgesteld.²

Doel van deze Europese richtlijn was om met betrekking tot arbeid en beroep een kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd en enkele andere gronden, te weten godsdienst en overtuiging, handicap en seksuele geaardheid. Om die reden wordt de richtlijn ook wel de Kaderrichtlijn genoemd, ook in deze bijdrage. De implementatie van die richtlijn is in Nederland langs drie wetgevingstrajecten verlopen. In 2003 is om te beginnen de Wet gelijke behandeling op grond van handicap ingevoerd.³ Voorts is voor een aantal aspecten van gelijke behandeling op grond van de reeds sinds 1994 in de Awgb genoemde gronden de Implementatiewet AWGB vastgesteld.⁴ De derde wet is genoemde Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs. Die wet, die ik hierna kortweg zal aanduiden als de WGBL, is het onderwerp van dit artikel. Ingegaan zal worden op de inhoud van de Kaderrichtlijn (2), voorzover relevant voor het onderwerp leeftijd, en op de wijze waarop de richtlijn in Nederland is geïmplementeerd (3). Vervolgens zal ingegaan worden op enkele concrete gevolgen (4) en op de handhaving van de nieuwe wet (5). Een korte slotbeschouwing (6) rondt de bijdrage af.

2 DE KADERRICHTLIJN EN ONDERSCHIED NAAR LEEFTIJD

2.1 *Het begrip discriminatie*

Het beginsel van gelijke behandeling is gedefinieerd als de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van de genoemde gronden (art. 2 Kaderrichtlijn). Van directe discriminatie is sprake wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie op basis van een van de genoemde gronden. Van indirecte discriminatie is sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde leeftijd in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt. Anders dan bijvoorbeeld bij discriminatie op grond van geslacht is het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie op grond van leeftijd minder relevant. Volgens art. 2 lid 2 Kaderrichtlijn kunnen beide vormen van leeftijdsdiscriminatie namelijk objectief worden

1 *Stb.* 2004, 30.
2 *PbEG* 2000, L 303.
3 *Stb.* 2003, 206.
4 *Stb.* 2004, 119.

gerechtvaardigd. Het stellen van een leeftijdsgrens is dus niet per se verboden, maar kan in bepaalde gevallen objectief gerechtvaardigd zijn. Art. 2 lid 3 Kaderrichtlijn brengt onder het begrip discriminatie tevens het verschijnsel intimidatie. Intimidatie is ongewenst gedrag dat met, in dit geval, leeftijd verband houdt en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en dat een bedreigende vijandige beledigende vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Ook een opdracht tot het discrimineren van personen wegens leeftijd wordt beschouwd als een discriminatie (art. 2 lid 4 Kaderrichtlijn).

2.2 *Werkingsfeer*

De Kaderrichtlijn is van toepassing op zowel de overheids- als de particuliere sector (art. 3 Kaderrichtlijn). De werkingsfeer is beperkt tot gelijke behandeling in verband met de voorwaarden voor toegang tot arbeid en beroep. Hieronder vallen ook selectie, aanstellingscriteria en bevorderingskansen. Tevens heeft de richtlijn betrekking op gelijke behandeling bij de toegang tot de beroepsopleiding en de beroepskeuzevoorlichting. Ook ziet de richtlijn op het bestrijden van discriminatie in het werkgelegenheidsbeleid, de arbeidsomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden, inclusief beloning en ontslag. Ten slotte vallen het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of een vereniging voor beroepsgenoten, inclusief de voordelen die deze organisaties bieden, onder de werkingsfeer van de richtlijn (art. 3 Kaderrichtlijn). De richtlijn doet geen afbreuk aan voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen en staatlozen tot het grondgebied van de lidstaten (art. 3 lid 2). De richtlijn is niet van toepassing op uitkeringen die worden verstrekt door wettelijke stelsels (art. 3 lid 3). Ten slotte hebben de lidstaten de mogelijkheid om de krijgsmacht uit te zonderen van de werking van de richtlijn, voorzover onderscheid naar leeftijd in het geding is (art. 3 lid 4).

2.3 *Uitzonderingen op het verbod van discriminatie*

Ongelijke behandeling kan toegestaan zijn indien er een objectieve rechtvaardiging voor wordt aangedragen. Art. 6 Kaderrichtlijn gaat nader in op de rechtvaardiging voor verschillen in behandeling op grond van leeftijd. Dergelijke verschillen vormen geen discriminatie, indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, bijvoorbeeld op het terrein van de werkgelegenheid, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (art. 6 lid 1). Hetzelfde art. 6 noemt nog enkele voorbeelden van verschillen in behandeling die mogelijk objectief te rechtvaardigen te zijn. Een meer specifieke uitzondering is te vinden in art. 6 lid 2 van de Kaderrichtlijn, dat bepaalt dat de lidstaten de vrijheid hebben om de toetredingsleeftijd voor een pensioen vast te stellen of de leeftijd voor het verkrijgen van een recht op pensioen- of invaliditeitsuitkering. Tevens mogen de lidstaten verschillende leeftijden vaststellen voor het verkrijgen van het recht op pensioenuitkeringen voor werknemers of groepen werknemers en mogen zij het gebruik van leeftijdscriteria en actuariële berekeningen in pensioenregelingen toestaan mits het gebruik niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht.

In art. 4 biedt de Kaderrichtlijn de lidstaten de mogelijkheid om te bepalen dat een verschil in behandeling op grond van leeftijd of een van de andere in de richtlijn genoemde kenmerken, geen discriminatie oplevert indien zo'n kenmerk vanwege de aard van de beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt. Voorwaarde is dan dat het doel van dat kenmerk legitiem is en het vereiste evenredig is aan dat doel. In feite vormt dit

een verbijzondering van de algemene objectieve rechtvaardigingsmogelijkheid die de Kaderrichtlijn in art. 6 biedt.

2.4 *Overige bepalingen*

Art. 7 lid 1 Kaderrichtlijn geeft lidstaten de gelegenheid om specifieke maatregelen te treffen om discriminatie naar leeftijd te voorkomen of te compenseren, teneinde volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen. In art. 8 bepaalt de richtlijn dat implementatie ervan geen reden mag vormen voor verlaging van het reeds bestaande beschermingsniveau tegen discriminatie op in de richtlijn bestreken terrein. Er mogen wel gunstiger regelingen worden getroffen. Wie zich op grond van leeftijd benadeeld acht moet toegang krijgen tot juridische of administratieve procedures en als dat passend is tot bemiddelingsprocedures, aldus art. 9 Kaderrichtlijn. Ook belangengroepen moeten zich tot handhavende organen kunnen wenden. Wanneer personen zich benadeeld achten hebben zij een zeker bewijsvoordeel voor de rechter of de andere bevoegde instanties. De benadeelde hoeft slechts feiten aan te voeren die direct of indirect die discriminatie kunnen doen vermoeden, waarna de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. Deze regeling van de bewijslastverdeling komt overeen met de bewijsregel die reeds sinds enkele jaren geldt bij het verbod van discriminatie naar geslacht. Ook voor groepsacties geldt de nieuwe verdeling van de bewijslast. Werknemers die ageren tegen hun werkgever op grond van het beginsel van gelijke behandeling wegens leeftijd zijn deswege beschermd tegen ontslag of enige andere nadelige behandeling. Dit geldt ook voor degenen die zich binnen het bedrijf als belangenbehartiger opwerpen (art. 11 Kaderrichtlijn).

