



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Waaldijk, C.; Burri S.D.

Citation

Waaldijk, C. (2005). Wanneer telt (on)gelijke behandeling van (on)gelijke gevallen als indirect onderscheid? *Gelijke Behandeling: Oordelen En Commentaar 2004 (Oordelenbundel Commissie Gelijke Behandeling)*, 149-160. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/5225>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/5225>

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

Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004

Hoofdredacteur:

dr. S.D. Burri

Redactie:

mr. E. Cremers-Hartman

mr. M.J.J. Dankbaar

mr. M. Kroes

mr. P.R. Rodrigues

prof. mr. drs. B.P. Vermeulen

mr. C. Waaldijk

mr. D.J.B. de Wolff

dr. C.M. Zoethout

Met medewerking van:

mr. M.J. Strijkers

dr. R.C. Tobler LL.M.

mr. dr. A.G. Veldman

KLUWER 

Deventer - 2005

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

Mr. C. Waaldijk¹

1 INLEIDING

Volgens artikel 1 van de AWGB is sprake van indirect onderscheid indien onderscheid op grond van een niet verboden criterium onderscheid op grond van een wél verboden criterium 'tot gevolg heeft'. Op grond van de richtlijnen 2000/43/EG (ras) en 2000/78/EG (godsdienst, seksuele gerichtheid, leeftijd en handicap), waaraan de AWGB uitvoering tracht te geven, is daarvan sprake wanneer een beschermde categorie personen in vergelijking met andere personen 'bijzonder' wordt benadeeld.² Dezelfde definities zijn ook opgenomen in de richtlijnen 2002/73/EG en 2004/113/EG (geslacht).³ Volgens Richtlijn 97/80/EG (geslacht), waaraan de AWGB eveneens uitvoering geeft, is vereist dat 'een wezenlijk groter gedeelte van de leden van een geslacht' wordt benadeeld.⁴ In het voorstel voor de zogenaamde 'recast' directive, waarin verschillende richtlijnen over gelijke behandeling van mannen en vrouwen worden samengevoegd en op elkaar afgestemd, is de nieuwe definitie uit de meest recente gelijkebehandelingsrichtlijnen opgenomen.⁵

Het Europese Hof voor de rechten van de mens werkt bij de toepassing van artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van mens sinds enkele jaren ook met een indirect discriminatiebegrip.⁶ De toepassing van het criterium 'disproportionately prejudicial effects' in de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof is echter nog niet goed uitgekristalliseerd.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG geeft niet eenduidig aan wanneer sprake is van een 'wezenlijk groter gedeelte'⁷, en over invulling van het begrip 'bijzondere benadeling' bestaat nog geen jurisprudentie.⁸

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

2 Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180/22 en Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303/16.

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

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

5 COM(2004) 279 def.

6 Zie paragraaf 2, hieronder.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Omdat de Nederlandse regering dergelijke objectieve factoren niet heeft aangevoerd, concludeert het Hof dat de invoering van de inkomenseis inderdaad 'an indirect discriminatory effect' had. Dit is de eerste keer dat het Hof met zoveel woorden van indirecte discriminatie rept. Daarmee is de zaak echter nog niet beslist, omdat het Hof vervolgens nog op zoek gaat naar een redelijke en objectieve rechtvaardiging voor de omstreden maatregel. Een dergelijke rechtvaardiging acht het Hof te liggen in de doelstelling van de wijziging van de AAW, te weten de opheffing van de discriminerende uitsluiting van gehuwde vrouwen zonder dat de kosten van de AAW onaanvaardbaar zouden stijgen.

