

Gelijke behandeling: *regels en realiteit*

Een juridische en
rechtssociologische analyse
van de
gelijke-behandelingswetgeving

Onder redactie van:

prof. mr. I.P. Asscher-Vonk
en
prof. mr. C.A. Groenendijk

Sdu Uitgevers, Den Haag 1999

I-5 Uitzonderingen

(art. 2 lid 2 sub a en b, lid 3, 5 lid 2 t/m 6, 7 lid 2 en 3 AWGB)

*W.C. Monster**

B.P. Vermeulen

K. Waaldijk

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de uitzonderingen op het verbod van direct onderscheid behandeld. Deze uitzonderingen zijn vanwege het 'gesloten systeem' limitatief in de wet opgenomen. De uitzonderingen worden door de wetgever objectief gerechtvaardigd geacht. In beginsel kunnen zij in twee categorieën worden ingedeeld. De eerste categorie uitzonderingen betreft gevallen waar het onderscheid naar heersende maatschappelijke opvattingen dwingend volgt uit de aard van het geval of de omstandigheden en waarbij in redelijkheid geen twijfel bestaat over de rechtvaardiging of de noodzaak van het onderscheid. De tweede categorie uitzonderingen heeft tot doel het grondrecht op gelijke behandeling af te bakenen tegenover andere grondrechten, met name de grondrechten vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (art. 6 Grondwet), vrijheid van onderwijs (art. 23 Grondwet) en bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Grondwet).¹

De wetgever heeft de uitzonderingen als volgt gerangschikt. In artikel 2 AWGB staan de uitzonderingen van de eerste categorie. Het gaat in deze bepaling om uitzonderingen op het verbod om onderscheid te maken op grond van enkele van de persoonskenmerken waarop de AWGB betrekking heeft, namelijk geslacht, ras, en nationaliteit. Deze uitzonderingen zijn van toepassing op alle door de AWGB bestreken terreinen: arbeid (art. 5), het vrije beroep (art. 6) en bij het aanbieden van goederen of diensten, bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, alsmede bij het geven van advies of voorlichting over school- of beroepskeuze (art. 7, hierna verder kort samengevat als aanbod van goederen/diensten).

De in artikel 2 AWGB toegelaten uitzonderingen zijn nader uitgewerkt in een besluit, het Besluit Gelijke Behandeling (*Stb.* 1994, 657, hierna het AWGB-besluit).

* De par. 5.6 en 5.10 zijn geschreven door Vermeulen, par. 5.9 door Waaldijk, de overige door Monster. Voor dit hoofdstuk zijn prof.mr. C.A. Groenendijk en prof.mr. S.C.J.J. Kortmann opgetreden als consultant.

¹ Zie minister Hirsch Ballin in *Handelingen II* 1993/94, 22014, p. 3517; toelichting bij het AWGB-besluit p. 4.

De uitzonderingen van de tweede categorie zijn opgenomen in de artikelen 5 en 7 AWGB. De in artikel 5 genoemde uitzonderingen hebben alleen betrekking op de in artikel 5 geregelde arbeidsverhoudingen. De in artikel 7 opgenomen uitzonderingen hebben alleen betrekking op het in dat artikel geregelde verbod van onderscheid bij het aanbod van goederen/diensten. De uitzonderingen van artikel 5 en 7 zijn niet gerelateerd aan persoonskenmerken maar aan de aard van bepaalde functies (art. 5), respectievelijk aan het specifieke karakter van bepaalde te verlenen diensten (art. 7). Met het voorgaande zijn de hoofdlijnen van de ordening van de uitzonderingen aangegeven. Al te strikt moet die ordening echter niet worden genomen. Zo zijn enkele uitzonderingen van artikel 2 ook gerelateerd aan de uit te oefenen functie, terwijl een uitzondering van artikel 5 is gerelateerd aan één bepaald persoonskenmerk. In de artikelen 2 (inclusief het AWGB-besluit), 5 en 7 AWGB worden de details van de hoofdlijnen uitgewerkt. In onderstaand schema wordt een overzicht gegeven.

AWGB art.	persoonskenmerk	uitzonderingen	terrein waarop van toepassing			bespr. in par.
			arbeid	vrij beroep	goederen/ diensten	
2 lid 2 sub a	geslacht	geslachtsbepaaldheid	x	x	x	5.2
2 lid 2 sub b	geslacht	bescherming moederschap	x	x	x	5.2
2 lid 3	geslacht	voorkeursbehandeling	x	x	x	5.2
2 lid 3	etn/cult minderh.	voorkeursbehandeling	x	x	x	5.3
2 lid 4	ras	rasbepaaldheid	x	x	x	5.4
2 lid 5 sub a	nationaliteit	a.v.v/(on)geschreven regels van internationaal recht	x	x	x	5.5
2 lid 5 sub b	nationaliteit	nationaliteit bepalend	x	x	x	5.5
5 lid 2 sub a	alle	instellingen gods/levensbesch.	x			5.6
5 lid 2 sub b	alle	instellingen politiek	x			5.6
5 lid 2 sub c	alle	instellingen bijz. onderwijs	x			5.6
5 lid 3	alle	privé-karakter werkverh.	x			5.7
5 lid 4	alle	bestuurs/adviesorganen	x			5.8
5 lid 5	alle	vertrouwensfuncties	x			5.8
5 lid 6	burgerlijke staat	pensioenen	x			5.9
7 lid 2	alle	bijzonder onderwijs			x	5.10
7 lid 3	alle	privé-karakter rechtsverh.			x	5.10

De uitzonderingen vertonen een aanzienlijke variatie en elke uitzondering heeft specifieke eigenaardigheden. Zij zullen dan ook in dit hoofdstuk elk apart worden behandeld, met dien verstande dat de uitzonderingen betreffende geslacht samengenomen worden. Daarbij wordt de volgorde aangehouden zoals die in de wet is gegeven. In het schema is de paragraafindeling aangegeven (5.2 tot en met 5.10)

Bij de bespreking zal worden ingegaan op de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie, gevolgd door een evaluatie. In paragraaf 5.11 komt de verhouding tot hogere rechtsnormen aan de orde en in paragraaf 5.12 worden de bevindingen samengevat.

Niet aan de orde komt in dit hoofdstuk het verbod op indirect onderscheid dat objectief gerechtvaardigd is. In artikel 2 lid 1 AWGB wordt dergelijk onderscheid beschouwd als een uitzondering op het verbod van onderscheid. Dat onderwerp is evenwel al in hoofdstuk I-4 behandeld. Evenmin zal worden ingegaan op het verbod op onderscheid naar arbeidsduur van de artikelen 7:648 BW en 125g Ambtenarenwet. In deze bepalingen is niet de constructie gevolgd dat er voor direct onderscheid limitatieve uitzonderingen in de wet zijn opgenomen; voor zowel direct als indirect onderscheid kunnen namelijk objectieve rechtvaardigingsgronden worden aangevoerd. Voorts wordt niet ingegaan op de per 1 september 1996 vervallen uitzondering van artikel 29 AWGB en de oordelen van de CGB in dat kader.²

5.2. Uitzonderingen betreffende geslacht

5.2.1 Teksten

Artikel 2 lid 2 AWGB

“Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid op grond van geslacht geldt niet:

- a. in gevallen waarin het geslacht bepalend is en
- b. in gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, met name in verband met zwangerschap en moederschap.”

Artikel 2 lid 3 AWGB

“Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet, indien het onderscheid tot doel heeft vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.”

Artikel 2 lid 6 AWGB

“Bij algemene maatregel van bestuur worden de in het tweede, vierde en vijfde lid, onderdeel b, bedoelde gevallen nader omschreven.”

De in artikel 2 lid 6 AWGB genoemde algemene maatregel van bestuur is vastgelegd in het Besluit gelijke behandeling (*Stb.* 1994, 657, hierna: het AWGB-besluit). Artikel 1 sub a en sub c tot en met i van dit Besluit heeft betrekking op de uitzondering van artikel 2 lid 2 sub a, AWGB en artikel 1 sub b van het AWGB-besluit heeft betrekking op de uitzondering van artikel 2 lid 2 sub b, AWGB.

2 Oordelen 95-69 (kredietverlening) en 96-63 (studiefinanciering).

AWGB-besluit artikel 1

“Als gevallen waarin het geslacht bepalend is, bedoeld in artikel 2, tweede lid, onderdeel a, van de Algemene wet gelijke behandeling, alsmede waarin het de bescherming van de vrouw betreft, bedoeld in artikel 2, tweede lid, onderdeel b, van die wet, worden aangemerkt die gevallen die behoren tot één of meer van de volgende categorieën:

- a. de toegang tot de beroepsactiviteiten en de hiervoor noodzakelijke opleidingen bedoeld in artikel 5, derde lid, aanhef en onderdeel b, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, en die, bedoeld in artikel 1 van het Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn;
- b. de bescherming van de gezondheid alsmede de geneeskundige behandeling of verzorging, waaronder begrepen geneeskundig onderzoek, in verband met zwangerschap, moederschap, de voortplantingsfunctie van de mens of anderszins de lichamelijke verschillen tussen mannen en vrouwen betreffende, voor zover voor een doelmatige bescherming dan wel behandeling of verzorging onderscheid op grond van geslacht nodig is.
- c. de bescherming van de zedelijkheid van personen jonger dan zestien jaar;
- d. het gebruik van sanitaire voorzieningen, baden, sauna's of slaap- of kleedruimten die zijn bestemd voor gebruik door twee of meer personen voor zover voor mannen en vrouwen gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn;
- e. de bescherming tegen of bestrijding van seksueel geweld of seksuele intimidatie of de hulpverlening aan slachtoffers van seksueel geweld of seksuele intimidatie, voor zover voor een doelmatige bescherming, bestrijding of hulpverlening onderscheid op grond van geslacht nodig is;
- f. de deelname aan schoonheidswedstrijden voor zover het geslacht van belang is in verband met het doel van de wedstrijd;
- g. de deelname aan activiteiten op het terrein van spel of sport, voor zover een relevant verschil bestaat tussen de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen, dan wel voor zover het de toelating tot voor mannen en vrouwen gescheiden activiteiten in internationaal verband betreft en in internationaal verband afspraken zijn gemaakt of regels gelden die meebrengen dat eisen worden gesteld aan het geslacht van de deelnemers;
- h. de verzekering van een risico dat afhankelijk is van het leven van een persoon tegen een van het geslacht van die persoon afhankelijke premie, voor zover het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen het verschil in premie redelijkerwijs meebrengt;
- i. het verlenen van diensten die uitsluitend kunnen worden verleend aan mannen dan wel vrouwen.”

5.2.2 Inleiding

De AWGB kent drie uitzonderingen op het verbod tot het maken van onderscheid op grond van geslacht: gevallen waarin het geslacht bepalend is (hierna: *geslachtsbepaaldheid*), gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, met name in verband met zwangerschap en moederschap (hierna: *bescherming van het moederschap*) en indien het onderscheid tot doel heeft vrouwen een bevoorrechte positie toe

te kennen ten einde feitelijke ongelijkheden op te heffen (hierna: voorkeursbehandeling).

In beginsel zijn de uitzonderingen van toepassing op de artikelen 5, 6 en 7 van de AWGB. De betekenis voor de in de artikelen 5 en 6 AWGB geregelde arbeid is echter niet groot. Gelijke behandeling van vrouwen en mannen bij de arbeid was al vóór de totstandkoming van de AWGB geregeld in de artikelen 7:646 en 647 BW (voor wat betreft de privaatrechtelijke arbeidsverhouding) en in de WGBm/v (voor wat betreft andere arbeidsverhoudingen en het vrije beroep). Deze wetgeving wordt in artikel 4 sub a en b van de AWGB onverlet gelaten. Hieruit volgt dat de uitzonderingen in de AWGB op het verbod tot het maken van onderscheid op grond van geslacht alleen relevant zijn voor het terrein van de arbeid als het om een arbeidsverhouding gaat die niet onder het BW of de WGBm/v valt. In hoofdstuk I-3 is ingegaan op dit onderwerp en aangegeven aan welk soort arbeidsverhoudingen gedacht kan worden. Over gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid, inclusief de uitzonderingen, zoals geregeld in de WGBm/v, is veel literatuur en rechtspraak. Ook was het onderwerp van een aparte studie in opdracht van de overheid.³ Het lijkt niet aangewezen om in het kader van het onderhavige onderzoek uitgebreid op deze materie in te gaan. In het onderstaande zal dan ook in beginsel vooral aandacht worden besteed aan de betekenis van de hier aan de orde zijnde uitzonderingen in verband met het aanbieden van goederen/diensten, met de aantekening echter dat de betekenis voor het terrein van de arbeid aan bod kan komen ter verduidelijking.

5.2.3 Wetsgeschiedenis

De wetsgeschiedenis van de AWGB met betrekking tot de drie uitzonderingen op het verbod tot het maken van onderscheid op grond van geslacht is summier, met name ten aanzien van geslachtsbepaaldheid en bescherming van het moederschap. Daarvoor kunnen twee oorzaken worden aangewezen. In de eerste plaats vormden deze uitzonderingen geen nieuw element in het kader van gelijke-behandelingswetgeving, zij kwamen (en komen) ook voor in de gelijke-behandelingswetgeving van het BW en de WGBm/v. Deze regelingen vormen de implementatiewetgeving van de eerste en tweede EG-richtlijn met betrekking tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid. De tweede EG-richtlijn laat de drie uitzonderingen uitdrukkelijk toe (maar het betreft geen verplichting), en zij zijn door Nederland overgenomen.

Het 'nieuwe' in het kader van de AWGB betreft het gegeven dat de uitzonderingen ook van toepassing werden op het aanbod van goederen/diensten. Uit het feit dat er bij de behandeling van de AWGB nauwelijks op de uitzonderingen is ingegaan, zou

3 Blom 1994.

afgeleid kunnen worden dat de strekking en reikwijdte van de uitzonderingen dank zij literatuur en rechtspraak van het HvJEG inmiddels alom duidelijk werden geacht en hun werking in het kader van artikel 7 AWGB daarmee ook voldoende helder. Bovendien was het de bedoeling de uitzonderingen geslachtsbepaaldheid en bescherming van het moederschap nader uit te werken in het op basis van artikel 2 lid 6 AWGB op te stellen AWGB-besluit. Het gegeven dat er een besluit zou worden opgesteld zou een tweede oorzaak voor het stilzwijgen van de wetshistorie kunnen zijn. Wellicht was de gedachtegang dat in het Besluit zou worden aangegeven of en in hoeverre de betekenis van de uitzonderingen in het kader van de AWGB zou afwijken van de betekenis in het kader van de WGBm/v.

Het AWGB-besluit beoogt duidelijkheid en rechtszekerheid te verschaffen en te voorkomen dat de uitzonderingen in de praktijk in niet bedoelde gevallen worden gehanteerd. Er wordt in aangegeven hoe de in de wet (globaal) geformuleerde uitzonderingen dienen te worden opgevat. Het Besluit maakt (impliciet) duidelijk dat de uitzonderingen strikt moeten worden uitgelegd. Situaties die niet in het Besluit zijn omschreven, kunnen niet als een uitzondering worden beschouwd.