Ten slotte bevat de richtlijn bepalingen met betrekking tot informatieverstrekking en het aanmoedigen van gelijke behandeling via de sociale dialoog (art. 12, 13 en 14 Kaderrichtlijn). Voorts bevat de richtlijn de bepaling dat de lidstaten er zorg voor dienen te dragen dat alle wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen worden afgeschaft die met het beginsel van gelijke behandeling in strijd zijn (art. 16 Kaderrichtlijn). Art. 17 bepaalt dat de lidstaten moeten vaststellen welke sancties op overtreding van de normen gesteld zijn. Sancties op overtreding van het discriminatieverbod moeten, aldus dit artikel, doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn.

3 IMPLEMENTATIE VAN DE RICHTLIJN IN DE WGBL

3.1 *Het begrip onderscheid*

De WGBL spreekt niet van discriminatie, maar van onderscheid. Onderscheid op grond van leeftijd is verboden behoudens uitzonderingen die de wet in de art. 7 en 8 noemt (zie hierna 3.3). Art. 1 WGBL definieert het begrip onderscheid als 'onderscheid op grond van leeftijd of op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dat onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft'. Het verbod van intimidatie is neergelegd in art. 2 WGBL en daarbij is de definitie van dat begrip uit de richtlijn herhaald: gedrag dat met leeftijd verband houdt én dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Het is de vraag hoe verstrekkend dit verbod in de praktijk zal zijn. Onder dit verbod van intimidatie valt namelijk niet de situatie waarin de ene werknemer een collega-werknemer intimideert, tenzij de intimiderende werknemer feitelijk gezag uitoefent over de geïntimideerde

collega.⁵ Het verbod is slechts gericht tot de werkgever.⁶ Wel heeft de regering aangegeven dat de werkgever op grond van art. 4 lid 2 Arbwet verplicht is een beleid te voeren ter voorkoming van agressie en geweld en dus zijn werknemers tot op zekere hoogte tegen elkaar zou moeten beschermen.⁷ Intimidatie kan niet objectief worden gerechtvaardigd, aldus art. 7 lid 2 WGBL.

3.2 *De werkingssfeer van de WGBL*

Art. 3 WGBL bepaalt bij welke activiteiten onderscheid naar leeftijd is verboden. Het gaat om de volgende activiteiten en terreinen:

- de aanbidding van de betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking,
- de arbeidsbemiddeling,
- het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding,
- het aanstellen tot ambtenaar en het beëindigen van het dienstverband van een ambtenaar,
- de arbeidsvoorwaarden,
- het laten volgen van onderwijs, scholing en vorming tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding,
- de bevordering,
- de arbeidsomstandigheden.

Voorts is onderscheid verboden met betrekking tot de voorwaarden voor en de toegang tot het vrije beroep en de mogelijkheden tot uitoefening van en ontplooiing binnen het vrije beroep, aldus art. 4 WGBL. In art. 5 en 6 vinden de bepalingen een plaats die onderscheid verbieden bij het verlenen van loopbaanoriëntatie en beroepskeuzevoorlichting, het verlenen van toegang tot, het aanbieden van en het afnemen van toetsen bij het beroepsgericht onderwijs en bij het lidmaatschap van werkgevers-, werknemers- of beroepsgenotenorganisaties. In deze vier artikelen, die de reikwijdte voor het verbod van onderscheid beschrijven, volgt Nederland nauwgezet de richtlijn. Het verbod van onderscheid is tot uiterlijk 1 januari 2008 niet van toepassing ten aanzien van militaire ambtenaren (art. 17 WGBL). Een uitbreiding van het verbod van onderscheid op grond van leeftijd naar de terreinen goederen en diensten, wonen en onderwijs valt niet te verwachten.⁸

3.3 *Uitzonderingen op het verbod van onderscheid*

Art. 7 WGBL bepaalt wanneer het verbod van onderscheid niet geldt. Dat is het geval wanneer het onderscheid gebaseerd is op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, mits dat beleid wettelijk is vastgesteld (art. 7 lid 1 sub *a* WGBL). Een voorbeeld daarvan zijn maatregelen die voor jongere werklozen voorzien in een sluitende aanpak van de werkloosheid.⁹ Voorts is het verbod van onderscheid niet van toepassing als het onderscheid betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van de aanstelling van een ambtenaar in verband met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een hogere dan de AOW-gerechtigde leeftijd indien

5 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 27-28.

6 De CGB heeft de laatste jaren overigens herhaaldelijk bepaald dat werknemers recht hebben op een discriminatievrije werkomgeving, hetgeen inhoudt dat een werkgever in strijd handelt met de gelijkebehandelingswetgeving indien zo'n werkomgeving niet aanwezig is, zie hierover paragraaf 2.2 van de bijdrage van Holtmaat in deze bundel.

7 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 27.

8 Zie een brief d.d. 23 februari 2004 hierover van de Minister van SZW aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 442, nr. 1.

9 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 26 e.v.

deze wettelijk is vastgesteld of tussen partijen is overeengekomen (art. 7 lid 1 sub *b* WGBL).¹⁰ Onderscheid kan bovendien objectief gerechtvaardigd zijn door een legitiem doel als de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn, een algemene uitzondering die art. 7 lid 1 sub *c* WGBL noemt.¹¹ In de nota naar aanleiding van het verslag bij het wetsvoorstel WGBL heeft de regering enige tientallen leeftijdsgrenzen opgesomd die bij of krachtens de wet zijn gesteld.¹² Per maatregel is daarbij aangegeven in hoeverre er sprake is van een objectieve rechtvaardiging of in hoeverre een leeftijdsgrens anderszins in overeenstemming met de WGBL is.

Intimidatie kan als gezegd nooit gerechtvaardigd worden (art. 7 lid 2 WGBL).

4 DE BETEKENIS VAN DE WGBL IN DE PRAKTIJK

4.1 Ontslag wegens het bereiken van de pensioenleeftijd

Tijdens de parlementaire behandeling is de nodige aandacht gegaan naar het ontslag wegens het bereiken van een pensioengerechtigde leeftijd die lager ligt dan de 65-jarige leeftijd.¹³ Veel branches kennen nog steeds een prepensioen of vutregeling en een daarbij horend verplicht ontslag per de datum van het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd, ook wel de spilleeftijd genoemd. Doorgaans respecteert de civiele rechter dergelijke afspraken, indien in een procedure een beroep gedaan wordt op een van art. 1 Gw afgeleid verbod van discriminatie op grond van leeftijd.¹⁴ Het is immers niet de bedoeling dat werknemers een prepensioen ontvangen en blijven doorwerken. Om die praktijk voorlopig nog ongemoeid te laten en de sociale partners in de gelegenheid te stellen hierover andere afspraken te maken is art. 16 WGBL opgenomen. Deze bepaling behelst het overgangsrecht ten aanzien van het pensioenontslag. Tot 2 december 2006 is het verbod van onderscheid niet van toepassing, als dat betrekking heeft op het beëindigen van de arbeidsverhouding in verband met het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd lager dan de 65-jarige leeftijd. Voorwaarde is dat die leeftijd reeds voor de datum van inwerkingtreding van de wet in een arbeidsovereenkomst of een pensioenregeling was opgenomen. Nu de richtlijn de lidstaten de mogelijkheid heeft gegeven van uitstel van implementatie van de richtlijn tot 2 december 2006, kan immers ook een enkel onderdeel ervan eventueel pas tegen die datum worden ingevoerd. Na die datum zal een werkgever een werknemer alleen nog kunnen ontslaan bij het bereiken van de spilleeftijd, indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging aan te dragen valt. Een alternatief voor de sociale partners kan in de toekomst zijn om bij de toekenning van een prepensioen de voorwaarde te stellen van een vrijwillig ontslag door de werknemer in kwestie.