Het is niet geheel duidelijk hoe en waarom het Hof onderscheid maakt tussen de vraag of een vermoed indirect discriminerend effect het resultaat is van objectieve factoren die geen verband houden met discriminatie, en de vraag of de maatregel redelijk en objectief gerechtvaardigd is.¹⁵ Het Hof van Justitie van de EG, en de CGB, maken dat onderscheid niet. Verder is opvallend dat het Europese Hof voor de rechten van de mens weliswaar zegt dat een vermoeden van indirecte discriminatie kan bestaan indien 'a clearly higher percentage of women than men' door een maatregel wordt getroffen, maar geen moeite doet om die percentages te berekenen of te schatten. Volstaan wordt met de constatering dat er meer vrouwen (3300) dan mannen (1800) door de maatregel zijn getroffen. Volgens mij zou daarbij tenminste vermeld hebben moeten worden dat het totaal aantal AAW-uitkeringsgerechtigde vrouwen in 1991 niet (veel) groter was dan het totaal aan AAW-uitkeringsgerechtigde mannen. Of dat ook zo is, heb ik niet na kunnen gaan. Tenslotte is het opvallend dat het Europees Hof voor de rechten van de mens een andere objectieve rechtvaardigingstoets lijkt te hanteren dan het Hof van Justitie van de EG.¹⁶

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

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

¹⁴ EHRM 6 januari 2005, *Hoogendijk/Nederland*, appl. 58641/00 (nier-ontvankelijkheids beslissing).

¹⁵ Zie daarover ook de noot van J.H. Gerards onder *Hoogendijk* in *European Human Rights Cases 2005*, 24.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Het standaard arrest is: HvJEG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1670 (*Bilka*). Zie voor een overzicht onder meer: C. Tobler, 'Part-time work in the Context of Indirect Discrimination', in: Y. Kravaritou (ed.), *The Regulation of Working Time in the European Union: Gender Approach*, Brussel: P.I.E.-Pieter Lang, 1999, p. 383-410; S. Burri, *Tijd delen. Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 2000, p. 283-345; E. Traversa, 'Protection of Parttime Workers in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2003, p. 219-241; S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: SDU 2004, p. 80-94 en 142-143.

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

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

Volgens de jurisprudentie van de CGB is sprake van indirect onderscheid op een bepaalde grond, wanneer de aan de orde zijnde regeling een door die grond bepaalde categorie personen 'in overwegende mate' treft.²³ De CGB heeft in dit verband vaak benadrukt dat het bij het berekenen van indirect onderscheid om relatieve cijfers moet gaan, en niet om absolute. Het Hof van Justitie van de EG heeft dit uitgangspunt bevestigd.²⁴ De CGB pleegt deze relativiteit in een voetnoot te illustreren met een voorbeeld van een onderneming waar 10 vrouwen werken en 1000 mannen, waarbij er van de vrouwen negen in deeltijd werken en van de mannen ook. Benadeling van deeltijders treft, in absolute aantallen, dus evenveel vrouwen als mannen, maar het gaat er om dat een dergelijke benadeling 90% van de vrouwen en bijna 1% van de mannen treft.²⁵ Anders gezegd: het gaat er niet om hoeveel van de benadeelden vrouw respectievelijk man zijn, maar om de vraag hoeveel procent van de vrouwen respectievelijk van de mannen getroffen worden.

In diverse oordelen heeft de CGB voor indirect onderscheid als criterium gehanteerd dat de vermeend indirect benadeelde groep (bijv. vrouwen) tenminste 1,5 keer zo vaak wordt getroffen als de vergelijkingsgroep (bijv. mannen).²⁶ Die factor 1,5 kan gezien worden als een operationalisering van het criterium 'aanzienlijk kleiner percentage' van het Hof van Justitie. In 2004 lijkt de CGB echter nauwelijks meer (expliciet) met dit criterium te werken. Wel werkt de CGB sinds de oordelen 2003-91 en 2003-92 af en toe met een *Correlatietoets* en een *Chikwadraattoets*.²⁷ De

18 Preambule 13 van Richtlijn 97/80/EG, preambule 15 van Richtlijn 2000/43/EG en preambule 15 van Richtlijn 2000/78/EG (zie noot 4 en noot 2).