De summiere wetsgeschiedenis brengt mee dat over dat onderwerp weinig is te zeggen. Uitgaand van de veronderstelde gedachtegang van de regering dat de betekenis van de uitzonderingen bekend is uit de WGBm/v zal daarom daar, waar de wetsgeschiedenis zwijgt, worden ingegaan op de betekenis van de bepalingen in het kader van de WGBm/v, alsook op de opvattingen van de regering zoals die blijken uit de toelichting bij het AWGB-besluit.

5.2.3.1 Geslachtsbepaaldheid

De enige opmerking van regeringszijde tijdens de parlementaire behandeling over de uitzondering geslachtsbepaaldheid betrof de volgende. Voor een geslaagd beroep op geslachtsbepaaldheid moet aan strenge eisen worden voldaan. Zo betekenen de woorden 'in gevallen' dat per concreet (dus meestal het individuele) geval moet worden getoetst of terecht een beroep op de uitzondering wordt gedaan. Voorbeeldsgewijs is daarbij gewezen op het aanbieden van goederen/diensten door instellingen als blijf-van-mijn-lijfhuizen.⁴

In het kader van de WGBm/v geldt de uitzondering geslachtsbepaaldheid voor bepaalde functies, vanuit de gedachte dat er beroepen zijn die uitsluitend door hetzij mannen, hetzij vrouwen kunnen worden verricht. De EG-autoriteiten waren evenwel van mening dat de uitzondering zeer restrictief uitgelegd moest worden omdat achterhaalde stereotype denkbeelden over mannen- en vrouwenwerk dienden te worden uitgebannen. Daarom werden de Lidstaten van EG-zijde verplicht tot het opstellen van een limitatieve lijst van dergelijke functies. In Nederland is dat gebeurd in het

4 *Kamerstukken II 1990/91, 22014, nr. 3, p. 15.*

Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn (hierna: WGB-besluit, *Stb.* 1989, 207). Hetzelfde systeem is gevolgd voor de 'gevallen' waarin het geslacht bepalend is uit de AWGB, ook al geldt er geen EG-verplichting daartoe met betrekking tot het aanbod van goederen/diensten. Maar de achterliggende gedachte is eender. Het aantal 'gevallen' waarin het geslacht bepalend is bij het aanbod van goederen/diensten, moet beperkt worden geacht.

Artikel 1 sub a van het AWGB-besluit verwijst naar het WGB-besluit. Deze bepaling heeft dus relevantie wanneer een onder de AWGB (en niet onder het BW of de WGBm/v) vallende arbeidsverhouding aan de orde is. De leden c tot en met i van artikel 1 AWGB-besluit hebben betrekking op het aanbod van goederen/diensten. Zij betreffen achtereenvolgens bescherming van de zedelijkheid, sanitaire voorzieningen, bescherming tegen seksueel geweld, de deelname aan schoonheidswedstrijden, spel en sport, actuariële berekeningen voor de premies van levensverzekeringen en het verlenen van diensten. In de nota van toelichting bij het AWGB-besluit wordt op de bepalingen apart ingegaan. Relevant is vooral de opmerking in het kader van artikel 1 sub g, waaruit blijkt dat het toegelaten onderscheid geldt in de situaties waar verschil in fysieke kracht, uithoudingsvermogen of lichaamsbouw een rol speelt.

De in het Besluit genoemde 'gevallen' zijn voor aanpassing vatbaar. De evaluatie zou daarvoor een goede gelegenheid zijn, aldus de paragrafen 3.3 en 4 van de toelichting bij het AWGB-besluit.

Hoewel over de uitzondering geslachtsbepaaldheid in het algemeen geen discussie is geweest tijdens de parlementaire behandeling, is er wel het nodige gedebatteerd over artikel 1 sub h van het AWGB-besluit betreffende actuariële berekeningen.⁵ De bepaling staat toe dat voor mannen en vrouwen verschillende premies worden geheven voor levensverzekeringen. In de praktijk komt het er op neer dat vrouwen een hogere premie betalen dan mannen vanwege de hogere leeftijdverwachting. Het parlement was daar niet onverdeeld gelukkig mee.

5.2.3.2 Bescherming van het moederschap

Bij de parlementaire behandeling is aan de uitzondering 'bescherming van het moederschap' geen woord gewijd. De betekenis van deze uitzondering in het kader van de WGBm/v is in de loop der jaren ontwikkeld in de rechtspraak van het HvJEG. Diverse malen is uitgesproken dat het doel van de bepaling is de bescherming van de fysiologische gesteldheid van de vrouw en de bijzondere band tussen de moeder en haar kind,⁶ dat wil zeggen de bescherming van de gezondheid in verband met de fy-

5 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 90; nr. 10 p. 32-37 en *Handelingen II* 1990/91, p. 3604-3605.

6 HvJEG 12 juli 1984 (Hofmann), *Jur.* 1984, p. 3047; HvJEG 30 april 1998 (Thibault), *Jur.* 1998, p. I-2011, *JAR* 1998, 139 en *RN* 1998, 925 m.nt. Monster, HvJEG 27 oktober 1998 (Boyle), *Jur.* →

sieke of biologische aspecten van 'moederschap'. Daartoe strekkende behandeling valt onder de onderhavige uitzondering. Onduidelijk was aanvankelijk evenwel welke concrete behandeling moest worden beschouwd als dienend ter bescherming van het moederschap bij de arbeid.⁷ Op een case-by-case basis is nader aangegeven wat wel en niet als vallend onder de bepaling kan worden beschouwd. Niet als bescherming te beschouwen is een verbod aan vrouwelijke politiefunctionarissen om wapens te dragen,⁸ een algemeen verbod op nachtarbeid van vrouwen⁹ of regels in collectieve arbeidsovereenkomsten (CAO's) die moeders meer rechten geven in verband met kinderen dan vaders (vrijaf bij eerste schooldag of verjaardagen e.d.) of, meer algemeen: maatregelen die betrekking hebben op de organisatie van het gezinsleven en de rolverdeling tussen echtgenoten.¹⁰ Wel als bescherming is te beschouwen een verbod op nachtarbeid van zwangere vrouwen,¹¹ een adoptieverlof dan wel een ouderschapsverlof alleen voor moeders,¹² en een langdurig verlof na de bevalling.¹³

De Nederlandse regering onderschrijft de opvatting van het HvJEG, gezien de opmerking bij de Reparatiwetgeving dat de bepaling beperkt moet worden uitgelegd, dat 'moederschap' alleen betrekking heeft op jong moederschap en dat bij 'bescherming' gedacht moet worden aan bescherming tegen de fysieke gevolgen van zwangerschap en moederschap. Als voorbeeld van dergelijke bescherming werd genoemd verlenging van het zwangerschaps-/bevallingsverlof¹⁴ (destijds in het parlement aanhangig). De omschrijving van het HvJEG is overigens ruimer dan die van de Nederlandse regering: ook de bescherming van de bijzondere band tussen de moeder en haar kind valt onder het doel. Deze doelstelling is door de nationale wetgever nooit genoemd.

Op te merken valt dat het woord 'vrouw' in de gegeven omschrijving geen zelfstandige betekenis heeft, ook al spreekt de tekst van bescherming van de vrouw *met name* in verband met zwangerschap en moederschap. In werkelijkheid gaat het *uitsluitend* om bescherming in verband met zwangerschap/bevalling/zogen. Een enkel beroep op de uitzonderingsbepaling waarin geen sprake was van deze omstandigheden,

n.n.g., *RN* 1999, 1002 en HvJEG 19 november 1998 (Pedersen), *Jur.* n.n.g., *RN* 1999, 1003 m.nt. Monster.

7 Vgl. A-G Darmon in de conclusie bij HvJEG 8 november 1990 (Herz), *Jur.* 1990, p. I-3979, *RSV* 1992, 156.

8 HvJEG 15 mei 1986 (Johnston), *Jur.* 1986, p. 1663.

9 HvJEG 25 juli 1991 (Stoeckel), *Jur.* 1991, I-4017, *RN* 1991, 203 m.nt. Steyger.

10 HvJEG 25 oktober 1988 (Commissie-Frankrijk), *Jur.* 1988, p. 6332.

11 Het arrest Stoeckel en HvJEG 5 mei 1994 (Habermann), *Jur.* 1994, p. I-1657, *JAR* 1994, 136.

12 HvJEG 26 oktober 1983 (Commissie-Italië), *Jur.* 1983, p. 3273, *NJ* 1985, 1 en het arrest Hofmann.

13 De arresten Thibault en Boyle.

14 *Kamerstukken II* 1986/87, 19908, nr. 3, p. 13.

is door het HvJEG ook nooit gehonoreerd,¹⁵ een opvatting die door de CGB altijd is gevolgd in de oordelen in het kader van de WGBm/v.¹⁶

Afgezien van het voorgaande zij vermeld dat er sinds 1994 een aparte EG-richtlijn is,¹⁷ waarin de verplichting tot het nemen van bepaalde beschermende maatregelen bij de arbeid in verband met zwangerschap, bevalling en zogen, is vastgelegd.

De opvattingen van de regering inzake de betekenis van 'bescherming van het moederschap' in het kader van de AWGB zijn te vinden in de toelichting op artikel 1 sub b van het AWGB-besluit. Daar wordt gesteld dat de gevallen waarin het beschermende maatregelen betreft in verband met zwangerschap en moederschap, een species zijn van gevallen waarin het geslacht bepalend is. Ook wordt opgemerkt dat onderscheid in de zin van positieve of beschermende behandeling van zwangere vrouwen of vrouwen met jonge kinderen de normale situatie behoort te zijn. "Hier geldt dat de feitelijke ongelijkheid in deze gevallen tot een evenredige ongelijkheid in behandeling behoort te leiden. Gelijke behandeling zou in dergelijke gevallen onder omstandigheden zelfs kunnen worden aangemerkt als strijdig met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Benadeling van vrouwen in verband met beschermende maatregelen moet toelaatbaar worden geacht als zij noodzakelijk zijn voor de bescherming van de vrouw, haar vrucht of haar kind", aldus de nota van toelichting bij het Besluit (p. 8).

Voorbeeldsgewijs zijn de volgende situaties genoemd: het aan vrouwen bieden van de mogelijkheid hun jonge kinderen borstvoeding te geven (bijvoorbeeld in zogenoemde kolfkamers), beschermende maatregelen tijdens de zwangerschap en de lactatieperiode, bescherming tegen blootstelling aan chemische stoffen op de arbeidsplaats, periodiek preventief gezondheidsonderzoek naar baarmoederhalskanker, onderzoek op risicofactoren in het kader van hart- en vaatziekten, inenting van meisjes tegen de ziekte rode hond en dienstverlening in het kader van de verloskundige zorg.

5.2.3.3 Voorkeursbehandeling

In de in artikel 2 lid 3 AWGB toegelaten uitzondering 'voorkeursbehandeling' wordt de in de WGBm/v toegelaten voorkeursbehandeling van vrouwen bij de arbeid uitgebreid tot voorkeursbehandeling voor vrouwen bij het aanbod van goederen/diensten en voorkeursbehandeling van etnische en culturele minderheden op alle door de AWGB bestreken terreinen. Het doel van de bepaling volgt direct uit de wetstekst: het opheffen/verminderen van feitelijke ongelijkheden. Meer in het alge-

¹⁵ Zie de reeds genoemde arresten Johnston, Stoeckel en Commissie-Frankrijk.

¹⁶ Zie de oordelen 89-14, 95-46, 96-50.

¹⁷ Richtlijn 92/85/EG inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, *Pb. EG* L 381/1 (EG-zwangerschapsrichtlijn).

meen gaat het ook om het bevorderen van mentaliteitsverandering.¹⁸ In deze paragraaf wordt ingegaan op voorkeursbehandeling van vrouwen. Voorkeursbehandeling van etnische/culturele minderheden komt in paragraaf 5.3 aan de orde.

Bij de parlementaire behandeling is aan deze uitzondering meer aandacht gegeven dan aan de uitzonderingen geslachtsbepaaldheid en bescherming moederschap. Impliciet is te kennen gegeven dat de in het kader van de WGBm/v ontwikkelde criteria voor voorkeursbeleid van vrouwen bij de arbeid ook geacht worden te gelden voor voorkeursbeleid van vrouwen bij het leveren van goederen en diensten. Er is namelijk gerefereerd aan hetgeen eerder is gezegd in het kader van voorkeursbehandeling van vrouwen bij de arbeid, en herhaald wat daar is uitgesproken.¹⁹ Voorkeursbehandeling is een strikt omschreven begrip. Zo moet het schriftelijk worden vastgelegd en voldoen aan bepaalde vereisten. De regering gaf aan het niet wenselijk te vinden dat de uitleg/toepassing van deze uitzondering ten aanzien van de verschillende terreinen uiteenloopt. Gesteld werd dat voorkeursbehandeling een afwijking betekent van het beginsel van gelijke behandeling van individuele personen. Een voorkeursbeleid zal dan ook in het spanningsveld van een achterstandsbeleid en de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling in individuele gevallen moeten functioneren. Tevens is ingegaan op de (in het kader van de WGBm/v ontwikkelde) voorwaarden waaraan voorkeursregelingen moeten voldoen:

- de achterstand moet duidelijk aantoonbaar zijn aan de hand van bijvoorbeeld statistische gegevens (referentiekader). In de praktijk zal met name van belang zijn op welke wijze de mate van achterstand wordt vastgesteld. Het voorkeursbeleid moet daarop worden afgestemd;
- de inhoud en de kracht van het beleid moet worden gerechtvaardigd door de mate van achterstand (proportionaliteit);
- het voorkeursbeleid moet zodanig zijn dat de gekozen maatregelen ook daadwerkelijk tot effect kunnen hebben dat de achterstand ten opzichte van de bevoorrechte groep personen wordt verminderd of opgeheven.

Kern van al deze voorwaarden is de eis dat het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het doel van de voorkeursbehandeling.²⁰ In verband met dit laatste is het zinsdeel “en in een redelijke verhouding staat tot het beoogde doel” in de wetstekst opgenomen.

Toegezegd is voorts dat er een notitie zal worden uitgebracht over de randvoorwaarden van voorkeursbehandeling bij werving, selectie en aanstelling in openbare

18 Vgl. ook de wetsgeschiedenis van het VN-vrouwenverdrag: *Kamerstukken I* 1990/91, 18950, nr. 72a, p. 7.

19 *Kamerstukken II* 1987/88, 19908, nr. 6, p. 32 (reparatiewetgeving WGBm/v); *Kamerstukken I* 1990/91, 18950, nr. 72a, p. 7 (VN-vrouwenverdrag).