10 Zie HR 1 november 2002, *JAR* 2002/279, waarin de Hoge Raad, anticiperend op de WGBL, bepaalde dat een ontslag wegens het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet kennelijk onredelijk was, zelfs niet in een geval waarin een werknemer slechts een gering pensioenrecht had opgebouwd.

11 De toets van de objectieve rechtvaardiging dient op dezelfde wijze plaats te vinden als in de reeds eerder tot standgekomen gelijkebehandelingswetgeving, zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 14-16.

12 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 5, p. 44-57.

13 Zie met name het door de Tweede Kamer aanvaarde amendement-Weekers, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 170, nr. 17, en de daarover gevoerde discussies. Zie voorts F.W.G. Ambagtsheer, 'Wanneer is de verplichte pensionering leeftijdsdiscriminatie?', *Arbeidsrecht* 2003, 22.

14 Zie voor een recent geval Hof Amsterdam 4 december 2003, *JAR* 2004/12 (*ING/Verkaijk*). Verder evenzo Rb. Haarlem 19 november 2002, *JAR* 2002/290; Ktr. Haarlem 11 juni 2003, *JAR* 2003/187.

4.2 *Toetredingsleeftijden en uittredingsleeftijden in pensioenregelingen*

Met betrekking tot pensioenen is verder art. 8 WGBL van belang. Het verbod van onderscheid is – en daarin volgt Nederland de uitzonderingsmogelijkheid van de Kaderrichtlijn – niet van toepassing op toetredingsleeftijden en op pensioengerechtigde leeftijden.¹⁵ Zelfs laat de wet de mogelijkheid open dat verschillende toetredingsleeftijden en verschillende pensioengerechtigde leeftijden voor verschillende groepen van werknemers worden gehanteerd. Dit betekent dat het gebruik in veel branches om personeel onder de leeftijd van 25 jaar geen pensioenregeling aan te bieden ook met de nieuwe wet niet verboden zal zijn.

4.3 *Leeftijdsafhankelijke pensioenpremies*

Evenmin is het verboden om onderscheid te maken bij actuariële berekeningen van pensioenen. Zo is het toegestaan om in het geval van een beschikbarepremieregeling onderscheid naar leeftijd te maken mits een verschil in premie is terug te voeren op actuariële berekeningen en nodig is om voor de verschillende leeftijdscohorten gelijk pensioenresultaat te bereiken.¹⁶

4.4 *Gematigde eindloonstelsels*

Ook over de zogeheten eindloonregeling is tijdens de parlementaire behandeling van de nieuwe wet gesproken. In zo'n regeling leidt een salarisverhoging tot een pensioenverhoging voor alle dienstjaren. Het komt daarbij wel eens voor dat een werknemer aan het eind van zijn carrière een salarisverhoging krijgt, louter om daarmee een hoog pensioen te bereiken. Om zo'n 'pensioenpromotie' te voorkomen treffen we die eindloonregelingen meestal aan in een variant waarbij de laatste salarisverhogingen, bijvoorbeeld boven de leeftijd van 55 of 60 jaar worden afgetopt. Dan wordt bijvoorbeeld het gemiddelde salaris over de laatste vijf pensioenjaren uitgangspunt voor de berekening van de hoogte van het pensioen. In zo'n pensioenregeling – een *gematigde eindloonregeling* – wordt dan in feite onderscheid naar leeftijd gemaakt. Vanaf een bepaalde leeftijd tellen immers salarisverhogingen niet of beperkt mee voor de berekening van het recht op pensioen. De WGBL laat een dergelijk onderscheid niet met zoveel woorden toe. Wel kan een werkgever of een pensioenverzekeraar trachten dit onderscheid naar leeftijd objectief te rechtvaardigen. Het doel van een gematigde eindloonregeling is evident en legitiem: het voorkomen van pensioenpromotie waardoor de premielast in een bepaalde bedrijfstak onredelijk zou toenemen. Het zal de vraag zijn of dat doel niet kan worden bereikt door een andere wijze van aftoppen waardoor geen leeftijdsgrenzen hoeven te worden gesteld, bijvoorbeeld door een maximering van de pensioengevende salarisverhogingen voor alle leeftijdscategorieën. De regering sprak er overigens haar twijfel over uit of men in concreto zal slagen in een objectieve rechtvaardiging voor een gematigde eindloonregeling.¹⁷

4.5 *Functioneel leeftijdsontslag*

De WGBL maakt geen uitzondering op het verbod van onderscheid voor de praktijk van functionele leeftijdsontslag. De regering heeft evenwel tijdens de parlementaire behandeling van de WGBL aangegeven dat een functioneel leeftijdsontslag onder

15 Art. 8 WGBL laat onverlet dat er bij de vormgeving van pensioenstelsels sprake kan zijn van (indirect) onderscheid naar geslacht. Sekse-onderscheid bij pensioenvoorzieningen is verboden in art. 12a e.v. WGBMV.

16 *Kamerstukken I 2003/04*, 28 170, C, p. 3.

17 *Kamerstukken I 2003/04*, 28 170, C, p. 5.

omstandigheden objectief gerechtvaardigd kan zijn.¹⁸ Er kan sprake zijn van een legitiem doel 'als het functionele leeftijdsontslag ligt in de bescherming van de gezondheid en veiligheid van de werknemer of van derden bij het verrichten van specifieke functies, waarbij gebleken is dat gelet op de zwaarte en het karakter van die functies sprake is van een vermindering van het functioneren bij het ouder worden.' Bij de beoordeling van de vraag of functioneel leeftijdsontslag dan een noodzakelijk middel is stelt de regering dat het doel in bepaalde gevallen ook op andere wijze kan worden bereikt, bijvoorbeeld door een individuele keuring. Ook zou een werkgever zich de vraag moeten stellen of ontslag kan worden voorkomen door de oudere werknemer een andere, minder belastende functie aan te bieden (demotie). Indien er geen alternatieven mogelijk zijn, zal functioneel leeftijdsontslag een noodzakelijk middel zijn, aldus de regering.