19 HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623, r.o. 60 (*Seymour*).

20 HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-127/92, *Jur.* 1993, p. I-5566, r.o. 16 (*Enderby*).

21 HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623, r.o. 61 (*Seymour*).

22 Preambule 15 van Richtlijn 2000/43/EG en preambule 15 van Richtlijn 2000/78/EG (zie noot 2).

23 Zie bijvoorbeeld oordeel 2003-91, overweging 6.17.

24 HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623, r.o. 59 (*Seymour*).

25 Zie bijvoorbeeld oordeel 1998-151, overweging 4.5 met voetnoot 3.

26 Zie onder meer de oordelen 1997-45, 2001-83, 2002-161 en 2003-91.

27 De formules van beide toetsen zijn onder meer te vinden in overweging 5.24 van oordeel 2003-92, en in bijlagen bij de oordelen 2004-1 (integraal opgenomen in deze bundel), 2004-2, 2004-27 en 2004-29. De formules laten zich helaas niet goed printen vanaf www.cgb.nl.

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

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

De Correlatietoets en Chikwadraattoets komen ook ter sprake in de gevoegde oordelen 2004-1 en 2004-2. Daar is de vraag aan de orde of voor deelneming aan een pensioenregeling vóór 17 mei 1990 (de datum van het arrest Barber³¹) een uitzendorganisatie onder meer de voorwaarde mag stellen dat een werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft. Verzoekster was werkzaam als oproepkracht met een stand-by overeenkomst en had niet de verplichting aan een oproep gehoor te geven. Volgens de CGB is het recht op aansluiting bij een pensioen in het geding. Er kan dus een beroep worden gedaan op artikel 141 EG (voorheen 119 EG-Verdrag) op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie, in beginsel met terugwerkende kracht tot 8 april 1976.³² Voor de periode waarin geen pensioenregeling gold is het verzoek niet-ontvankelijk. De CGB acht uitsluiting op grond van de aard van het dienstverband in het geding. Met betrekking tot de vraag of er ook sprake is van indirect onderscheid naar geslacht, overweegt de CGB dat het er op het eerste gezicht naar uit ziet dat onevenredig meer vrouwen dan mannen door het gemaakte onderscheid worden getroffen, maar dat de omvang van het personeelsbestand gering is, waardoor de kans op een vertekend beeld groot is. Daarom moet de vraag volgens de CGB beantwoord worden aan de hand van de Correlatietoets en vervolgens de Chikwadraattoets. Aan de hand van die toetsen 'kan, ook indien het een klein personeelsbestand betreft, worden berekend of er sprake is van indirect onderscheid', aldus de CGB.³³ Toepassing van de toetsen op de door de verweerder

28 Het advies (van 2 mei 2002), waar de Commissie mij inzage in heeft gegeven, behelst een aantal statistische overwegingen, en voorbeelden van toepassingen op twee oudere casusposities.

29 Oordeel 2004-29, overweging 4.5.

30 Oordeel 2004-29, overweging 4.11.

31 HvJ EG 17 mei 1990, zaak 262/88, *Jur.* 1990, p. I-1889 (*Barber*).

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

33 Oordeel 2004-1, overweging 5.14 (integraal opgenomen in deze bundel).

verstreckte gegevens leidt vervolgens tot de conclusie dat de werkgever geen indirect onderscheid naar geslacht heeft gemaakt. Toepassing van de Correlatietoets en de Chikwadraattoets in de gevoegde oordelen 2004-27 en 2004-28 (inzake uitsluiting van deelname in een pensioenvoorziening), waarbij het eveneens om een klein aantal personeelsleden ging, wijst wel op indirect onderscheid naar geslacht (dat de CGB vervolgens niet objectief gerechtvaardigd acht).