20 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014 nr. 5, p. 74.

dienst, waarin uitvoerig zal worden ingegaan op het vraagstuk van de verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel van de artikelen 1 en 3 Grondwet en de voorkeursbehandeling van groepen en personen in een achterstandssituatie.²¹

Bij voorkeursbeleid bij de arbeid wordt onderscheiden in drie vormen van voorkeursbeleid: alleen werven onder vrouwen, voorkeur geven bij voldoende geschiktheid of alleen voorkeur geven aan vrouwen bij gelijke geschiktheid. Voor zover het voorkeursbeleid van vrouwen bij de arbeid betreft moet gehandeld worden conform de rechtspraak van het HvJEG. In twee recente arresten²² heeft het HvJEG zijn opvattingen weergegeven over de mate waarin voorkeursbeleid voor vrouwen bij de arbeid is toegestaan. Een algemene conclusie is in ieder geval dat het Hof in deze arresten een ruimhartige voorkeursbehandeling niet toestaat. Doordat de arresten echter niet geheel duidelijk zijn, lopen de meningen uiteen ten aanzien van de vraag waar het Hof de grenzen precies legt. Het is evenwel de vraag hoe de EG-rechtspraak zich in de toekomst zal ontwikkelen. De arresten Kalanke en Marschall zijn (ook) op EG-niveau sterk bekritiseerd. Het gevolg is geweest dat in het EG-verdrag zelf een bepaling over voorkeursbehandeling is opgenomen (art. 119 oud, thans art. 141). Zij lijkt meer ruimte te geven voor voorkeursbehandeling dan de rechtspraak van het HvJEG. Niettemin behoeft deze rechtspraak (zoals tot nu toe verschenen) in beginsel niet gevolgd te worden als het voorkeursbehandeling van vrouwen bij het aanbod van goederen/diensten betreft.²³ Dit kan er evenwel toe leiden dat de uitleg/toepassing van voorkeursbeleid op het terrein van de arbeid niet (meer) overeenkomt met de uitleg/toepassing van voorkeursbeleid bij het aanbod van goederen/diensten. Een situatie die – zoals hiervoor is aangegeven – door de regering niet gewenst wordt geacht.

5.2.4 Jurisprudentie

5.2.4.1 Algemeen

In het algemeen zijn er in de oordelen van de CGB twee hoofdlijnen te onderkennen in het omgaan met de uitzonderingen. Zij gelden niet alleen voor de uitzonderingen op het verbod tot het maken van onderscheid op grond van geslacht, maar ook voor al de andere uitzonderingen die in dit hoofdstuk nog zullen worden besproken.

De eerste hoofdlijn betreft de algemene opvatting (standaardoverweging) dat uitzonderingen strikt moeten worden geïnterpreteerd teneinde te voorkomen dat het gebod van gelijke behandeling al te zeer wordt uitgehold. Bij de toets of een concreet geval binnen de termen valt van één van de uitzonderingen zoals de wet of de Besluiten

21 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 74-75.

22 HvJEG 17 oktober 1995 (Kalanke), *Jur.* 1995, p. I-3051, *SMA* 1995, p. 663 e.v. en HvJEG 11 november 1997 (Marschall), *Jur.* 1997, p. I-6363, *JAR* 1997, 264.

23 Zie hieromtrent ook Wentholt 1988a.

die uitwerken, beziet de Commissie dan ook zorgvuldig of daarbij voldaan wordt aan alle daarin gestelde eisen. Dit alles is conform de bedoeling van de wetgever.

De tweede hoofdlijn betreft het gegeven dat de CGB zich in beginsel lijdelijk opstelt ten aanzien van de vraag of een uitzondering van toepassing is. Dat wil zeggen dat de Commissie doorgaans wel memoreert dat er bepaalde uitzonderingen zijn, maar als daaromtrent in casu niets is gesteld of gebleken, wordt er geen verder onderzoek naar gedaan. Voor het geval er wel een beroep op de uitzondering wordt gedaan, ligt het op de weg van degene die dat beroep doet, om aan te geven op welke argumenten deze, gelet op de wet en de Besluiten, is gegrond. Deze dient tenminste aannemelijk te maken dat aan de daarin vervatte strenge eisen wordt voldaan.

Hierna wordt in beginsel alleen ingegaan op de oordelen die betrekking hebben op de toepassing van de uitzonderingen op de door de AWGB bestreken terreinen. Voor de duidelijkheid echter worden daarbij soms ook oordelen van vóór de invoering van de AWGB betrokken.

5.2.4.2 *Geslachtsbepaaldheid*

Commissie gelijke behandeling De CGB heeft vele oordelen geveld inzake geslachtsbepaaldheid bij de arbeid, waarbij de uitzondering zeer strikt werd geïnterpreteerd. Even strikt is de Commissie in de vier uitspraken inzake geslachtsbepaaldheid bij het aanbieden van goederen/diensten. Zo valt het verbod tot deelname door vrouwen aan een schietwedstrijd niet onder de uitzondering van artikel 1 sub g van het AWGB-besluit (97-36). Ook een verzekeringsmaatschappij die ontharing van mannen niet vergoedt, kan geen beroep doen op één van de bepalingen van het Besluit, omdat ook bij mannen sprake kan zijn van ontsierende haargroei (97-49). Een beroep op het veelbesproken artikel 1 sub h van het AWGB-besluit was aan de orde in oordeel 95-04. De zaak betrof het aloude feit dat particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeraars geen uitkering verlenen voor arbeidsongeschiktheid welke is ontstaan door zwangerschap/bevalling (dat wil zeggen tijdens het verlof), tenzij hierbij medische complicaties optreden. Het beroep van de verzekeraar op (onder meer) artikel 1 sub h, AWGB-besluit ging echter volgens de Commissie niet op, omdat het in deze bepaling gaat om premiedifferentiatie bij levensverzekeringen en niet om uitsluitende polisvoorwaarden zoals in casu. Gelijkluidend was het oordeel in een zaak waarin een vrouw stelde dat de leeftijd waarop nog krediet wordt verleend, voor vrouwen hoger zou moeten zijn dan voor mannen, omdat vrouwen ouder worden dan mannen. Ook in dit geval oordeelde de CGB dat dit onderwerp niet onder artikel 1 sub h van het AWGB-besluit valt, aangezien de daar toegestane uitzondering voor sterftetabellen die differentiëren naar geslacht alleen voor levensverzekeringen geldt (97-89).

In een zaak betreffende de weigering van de toegang tot een danswedstrijd voor paren van gelijk geslacht (97-29), oordeelde de CGB dat deze weigering niet viel onder de reikwijdte van artikel 1 sub g van het AWGB-besluit. Het oordeel berustte op de toets aan het artikel 1 sub g van het Besluit als eerste genoemde criterium, namelijk de vraag of er bij dansen een relevant verschil bestaat tussen de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen. De Commissie achtte dit niet het geval. Een toets aan het in artikel 1 sub g, als tweede genoemde criterium, namelijk of hier wellicht aan de orde was de toelating tot voor mannen en vrouwen gescheiden activiteiten in internationaal verband, waarbij in internationaal verband afspraken zijn gemaakt of regels gelden die meebrengen dat eisen worden gesteld aan het geslacht van de deelnemers, bleef achterwege. Een dergelijke wedstrijd was volgens de Commissie niet in het geding. In literatuur over dit oordeel wordt niettemin melding gemaakt van de afwijzende reactie van de voorzitter van de International Dance Federation.²⁴

24 Bruinsma 1997.

Rechter De president van de rechtbank Utrecht oordeelde in kort geding²⁵ over de vraag of de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (KNVB) een vrouw kon uitsluiten van deelname aan de landelijke voetbalcompetitie, terwijl zij wel mocht meedoen aan de regionale competities. De president van de rechtbank achtte die uitsluiting niet toegestaan op grond van het feit dat onderscheid tussen regionaal en landelijk niveau niet geoorloofd is. Het beleid van de KNVB kon dus niet door de beugel. In het vonnis merkte de president verder in het algemeen op dat er geen rechtsregel bestaat die een vereniging verbiedt om onderscheid te maken tussen man en vrouw. Op onderscheid tussen mannen en vrouwen in de sport ging hij niet in, en ook over het bestaan van artikel 1 sub h, AWGB-besluit werd gezwegen.²⁶

5.2.4.3 Bescherming van het moederschap

Commissie gelijke behandeling De enige uitspraak betreffende *bescherming van het moederschap in het kader van de arbeid* waarbij aan de hand van de AWGB werd geoordeeld, betrof de afwijzing van een (niet zwangere) vrouw voor een functie waarin met toxische stoffen, waaronder lood, werd gewerkt. Die arbeid zou schadelijk zijn voor de gezondheid van de vrouw (95-55). De oordeelsvorming vond plaats op basis van artikel 1 sub b van het AWGB-besluit. Gezien de totale situatie van het betrokken bedrijf (dat er naar streefde ook tot voor vrouwen veilige arbeidsomstandigheden te komen, maar nog niet zo ver was) oordeelde de Commissie dat vooralsnog het beroep op de uitzondering kon worden gehonoreerd. Dit oordeel kan echter niet representatief worden geacht, omdat het een arbeidssituatie betrof die niet onder de AWGB viel, maar onder artikel 7:646 BW. De beoordeling op basis van de AWGB moet daarom een vergissing worden geacht.

Op het terrein van *goederen/diensten* is er eveneens één uitspraak van de CGB. In oordeel 96-24 is aan de orde de weigering van een zwangere vrouw tot toegang tot een dansavond van een dansschool waar zij al zes jaar als leerling stond ingeschreven. De school beriep zich op de uitzondering bescherming van het moederschap. De CGB onderzocht de zaak op basis van artikel 1 sub b van het AWGB-besluit en met name de 'doelmatigheid' van de bescherming. De Commissie kwam tot de conclusie dat door de wederpartij op geen enkele wijze nader onderbouwd kon worden dat er sprake is van noodzakelijke bescherming en ook de Commissie zelf achtte dat niet aannemelijk. Daardoor kon er van 'doelmatige bescherming' geen sprake zijn en ging het beroep op de uitzondering niet op.

Rechterlijke oordelen inzake bescherming van het moederschap op de door de AWGB bestreken terreinen zijn niet bekend.

25 Pres. Rb. Utrecht, 7 november 1995, KG 1996, 11 (vgl. par. 3.5.6).

26 Zie hierover Van Veen & De Winter 1996.

5.2.4.4 Voorkeursbehandeling

Commissie gelijke behandeling In de oordelen inzake voorkeursbehandeling van vrouwen bij de arbeid op basis van de WGBm/v heeft de (oude) CGB een aantal hoofdlijnen vastgelegd die ook van belang zijn voor de toepassing van voorkeursbeleid in het kader van de AWGB, gezien de door de regering geuite wenselijkheid betreffende overeenstemmende uitleg/toepassing van voorkeursbeleid in de WGBm/v enerzijds en AWGB anderzijds. Relevant in dit kader is in de eerste plaats het gegeven dat de CGB strenge eisen stelt aan de kenbaarheid van voorkeursbeleid. Een advertentie moet duidelijk zijn; als er voorkeursbeleid wordt gevoerd dient dat expliciet in de advertentie vermeld te worden. Het is niet genoeg als alleen diverse malen het woord 'vrouw' in de advertentie voorkomt (96-58). Bij de toets van de inhoud van een voorkeursbeleid houdt de CGB zich strikt aan de bij de wetsgeschiedenis gegeven criteria en het in de wet vastgelegde evenredigheidsbeginsel. Ten aanzien van het eerste criterium stelt de Commissie (al sinds oordeel 90-33) de eis dat de achterstand van vrouwen moet worden vastgesteld per functiesoort en -niveau die een duidelijk eigen toestroom uit de arbeidsmarkt hebben. De achterstand wordt bepaald door het concrete aandeel per functiesoort/-niveau te vergelijken met het relevante potentiële aanbod van vrouwen op de arbeidsmarkt (94-04, 95-35, 97-20, 96-97, 97-121). Een voorkeursbeleid voldoet niet als eenvoudig wordt gestreefd naar een fifty-fifty man-vrouw-verhouding zonder cijfermatige onderbouwing (97-20). Indien van een achterstand niet blijkt, mag geen voorkeursbeleid worden gevoerd (94-04). Dat mag ook niet als er na de vervulling van een vacature geen achterstand meer is (95-35).

In het eerste oordeel na het arrest Kalanke (96-97) stelde de CGB dat de wijze waarop zij voorkeursbeleid toetste altijd al in overeenstemming was met deze uitspraak. In latere oordelen (na Marshall, uit welk arrest (onder meer) opgemaakt kan worden dat het Hof alleen de minst harde vorm van voorkeursbeleid goedkeurt: voorkeursbeleid bij gelijke geschiktheid), lijkt het er toch op dat de CGB de toets strikter toepast (98-44,²⁷ 98-97 en 98-144).

In een aantal onder de vigeur van de AWGB gewezen oordelen van de CGB betreft het voorkeursbeleid dat zowel op vrouwen als op de eveneens in artikel 2 lid 3 AWGB genoemde etnische/culturele minderheden betrekking had. Deze oordelen worden in paragraaf 5.3.3 besproken.

Oordeel 98-02 betrof voorkeursbeleid voor vrouwen bij zowel het leveren van *goederen/diensten*, als toegang tot het *vrije beroep*. In deze zaak werd de vraag voorgelegd of er strijd zou zijn met het beginsel van gelijke behandeling als een op te richten coöperatieve vereniging ter exploitatie van een taxibedrijf, het lidmaatschap van de vereniging alleen zou openstellen voor vrouwen en alleen aan vrouwelijke chauff-

27 Zie ook AB 1998, 226 m.nt. Holtmaat.

feurs een taxi zou verhuren. Inzake het eerste criterium oordeelde de Commissie dat het moeilijk is het relevante potentiële aanbod op de arbeidsmarkt te berekenen, maar dat het aannemelijk is dat er een achterstand van vrouwen in deze branche bestaat. Het middel – absolute voorkeur voor vrouwen – werd echter te zwaar geacht, zeker in het licht van het eerste criterium. Bovendien werd in het arrest Marschall het bij voorbaat uitsluiten van mannen in het geheel niet gerechtvaardigd geacht, aldus de Commissie. Gezien dit alles werd het voorgenomen voorkeursbeleid door de CGB in strijd bevonden met het beginsel van gelijke behandeling. In deze zaak werd dus ook ten aanzien van het leveren van goederen en diensten de rechtspraak van het HvJEG betrokken

5.2.5 Evaluatie

Bij de evaluatie van de hiervoor besproken regelingen van de artikelen 2 lid 2 en lid 3 AWGB gaat de aandacht met name uit naar het AWGB-besluit en naar de stroomlijning met de overeenkomende bepalingen in de WGBm/v. Daarbij wordt ook de literatuur betrokken. Aangetekend zij echter dat er geen algemene literatuur is over de uitzonderingen zoals die in het AWGB-besluit zijn omschreven. Wel is er specifieke literatuur naar aanleiding van bepaalde oordelen van de CGB.

5.2.5.1 AWGB-besluit

In de toelichting bij het AWGB-besluit is er uitdrukkelijk op gewezen dat in het evaluatieonderzoek van de AWGB ook het Besluit dient te worden betrokken (p. 7). Daarbij zou het in de eerste plaats moeten gaan om de vraag of het gezien de maatschappelijke ontwikkelingen gerechtvaardigd is een bepaalde beschrijving van een categorie van gevallen te handhaven. Met nadruk geldt dit voor artikel 1 van het AWGB-besluit, waarin de uitzonderingen geslachtsbepaaldheid en bescherming moederschap worden uitgewerkt. Uit de toelichting bij het AWGB-besluit is tevens op te maken dat het de bedoeling is dat daarmee tegelijkertijd wordt voldaan aan de opdracht van artikel 11, lid 3 van het VN-vrouwenverdrag, in welke bepaling de Staten die Partij zijn bij het VN-vrouwenverdrag verplicht worden “om de voor vrouwen beschermende wetgeving met geregelde tussenpozen opnieuw te bezien”, aldus de toelichting.