4.6 *Leeftijdsgrenzen in personeelsadvertenties e.d.*

Art. 9 WGBL ziet op leeftijdsgrenzen in personeelsadvertenties e.d. Deze bepaling schrijft voor dat indien bij een openlijke aanbieding van een betrekking onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, de reden daarvan uitdrukkelijk moet worden vermeld. Van belang is dat werkgevers zich dienen te realiseren dat dat betekent dat niet alleen concrete leeftijdsgrenzen moeten worden gemotiveerd, maar ook aanduidingen als: een pas afgestudeerd jurist, een ervaren magazijnmedewerker of een vakvolwassen slager. Zulke criteria verwijzen namelijk naar hoedanigheden die met leeftijd verband houden. Zo zijn pas afgestudeerden doorgaans betrekkelijk jonge personen. Een werkgever dient bij het gebruik van zo'n aanduiding te motiveren waarom het pas afgestudeerd zijn van belang is. De reden moet kenbaar en toetsbaar zijn.¹⁹ Als een bedrijf of organisatie daarentegen juist op zoek is naar een ouder iemand, ware dat eveneens te motiveren, bijvoorbeeld door aan te geven dat voor de betreffende functie een zekere (levens)ervaring vereist is. In dit verband heeft de regering als voorbeeld de aanduiding senior accountant genoemd.²⁰ Achter het begrip 'senior' schuilt weliswaar indirect een leeftijdsonderscheid, de zwaarte van de functie kan die aanduiding niettemin rechtvaardigen.

4.7 *Seniorenverlofregelingen, leeftijdsvakantiedagen*

In de praktijk is het gebruikelijk om oudere werknemers (direct onderscheid) of werknemers met een lange anciënniteit (indirect onderscheid) meer vakantiedagen of betaald verlof toe te kennen. Voor dat soort regelingen kan een legitiem doel gelegen zijn in de noodzaak rekening te houden met afnemende belastbaarheid van oudere werknemers of in de wens oudere werknemers gemotiveerd te houden om deel te blijven nemen aan het arbeidsproces. Extra vrije dagen zijn dan een passend middel maar of het ook om een noodzakelijk middel gaat, is vooral een vraag naar de proportionaliteit tussen middel en doel, aldus de regering, bij de parlementaire behandeling van de WGBL.²¹

18 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 7, p. 7.

19 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 5, p. 39.

20 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 5, p. 40.

21 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 7, p. 6. Uit *Kamerstukken II 2001/02*, 28 170, nr. 5, p. 44 valt af te leiden dat de regering het doel van de extra vakantie-uren voor 45-, 50-, 55- en 60- jarige rijksambtenaren conform art. 22 Algemeen Rijksambtenarenreglement, bescherming van de werknemer, een valide objectieve rechtvaardiging acht.

4.8 *Jeugdminimumloon*

Het stelsel van jeugdminimumlonen maakt direct onderscheid naar leeftijd. Pas op 23-jarige leeftijd heeft een werknemer recht op het minimumloon. Voor jongeren geldt een gestaffeld, per leeftijdsjaar oplopend percentage van het volwassenenminimumloon (WML), variërend van 30% WML voor 15-jarigen tot 85% WML voor 22-jarigen. Bij de behandeling van de WGBL is die staffel uitvoerig aan de orde geweest.²² Het doel ervan is volgens de regering het stimuleren van de werkgelegenheid en het bieden van kansen aan jongeren op betaald werk. De regering gaat er daarbij van uit dat jongeren een lagere productiviteit hebben en in beginsel niet als vakvolwassen kunnen worden beschouwd en acht de lagere minimumlonen voor jeugdigen daarmee in voldoende mate objectief gerechtvaardigd.

4.9 *Periodieke loonsverhogingen*

De gangbare praktijk dat werknemers per dienstjaar een periodiek ontvangen acht de regering objectief gerechtvaardigd. Een alternatief systeem zou individuele beoordelingen vergen, die meestal geen bruikbaar alternatief zijn. Wel dient het aantal periodieken in een salarisschaal in verhouding te staan tot de zwaarte van de functie en de periode waarin een bepaalde mate van deskundigheid kan worden bereikt.²³

4.10 *Het anciënniteitsbeginsel bij ontslag*

Bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen geldt het Ontslagbesluit, dat in art. 4:1 e.v. de ontslagvolgorde dicteert. In beginsel is anciënniteit daarbij bepalend, in die zin dat de werknemer met het kortste dienstverband het eerste voor ontslag in aanmerking komt (last in first out-beginsel). Bij ontslagen van 10 werknemers of meer kan daarnaast het afspiegelingsbeginsel gehanteerd worden. Volgens dat beginsel wordt de anciënniteit per leeftijdsgroep vastgesteld. Beide beginselen leiden tot onderscheid naar leeftijd, het anciënniteitsbeginsel leidt tot indirect onderscheid naar leeftijd en het afspiegelingsbeginsel leidt tot direct onderscheid. Hoewel de laatste tijd wel eens kritiek te vernemen valt op het anciënniteitsbeginsel, heeft de regering bij de parlementaire behandeling van de WGBL de systematiek van het Ontslagbesluit verdedigd en aangeduid als een op grond van art. 7 lid 1 sub *a* WGBL toegestane uitzondering op het verbod van onderscheid naar leeftijd.²⁴

4.11 *Leeftijdsgrenzen bij toegang tot het beroepsonderwijs*

Indien een investering in de opleiding van een werknemer of een toekomstige werknemer onevenredig hoog zou zijn in verhouding tot de nog resterende arbeidsjaren tot aan de pensionering, dan mag een werkgever of onderwijsinstelling leeftijdsgrenzen stellen.²⁵

5 RECHTSBESCHERMING

De bescherming tegen represailles en tegen ontslag is geregeld in art. 10 en 11 WGBL, terwijl de genuanceerde regeling van de bewijslastverdeling een plaats heeft

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

23 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 7, p. 5-6.

24 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 20.

25 Zie art. 6 lid 1 sub *c* Kaderrichtlijn en *Kamerstukken II* 2001/02, 28 170, nr. 3, p. 35 e.v.

gevonden in art. 12. Dat artikel bepaalt dat als iemand in rechte feiten aanvoert die een onderscheid naar leeftijd doen vermoeden, de wederpartij dient te bewijzen dat niet in strijd is gehandeld met de wet. De sanctie op overtreding van de het verbod van onderscheid is te vinden in art. 13 WGBL. Dat artikel stelt dat bedingen in strijd met de wet nietig zijn. Op zichzelf volgt de wet daarin de andere al langer bestaande discriminatiewetten, maar opmerkelijk is telkens dat in de Nederlandse wetgeving niet doorklinkt dat de sancties op overtreding van discriminatiewetten doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend dienen te zijn, zoals de Kaderrichtlijn bepaalt. Het is de vraag of nationale rechters zich altijd voldoende bewust zullen zijn van die opdracht van de Europese wetgever, zeker als het gaat om verboden onderscheid naar leeftijd, een vorm van onderscheid die wellicht als minder problematisch zal worden gezien dan bijvoorbeeld onderscheid op grond van geslacht.

Net als bij de handhaving van de andere gelijkebehandelingswetten heeft de Commissie gelijke behandeling de taak gekregen te onderzoeken of een onderscheid wordt gemaakt als bedoeld in de WGBL (art. 14). De overige bepalingen van de nieuwe wet zijn een evaluatiebepaling (art. 15), de reeds genoemde overgangsbepaling met betrekking tot pensioensontslag (art. 16) en bepalingen met betrekking tot de krijgsmacht (art. 17). Het verbod van onderscheid is op de krijgsmacht niet van toepassing tot uiterlijk 1 januari 2008.