In de oordelen 2003-91 en 2003-92 had de CGB de Correlatietoets en de Chikwadraattoets geïntroduceerd als correctie op het voor kleine aantallen minder geschikte criterium dat de vermeend indirect benadeelde groep tenminste 1,5 keer zo vaak wordt getroffen als de vergelijkingsgroep. Daarmee lijken de oordelen 2004-1 en 2004-2 en 2004-27 en 2004-28 in overeenstemming. Jammer is wel dat de CGB in die oordelen geen moeite doet om eerst vast te stellen of het verschil groter of kleiner dan een factor 1,5 is. Waarom de toetsen ook in oordeel 2004-29 toegepast zijn, blijft onduidelijk. In die zaak ging het niet om kleine aantallen, maar om het voltallige personeel van een bierbrouwerij met meer dan 800 werknemers.

De Correlatietoets is bedoeld om vast te stellen of er sterke of zwakke samenhang is. De CGB acht voldoende samenhang aanwezig indien de correlatiecoëfficiënt tenminste 0,2 bedraagt. Dat is natuurlijk een keuze, en staat enigszins op gespannen voet met de stelling in het advies van de Universiteit van Utrecht van 2 mei 2002³⁴, dat een correlatiecoëfficiënt van 0,198 'zwak' is. In oordeel 2004-30 stelt de CGB echter dat een grenswaarde van 0,2 'in de statistiek algemeen aanvaard (is) bij vergelijkbare onderzoeken als die van de Commissie'. Daar is waarschijnlijk wel meer over te zeggen.

De Chikwadraattoets is bedoeld om vast te stellen of de samenhang niet toevallig is. Volgens het advies uit 2002 is deze toets alleen relevant als er sprake is van steekproefgegevens, en niet als de situatie in de totale populatie bekend is. In dat licht is het vreemd dat de CGB de Chikwadraattoets zo vaak toepast, want in de meeste gevallen hebben de beschikbare cijfers betrekking op de gehele populatie (bijvoorbeeld alle werknemers van de betrokken werkgever, of de gehele Nederlandse arbeidsbevolking).³⁵ Het is volgens mij ook onjuist om te spreken van een 'Correlatie- en Chikwadraattoets', zoals de CGB soms doet, omdat het twee verschillende toetsen zijn, waarvan de tweede maar zelden nodig is.

Beide toetsen hebben een groot nadeel: de berekeningen die gemaakt moeten worden zijn zó ingewikkeld dat vrijwel geen verzoeker of wederpartij bij de CGB die zelfstandig zal kunnen uitvoeren of controleren.³⁶ De toets zal door velen, ook juristen, als een *black box* worden ervaren, wat in strijd is met de transparantie die vereist is wanneer statistiek een rol speelt in het recht.³⁷

Het goede aan de Correlatietoets en de Chikwadraattoets is dat duidelijk geformuleerd wordt welke cijfers beschikbaar moeten zijn – of geschat moeten worden – voor het berekenen van indirect onderscheid:

34 Zie noot 28, hierboven.

35 Een uitzondering is de steekproef genoemd in oordeel 2004-31, overwegingen 4.8 en 5.26 (zie hieronder).

36 Dat blijkt op pijnlijke wijze in oordeel 2004-31, waarin de actuaire van verweerster de correlatiecoëfficiënt berekent op 0,18 (dus te weinig om indirect onderscheid aan te nemen), terwijl de CGB op basis van dezelfde basiscijfers uitkomt op een correlatiecoëfficiënt van 0,35 (ruim boven de grenswaarde voor aanname van indirect onderscheid); zie overwegingen 4.8 en 5.26. Doordat de berekeningen niet weergegeven worden in het oordeel, kan de lezer niet vaststellen wie van beiden zich vergist heeft.

37 Zie M. J. Borgers & W. H. van Boom, 'De *acalculie* voorbij', in de door hen geredigeerde bundel *De rekenende rechter*, Den Haag: Boom 2004, p. 177.