Een tweede doel van de evaluatie van het AWGB-besluit zou zijn om na te gaan of en in hoeverre het AWGB-besluit en het WGB-besluit geharmoniseerd of geïntegreerd zouden kunnen worden. Daarbij gaat het dus om de stroomlijning. Op deze laatste vraag wordt in paragraaf 5.2.5.2 ingegaan. Hier wordt de eerste vraag behandeld.

Voor zover het *geslachtsbepaalde functies* uit artikel 1 sub a van het AWGB-besluit betreft, geldt dat er geen op de AWGB gebaseerde procedures zijn geweest. Op basis van de praktijk kan daarover dus weinig worden gezegd.

Van de bepalingen van artikel 1 sub c tot en met i van het AWGB-besluit met betrekking tot *geslachtsbepaaldheid*, waren de artikelen 1 sub g, h en i aan de orde in de rechtspraak van de CGB. In alle gevallen achtte de CGB de bepaling waarop een beroep werd gedaan niet van toepassing. De bepalingen werden zeer strikt uitgelegd, in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever.

In de literatuur was er discussie over de uitleg van de zinsnede in artikel 1 sub g van het AWGB-besluit 'voor zover een relevant verschil bestaat tussen de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen'. Enerzijds is de opvatting verdedigd dat het moet gaan om de gemiddelde prestatie van een bepaalde vrouw en een bepaalde man. Anderzijds is gesteld dat het moet gaan om de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen als groep.²⁸ Het betrof dus een interpretatievraag en niet de kwestie of de bepaling al of niet diende te worden gewijzigd of aangepast.

Daarnaast heeft het oordeel van de CGB inzake de dansschool de gemoederen beziggehouden. De kritiek was in dit geval gericht op het oordeel van de Commissie dat het ging om direct onderscheid op grond van geslacht, dan wel indirect onderscheid op grond van seksuele gerichtheid. De critici stelden daarentegen dat het in feite ging om direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid.²⁹ In feite ging het in dit commentaar dus om het in hoofdstuk I-4 gesignaleerde fenomeen dat er, al naar gelang de feiten en omstandigheden van de casus, verschillende discriminatiegronden in aanmerking kunnen komen, met als consequentie dat er mogelijk wel of geen uitzonderingen zijn toegelaten. Als in casu was gekozen voor direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid was een beroep op een uitzondering niet mogelijk geweest. Het commentaar op zich had echter geen betrekking op de in het AWGB-besluit omschreven uitzondering als zodanig, maar op de aanpak van de casus.

Op grond van het voorgaande kan worden gesteld dat de praktijk met name aanleiding geeft tot aanpassing van artikel 1 sub g, in verband met de duidelijkheid. Daarnaast is er theoretisch bezwaar te maken tegen artikel 1 sub h van dit Besluit. De door de wetgever aangelegde criteria voor de in het Besluit opgenomen uitzonderingen was dat het daar toegelaten onderscheid naar heersende maatschappelijke opvattingen dwingend volgt uit de aard van het geval of de omstandigheden, waarbij het bovendien gaat om gevallen waarin in redelijkheid geen twijfel bestaat over de rechtvaardiging of de noodzaak van het onderscheid.³⁰ Aan deze criteria voldoet

28 Van Veen & De Winter 1996 en de reactie daarop van Barels 1996.

29 Zie over dit oordeel voorts Mattijssen 1997 en Waaldijk 1997.

30 Toelichting AWGB-besluit p. 4.

artikel 1 sub h van het Besluit niet. Uit de parlementaire discussie over deze bepaling bleek juist dat er geen sprake was van een eensluidende maatschappelijke opvatting en dat er veel twijfel bestond over de rechtvaardiging en de noodzaak van het onderscheid. Sindsdien is de algemene maatschappelijke opvatting op dit punt alleen nog maar verder ontwikkeld in de richting dat dergelijk onderscheid juist niet behoort te worden toegestaan. Deze bepaling komt derhalve in aanmerking voor schrappen.

Een andere vraag is waartoe een beoordeling in het licht van artikel 11, lid 3 van het VN-vrouwenverdrag leidt. Genoemde bepaling verplicht volgens de toelichting bij het AWGB-besluit tot een evaluatie van vrouwen beschermende wetgeving. De artikelen 1 sub a en c tot en met i van het AWGB-besluit worden kennelijk door de wetgever als dergelijke wetgeving beschouwd. De verplichting van artikel 11 lid 3 VN-vrouwenverdrag heeft echter op een beperkt terrein betrekking: alleen op het gebied van de arbeid en alleen op maatregelen in de sfeer van de arbeidsomstandigheden die gericht zijn op de bescherming van de voortplantingsfunctie van mannen en vrouwen en op maatregelen die te beschouwen zijn als 'bescherming van het moederschap'.³¹ Dergelijke bepalingen komen in de artikelen 1 sub a en c tot en met i, AWGB-besluit niet voor.

Met betrekking tot de uitwerking van de uitzondering *bescherming van het moederschap* in artikel 1 sub b van het AWGB-besluit is een eerste opmerking de volgende. Uit de tekst van de bepaling zou opgemaakt kunnen worden dat zij alleen betrekking heeft op het aanbod van goederen/diensten. Gezien de aanvullende voorbeelden in de toelichting, waar wordt gewezen op kolfkamers, beschermende maatregelen tijdens de zwangerschap en de lactatieperiode en bescherming tegen blootstelling aan chemische stoffen op de arbeidsplaats, is evenwel af te leiden dat de bepaling ook betrekking heeft op de arbeid. Of dat inderdaad de bedoeling is, is echter niet duidelijk. Een nadere uitwerking van bescherming van het moederschap is er in ieder geval niet in het WGB-besluit dat uitwerking geeft aan de uitzondering geslachtsbepaalde functies van de WGBm/v. Daaruit vloeit voort de vraag of een beoordeling van de uitzondering 'bescherming van het moederschap' op basis van de WGBm/v mede moet plaatsvinden aan de hand van artikel 1 sub b van het AWGB-besluit. De CGB leek daartoe geneigd, gezien het oordeel 95-55 betreffende de vrouw die solliciteerde naar een functie in een bedrijf waar met lood werd gewerkt. In ieder geval is de bepaling aanleiding voor de opmerking dat zij niet helder en inzichtelijk is voor wat betreft de werkingssfeer.

31 Zie International Labour Office 1985. Zie ook: Monster, Cremers & Willems 1998, p. 62 en 177-188.

Een tweede opmerking betreft het gegeven dat blijkens de toelichting bij het AWGB-besluit 'bescherming van het moederschap' ruimer wordt geïnterpreteerd dan in het kader van de WGBm/v. In laatstgenoemde context heeft bescherming van het moederschap alleen te maken met de fysieke aspecten van het moederschap: zwangerschap, bevalling en zogen (zie par. 5.2.3.2). In het kader van de AWGB gaat het gezien de toelichting bij het Besluit ook om niet fysieke aspecten van moederschap zoals periodiek preventief gezondheidsonderzoek naar baarmoederhalskanker, onderzoek op risicofactoren in het kader van hart- en vaatziekten en inenting van meisjes tegen de ziekte rode hond. Ook in dit verband kan worden gewezen op oordeel 95-55. De betreffende vrouw was niet zwanger, en toch was de CGB van mening dat in de casus de uitzondering 'bescherming van het moederschap' aan de orde was.

Bedacht zij evenwel dat er geen vrijheid is bij de interpretatie van 'bescherming van het moederschap' bij de arbeid. Er dient overeenstemming te zijn met de EG-jurisprudentie inzake gelijke behandeling en inzake de EG-zwangerschapsrichtlijn. Ook de CGB betreft in enkele recente oordelen deze richtlijn (98-131 en 98-134).

Voorgaande punten zijn aanleiding voor de stelling dat artikel 1 sub b, AWGB aanpassing behoeft. Een mogelijkheid is de bepaling te splitsen in een deel dat betrekking heeft op de arbeid en een deel dat betrekking heeft op het aanbod van goederen/diensten. Een andere mogelijkheid komt in de stroomlijningsparagraaf aan de orde.

Een toets aan artikel 11 lid 3 van het VN-vrouwenverdrag komt neer op de vraag of mannen of vrouwen op de arbeidsplaats overmatig, dat wil zeggen niet noodzakelijk en met mogelijk discriminerende gevolgen, worden beschermd tegen schade aan hun voortplantingscapaciteit, dan wel of zwangere, pas bevallen of zogende vrouwen én hun vrucht of pasgeborenen, op de arbeidsplaats overmatig worden beschermd tegen schade aan hun gezondheid. Op deze punten bevat artikel 1 sub b van het AWGB-besluit evenmin concrete bepalingen als de overige leden van artikel 1. Een dergelijke toets kan dus niet plaatsvinden.

Daarmee blijkt dat het uitgangspunt dat tegelijk met een AWGB-evaluatie voldaan kan worden aan artikel 11 lid 3 van het VN-vrouwenverdrag te pretentius is. Bescherming tegen schade aan de gezondheid (op het gebied van de voortplanting) is geregeld in de Arbeidsomstandighedenwet en het op deze wet berustende Arbeidsomstandighedenbesluit. Het gaat daar vaak om gedetailleerde voorschriften ten aanzien van specifieke arbeid. Daarnaast is het werken met chemische stoffen een belangrijke aandachtfactor. Het antwoord op de vraag of bescherming tegen de invloed van dergelijke stoffen al of niet voldoende is, vereist specifieke kennis en is ter beoordeling aan op dat terrein deskundigen. Ook de CGB zelf is daarvoor niet toegerust.

Dit geeft aanleiding tot de conclusie dat evaluatie van het AWGB-besluit niet mede dient te omvatten de evaluatie van artikel 11 lid 3 van het VN-vrouwenverdrag.

Voorkeursbehandeling van vrouwen bij de arbeid of bij het aanbod van goederen/diensten is niet nader in het AWGB-besluit uitgewerkt. Wél is het de uitzondering waarover het meest is geschreven, ook vóór de totstandkoming van de AWGB. Kern van de zaak is dat voorkeursbehandeling van een bepaalde groep door niet onder die groep vallende personen wordt ervaren als achterstelling, zeker waar het gaat om voorkeursbehandeling van vrouwen bij de arbeid. In dit verband wordt in de literatuur dan ook aandacht gewijd aan de wenselijkheid van voorkeursbehandeling. Vandaar ook wellicht de enge grenzen voor voorkeursbeleid die in de arresten Kalanke en Marschall worden getrokken. Daartegenover staat echter dat voorkeursbehandeling juist alleen voor achtergestelde groepen mag gelden en in beginsel dient te worden beëindigd zodra er van achterstelling geen sprake meer is. In de literatuur wordt er dan ook op gewezen dat voorkeursbehandeling dient ter verwezenlijking van materiële gelijkheid (in plaats van alleen formele) en dat het in feite gewoon sociaal beleid is.³² En in de opvatting van de regering gaat het om een mentaliteitsverandering: naarmate er meer vrouwen op de arbeidsmarkt verschijnen – en met name in voorheen door mannen gedomineerde beroep(sgroep)en – zal het als ‘gewoner’ worden ervaren dat die vrouwen er zijn.

In het algemeen gesproken is voorkeursbehandeling dus een uitzondering die veel commotie oproept. Evaluerende opmerkingen kunnen echter nauwelijks worden gemaakt. Uit de oordelen van de CGB blijkt dat de Commissie de toelaatbaarheid van een voorkeursbeleid streng en zorgvuldig toetst. Bovendien is de Commissie gebonden aan de EG-rechtspraak en moet worden afgewacht hoe die rechtspraak zich zal ontwikkelen in het kader van de nieuwe bepaling in het EG-verdrag. Wel is het een vraag of de mede door de EG-jurisprudentie voorgeschreven omzichtigheid waarmee met voorkeursbehandeling van vrouwen bij de arbeid wordt omgegaan, ook moet gelden als het gaat om voorkeursbehandeling van vrouwen bij het aanbod van goederen/diensten. Zeker in het licht van het gegeven dat er op het laatstgenoemde punt veel minder sprake is van een ‘maatschappelijk debat’ dan waar het voorkeursbehandeling van vrouwen bij de arbeid betreft.

Een apart punt van aandacht is ten slotte het verschil tussen de drie uitzonderingen op het verbod van onderscheid op grond van geslacht. Er zijn diverse (en verspreide) opmerkingen waaruit op te maken zou zijn dat er nauwelijks verschil is. Zo wordt in de toelichting bij het AWGB-besluit gesteld dat bescherming van het moederschap een species is van geslachtsbepaaldheid. Op EG-niveau is eens opgemerkt dat be-

32 Zie hierover Loenen 1993 en *Kamerstukken I* 1992/93, 22014, nr. 212c, p. 8.

scherming van het moederschap een specifieke vorm van voorkeursbehandeling inhoudt.³³ De CGB heeft eens aangegeven dat zij geen groot verschil zag in een beroep op bescherming van het moederschap of geslachtsbepaaldheid, dergelijke beroepen sluiten elkaar niet uit (89-14), al verloopt de toets anders gezien de verschillende doelstellingen van die twee uitzonderingen.³⁴ Een beroep op zowel voorkeursbeleid als geslachtsbepaaldheid in de termen van de WGBm/v acht de CGB echter weer niet mogelijk (90-118).

Dat er verwarring bestaat tussen de uitzonderingen is in de literatuur al eerder geconstateerd.³⁵ Het gaat ook vaak om hetzelfde. Er zijn allerlei culturele argumenten om bepaalde beroepen niet open te stellen voor vrouwen omdat zij te zwaar zouden zijn of omdat vrouwen moeten worden beschermd. Daarbij draagt de zinsnede 'bescherming van de vrouw met name in verband met zwangerschap en moederschap' natuurlijk ook niet bij aan de helderheid.

De vraag kan worden gesteld of die verwarring niet is doorbreken; het zou bijdragen aan de duidelijkheid en helderheid. Zeker nu inmiddels het verschil tussen de uitzonderingen wel min of meer is uitgekristalliseerd. Voor geslachtsbepaalde gevallen is een limitatieve lijst, duidelijk is geworden wat bescherming van het moederschap bij de arbeid inhoudt en voor het overige zijn de doelstellingen van de drie uitzonderingen geheel verschillend. De redenen om van geslachtsbepaaldheid te spreken zijn immers van geheel andere aard dan die om het moederschap te beschermen of een functie bij voorkeur voor vrouwen open te stellen teneinde de achterstand van vrouwen op de arbeidsmarkt in te halen.

Ter wille van de helderheid en inzichtelijkheid is daarom aan te bevelen artikel 1 sub b van het AWGB-besluit niet alleen te splitsen in een arbeidsrechtelijk deel en een deel dat betrekking heeft op het aanbod van goederen/diensten, maar ook om de uitzondering in een apart artikel te verwerken en daarbij in een aangepaste toelichting niet meer op te nemen dat 'bescherming van het moederschap' een species is van geslachtsbepaaldheid.