6. SLOTSOM

Wat valt er van deze nieuwe wet te verwachten? Belangrijkste gevolg zal zijn dat werkgevers en aanbieders van beroepsonderwijs zullen moeten motiveren waarom zij een leeftijdsgrens stellen. Zo'n motivering dient deugdelijk te zijn. Dat wil zeggen dat het motief een objectieve rechtvaardiging moet vormen. Dat betekent dus dat bijvoorbeeld werkgevers zullen moeten nadenken waarom zij een jonge kracht werven, seniorenverlof aan oudere werknemers gunnen of een vaste leeftijdsgrens voor functioneel leeftijdsontslag hanteren.²⁶ Anciënniteitsgerelateerde beloning mag, mits de verhouding tussen beloning en ervaring proportioneel is. Verder kan het stellen van een leeftijdsgrens het legitieme gevolg zijn van een werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, mits dat beleid is vastgesteld bij of krachtens de wet. De ontslagvolgorde bij opzeggingen wegens bedrijfseconomische redenen komt door deze wet niet ter discussie te staan.

In de pensioensfeer zijn geen grote wijzigingen te verwachten als gevolg van de nieuwe wet. Toetredingsleeftijden, pensioenleeftijden en met leeftijd verband houdende actuariële factoren blijven buiten schot. Wel zal de praktijk van matiging van eindloonstelsels objectief gerechtvaardigd moeten worden. Vanaf december 2006 zal het niet meer mogelijk zijn een werknemer of ambtenaar te ontslaan op een lagere dan de 65-jarige leeftijd wegens het bereiken van zijn prepensioen. Hoogstens kan men het nemen van ontslag als voorwaarde stellen voor het toekennen van zo'n pensioen.

Onderscheid naar nationaliteit: een blik over de grenzen

Mr. A.J.Th. Woltjer

1 INLEIDING

In de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) komen met enige regelmaat klachten aan de orde over onderscheid naar nationaliteit. Anders dan bij de grond geslacht beroept de CGB zich bij nationaliteit vrijwel niet op jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (HvJ EG) en geeft zij er geen blijk van deze jurisprudentie te volgen, hoewel dat wel mogelijk was geweest of zelfs op grond van het gemeenschapsrecht had gemoeten.¹ Voorzover dat samenhangt met onbekendheid omtrent hetgeen het gemeenschapsrecht op dit punt voorschrijft, is het nuttig om aan de hand van een wat bredere verkenning te bezien wat in Europees en internationaal verband zoal aan gezaghebbende interpretaties bestaat.

2 ALGEMEEN KADER

Onderscheid naar nationaliteit kan betrekking hebben op twee verschillende betekenissen van het begrip nationaliteit: in etnische zin of in staatkundige zin. Wordt nationaliteit gebruikt in etnische zin, dan wordt veelal gerefereerd aan afkomst en kan verband bestaan met onderscheid naar ras.²

Onderscheid naar nationaliteit in staatkundige zin lijkt veelal buiten het bereik te vallen van verdragsbepalingen inzake gelijke behandeling, zoals art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR. In deze bepalingen is de grond nationaliteit bewust vermeden.

Nationale herkomst komt daarin wel voor, maar dat ziet met name op staten waarin verschillende bevolkingsgroepen als afzonderlijke entiteiten samenleven. De verklaring voor dit alles ligt hoofdzakelijk daarin, dat staten vrezen voor aantasting van hun soevereine bevoegdheid om te beslissen over de toelating en uitzetting van vreemdelingen. De regelgeving en het beleid op dit punt zijn bij uitstek gebaseerd op het onderscheid tussen onderdanen en niet-onderdanen. Dat is tevens de reden dat dit onderscheid is uitgezonderd van de definitie van rassendiscriminatie in het IVRD³, waarmee dit buiten het schootsveld van het Rassendiscriminatiecomité is gehouden.⁴ Ook de verkrijging en het verlies van nationaliteit zijn een vooralsnog puur nationaal-soevereine aangelegenheid waarop maar mondjesmaat een uitzondering wordt toegestaan.⁵ De pregnantste uitzondering hierop is het Oprichtingsverdrag van de EG, dat in art. 12 zonder veel omhaal van woorden bepaalt dat elke discriminatie op grond van nationaliteit is verboden. Uit de bewoording van art. 12 EG valt niet op te maken of dit verbod betrekking heeft op alle inwoners van de

1 Met deze bijdrage borduur ik voort op mijn bijdrage aan de Oordelenbundel 2002 onder de titel 'De CGB en onderscheid naar ras of nationaliteit: waar haalt ze het vandaan?', in: D.J.B. de Wolff, *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 121-127.

2 Zie de definitie in art. 1 lid 1 IVRD.

3 Zie art. 1 lid 2 IVRD.

4 De uitzondering van het tweede lid heeft betrekking op het onderscheid dat staten kunnen maken tussen onderdanen en niet-onderdanen. Daarmee is niet bedoeld dat ook derden onderscheid naar nationaliteit in deze zin mogen maken.

5 Zie art. 24 lid 3 IVBPR en art. 7 IVRK, waarin het recht op verkrijging van een nationaliteit slechts aan kinderen is toegekend.

Europese Unie of dat het is beperkt tot Unieburgers.⁶ Vermoedelijk is dat laatste bedoeld. In ieder geval is het Unieburgerschap volgens art. 17 EG voorbehouden aan een ieder die de nationaliteit van één van de lidstaten bezit. Voor hen gelden bijzondere rechten inzake het verblijf, het kiesrecht op lokaal niveau, diplomatieke bijstand en toegang tot de Europese Ombudsman.⁷ In deze zin bestaat het discriminatieverbod naar nationaliteit bij de gratie van de wederkerigheid: iedere lidstaat moet de onderdanen van de andere lidstaten behandelen als waren het zijn eigen onderdanen, in het vertrouwen dat de eigen onderdanen overeenkomstig dit principe worden behandeld wanneer zij in een andere lidstaat verblijven. Eveneens op basis van wederkerigheid is aan Unieburgers een sterker verblijfsrecht toegekend dan aan niet-Unieburgers, de zogenoemde derdelanders, ongeacht of ze kort of lang in een lidstaat van de EU hebben verbleven.⁸ Ten aanzien van derde landen ontbreekt in de meeste gevallen de wederkerigheid, tenzij daar door een associatieovereenkomst in is voorzien.

3 NATIONALITEIT EN DE AWGB

De AWGB kent de onderscheidingsgrond nationaliteit eveneens, hoewel die grond in art. 1 Grondwet, ter uitwerking waarvan de AWGB was bedoeld, niet voorkomt. Aanvankelijk was de grond niet opgenomen in het wetsvoorstel dat leidde tot de AWGB, maar zij werd er later bij nota van wijziging aan toegevoegd.⁹ Daarmee werd uitdrukkelijk beoogd onderscheid naar nationaliteit in staatkundige zin binnen het bereik van de gelijkebehandelingswetgeving te brengen en zou het een nuttig instrument kunnen zijn voor de CGB. Mijn indruk is evenwel dat de CGB hier niet optimaal gebruik van maakt. De jurisprudentie van het HvJ EG over het verbod van discriminatie naar nationaliteit zou een interessante bron van inspiratie kunnen vormen, maar in de oordelen van de CGB is daarvan, in tegenstelling tot de jurisprudentie over onderscheid naar geslacht, vrijwel geen spoor te vinden. De verklaring daarvoor zou kunnen zijn dat onder de verzoekers die zich beroepen op de gronden ras en nationaliteit maar weinig Unieburgers zijn. Maar wanneer die er wel zijn is het oordeel van de CGB uit het oogpunt van het gemeenschapsrecht soms moeilijk te verdedigen.¹⁰ Naar mijn mening strekt de AWGB zich ook uit over de rechtspositie van Unieburgers¹¹ en ik meen dat zij zich bij de CGB mogen beroepen op het gemeenschapsrecht. Bovendien komt het discriminatieverbod naar nationaliteit ook voor in verschillende associatieovereenkomsten tussen de EG en derde landen, zoals Turkije, Marokko en een aantal Midden- en Oost-Europese landen. Met het oog op de aantallen Turken en Marokkanen in Nederland kunnen deze discriminatieverboden, ook voor de CGB, van belang zijn.