$a+c$ = totaal aantal personen uit de vermeend indirect benadeelde groep

(bijv. alle ongehuwde werknemers van een werkgever, of in een bepaalde sector)

a = aantal rechtstreeks door de maatregel benadeelde personen uit de vermeend indirect benadeelde groep (bijv. de ongehuwde werknemers zonder schoolgaande kinderen)

c = aantal niet door de maatregel benadeelde personen uit de vermeend indirect benadeelde groep (bijv. de ongehuwde werknemers met schoolgaande kinderen)

$b+d$ = totaal aantal personen uit de groep waarmee vergeleken wordt

(bijv. alle gehuwde werknemers van een werkgever, of in een bepaalde sector)

b = aantal rechtstreeks door de maatregel benadeelde personen uit de groep waarmee vergeleken wordt (bijv. de gehuwde werknemers zonder schoolgaande kinderen)

d = aantal niet door de maatregel benadeelde personen uit de groep waarmee vergeleken wordt (bijv. de gehuwde werknemers met schoolgaande kinderen)

Blijkens de hierboven aangehaalde overweging van de CGB gaat het erom vast te stellen of het aandeel van a in de vermeend indirect benadeelde groep ($a+c$) voldoende en significant groter is dan het aandeel van b in de vergelijkingsgroep ($b+d$).

In de meeste gevallen kan volgens mij simpelweg volstaan worden met toepassing van de grovere stelregel dat a als percentage van $a+c$ tenminste 1,5 zo groot moet zijn als b als percentage van $b+d$. En dat kan nog wel eenvoudiger gezegd worden. Daarom zal ik in de conclusie van deze bijdrage een voorstel formuleren om dit helderder en begrijpelijker tot uitdrukking te laten komen in de oordelen van de CGB.

Helaas lijkt de CGB niet steeds vragen en antwoorden te formuleren die toegespitst zijn op de genoemde relevante variabelen. Zo vraagt de CGB zich in oordeel 2004-61 (over kinderkorting bij een reisorganisatie) niet eens af of het percentage van ongehuwde ouders dat wel eens alleen op reis gaat met een kind hoger is dan het percentage van gehuwde ouders dat dit doet.³⁸

5

DE CGB-OORDELEN OVER HET HANTEREN VAN EEN FRANCHISE BIJ DE PENSIENOPBOUW

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

38
39

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

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

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

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

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

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

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

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

42 Oordeel 2004-171, overweging 5.10.

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

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

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

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

niet meer. Het zou beter zijn geweest wanneer de CGB in haar zes oordelen expliciet ingegaan zou zijn op deze gegevens. Nu neemt zij wel erg gemakkelijk aan dat er ook in 2000 nog sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht. Of je bij een neergaande trend kunt spreken van een 'minder groot, doch aanhoudend en vrij constant verschil'⁴⁷, lijkt mij de vraag. Wel is het natuurlijk zo, en daar wijst de CGB ook op, dat vrouwen binnen de populatie tweeverdieners doorgaans de minstverdienende partner zijn.⁴⁸ Al met al is het door de onvolledige berekeningen en motiveringen in de oordelen, niet eenvoudig om de CGB te volgen in haar conclusie dat er sprake is van indirect onderscheid naar geslacht.

De vraag of er een objectieve rechtvaardiging is voor het gemaakte indirect onderscheid naar geslacht beantwoordt de CGB vervolgens negatief. De vraag of de franchise in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving wordt inmiddels voorgelegd aan de civiele rechter. Mocht de rechter tot dezelfde conclusie komen als de CGB, dan zou dit verregaande gevolgen hebben voor aanvullende pensioenen die een franchise hanteren.⁴⁹

6 MAAR LEVERT HET HANTEREN VAN EEN FRANCHISE BIJ DE PENSIENOPBOUW EIGENLIJK WEL INDIRECT ONDERSCHIED OP?

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

Een betere benadering zou zijn geweest om te constateren dat de franchise weliswaar in absolute hoogte voor iedere werknemer gelijk is, maar dat deze daarmee voor mensen met een laag salaris relatief hoog en dus nadelig is. Een dergelijke