5.2.5.2 Stroomlijning

De stroomlijningsvraag met betrekking tot de uitzonderingen geslachtsbepaaldheid, bescherming van het moederschap en voorkeursbehandeling is van bijzonder belang omdat deze uitzonderingen ook in de WGBm/v voorkomen. Stroomlijning is relevant voor eenvoud in de regelgeving, voor helderheid en inzichtelijkheid, hanteerbaarheid en consistentie.

33 Zie A-G Darmon in conclusie bij HvJEG 8 november 1990 (Herz) in integrale tekst in *Jur.* 1990, p. 3998, r.o. 9 en het HvJEG in de zaak Boyle n.a.v. voordeel-nadeel-afweging.

34 Er zijn veel andere voorbeelden, zie *Monster* 1995, p. 259 e.v.

35 *Prechal* 1984, p. 395; *Prechal & Burrows* 1990, p. 104 e.v.; *Ellis* 1998, p. 242-244.

Er kan worden onderscheiden in externe en interne stroomlijning. Onder externe stroomlijning wordt dan verstaan de stroomlijning van de regels in de WGBm/v en de AWGB. Bij interne stroomlijning gaat het om stroomlijning van de uitzonderingen in de AWGB zelf, voor wat betreft de toepasbaarheid op het terrein van de arbeid enerzijds en op het terrein van het aanbod van goederen/diensten anderzijds. Hieronder komen diverse aspecten inzake externe en interne stroomlijning aan de orde. Tevens wordt ingegaan op de vraag of integratie van het WGB- en AWGB-besluit mogelijk is.

In verband met externe stroomlijning kan in de eerste plaats worden gewezen op aspecten die de consistentie betreffen.

- In de AWGB worden rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt van de werking van de wet uitgesloten. In de WGBm/v wordt het geestelijk ambt blijkens de betreffende bepaling een geslachtsbepaalde functie geacht.

Artikel 5 lid 3 WGBm/v

“Als beroepsactiviteiten en hiervoor noodzakelijke opleidingen waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan het geslacht bepalend kan zijn, worden slechts beschouwd die welke behoren tot respectievelijk opleiden voor een of meer van de volgende categorieën:

- a. geestelijke ambten;
- b. de beroepsactiviteiten van acteur, actrice, zanger, zangeres, danser, danseres of van kunstenaar of kunstenares, voor zover deze activiteiten betrekking hebben op het vertolken van bepaalde rollen;
- c. overige beroepsactiviteiten, nader bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen.”

Het verdient aanbeveling om in beide wetten het geestelijk ambt op gelijke wijze te categoriseren (zie hieromtrent ook hoofdstuk I-3).

- Consistentie ontbreekt eveneens in de gedachtegang die ten grondslag ligt bij de verwerking van de uitzonderingen in artikel 5 lid 3 sub b en c, WGBm/v enerzijds en het WGB-besluit anderzijds. Het WGB-besluit luidt als volgt.

“Als beroepsactiviteiten en hiervoor noodzakelijke opleidingen waarvoor in voorkomend geval vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan het geslacht bepalend kan zijn, worden slechts beschouwd die welke behoren tot respectievelijk opleiden voor een of meer van de volgende categorieën:

- a. de beroepsactiviteiten die om lichamelijke redenen uitsluitend door personen van een bepaald geslacht kunnen worden vervuld;
- b. de beroepsactiviteiten van de mannelijke of vrouwelijke mannequin, die bepaalde kledingstukken moet tonen door ze te dragen;

- c. de beroepsactiviteiten van modellen voor beeldend kunstenaars, fotografen, cineasten, kappers, grimeurs en schoonheidsspecialisten;
- d. de beroepsactiviteiten binnen particuliere huishoudens die inhouden de persoonlijke bediening, verzorging, verpleging of opvoeding van, dan wel hulpverlening aan een of meer personen;
- e. de beroepsactiviteiten die inhouden de persoonlijke verzorging, verpleging of opvoeding van dan wel hulpverlening aan personen, indien de goede uitoefening van de aangeboden betrekking binnen het geheel van de arbeidsorganisatie ertoe noodzaakt dat deze wordt vervuld door een persoon van een bepaald geslacht;
- f. de beroepsactiviteiten die inhouden de behandeling of bejegening van personen, indien wegens ernstige schaamtegevoelens bij deze personen de goede uitoefening van de aangeboden betrekking binnen het geheel van de arbeidsorganisatie ertoe noodzaakt dat deze wordt vervuld door een persoon van een bepaald geslacht;
- g. de beroepsactiviteiten waarvan de vervulling of uitoefening door personen van een bepaald geslacht feitelijk wordt belemmerd door wettelijke voorschriften betreffende de bescherming van personen van dat geslacht bij de arbeid;
- h. de beroepsactiviteiten die uitgeoefend worden:
 - in andere Lid-Staten van de Europese Gemeenschappen, indien in de betreffende Lid-Staat ingevolge de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 (76/207/EG) deze beroepsactiviteiten aan personen van een bepaald geslacht zijn voorbehouden;
 - in landen die geen Lid-Staat zijn van de Europese Gemeenschappen indien door het aldaar geldend recht deze beroepsactiviteiten aan personen van een bepaald geslacht zijn voorbehouden;
- i. de door de Minister van Defensie aan te wijzen beroepsactiviteiten bij de krijgsmacht.”

In de toelichting bij het WGB-besluit is gesteld dat geslachtsbepaalde functies die te maken hebben met afbakening van grondrechten onveranderlijk zijn en in de wet horen te staan en overige functies in het WGB-besluit. De in artikel 5 lid 3 sub b, WGBm/v genoemde functies hebben weinig te maken met de afbakening van grondrechten. Zij zouden dus in het Besluit horen; zij komen ook overeen met de onder sub b en c genoemde functies in het WGB-besluit. Daarentegen zouden geslachtsbepaalde functies die te maken hebben met de afbakening van grondrechten, zoals die genoemd onder artikel 1 sub d tot en met g van het WGB-besluit die alle te maken hebben met het recht op privacy, in de wet horen te staan.

Het voorgaande lijkt los te staan van de AWGB, maar het heeft daarmee wel te maken. Hetgeen zal blijken bij de nog te bespreken artikelen 2 lid 4 en 5 lid 3 AWGB.

- Externe consistentie ontbreekt in de formulering van de uitzondering bescherming van het moederschap. In iedere regeling is zij anders geformuleerd. In het BW gaat het om ‘bedingen’, in de WGBm/v om ‘bepalingen’ en in de AWGB om ‘gevallen’ waarin het de bescherming van de vrouw betreft. Onduidelijk is of met deze ver-

schillende redactie een verschil in strekking is beoogd of dat er alleen behoefte was aan redactionele variatie. In het kader van de stroomlijning is het belangrijk om vast te stellen of de terminologie van die bepalingen eensluidend moet zijn of juist niet.

- Externe consistentie is wel aanwezig waar het betreft de toepassing van de uitzonderingen geslachtsbepaalde functies of voorkeursbehandeling al naar gelang het gaat om onder de WGBm/v of onder de AWGB vallende arbeidsrelaties. Dat was ook kennelijk de bedoeling van de wetgever. Immers, in het AWGB-besluit wordt gewezen op de geslachtsbepaalde functies uit het WGB-besluit, en ten aanzien van voorkeursbeleid heeft de regering te kennen gegeven dat zij overeenkomstig dient te worden gehanteerd. Dit is ook aannemelijk omdat daardoor geen verschil ontstaat in rechtspositie tussen onder de WGBm/v of AWGB vallende arbeidsverhoudingen. Anders ligt dit evenwel voor de uitzondering bescherming van het moederschap, gezien de volgende punten.

- Consistentie ontbreekt in de begripsvorming van de uitzondering bescherming van het moederschap. Bescherming van het moederschap bij de arbeid heeft volgens de Nederlandse regering en het HvJEG tot doel de bescherming van de gezondheid van de vrouw die moeder wordt of net geworden is. Dat was ook de opvatting van de CGB vóór de totstandkoming van de AWGB, blijkens een oordeel waarin werd uitgesproken dat bescherming tegen fysiek en/of seksueel geweld niet onder bescherming van het moederschap valt; de uitzonderingsgrond is met name gericht op de bescherming van de vrouw bij zwangerschap en moederschap. Maar volgens de toelichting bij het AWGB-besluit heeft bescherming van het moederschap ook te maken met niet-fysieke aspecten van het moederschap.

In de toelichting bij het AWGB-besluit wordt voorts gesteld dat het toelaatbaar is als beschermende maatregelen financiële benadeling van vrouwen meebrengen. Deze opvatting komt niet overeen met hetgeen op internationaal niveau geldt. In beginsel is namelijk het uitgangspunt dat niet alleen de gezondheid, maar ook de economische positie van de vrouw moet worden beschermd. Ook de CGB heeft in een oordeel in het kader van de WGBm/v uitgesproken dat bescherming van het moederschap tot doel heeft de rechten van vrouwen bij zwangerschap en moederschap in het algemeen te garanderen en niet om haar (financiële) rechtspositie te verslechteren; de (nadelige) gevolgen van verregaande bescherming mogen niet bij personeel liggen (91-02). En ook in de rechtspraak is een eigen bijdrage-regeling in verband met medische zorg bij de bevalling in strijd geoordeeld met de ILO-verdragen nr. 102 en 103.³⁶

- De inconsistentie in de begripsvorming leidt ook tot inconsistentie in de oordelen van de CGB. De Commissie heeft in oordelen op basis van de WGBm/v uitge-

36 CRvB 29 mei 1996, RSV 1997, 6.

sproken dat de uitzondering niet meebrengt dat vrouwen in de wervings- en selectie- (90-135) of aanstellingsfase (92-43) de toegang tot de arbeid mag worden ontzegd op grond van beschermende bepalingen. Een beroep op de uitzondering 'bescherming van het moederschap' is slechts mogelijk voor zover het gaat om bedingen die betrekking hebben op de bescherming van vrouwen, aldus de Commissie.³⁷ Dit ondanks het feit dat aan de hand van de WGBm/v-teksten de uitzondering ook van toepassing lijkt bij de toegang tot de arbeid. In oordeel 95-55 ging de CGB anders te werk. De casus in dit oordeel betrof de sollicitatiefase, maar toch achtte de CGB in deze zaak de uitzondering wél van toepassing.

In verband met de externe stroomlijning is het derhalve aan te bevelen de begripsvorming, uitleg en toepassing inzake bescherming van het moederschap en de financiële consequenties daarvan, eenduidig te houden voor onder de WGBm/v en de AWGB vallende arbeidsverhoudingen, opdat er geen verschil in rechtspositie bestaat tussen de diverse arbeidsverhoudingen. Tevens wordt daarmee mogelijke strijd met EG-voorschriften voorkómen.

- Op zowel interne als externe stroomlijning van voorkeursbehandeling is, zoals gezegd, door de wetgever vanaf het begin gelet. Niet alleen is er bij de parlementaire behandeling op gewezen dat de hantering van de uitzondering eender moet zijn voor BW, WGBm/v en AWGB, maar ook zijn de desbetreffende bepalingen in BW en WGBm/v aangepast naar aanleiding van de AWGB. Het zinsdeel "en in een redelijke verhouding staat tot het beoogde doel" is namelijk bij die gelegenheid toegevoegd aan de artikelen 7:646 lid 4 BW en 5 lid 1 WGBm/v. Deze bepalingen luiden thans als volgt.

Artikel 7:646, lid 4 BW

"Van lid 1 mag worden afgeweken indien het bedingen betreft die vrouwelijke werknemers in een bevoorrechte positie beogen te plaatsen ten einde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het beoogde doel."

Artikel 5 lid 1 WGBm/v

"Van het in de artikelen 1a, 2, 3 en 4 bepaalde mag worden afgeweken indien het gemaakte onderscheid beoogt vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het beoogde doel."

37 Zie voor een overeenkomende opvatting HvJEG 8 november 1990 (Dekker-VJV), *Jur.* 1990, p. I-3941, *NJ* 1992, 224.

Niettemin is juist hier de vraag of het gewenst is dat er ook interne consistentie is, dat wil zeggen of niet door EG-rechtspraak beheerste voorkeursbehandeling van vrouwen bij het aanbod van goederen/diensten ook aan de door het HvJEG gestelde strenge eisen moet voldoen.

- Bij de vraag of integratie van beide Besluiten mogelijk is moet gewezen worden op het praktische bezwaar dat de werkingssfeer van de WGBm/v en de AWGB niet overeenkomt, zoals in hoofdstuk I-3 is uiteengezet. Het is echter onduidelijk of de wetgever dat uitdrukkelijk zo heeft gewild en wat daarvoor dan de motieven waren. Derhalve is het denkbaar om de werkingssfeer van de WGBm/v in overeenstemming te brengen met de werkingssfeer van de AWGB. Niet alleen hoeft dan niet steeds een uitvoerig onderzoek plaats te vinden naar de vraag onder welke wet de betreffende arbeidsverhouding valt, maar ook valt daardoor een belemmering voor integratie van beide Besluiten weg. In een dergelijk AWGB/WGB-besluit moet duidelijk worden gemaakt worden dat de uitleg en hantering van de uitzonderingen voor beide wetten moeten overeenstemmen. In dat verband dient in de opsomming een duidelijk onderscheid aangebracht te worden inzake de uitzonderingen voor het terrein van (vrouwen en) de arbeid enerzijds en voor het terrein van (vrouwen en) het aanbod van goederen/diensten anderzijds. Bij de uitzonderingen voor het terrein van de arbeid zouden toegevoegd kunnen worden een bepaling over bescherming van het moederschap en een bepaling over voorkeursbehandeling.

Dit voorstel zal tevens problemen met de interne stroomlijning wegnemen. Voorkeursbehandeling van vrouwen bij het aanbod van goederen/diensten, alsook de begripsvorming inzake 'bescherming van het moederschap' bij het aanbod van goederen/diensten kan dan een eigen invulling krijgen, die niet noodzakelijkerwijs hoeft overeen te komen met de aan EG-regelgeving en -rechtspraak onderhevige interpretatie in het kader van de arbeid. Er zou daarmee ruimte geschapen worden voor aan de nationale situatie aangepast beleid.

5.3 Voorkeursbehandeling etnische/culturele minderheden

5.3.1 Tekst

Artikel 2 lid 3 AWGB

"Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet, indien het onderscheid tot doel heeft vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel."

5.3.2 Wetsgeschiedenis

De wetsgeschiedenis inzake voorkeursbehandeling van etnische en culturele minderheden is geheel verweven met die betreffende voorkeursbehandeling van vrouwen. Wat in laatstgenoemd kader is gezegd geldt dus in gelijke mate voor voorkeursbeleid voor etnische en culturele minderheden. Ook hier gaat het in beginsel om het opheffen van achterstanden en om mentaliteitsverandering.

Opmerkelijk is alleen dat niet duidelijk is gemaakt wat moet worden verstaan onder etnische en culturele minderheden. In het kader van de AWGB is echter aan te nemen dat onder dit begrip zowel het persoonskenmerk nationaliteit als het persoonskenmerk ras valt.