6 Art. 12 EG heeft een algemene strekking en zou daarmee ook van toepassing kunnen zijn op niet-Unieburgers (derdelanders), aangezien hun rechtspositie mede door titel IV EG wordt bestreken en overigens voor Unieburgers in hun hoedanigheid van werknemer of zelfstandige specifieke discriminatieverboden zijn opgenomen in het primaire en secundaire gemeenschapsrecht.

7 Art. 18-21 EG.

8 Er is overigens wel een ontwerprichtlijn inzake de status van langdurig ingezetene voor derdelanders.

9 Zesde nota van wijziging, *Kamerstukken II* 22 014, nr. 36.

10 Zie bijvoorbeeld de oordelen 2001-84, 2002-44 en 2002-155, *RV* 2002, 99 (m.nt. C.A. Groenendijk).

11 In de *MvA* (*Kamerstukken II* 22 014, nr. 5, p. 20) wordt opgemerkt dat met het wetsvoorstel mede wordt beoogd discriminatie van 'buitenlanders' tegen te gaan. Hoewel deze term in onbruik is geraakt, heeft zij van oudsher betrekking gehad op een ieder die niet-Nederlander, dus vreemdeling is in de zin van de Vreemdelingenwet. Daaronder vallen ook Unieburgers.

4.1 *Nationaliteit en het gemeenschapsrecht*

Buiten het reeds genoemde verbod op onderscheid naar nationaliteit dat is opgenomen in art. 12 EG¹² wordt het, in verband met het vrij verkeer van werknemers, herhaald in art. 39 lid 2 EG, en in de uitwerking daarvan in de art. 7 en 8 van Verordening 1612/68/EG voorzover het gaat om werkgelegenheid, beloning en overige arbeidsvoorwaarden. De art. 7 en 8 van Verordening 1612/68/EG precisieren dat met ‘alle voorwaarden voor tewerkstelling en arbeid, met name op het gebied van beloning en ontslag’, ‘sociale en fiscale voordelen’ en ook ‘het recht op toetreding tot vakorganisaties, de uitoefening van syndicale rechten met inbegrip van het stemrecht en het verkiesbaar zijn in de vertegenwoordigende organen van een onderneming’. In een overvloedige jurisprudentie over deze bepalingen (ruim 100 arresten) heeft het HvJ EG onder de noemer van sociale en fiscale voordelen ook de toegang tot allerlei voorzieningen, zelfs een begrafenisverzekering¹³ en verblijfsrecht bij een partner¹⁴ geconstrueerd. Kortom, vrijwel al hetgeen een belemmerende werking heeft of kan hebben op de keuze van een werknemer om naar een andere lidstaat te gaan om er te werken en te verblijven, doet afbreuk aan het nuttig effect van het recht op vrij verkeer. In dat verband onderzoekt het HvJ EG, op dezelfde manier als bij (indirect) onderscheid naar geslacht, of bij (indirect) onderscheid naar nationaliteit sprake is van een legitiem doel waaraan iedere discriminatie vreemd is en of het toegepaste middel geschikt en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken. Deze gemeenschapsrechtelijke benadering is bijvoorbeeld in de CGB-oordelen 2002-44 (beëindigen van een verzekering bij vestiging in het buitenland) en 2002-155 (weigering lidmaatschap van een watersportvereniging van een Brit) onderbelicht gebleven, mijns inziens ten onrechte.

4.2 *Nationaliteit en het associatierecht*

In de associatieovereenkomsten tussen de EG en derde landen, zoals de Associatieovereenkomsten EG-Turkije, EG-Marokko en die met Midden- en Oost-Europese landen (Europa-akkoorden) komen eveneens bepalingen voor die onderscheid naar nationaliteit bij beloning en arbeidsvoorwaarden verbieden. Deze associatieovereenkomsten maken volgens het HvJ EG deel uit van het gemeenschapsrecht, zodat de gemeenschapsrechter bevoegd is om de daarin opgenomen bepalingen uit te leggen.¹⁵ Van die bevoegdheid heeft het HvJ EG gebruik gemaakt door aan de discriminatieverboden naar nationaliteit rechtstreekse werking toe te kennen. Bijgevolg kunnen aanspraken op socialezekerheidsrechten¹⁶ en zelfs – onder omstandigheden – verblijfsaanspraken¹⁷ aan het associatierecht worden ontleend in weerwil van nationale uitsluitingsregelingen.

Dichter bij huis, althans voor de CGB, liggen vooral die uitspraken die gerelateerd zijn aan arbeidsvoorwaarden, zoals het uitsluiten van vaste aanstellingen of het uitsluiten van het actief of passief kiesrecht voor vertegenwoordigende organen, bijvoorbeeld een ondernemingsraad of een personeelsraad.

12 Art. 12 EG kan als grondslag worden aangemerkt voor het toekennen van schadevergoeding aan toeristen die het slachtoffer zijn geworden van een geweldsmisdrijf, *Cowan*, HvJ EG 2 februari 1989, C-186/87, RV 1974-2003, 29 (m.nt. C.A. Groenendijk). Art. 12 EG kan eveneens in de weg staan aan de beperking van uitkeringen aan werkzoekenden, *Collins*, HvJ EG 23 maart 2004, C-138/02 (nog niet gepubliceerd).

13 *O'Flynn*, HvJ EG 23 mei 1996, C-237/94.

14 *Reed*, HvJ EG 17 april 1986, 59/85.

15 *Sevince*, HvJ EG 20 september 1990, C-192/89, RV 1974-2003, 30 (m.nt. C.A. Groenendijk).

16 *Kziber*, HvJ EG 31 januari 1991, C-18/90, RV 1974-2003, 31 (m.nt. P.E. Minderhoud en *Süriil*), HvJ EG 4 mei 1999, C-262/96, RV 1974-2003, 32 (m.nt. P.E. Minderhoud).

17 *El-Yassini*, HvJ EG 2 maart 1999, C-416/96, JV 1999/125 (m.nt. C.A. Groenendijk).