47 HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623, r.o. 61 (*Seymour*). Zie paragraaf 3, hierboven.

48 Zie onder meer oordeel 2004-35, overweging 5.22.

49 Voor een mogelijke oplossingsrichting, zie Schols-van Oppen 2002, p. 82 (zie noot 40).

50 Zie onder meer oordeel 2004-35, overweging 2.12.

51 Vergelijk oordeel 2004-72, waarin de CGB, vreemd genoeg, zelfs de weigering van een verzekeraar om de aanschaf door een transseksueel van een pruik gedeeltelijk te vergoeden, buiten het bereik van artikel 7 AWGB vindt vallen, omdat de verzekeringsvoorwaarden geformuleerd waren als een aanvulling op de regeling gebaseerd op de Ziekenfondswet (overweging 5.9).

onderscheid tussen lageloners en hogeloners leidt tot een onevenredige benadeling van vrouwen, omdat die over de jaren gemiddeld minder verdienen dan mannen⁵², maar vermoedelijk niet tot een onevenredige benadeling van ongehuwde werknemers. Geen indirect onderscheid naar burgerlijke staat derhalve, maar wel indirect onderscheid naar geslacht.

7 GELIJKE BEHANDELING VAN ONGELIJKE GEVALLEN ALS VORM VAN INDIRECT ONDERSCHIED

Ten aanzien van de franchisezaken zou echter nóg een andere benadering denkbaar zijn geweest. Dat toepassing van een uniforme franchise geen primair onderscheid in de zin van artikel 1, onderdeel c, van de AWGB inhoudt, hoeft immers niet te betekenen dat het gelijkheidsbeginsel niet is geschonden. Het Hof van Justitie van de EG⁵³, het Europese Hof voor de rechten van de mens⁵⁴, en ook de CGB⁵⁵ hebben immers allemaal erkend dat ook *gelijke* behandeling van ongelijke gevallen in strijd met dat beginsel kan zijn.

Dat de CGB en de verzoekers in de franchisezaken niet op het idee zijn gekomen om dat andere aspect van het gelijkheidsbeginsel in te roepen⁵⁶, zou ermee samen kunnen hangen dat het niet met zoveel woorden terug te vinden is in de AWGB.⁵⁷ Op dit punt wijkt de tekst van de AWGB nog af van de tekst van onder meer artikel 2 van Richtlijn 2000/78/EG, waarin staat dat er sprake is van indirecte discriminatie 'wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt'.⁵⁸ Uit deze omschrijving blijkt (veel duidelijker dan uit artikel 1 van de AWGB) dat er ook sprake van indirect onderscheid kan zijn in situaties waarin sprake is van een *gelijke* behande-

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

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

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

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

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

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

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

ling (van ongelijke gevallen) die tot benadeling van een beschermde categorie personen leidt. De Nederlandse wetgeving moet zoveel mogelijk in overeenstemming met de relevante EG-richtlijnen worden uitgelegd. En dat zou de CGB in haar franchise-oordelen hebben kunnen doen. De franchise is immers een evident voorbeeld van een 'ogenschijnlijk neutrale bepaling': alle werknemers worden gelijk behandeld, maar dat levert een bijzondere benadeling op voor vrouwen, gehandicapten en andere groepen die (over de jaren) gemiddeld aanmerkelijk minder verdienen dan anderen.

Bij toepassing van het verbod om ongelijke gevallen gelijk te behandelen zouden vooral de oordelen 2004-171 en 2004-172 veel simpeler hebben kunnen luiden. In ieder geval had dan achterwege kunnen blijven de dubieuze stelling van de CGB dat een alleenstaande zich in het kader van de gelijkebehandelingswetgeving niet slechts mag vergelijken met de kostwinnersrelatie (die beter af is), maar zich ook moet vergelijken met de tweeverdienersrelatie (die nog slechter af is).⁵⁹ Sinds wanneer is het geen discriminatie van B meer, wanneer deze slechter behandeld wordt dan A maar beter dan C?