5.3.3 Jurisprudentie

Commissie gelijke behandeling In beginsel wordt (en moet, volgens de wetgever) voorkeursbeleid voor *etnische/culturele minderheden bij de arbeid* op dezelfde wijze getoetst als voorkeursbeleid voor vrouwen. Zo oordeelde de CGB in de drie zaken omtrent de vraag wanneer sprake is van 'gelijke geschiktheid' (96-05, 96-119 en 97-11) als in oudere uitspraken over voorkeursbeleid voor vrouwen (91-32), namelijk dat de in de advertentie gestelde eisen (bijvoorbeeld leeftijd en enige relevante werkervaring) bepalend zijn. Wel brengt de zorgvuldigheid mee dat die eisen relevant zijn voor de functie. Als een kandidaat daaraan voldoet, is hij gelijk geschikt. Uit de zorgverplichting van de werkgever vloeit voort dat er bij 'gelijke geschiktheid' een aanstellingsplicht op de werkgever rust indien een voorkeursbeleid wordt gevoerd. Als een geselecteerde kandidaat niet zodanig méér geschikt is dat zulks afwijking van het voorkeursbeleid rechtvaardigt, is in strijd met de wet gehandeld wanneer aanstelling niet plaatsvindt.

Behalve bovengenoemde oordelen waren er tot voor kort geen zaken die uitsluitend betrekking hadden op voorkeursbeleid voor etnische/culturele minderheden. Wel was voorkeursbeleid voor zowel vrouwen als etnische/culturele minderheden aan de orde. Het ging daarbij om het (vage) streven naar een multiculturele samenstelling van het personeelsbestand (98-26, 98-76 en 98-105), bijvoorbeeld op grond van de Wet Bevordering Evenredige Arbeidsdeelname Allochtonen, thans de Wet Stimulering Arbeidsdeelname Minderheden (wet SAMEN).³⁸ De Commissie oordeelde dat, indien het streven naar een multiculturele samenstelling van het personeelsbestand niet in een voorkeursbeleid is uitgewerkt, op dergelijk beleid geen beroep kan wor-

38 Stb. 1998, 241.

den gedaan. Aangezien dit voor sollicitanten verwarrend is, beval de CGB aan een dergelijk beleid op te zetten (98-26).³⁹

Recent verschenen twee oordelen die voornamelijk⁴⁰ betrekking hebben op voorkeursbeleid voor etnische/culturele minderheden. In beide gevallen ging het om een advertentie waarin de voorkeur werd uitgesproken voor een allochtone medewerker bij een Stichting Maatschappelijk Werk (99-31), respectievelijk de Stedelijke Woningdienst Amsterdam voor een project dat betrekking had op Amsterdam Zuid-Oost (99-32). In deze oordelen geeft de Commissie op bijna gelijke wijze haar standpunt over zowel de verhouding tot de EG-jurisprudentie inzake voorkeursbeleid als de verhouding tot de wet SAMEN.

Inzake de verhouding tot de EG-jurisprudentie blijkt de CGB behoedzaam enige afstand te nemen van deze rechtspraak betreffende voorkeursbehandeling van vrouwen. De Commissie overweegt namelijk dat weliswaar bij voorkeursbehandeling van etnische/culturele minderheidsgroepen in beginsel dezelfde beoordelingsprincipes worden gehanteerd als bij voorkeursbehandeling van vrouwen, maar dat aan deze principes niet altijd op gelijke wijze uitwerking kan worden gegeven, aangezien dit mede afhankelijk is van de juridische en maatschappelijk context waarbinnen voorkeursbehandeling plaatsvindt. Hieruit vloeit volgens de Commissie voort dat voor de beantwoording van de in het geding zijnde vraag, naast de AWGB de (na de AWGB in werking getreden) wet SAMEN van belang is en dat de voorliggende vraag mede in het licht van laatstgenoemde wet dient te worden beantwoord. En aangezien de wet SAMEN als een uitwerking van het Verdrag tegen rassendiscriminatie moet worden beschouwd, dient artikel 2 lid 3 AWGB in onderlinge samenhang met de wet SAMEN en het Verdrag tegen rassendiscriminatie te worden geïnterpreteerd, aldus de Commissie.

Vervolgens bestudeert de Commissie het voorkeursbeleid zelf. Hoewel dit beleid niet geheel voldoet aan de toetsingscriteria, acht de Commissie het toch toelaatbaar onder de overweging dat al te restrictieve uitleg er niet toe mag leiden “dat deze op gespannen voet komt te staan met de met de uitzondering beoogde doeleinden ter zake van de feitelijke gelijkheid van de in de wet genoemde bevolkingsgroepen”. Een andere benadering zou volgens de CGB ook niet in overeenstemming zijn met de doelstellingen van de wet SAMEN en het Verdrag tegen rassendiscriminatie, omdat juist deze regelingen toelaten om bij een afweging over de toelaatbaarheid van een voorkeursbehandeling – behalve statistische gegevens – ook meer algemene

39 Eenzelfde advies gaf de Commissie in oordeel 95-23 na de constatering dat er geen onderscheid op grond van nationaliteit (in casu taalbeheersing) werd gemaakt bij het afnemen/behandelen van universitaire tentamens.

40 Eén van deze oordelen betrof tevens de geslachtsbepaaldheid van de functie, dat aspect blijft hier buiten beschouwing.

overwegingen te betrekken inzake de positie van de beschermde groepen op de arbeidsmarkt.

Oordeel 98-77 betrof voorkeursbeleid voor vrouwen en etnische/culturele minderheden bij het *aanbod van goederen/diensten*. Een casino bood bij gelegenheid gratis toegang aan vrouwen en Chinezen. De CGB overwoog dat het gratis toegang verlenen tot een casino niet beschouwd kan worden als voorkeursbeleid, omdat niet valt in te zien dat dergelijk gratis bezoek een bijdrage levert aan het inlopen van een maatschappelijke achterstandspositie.

Rechter De ambtenarenrechter te Amsterdam gaf al in 1988 in twee uitspraken zijn mening over 'gelijke geschiktheid' in het kader van een voorkeursbeleid voor vrouwen, respectievelijk voor etnische minderheden.⁴¹ Indien een voorkeursbeleid voor vrouwen/etnische minderheden wordt gevoerd, en indien geen enkele kandidaat aan de functie-eisen voldoet, ook niet de betrokken vrouw/persoon behorend tot een etnische minderheidsgroep, maar als alle kandidaten even geschikt zijn (dat wil zeggen voldoen aan de functie-eisen), dient voorrang te worden gegeven aan de betrokken vrouw/persoon van de etnische minderheidsgroep.

In 1997 sprak de Nationale Ombudsman⁴² het 'onbehoorlijk' uit over het drie jaar uitstellen van oproepen van een sollicitant die in beginsel al was toegelaten tot de politieopleiding, om na die drie jaar te melden dat de (voor)opleidingseisen waren verscherpt, behalve – in het kader van voorkeursbeleid – voor vrouwen en allochtonen, met het gevolg dat de al drie jaar wachtende aspirant-politieman niet meer in aanmerking kon komen.

5.3.4 Evaluatie

In zijn algemeenheid is het opvallend dat er over voorkeursbehandeling van etnische/culturele minderheden veel minder is geschreven dan over voorkeursbehandeling van vrouwen. Het zou een indicatie kunnen zijn dat voorkeursbeleid voor etnische/culturele minderheden minder controversieel is. De CGB liep echter wel tegen twee problemen aan: de strenge eisen die aan voorkeursbeleid worden gesteld en de verhouding tot de wet SAMEN. In de oordelen 99-31 en 32 heeft de Commissie naar onze mening die problemen alleszins bevredigend opgelost. Hiervoor is al gesteld dat voorkeursbehandeling van vrouwen bij het aanbod van goederen/diensten niet aan de EG-jurisprudentie hoeft te voldoen. Hetzelfde geldt voor voorkeursbehandeling van etnische/culturele minderheden bij de arbeid of bij het aanbod van goede-

41 Resp. AG Amsterdam 30 augustus 1988, *TAR*, 198 en AG Amsterdam 30 augustus 1988, *TAR* 1988, 199.

42 Nationale Ombudsman 30 september 1997, *AB* 1997, 457.

ren/diensten. Interne stroomlijning is op dit punt dus juist niet zonder meer aangewezen.

Het is voorts opvallend dat er bij de totstandkoming van de wet SAMEN niet is nagedacht over mogelijke spanning met de AWGB, oftewel over mogelijke spanning tussen de strenge eisen die aan voorkeursbehandeling worden gesteld en regelingen betreffende doelgroepenbeleid of afspiegelingsvereisten (mannen/vrouwen, allochtonen/autochtonen). Tijdens de parlementaire behandeling van de AWGB is de verhouding tot andere (bestaande) wetgeving wel aan de orde geweest in het kader van artikel 4 sub c, AWGB. Over de verhouding tot latere wetgeving als de wet SAMEN is niet gesproken, maar een dergelijke vraag dient uiteraard wel aan de orde te komen bij het wetgevend proces. Bij nieuwe regelgeving dient systematisch een gelijke-behandelingstoets te worden uitgevoerd.

5.4 Rasbepaaldheid

5.4.1 Teksten

Artikel 2 lid 4 AWGB

“Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid op grond van ras geldt niet in gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn.”

Artikel 2 lid 6 AWGB

“Bij algemene maatregel van bestuur worden de in het tweede, vierde en vijfde lid, onderdeel b, bedoelde gevallen nader omschreven.”

AWGB-besluit artikel 2

“Als gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn, bedoeld in artikel 2, vierde lid van de Algemene wet gelijke behandeling worden aangemerkt, de gevallen die behoren tot één of meer van de volgende categorieën:

- a. de uitoefening van het beroep of de activiteit van acteur, danser of kunstenaar, voor zover het beroep of de activiteit betrekking heeft op het vertolken van een bepaalde rol;
- b. de uitoefening van een beroep of de activiteit van mannequin die bepaalde kledingstukken moet tonen door deze te dragen, van model voor beeldend kunstenaars, fotografen, cineasten, kappers, grimeurs en schoonheidsspecialisten, voor zover in redelijkheid eisen kunnen worden gesteld aan uiterlijke kenmerken;
- c. de deelname aan schoonheidswedstrijden voor zover met het ras van een persoon samenhangende kenmerken van belang zijn in verband met het doel van de wedstrijd;
- d. het verlenen van diensten die uitsluitend kunnen worden verleend aan personen met bepaalde uiterlijke kenmerken.”

5.4.2 Wetsgeschiedenis

Deze uitzondering stond oorspronkelijk niet in het wetsvoorstel AWGB. Zij is pas ingevoegd bij nota van wijziging⁴³ naar aanleiding van opmerkingen in het voorlopig verslag.⁴⁴ Daarbij is gesteld dat het uitsluitend gaat om gevallen waarin de uiterlijke, fysieke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon naar algemene maatstaven bepalend zijn. Die gevallen moeten niet talrijk worden geacht. Met het oog op de rechtszekerheid en om te voorkomen dat de uitzondering in de praktijk in niet bedoelde gevallen wordt gehanteerd, is besloten om in het AWGB-besluit de gevallen waarin het ras bepalend zijn, nader te omschrijven.⁴⁵

In het AWGB-besluit gaat het dan ook niet om sociologische verschillen, maar alleen om uiterlijke kenmerken (lichaamsbouw, huidskleur, vorm van gezicht, haarkleur, haartype, oogkleur en dergelijke) in onderlinge samenhang (toelichting bij het Besluit, p. 12). De leden a en b van artikel 2 van het Besluit hebben betrekking op de arbeid, de leden c en d op het aanbieden/leveren van goederen/diensten. Voor de bepalingen in de onderdelen a, b en c is inspiratie opgedaan bij artikel 5 lid 3 WGBm/v en het WGB-besluit. In het kader van onderdeel d is voorbeeldsgewijs genoemd de kapper die juist niet of juist wel gespecialiseerd is in het knippen van kroes- dan wel sluik haar.

5.4.3 Jurisprudentie

Commissie gelijke behandeling Over dit onderwerp zijn er in totaal drie uitspraken van de CGB. Twee daarvan hadden tevens betrekking op de vraag of een geslachtsbepaalde functie aan de orde was. In deze zaken ging het om een advertentie waarin, zonder dat er sprake was van voorkeursbeleid, werd gevraagd om een Marokkaanse (97-51) respectievelijk Turkse (97-52), mannelijke hulpverlener in een hulpverleningsinstelling.

Voor zover het de vraag betrof of er sprake was van een geslachtsbepaalde functie werd geoordeeld op basis van artikel 1 sub e van het WGB-besluit. De CGB stelde vast dat het in casu inderdaad ging om werkzaamheden die konden worden beschouwd als ‘opvoeding van’ en ‘hulpverlening aan’, zodat het beroep op de uitzondering werd gehonoreerd. Voor de vraag of er sprake was van een rasbepaalde functie werd geoordeeld op basis van de AWGB. Gezien het feit dat het hier niet ging om uiterlijke kenmerken, kan het niet verbazen dat de Commissie tot de conclusie kwam dat in deze zaken geen beroep kon worden gedaan op artikel 2 AWGB-besluit. Ook in oordeel 97-99 inzake een woningbouwvereniging die duidelijk alloch-

40 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 6.

44 *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 4, p. 48.

45 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5 p. 72-73.

tonen uitnodigde voor een sollicitatie, ging het beroep op de uitzondering van artikel 2 lid 4 AWGB, juncto artikel 2 AWGB-besluit niet op.
Over het aanbod van goederen/diensten zijn geen oordelen verschenen.

Rechter Over rassendiscriminatie in het algemeen is een aanzienlijke hoeveelheid nationale rechtspraak, ook op strafrechtelijk gebied.⁴⁶ Rechtspraak met betrekking tot de toepasselijkheid van de onderhavige AWGB-uitzondering is, voor zover wij weten, niet voorhanden.

5.4.4 Evaluatie

In alle drie de oordelen van de CGB inzake rasbepaaldheid liet de Commissie spijt doorklinken over het feit dat zij niet anders kon oordelen dan zij deed. Dit is begrijpelijk. In de oordelen 97-51 en 97-52 (Marokkaanse, resp. Turkse (mannelijke) hulpverlener) was de voorkeur voor genoemd ras/nationaliteit ingegeven door edele motieven, gezien de stellingen van verweerders: een jongerenwerker onder Marokkaanse jongens dient een vertrouwensrelatie te kunnen opbouwen en een voorbeeldfunctie te kunnen vervullen; een Turkse hulpverlener kan tegemoetkomen aan hulpvragen uit de Turkse bevolkingsgroep en het vertrouwen geven dat voor hun specifieke problemen adequate hulp kan worden verleend. In dit verband kan de vraag worden gesteld of de uitzonderingen van artikel 2 van het AWGB-besluit niet al te beperkt zijn geformuleerd. Er kan immers in de sfeer van hulpverlening een reële behoefte bestaan om mensen aan te trekken uit de cultuur van de cliëntèle. Zelf reikt de Commissie aan de verweerder in oordeel 97-99 inzake de woningbouwvereniging die allochtonen uitnodigde voor de sollicitatie, al een soort oplossing aan door te wijzen op de mogelijkheid om in de functie-eisen op te nemen dat affiniteit met een bepaalde doelgroep of bekendheid met een bepaalde allochtone cultuur tot aanbeveling strekt. Een toets door de CGB van dergelijk beleid zal neerkomen op het beoordelen van de objectieve rechtvaardigingsgronden voor indirect onderscheid, aldus de Commissie.⁴⁷ Met deze suggestie creëert de Commissie dus meer speelruimte voor de beoordeling van dergelijke zaken.