Ten aanzien van in deeltijd werkende Unieburgers had het HvJ EG al eerder de staf gebroken over een Duitse regeling die voor lectoren in vreemde talen – in overwegende mate niet-Duitsers – een tijdelijk arbeidscontract voorschreef. Deze regeling had als achtergrond de wenselijkheid dat deze lectoren op gezette tijden zouden terugkeren naar het land van herkomst, teneinde de kennis van hun moedertaal op peil te houden. Het daaruit voortvloeiende indirect onderscheid naar nationaliteit werd in strijd geacht met art. 39 lid 2 EG.¹⁸ Volgens het HvJ EG geldt dat ook voor Poolse lectoren en wel op grond van art. 37 lid 1 van de Associatieovereenkomst EG-Polen.¹⁹ Om tot die conclusie te komen moest het HvJ EG een tweetal tussenstappen zetten. Allereerst verwijst de bepaling uit deze associatieovereenkomst, zoals vaker het geval is bij dergelijke overeenkomsten, naar nationale voorschriften, in die zin dat nationale voorwaarden en modaliteiten mogen worden toegepast. Dat zou er op kunnen duiden dat op nationaal niveau uitvoeringsmaatregelen zijn vereist, hetgeen een argument zou kunnen zijn om aan de bepaling rechtstreekse werking te ontzeggen. Het HvJ EG doet dat evenwel niet: de nationale voorschriften mogen het gemeenschapsrechtelijke beginsel van non-discriminatie nader preciseren, maar dat staat niet in de weg aan de rechtstreekse werking, omdat voldoende duidelijk en nauwkeurig is aangegeven welke verplichting daaruit voortvloeit.²⁰ Vervolgens geeft het HvJ EG aan dat het non-discriminatiebeginsel in art. 37 Associatieovereenkomst moet worden uitgelegd in analogie met art. 39 lid 2 EG. Dat is niet vanzelfsprekend. Het HvJ EG geeft dat ook aan: of en in hoeverre gelijkkluidende of zelfs identieke bewoordingen in het Oprichtingsverdrag EG en associatieovereenkomsten dezelfde betekenis hebben is afhankelijk van het doel van de betreffende associatieovereenkomst. Is deze laatste gericht op toetreding tot de EG (EU), zoals met de Associatieovereenkomst EG-Polen het geval is, dan ligt een analoge toepassing voor de hand. In andere gevallen, wanneer een vorm van samenwerking tot stand wordt gebracht zonder een oogmerk van toetreding – al dan niet op termijn – kan de betekenis een andere zijn. Maar is de associatie gericht op toetreding en integratie in de Gemeenschap (Europese Unie), dan past het HvJ EG onverkort het beginsel van het nuttig effect (*'effet utile'*) toe, zodat de bepalingen uit de associatieovereenkomst die zich daarvoor lenen, hun volle werking krijgen.

Op overeenkomstige wijze, dus door analoge toepassing en een uitleg op grond van het nuttig effect, heeft het HvJ EG bepaald dat het begrip 'werknemer' in art. 6 Associatiebesluit 1/80 van de Associatieraad EG-Turkije op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als het begrip 'werknemer' in art. 39 EG.²¹ Art. 10 lid 1 Associatiebesluit 1/80 bepaalt vervolgens dat tussen Turkse werknemers en communautaire werknemers geen onderscheid naar nationaliteit mag worden gemaakt met betrekking tot lonen en overige arbeidsvoorwaarden. Van deze bepaling heeft het HvJ EG vastgesteld dat zij rechtstreekse werking heeft.²² Daarmee kan mijns inziens de werking van dit non-discriminatiebeginsel logischerwijs worden doorgetrokken: wanneer geen onderscheid mag worden gemaakt tussen Turkse werknemers en communautaire werknemers én geen onderscheid mag worden gemaakt tussen communautaire werknemers en 'eigen' onderdanen van een lidstaat, dan mag ook geen onderscheid worden gemaakt tussen Turkse werknemers en 'eigen' onderdanen. Wat daar ook van zij, de uitsluiting van Turkse werknemers van het actief en passief kiesrecht voor beroepsverenigingen, zoals in Oostenrijk het geval was, sneuvelde op

18 Spotti, HvJ EG 20 oktober 1993, C-272/92, *Jur.* I-5185.

19 Pokrzeptowicz-Meyer, HvJ EG 29 januari 2002, C-162/00, *RV* 2002, 89 (m.nt. H. Oosterom-Staples).

20 Pokrzeptowicz-Meyer, HvJ EG 29 januari 2002, C-162/00, r.o. 22 en 23.

21 Birden, HvJ EG 26 november 1998, C-1/97, *RV* 1998, 94 (m.nt. C.A. Groenendijk).

22 Zajedno/Birlikte, HvJ EG 8 mei 2003, C-171/01, r.o. 67.

grond van art. 10 Associatiebesluit 1/80.²³ Daarmee is overigens niet gezegd dat ook de uitsluiting van het kiesrecht voor politieke vertegenwoordigende organen, zoals gemeenteraden, in strijd is met het beginsel van non-discriminatie zoals verwoord in art. 10 Associatiebesluit 1/80.

5 NATIONALITEIT EN ART. 26 IVBPR

In het algemeen kader (par. 2) is aangegeven dat de onderscheidingsgrond nationaliteit niet vóórkomt in art. 26 IVBPR. Dat heeft het toezichthoudend orgaan bij dit VN-Verdrag, het Mensenrechtencomité, er niet van weerhouden om nationaliteit in staatkundige zin toch onder deze bepaling te brengen, en wel bij de restcategorie 'andere status' (vergelijkbaar met de grondwettelijke formulering 'op welke grond dan ook' in art. 1 Gw). Zo oordeelde het Mensenrechtencomité naar aanleiding van een klacht van Senegalese militairen die in het Franse leger hadden gediend over het feit dat hun pensioonaanspraak op een lager bedrag was vastgesteld dan voor militairen met de Franse nationaliteit, dat dit in strijd was met art. 26 IVBPR. Frankrijk vond dat verschil gerechtvaardigd omdat de levensstandaard in Senegal lager was dan in Frankrijk, overigens een argument dat in Nederland bij de export van uitkeringen ook nogal eens in stelling wordt gebracht (woonlandbeginsel). Het Mensenrechtencomité meende dat voor dit onderscheid geen redelijke en objectieve rechtvaardiging bestond.²⁴

Bijzondere vermelding verdient in dit verband de uitspraak van het Mensenrechtencomité, waarin het een oordeel gaf over de uitsluiting van een Turkse werknemer van het kiesrecht voor een ondernemingsraad in Oostenrijk. De feiten vertonen enige gelijkenis met de hierboven weergegeven zaak waarin het HvJ EG strijd met art. 10 Associatiebesluit 1/80 constateerde. In dit geval was het kiesrecht evenwel niet slechts voorbehouden aan Oostenrijkers, maar aan Oostenrijkers en andere EER-onderdanen (de kwestie deed zich voor kort voordat Oostenrijk toetrad tot de EEG). Het Mensenrechtencomité stelde vast dat het niet ging om verkiezingen voor een politiek (vertegenwoordigend) orgaan, aangezien het recht op deelname daaraan in art. 25 IVBPR is voorbehouden aan *burgers*, hetgeen uitsluiting van niet-onderdanen mogelijk maakt. Vervolgens werd geconstateerd dat het onderscheid tussen vreemdelingen die niet de nationaliteit van één van de EER-lidstaten hebben en degenen die dat wel hebben, niet redelijk en objectief was gerechtvaardigd en daarom in strijd was met art. 26 IVBPR.²⁵ Dit oordeel is om twee redenen opmerkelijk. Ten eerste vanwege het Oostenrijkse voorbehoud bij art. 26 IVBPR, dat er toe strekt dat dit artikel er niet aan in de weg staat dat onderscheid wordt gemaakt tussen onderdanen en niet-onderdanen, zoals aangegeven in het tweede lid bij art. 1 IVRD. Het Mensenrechtencomité meende dat op dit voorbehoud geen beroep kon worden gedaan, omdat in deze kwestie een onderscheid tussen twee categorieën van vreemdelingen aan de orde was. Daarmee komt het tweede punt in beeld: het Mensenrechtencomité had in een eerdere uitspraak aangegeven dat het toekennen van een bevoorrechte positie aan een bepaalde categorie vreemdelingen op basis van een verdrag redelijk en objectief is gerechtvaardigd in de zin van art. 26 IVBPR. Het Mensenrechtencomité meende dat dit evenwel geen algemeen uitgangspunt is,

23 *Zajedno/Birlikte*, HvJ EG 8 mei 2003, C-171/01, r.o. 94. In dit geval ging het om een verkiezing voor de algemene vergadering van één van de 'Arbeiterkammern', naar Oostenrijks recht publiekrechtelijke lichamen die de belangen behartigen van werknemers. Kiesgerechtigd waren alleen Oostenrijkers.