De tekst van artikel 2 van Richtlijn 2000/78/EG suggereert dat een verboden gelijke behandeling van ongelijke gevallen altijd als *indirecte* discriminatie moet worden gekwalificeerd. De definitie van *directe* discriminatie veronderstelt immers dat 'iemand ongunstiger behandeld wordt dan een ander in een vergelijkbare situatie'. Uit het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Brown* blijkt echter dat onder omstandigheden de gelijke behandeling van zwangere en niet zwangere personen als *directe* discriminatie (naar geslacht) moet worden beschouwd.⁶⁰

Een belangrijk voordeel van een benadering van gelijke behandeling van ongelijke gevallen als een vorm van *indirect* onderscheid is volgens mij echter, dat er dan een kader is waarmee berekend kan worden of er sprake is van een bijzondere benadeling – al is dat kader nog wel voor verheldering vatbaar, zoals hierboven is gebleken.⁶¹ Een mogelijk ander argument om in dit verband van indirect onderscheid te spreken is dat een objectieve rechtvaardigingstoets bij toetsing aan dit aspect van het gelijkheidsbeginsel vaak niet gemist zal kunnen worden. Veelal zal het immers om een evenredigheidsvraag gaan, zeker wanneer men, met de CGB⁶², wil toetsen aan de eis dat ongelijke gevallen ongelijk worden behandeld 'naar de mate van hun ongelijkheid'. Volgens mij zal daarbij onderscheiden moeten worden tussen:

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

8 CONCLUSIE

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

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

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

Daarbij zou dan tenminste een standaardoverweging moeten komen te staan die aangeeft dat voor indirect onderscheid in beginsel vereist is dat het eerste percentage tenminste 1,5 keer zo groot is als het tweede percentage.

In bijzondere gevallen kan de CGB dan ruimte geven aan de verzoekers om, in overeenstemming met het *Seymour*-arrest van het Hof van Justitie⁶³, aannemelijk te maken dat er ondanks een geringer verschil tussen de percentages toch sprake is van een zo sterke correlatie dat van indirect onderscheid gesproken kan worden. Aan wederpartijen zou de CGB toe moeten staan om bij kleine aantallen (bijvoorbeeld minder dan 100 aan een regeling onderworpen personen) met behulp van een correlatietoets aannemelijk te maken dat het eerste percentage weliswaar 1,5 keer zo groot is als het tweede, maar dat de samenhang niet sterk genoeg is. Bovendien zou de CGB in de zeldzame gevallen waarin gewerkt wordt met een steekproef de wederpartij de ruimte moeten geven om aan te tonen dat de correlatie niet significant is.

Al met al zou er dan nog slechts in bepaalde bijzondere gevallen aanleiding zijn voor toepassing van de huidige ingewikkelde Correlatietoets en/of Chikwadraattoets. Zolang er geen transparantere alternatieven zijn gevonden voor deze toetsen, zal de CGB meer aandacht moeten besteden aan het uitleggen en motiveren van de toepassing van die toetsen.⁶⁴

Of de hier voorgestelde tabel zich ook goed zal laten gebruiken om vast te stellen of een omstreden *gelijke* behandeling van ongelijke gevallen verboden (indirect) onderscheid oplevert, zal de tijd moeten leren. Het verdient volgens mij echter aanbeveling om ook dergelijke zaken op die manier te benaderen, en daarmee het verbod van gelijke behandeling van ongelijke gevallen een duidelijker plaats te geven in de gereedschapskist en de jurisprudentie van de CGB.

63 HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. 1-623, r.o. 61 (*Seymour*).

64 Bij mij is de oort als scholier en eerstejaarsstudent opgedane statistische kennis voldoende weggezaakt om mij hier als spreekbuis te profileren van jurist-leken die vinden dat de toepassing van statistiek niet tot onbegrijpelijkheid van juridische oordelen mag leiden. Tegelijkertijd is deze kennis te ver weggezaakt om adequate alternatieven te durven voorstellen.