Een welomschreven verruiming van rasbepaalde functies in het AWGB-besluit is echter ook een mogelijkheid. Dat zou meer duidelijkheid scheppen voor werkgevers die niet volledig zijn ingevoerd in de subtiliteiten van het gelijke-behandelingsrecht van de AWGB. Anderzijds dreigt daarmee het gevaar van bestending van bestaande vooroordelen, die de AWGB nu juist beoogt uit te bannen. Het zal dan dus een nauwe en precieze omschrijving moeten worden, waarbij artikel 1 sub e van het

⁴⁶ Zie Rodrigues 1997.

⁴⁷ Vgl. eenzelfde aanbeveling in oordeel 97-105 met betrekking tot het vragen naar geloofsovertuiging van (aspirant) personeel bij een instelling voor thuiszorg.

WGB-besluit als voorbeeld kan dienen. Ook deze bepaling zou stereotiepe opvattingen over mannen- of vrouwenarbeid kunnen bevestigen, maar daarover wordt door de Commissie zorgvuldig gewaakt.

Afgezien van de knellendheid van de toegelaten rasbepaalde functies is er ook gewezen op een te ruime omschrijving. In de literatuur is de vraag opgeworpen of de in artikel 2 sub d, AWGB-besluit genoemde uitzondering wel rechtmatig is, omdat er ook blanken zijn met kroeshaar.⁴⁸ Dit lijkt echter geen reden voor het schrappen van de bepaling. Zij houdt niet in dat Nederlanders met kroeshaar niet terecht zouden kunnen bij kappers die zijn gespecialiseerd in kroeshaar.

In verband met de *stroomlijning* kan worden gewezen op de verwerking van de uitzondering genoemd in artikel 2 sub a van het AWGB-besluit in vergelijking met artikel 5 lid 3 sub b, WGBm/v betreffende geslachtsbepaalde functies. Laatstgenoemde bepaling staat in de wet, terwijl de bijna overeenkomende uitzondering inzake rasbepaaldheid in het AWGB-besluit staat. Consistentie bij de ordening van de uitzonderingen is aan te bevelen.

5.5 Uitzonderingen op het verbod tot het maken van onderscheid op grond van nationaliteit

5.5.1 Teksten

Artikel 2 lid 5 AWGB

“Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid op grond van nationaliteit geldt niet:

- a. indien het onderscheid is gebaseerd op algemeen verbindende voorschriften of geschreven of ongeschreven regels van internationaal recht;
- b. in gevallen waarin de nationaliteit bepalend is.”

Artikel 2 lid 6 AWGB

“Bij algemene maatregel van bestuur worden de in het tweede, vierde en vijfde lid, onderdeel b, bedoelde gevallen nader omschreven.”

AWGB-besluit artikel 3

“Als gevallen waarin de nationaliteit bepalend is, bedoeld in artikel 2, vijfde lid onderdeel b, van de AWGB, worden aangemerkt de gevallen waarin het op grond van een regeling of praktijk van een organisatie op het gebied van sport of spel aan Nederlanders is voorbehouden om deel te nemen aan wedstrijden ter vertegenwoordiging van het land.”

48 Rodrigues 1997, p. 57-61.

5.5.2 Wetsgeschiedenis

De uitzonderingen van artikel 2 lid 5 AWGB kwamen tegelijk tot stand⁴⁹ met het, naar aanleiding van aandrang vanuit het parlement toegevoegde, verbod van onderscheid op grond van nationaliteit. De regering wees daarbij op het verschil tussen het maken van onderscheid op grond van nationaliteit tussen burgers onderling enerzijds en in de relatie overheid-burger anderzijds. Gesteld werd dat onderscheid op grond van nationaliteit tussen burgers onderling bij voorbaat verdacht is en slechts in uitzonderlijke gevallen gerechtvaardigd, terwijl voor de overheid onderscheid op grond van nationaliteit geen onbekend verschijnsel is. Laatstgenoemd onderscheid wordt in beginsel gerechtvaardigd geacht, ook in internationaal verband.

De uitzondering van artikel 2 lid 5 sub a, AWGB heeft betrekking op de verhouding overheid-burger. Het uitgangspunt in deze bepaling is dat onderscheid op grond van nationaliteit door de overheid, door de overheid voorgeschreven, of gebaseerd op internationaal recht, niet verboden is.⁵⁰ Het doel van de bepaling is het voorkomen van conflicten tussen de AWGB en het nationale, supra-, of internationale recht. Als voorbeelden van algemeen verbindende voorschriften zijn genoemd de Wet op de Studiefinanciering, de wetgeving inzake sociale zekerheid, de Vreemdelingenwet, de Paspoortwet, de Kieswet en de Wet arbeid buitenlandse werknemers.⁵¹

Artikel 2 lid 5 sub b, AWGB betreft onderscheid tussen burgers onderling. Deze bepaling is nader uitgewerkt in artikel 3 AWGB-besluit. Bij Besluit van 21 juni 1997 is deze bepaling gewijzigd naar aanleiding van een uitspraak van het HvJEG.⁵² Het Hof sprak in dit arrest uit dat artikel 48 van het EG-verdrag zich er tegen verzet dat voetbalclubs voor de door hen georganiseerde competitiewedstrijden slechts een beperkt aantal beroepsspelers mogen opstellen die onderdaan zijn van een andere EG-lidstaat. Hoewel het oorspronkelijke artikel 3 AWGB-besluit ook uitsluitend betrekking had op activiteiten van sport en spel, voorziet de bepaling thans nog slechts in een regeling die Nederlanders met uitsluiting van alle ingezetenen met een vreemde nationaliteit in staat stelt hun land te vertegenwoordigen bij evenementen op het gebied van sport en spel, en dan nog alleen in de beroepssport.⁵³ Overigens kan men niet met een beroep op de nationale vertegenwoordiging bij alle spel- en sportevenementen onderscheid op grond van nationaliteit maken. Het kader waarin een activiteit plaatsvindt bepaalt of het maken van onderscheid noodzakelijk is. Om dit te kunnen toetsen bepaalt artikel 3 AWGB-besluit dat het moet gaan om een regeling of praktijk van de betrokken organisatie die de wedstrijden organiseert. Daarbij wordt

49 *Kamerstukken II* 1992/93, 22014, nr. 36.

50 *Handelingen I* 1993/94, p. 1086.

51 Onder meer in Toelichting AWGB-besluit, p. 13.

52 HvJEG 15 december 1995 (Bosman), *Jur.* 1995, p. I-492, *NJ* 1996, 637.

53 Toelichting bij Besluit van 21 juni 1997, p. 4.

in ieder geval gedacht aan de wedstrijden die met medewerking van de bij het Nederlands Olympisch Comité*Nederlandse Sportfederatie (NOC*NSF) aangesloten sportorganisaties worden gehouden.⁵⁴

De bepaling heeft dus een zeer beperkte strekking. Zij heeft geen betrekking op het aanbod van goederen/diensten en (in beginsel) evenmin op de amateursport. In deze tak van sport gaat het in het algemeen niet om het uitoefenen van een beroep, maar om het recreatief verrichten van een activiteit op het gebied van sport of spel in de besloten sfeer van een vereniging. Op rechtsverhoudingen binnen een (sport)vereniging is niet de AWGB maar het BW van toepassing.⁵⁵ Op de impliciete uitsluiting van het interne verenigingsleven van de werkingssfeer van de AWGB is in hoofdstuk I-3, paragraaf 3.4 al ingegaan.

In de toelichting bij het oorspronkelijke artikel 3 AWGB is opgemerkt dat onderscheid op grond van nationaliteit zowel het hebben van een bepaalde nationaliteit, het hebben van meer dan één nationaliteit en het hebben van geen nationaliteit omvat. De gevallen waarin nationaliteit bepalend is, kunnen voor staatlozen evenzeer van belang zijn.

5.5.3 Jurisprudentie

Commissie gelijke behandeling Vijf uitspraken van de CGB hebben zijdelings dan wel rechtsreeks betrekking op artikel 2 lid 5 sub a, AWGB. Daarbij blijkt in de eerste plaats dat het niet eenvoudig is vast te stellen of een bepaalde praktijk berust op een ongeschreven regel van internationaal recht. Aan de orde was het gebruik om aan scheepsgezellen die woonachtig zijn in Indonesië of de Filipijnen, een lager loon te betalen dan aan Nederlandse scheepsgezellen. De Commissie diende zich in dat verband te verdiepen in de bestaande – maar onderling niet geheel overeenkomende – doctrines omtrent de vraag wanneer sprake is van ongeschreven regels van internationaal recht. Zij komt tot de conclusie dat van een dergelijke regel in casu sprake is en dat dus de betrokken handelwijze onder deze uitzondering is te klasseren (97-13).

De tweede zaak had betrekking op het vereiste dat inhield dat men voor het verkrijgen van een ‘verklaring van geen bezwaar’ ter vervulling van een bepaalde vertrouwensfunctie (in casu taxichauffeur op Schiphol), tenminste vier à vijf jaar in Nederland had gewoond, dan wel niet langdurig in het buitenland. De Commissie oordeelde dat een dergelijk vereiste geen onderscheid op grond van nationaliteit inhoudt. Het betreft immers geen voorschrift dat inhoudt dat de ‘verklaring van geen bezwaar’ niet aan niet-Nederlanders kan worden verstrekt. Een onderzoek naar de

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 1991/92, 22014 nr. 5, p. 18-20, nr. 10, p. 11 en 20; *Kamerstukken I* 1992/93, 22014, nrs. 212b en 22c; Toelichting bij Besluit van 21 juni 1997, p. 4.

vraag of de uitzondering van artikel 2 lid 5 sub a, AWGB van toepassing was, hoefde derhalve niet te worden ingesteld (98-72+73).

De derde zaak betrof de weigering een Braziliaan aan te stellen bij het Space Centre te Noordwijk, omdat alleen onderdanen van bij de European Space Agency (ESA) aangesloten lidstaten daarvoor in aanmerking komen. Het bleek echter dat dit beleid berustte op een geschreven regel van internationaal recht (art. XII lid 3 onder c van het ESA-verdrag, waarin althans de bevoegdheid tot het maken van het dit onderscheid is neergelegd). De Commissie adviseerde aan het eind van dit oordeel om met het oog op het kenbaarheidsvereiste al in de advertentie aan te geven dat de uitzondering in dit geval van toepassing is (98-81).

In twee uitspraken was de toepasselijkheid van artikel 2 lid 5 sub a, AWGB bij het aanbod van *goederen/diensten* aan de orde. Oordeel 95-40 had betrekking op de weigering een auto te verhuren aan mensen die geen Nederlands paspoort hebben. Aangezien daar geen algemeen verbindend voorschrift aan ten grondslag lag, werd het beroep op de uitzondering niet gehonoreerd door de CGB. In oordeel 96-12 ging het om de acceptatievoorwaarden van een gemeentelijke kredietinstelling: aan vreemdelingen met een C-status (tijdelijke verblijfsvergunning) werd een borgstelling gevraagd. Ook dit vereiste berustte naar het oordeel van de CGB niet op een algemeen verbindend voorschrift. Weliswaar kon 'Het Bankreglement' als een gemeentelijke verordening worden beschouwd, maar de borgstelling vanwege een tijdelijke verblijfsvergunning was niet als zodanig in het reglement opgenomen. Er stond in het reglement namelijk slechts dat zakelijke of persoonlijke zekerheid – indien nodig – kan worden gesteld. Hieruit volgt niet dwingend dat aan mensen met een tijdelijke verblijfsvergunning een borgstelling gevraagd dient te worden.

Een geslaagd beroep op de uitzondering van artikel 2 lid 5 sub b, AWGB is tot nu toe niet voorgekomen. Voor zover de bepaling al ter sprake kwam, werd zij niet van toepassing geacht (96-05, 96-88, 97-94 en 96-77). Laatstgenoemd oordeel (onder de vigeur van het oude artikel 3 AWGB) betrof een vrouw met Britse nationaliteit die kampioen werd in de Nederlandse kampioenschappen klein kaliber geweerschieten 100 meter. Zij kreeg wel het Nederlands kampioenschap, maar niet het Nederlands record dat ze ook had gevestigd. De Commissie oordeelde dat deze uitzondering niet in artikel 3 van het AWGB-besluit is opgenomen en dat derhalve het onthouden van het Nederlands record in strijd was met het verbod op het maken van onderscheid. De Commissie leek zelf niet erg gelukkig met het geheel. Zij overwoog dat het anders zou kunnen liggen als het toekennen van een nationaal record automatisch met zich mee zou brengen dat verzoekster zou moeten worden opgenomen in een nationale selectie voor internationale wedstrijden. Maar dat was in casu niet aan de orde. De Commissie besluit met de aanbeveling aan de wederpartij zich, in overleg met het NOC*NSF, te bezinnen op de regels die betrekking hebben op de nationaliteit

van wedstrijddeelnemers en op het toekennen van nationale records. Van de nationale rechter zijn over dit onderwerp geen uitspraken bekend.

5.5.4 Evaluatie

Uit de oordelen blijkt dat de toepassing van de uitzondering van artikel 2 lid 5 sub a, AWGB niet geheel zonder problemen is, hetgeen te maken heeft met de internationaal-rechtelijke dimensies van de aan de CGB voorgelegde zaken. De oordelen van de CGB waren aanleiding voor diverse commentaren in de literatuur. De situatie die aan de orde was in oordeel 97-13 (lage lonen voor scheepsgezellen die woonachtig zijn in Indonesië of de Filippijnen), was overigens niet onbekend bij de wetgever. Zij was ook in de Eerste Kamer aan de orde bij de parlementaire behandeling van de AWGB.⁵⁶ Het oordeel van de CGB wordt in de literatuur in beginsel gebillijkt,⁵⁷ maar op diverse punten worden vragen gesteld: de bevoegdheid van de Commissie, de bevinding van de Commissie dat er sprake was van een regel van ongeschreven recht en het voortbestaan van het bewuste verschil in beloning, zeker gezien het feit dat in de rechtspraak inzake (geschreven) bepalingen in internationale verdragen, de ruimte tot het maken van onderscheid op grond van nationaliteit lijkt te worden ingeperkt.⁵⁸ Ook de CGB zelf was trouwens niet zeker over de uiteindelijke onderbouwing van haar oordeel. In een obiter dictum roept de Commissie de minister namelijk op zo spoedig mogelijk een wettelijke basis te geven voor het onderscheid. Een andere oplossing zou kunnen worden gevormd door het afschaffen van het verschil in beloning.