24 *Gueye e.a. t. Frankrijk*, Mensenrechtencomité 6 april 1989, comm. 196/1985, RV 1989, 98.

25 *Karakurt t. Oostenrijk*, Mensenrechtencomité 4 april 2002, comm. 965/2000, RV 2002, 97 (m.nt. C.A. Groenendijk).

omdat iedere zaak op zijn eigen merites moet worden beoordeeld.²⁶ Dat betekent dat de bevoorrechte positie van bijvoorbeeld Unieburgers ten opzichte van derdelanders niet vanzelfsprekend in overeenstemming is met art. 26 IVBPR, omdat die positie in het Oprichtingsverdrag van de EG is vastgelegd. Daartoe moet worden bezien of in het concrete geval toereikende rechtvaardigingsgronden bestaan.

6 NATIONALITEIT EN ART. 14 EVRM

Hoewel nationaliteit in art. 14 EVRM ontbreekt – evenals in art. 26 IVBPR – heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) onderscheid naar nationaliteit in staatkundige zin onder de werking gebracht van dit artikel. Dat deed het EHRM in een uitspraak naar aanleiding van een klacht over de uitsluiting van een werkloosheidsuitkering van een Turkse werknemer vanwege het feit dat hij niet de vereiste Oostenrijkse nationaliteit had.²⁷ Voor een dergelijk onderscheid legt het EHRM een zwaardere toets aan dan het Mensenrechtencomité bij art. 26 IVBPR: onderscheid dat zuiver en alleen is gebaseerd op nationaliteit in staatkundige zin moet niet alleen redelijk en objectief gerechtvaardigd zijn, er moet bovendien een legitiem doel zijn en er moeten zwaarwegende redenen (*very weighty reasons*) worden aangevoerd om de noodzaak van het onderscheid te kunnen aantonen.²⁸ Het EHRM hanteerde dezelfde toets in een recente uitspraak naar aanleiding van een klacht van een Ivoriaan, aan wie een invaliditeitsuitkering was onthouden omdat hij niet de Franse nationaliteit had en evenmin afkomstig was uit een land waarmee Frankrijk ter zake een verdrag had gesloten.²⁹ In dit geval ontbraken eveneens gewichtige redenen om het onderscheid te kunnen rechtvaardigen. De door de Franse regering aangevoerde rechtvaardiging, dat een evenwicht moest worden nagestreefd tussen de inkomsten uit premies en de uitgaven aan uitkeringen, werd daarmee ontoereikend geoordeeld.

7 AFSLUITING

In de voorgaande paragrafen heb ik een kleine bloemlezing gegeven van oordelen van het HvJ EG, het EHRM en van het VN-Mensenrechtencomité die betrekking hebben op de onderscheidingsgrond nationaliteit in staatkundige zin. In die oordelen zou de CGB aanknopingspunten kunnen vinden om de motivering van haar oordelen inzake nationaliteit te versterken, zodat ze beter aansluiten bij het Gemeenschapsrecht en het internationale recht. De vraag is evenwel of de bevoegdheden die de CGB op grond van de AWGB heeft daarvoor toereikend zijn. Voor de grond nationaliteit zijn er op voorhand twee belemmeringen. Ten eerste art. 2 lid 5 sub *a* AWGB: ‘het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid op grond van nationaliteit geldt niet indien het onderscheid is gebaseerd op algemeen verbindende voorschriften of geschreven of ongeschreven regels van internationaal recht’ en ten tweede art. 4 sub *c* AWGB: ‘deze wet laat onverlet onderscheid dat wordt gemaakt bij of krachtens enige andere wet, welke voorafgaand aan deze wet in werking is getreden’. Voor de wettelijke voorschriften geldt dat zij op grond van art. 94 Gw

26 *Karakurt t. Oostenrijk*, Mensenrechtencomité 4 april 2002, comm. 965/2000, par. 8, met verwijzing naar de zaak *Van Oord t. Nederland*, Mensenrechtencomité 23 juli 1997, comm. 658/1995, zie ook punt 2 van de annotatie van Groenendijk bij deze uitspraak in de zaak *Karakurt*.

27 *Gaygusuz t. Oostenrijk*, EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90, RV 1996, 87 en *NJCM-Bulletin* 1997, p. 461-474 (m.nt. C.A. Groenendijk).

28 *Gaygusuz t. Oostenrijk*, EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90, par. 42.

29 *Poirrez t. Frankrijk*, EHRM 30 september 2003, nr. 40892/98, RV 2003, 81 (m.nt. P.E. Minderhoud).

geen toepassing vinden wanneer die toepassing in strijd is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Het valt te verdedigen dat de CGB daaraan de bevoegdheid kan ontlelen om art. 14 EVRM of art. 26 IVBPR toe te passen, wanneer het voorgelegde verzoek zich daarvoor leent. Dat is met name aan de orde wanneer een beroep kan worden gedaan op rechtstreeks werkende bepalingen van het gemeenschapsrecht, met inbegrip van het associatierecht, temeer omdat deze met voorrang moeten worden toegepast. Voor de uitzondering van onderscheid op grond van geschreven of ongeschreven regels van internationaal recht kan de in paragraaf 5 geschetste specifieke gevalsbenadering van het Mensenrechtencomité bij de toepassing van art. 26 IVBPR uitkomst bieden. Een probleem dat zich bij dit alles voordoet is en blijft uiteraard dat de CGB geen rechterlijke instantie is die bindende uitspraken doet. Dat betekent dat zij in voorkomende gevallen niet is gerechtigd om het HvJ EG een prejudiciële vraag voor te leggen. Dat hoeft de Commissie er evenwel niet van te weerhouden om, evenals de nationale rechter wel doet, te constateren dat naar haar oordeel de handeling of de regeling waarop die handeling is gebaseerd en waarover wordt geklaagd, in strijd is met het gemeenschapsrecht of met het internationale recht en dat het opheffen van die strijd op de weg ligt van de wetgever of, waar het de CGB betreft, op de weg van de rechter. Wanneer daarvoor overtuigende argumenten in stelling worden gebracht zal de laatste er zeker aanleiding in (kunnen) zien om het oordeel van de CGB te volgen en de knoop door te hakken waarvoor de bijl van de CGB te klein is.