Naar aanleiding van oordeel 98-72+73 (taxichauffeurs op Schiphol) is opgemerkt dat het oordeel van de CGB weliswaar beginselvast was, maar dat het in de praktijk om een vorm van onderscheid gaat die moeilijk is te bestrijden. Personen van een andere nationaliteit blijken in werkelijkheid nooit een verklaring van geen bezwaar te krijgen, óf omdat het veiligheidsonderzoek te lang duurt, óf omdat er uit het land van herkomst nooit antwoord komt op een verzoek om inlichtingen. De enige oplossing zou hier zijn om het aantal vertrouwensfuncties op Schiphol te heroverwegen.⁵⁹ In het kader van oordeel 98-81 (Braziliaanse sollicitant voor Space Centre) is (opnieuw) de bevoegdheid van de CGB ter discussie gesteld. De redenering van de CGB op dit punt zou niet overeenkomen met die in oordeel 97-13. Niettemin werd de conclusie van de CGB in casu juist geacht.⁶⁰

56 *Handelingen I* 1993/94, p. 1086.

57 Van Hoek 1997.

58 EHRM 16 september 1996 (Gaygusuz), *AB* 1997, 179; EHRM 21 februari 1997 (Van Raalte), *NJCM-Bulletin* 1997, p. 475 m.nt. Woltjer; CRvB 11 april 1997, *AB* 1997, 242; Rb. Assen 28 januari 1999, *AB* 1999, 113.

59 Zie Groenendijk in de annotatie bij deze uitspraak in *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1998, 98.

60 Zie Groenendijk in de annotatie bij deze uitspraak in *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1998, 99.

In literatuur naar aanleiding van oordeel 96-77 (Britse kampioene gewerschieten) is er op gewezen dat het NOC*NSF al bij inwerkingtreding van het AWGB-besluit had gepoogd de reglementen zodanig te wijzigen dat zij in overeenstemming waren met het Besluit, maar dat daarvoor bij in ieder geval de Koninklijke Nederlandse Schutters Associatie (KNSA) niet de vereiste tweederde meerderheid kon worden gevonden. Het oordeel van de CGB leidde er toe dat het bestuur van de KNSA (nog) niet het record aan de vrouw toekende, maar wel opnieuw een voorstel tot reglementswijziging in de ledenvergadering aankondigde. Dat lukte ditmaal wel en vervolgens zijn de titel Nederlands kampioen en Nederlands recordhouder alsnog aan de vrouw toegekend. Deze afwikkeling van de zaak was aanleiding voor de uitspraak in de literatuur dat de vrees dat de rechter het oordeel van de CGB zou onderschrijven, kennelijk preventieve werking heeft gehad.⁶¹

Gezien de vermelde commentaren lijkt de conclusie te kunnen worden getrokken dat de CGB op zich in deze gecompliceerde zaken juist besliste, maar dat bevoegdheid van de CGB bij problemen die de landsgrenzen overschrijden niet geheel duidelijk is. Mogelijk kan op dit punt meer duidelijkheid worden geschapen. Daarnaast blijkt dat de CGB met een uitspraak het voorgelegde probleem niet echt kan oplossen. Veeleer is ingrijpen van de (inter)nationale wetgever op diverse (buiten de AWGB liggende) terreinen geïndiceerd.

Afgezien van het voorgaande verdient de uitsluiting uit de AWGB van het interne verenigings(sport)leven nader aandacht. Volgens de regering kan, in geval (het bestuur van) een (sport)vereniging, al dan niet op grond van statuten onderscheid maakt naar nationaliteit of enige andere non-discriminatiegrond, de rechter op grond van artikel 1 van de Grondwet oordelen dat zulks niet gerechtvaardigd is.⁶² Bij deze opmerking is evenwel de vraag te plaatsen of een beroep op artikel 1 van de Grondwet in horizontale verhoudingen kan slagen.

5.6 Identiteitsbepaalde functies

5.6.1 Teksten

Artikel 5 lid 2 AWGB

“Het eerste lid laat onverlet:

- a. de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van

61 Zie Groenendijk in de annotatie bij deze uitspraak in *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1998, 98. Zie voorts zeer kritisch Van Staveren 1997, die van mening is dat de CGB op oneigenlijke gronden oordeelt.

62 Toelichting bij Besluit van 21 juni 1997, p. 4-5.

een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat;

b. de vrijheid van een instelling op politieke grondslag om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat en

c. de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om eisen te stellen over de vervulling van een functie, die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.”

5.6.2 Wetsgeschiedenis

Alle uitzonderingen van artikel 5 AWGB hebben uitdrukkelijk tot doel het discriminatieverbod af te bakenen ten opzichte van andere grondrechten. Bij de onderhavige uitzonderingen gaat het om de afbakening ten opzichte van de artikelen 6, 8 en 23 Grondwet.

Artikel 5 lid 2 AWGB geeft identiteitsgebonden en politieke instellingen het recht met het oog op hun grondslag functievereisten te stellen en aldus onderscheid te maken. Het betreft – in de volgorde van de AWGB – de volgende instellingen:

- a. godsdienstige of levensbeschouwelijke instellingen, bijvoorbeeld welzijnsorganisaties en ziekenhuizen op confessionele grondslag;
- b. politieke organisaties;
- c. instellingen voor bijzonder onderwijs.

De toelaatbare functie-eisen dienen, voor zover het gaat om de organisaties als bedoeld in a. en b., rechtstreeks voort te vloeien uit de te vervullen functie; zij moeten ‘nodig zijn voor de functie’. Ten aanzien van instellingen van bijzonder onderwijs daarentegen mogen ook eisen gesteld worden die “betrekking kunnen hebben op omstandigheden die niet rechtstreeks voortvloeien uit de vervulling van de functie binnen de instelling, maar daarvoor wel van belang zijn”;⁶³ dan immers is voldoende dat sprake is van eisen “over de vervulling van de functie, die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag”.⁶⁴

⁶³ *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 8 en 17.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 83.

Identiteitsgebonden organisaties mogen derhalve met het oog op de handhaving van hun grondslag eisen stellen. Daarbij moeten dan wel enige randvoorwaarden vervuld zijn.

- Allereerst zal de instelling aannemelijk moeten maken waarom de betreffende eisen met het oog op de grondslag 'nodig' zijn (motiveringsplicht): er moet sprake zijn van een objectiveerbare band tussen grondslag en functie-eisen.⁶⁵ Niet voldoende is dat die eisen uit de formele grondslag voortvloeien. Voor de vaststelling dat ze nodig zijn, zijn de concrete omstandigheden van belang.⁶⁶
- Daarnaast zal de instelling de functie-eisen consequent moeten toepassen. Het is niet toelaatbaar met het beroep op zo een eis onderscheid te maken in gelijke functies, wanneer in het ene geval geëist wordt dat de grondslag wordt gerespecteerd en in het andere geval niet (consistentievereiste).⁶⁷
- Ten slotte zullen de eisen niet mogen leiden 'tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat' (in artikel 5 lid 2 sub b, AWGB ontbreekt uiteraard de grond 'politieke gezindheid'); onderscheid op grond van het enkele feit van (een met de grondslag onverenigbare) godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging is wel geoorloofd.

De 'enkele feit'-constructie beoogt vast te leggen dat bepaalde inherente persoonskenmerken als zodanig in redelijkheid niet als een criterium kunnen worden beschouwd dat bij arbeid in, of toelating tot een identiteitsgebonden instelling, met het oog op die identiteit relevant kan zijn. Er kunnen evenwel 'bijkomende omstandigheden' zijn die verband houden met één van die persoonskenmerken, die wel relevant zijn met het oog op de identiteit.⁶⁸

De 'enkele feit'-constructie heeft de parlementaire behandeling gedomineerd. Tot vervelens toe is vooral gediscussieerd over de vraag of het een christelijke school vanwege de vrijheid van onderwijs toegestaan is een samenwonende homoseksuele leraar te weren, omdat zijn levenswijze niet met de grondslag van die school verenigbaar is. Andere casusposities kwamen veel minder aan bod, hetgeen te verklaren is uit het feit dat artikel 5 lid 2 sub c, AWGB veel meer dan de andere uitzonderingsgronden ruimte biedt om met het oog op de grondslag niet alleen eisen te stellen die rechtstreeks uit de functie voortvloeien, maar ook eisen die betrekking hebben op

65 *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 18; nr. 5, p. 41 en 44 en nr. 10, p. 20.

66 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 10, p. 21.

67 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 44 en nr. 10, p. 22. In deze zin ook HR 22 januari 1988 (Maimonides), AB 1988, 96 en NJ 1988, 891.

68 *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 7.

gedragingen van personeelsleden buiten de instelling⁶⁹ (en daarmee meer dan de andere bepalingen in de persoonlijke levenssfeer kan treden).

Uit de plenaire behandeling in de Tweede Kamer⁷⁰ en de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer⁷¹ is enerzijds duidelijk geworden dat een dergelijke handelwijze van de school niet gedekt wordt door artikel 5 lid 2 sub c, AWGB: dat zou namelijk een vorm van onderscheid wegens het enkele feit van homoseksuele gerichtheid zijn. Anderzijds blijft aanvaard worden dat het gegeven dat iemand die een leefstijl heeft waaruit blijkt dat hij datgene wat hij op de school heeft uit te dragen feitelijk verwerpt, gegronde reden kan vormen om hem niet te benoemen of later te ontslaan.⁷² Aldus lijkt nog immer in het midden gelaten te worden hoe geoordeeld moet worden in het geval van een school waarvan de in theorie én praktijk beleefde grondslag noodzaakt een samenwonende homoseksuele leraar te weren. In dergelijke gevallen kan immers gesteld worden dat tegelijkertijd sprake is van onderscheid op grond van het enkele feit van homoseksuele gerichtheid én van onderscheid gegrond op eisen die gesteld worden ter verwezenlijking van de grondslag. Gezien de tekst van de wet, die functievereisten die leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van homoseksuele gerichtheid verbiedt, ook als zij nodig geacht worden om de grondslag te verwezenlijken, alsmede gezien de toelichtende stukken,⁷³ moet het er voor gehouden worden dat genoemd onderscheid inderdaad verboden is.

Wat betreft de bewijslast van de discriminatie is het in ieder geval zo, dat het weren van een homoseksuele leraar omdat hij samenwoont, in principe (verboden) onderscheid wegens het enkele feit van seksuele gerichtheid vormt. Het schoolbestuur moet aantonen dat het samenwonen afbreuk doet aan het uitdragen van de overtuiging. Het zal derhalve bijkomende omstandigheden aannemelijk moeten maken op grond waarvan er meer aan de hand blijkt dan 'het enkele feit'; op het schoolbestuur ligt dus de bewijslast.⁷⁴

Overigens is deze opvatting – de bewijslast ligt bij het schoolbestuur, dat moet aantonen dat afbreuk gedaan wordt aan het uitdragen van de overtuiging welke aan de

69 *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 18.

70 *Handelingen II* 1992/93, p. 3508.

71 *Kamerstukken I* 1992/93, 22014, nr. 212c, p. 10; in soortgelijke zin *Kamerstukken I* 1993/94, 22014, nr. 48a, p. 12.

72 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014 nr. 5, p. 41; *Handelingen II* 1992/93, p. 3515 (Hirsch Ballin) en p. 3527 (Ritzen); *Kamerstukken I* 1992/93, 22014, nr. 212c, p. 11.

73 *Kamerstukken I* 1992/93, 22014, nr. 212c, p. 11: "Het enkele feit van, bij voorbeeld, iemands homoseksuele gerichtheid en het al dan niet samenwonen, homo- of heteroseksueel, is geen gerechtvaardigde grond voor het maken van onderscheid (...). Het enkele feit van hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, daaronder begrepen het enkele feit dat iemand ongehuwd samenwoont met iemand van het ene of van het andere geslacht, is (...) geen rechtvaardiging voor het uitsluiten van de betrokkene". Vgl. ook *Kamerstukken I* 1993/94, 22014, nr. 48 a, p. 13.

74 *Handelingen II* 1992/93, p. 3516-3517 (Hirsch Ballin). In deze zin oordeelde de CGB in oordeel 99-38.

school ten grondslag ligt – moeilijk te rijmen met een eerdere uitspraak van de regering, dat de beoordelende instantie (Commissie, rechter) zich heeft te beperken tot het onderzoek of de primair aangewezen instantie (in casu het schoolbestuur) ‘in redelijkheid heeft kunnen beslissen zoals zij heeft gedaan’.⁷⁵ Een dergelijke marginale toetsing gaat bepaald minder ver dan een toetsing of het schoolbestuur heeft ‘aangetoond’ dat afbreuk gedaan wordt.

Over andere casusposities is in dit verband nauwelijks gerept. Minister Hirsch Ballin was van mening dat een leraar louter vanwege zijn met de grondslag van de school strijdige politieke overtuiging geweerd zou kunnen worden. Waarom dat geen strijd met de ‘enkele feit’-maatstaf oplevert, maakte hij niet duidelijk.⁷⁶ Ten aanzien van onderscheid op grond van ras en geslacht ten slotte, achtte de regering het moeilijk voorstelbaar dat zich bijkomende omstandigheden konden voordoen die dergelijk onderscheid conform artikel 5 lid 2 sub c, AWGB aanvaardbaar zou kunnen maken.⁷⁷

5.6.3 Jurisprudentie

Commissie gelijke behandeling Opvallend is dat de zo veel besproken casus van de homoseksuele leerkracht in het confessionele onderwijs, met het oog op artikel 5 lid 2 sub c, AWGB, tot nu toe slechts twee keer voor de Commissie aan de orde is geweest (96-39, 99-38). In de eerste casus betreft het een sollicitatie bij het bestuur van een gereformeerde school, dat van zijn personeelsleden onder meer vraagt dat ze het ongehuwd samenwonen en de homoseksuele levenswijze als strijdig met Gods Woord afwijzen. In dit verband dienen ze bij indiensttreding een formulier te ondertekenen waarin deze opvatting is verwoord. De sollicitant weigert het formulier te ondertekenen, omdat hij niet gediscrimineerd wenst te worden en evenmin wil discrimineren; daarbij gaan zijn bezwaren met name uit naar genoemde stellingname over buitenhuwelijkse samenlevingsvormen. Naar aanleiding hiervan heeft het bestuur hem niet voor verdere gesprekken uitgenodigd: verzoekers motivatie voor het reformatorisch onderwijs was onvoldoende bevonden. Het feit dat hij te kennen heeft gegeven het genoemde benoemingscriterium niet te kunnen onderschrijven, heeft daarbij een duidelijke rol gespeeld.

De Commissie is van oordeel dat het gestelde criterium – het afwijzen van buitenhuwelijkse samenlevingsvormen – in dit geval een eis vormt die, gelet op het doel van de school, nodig geacht kan worden voor de verwezenlijking van haar grondslag. Dienovereenkomstig is ook de voorwaarde van het ondertekenen van het formulier er een die nodig geacht kan worden voor de verwezenlijking van de grond-

⁷⁵ *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 51.

⁷⁶ *Handelingen II* 1992/93, p. 3599.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 18-19.

slag. De Commissie komt aldus niet aan de kern van de zaak toe. De vraag of toepassing van deze eis al dan niet neerkomt op onderscheid op grond van het enkele feit van een der (verboden) discriminatiegronden – en dus niet/wel valt binnen de termen van de uitzonderingsbepaling van artikel 5 lid 2 sub c, AWGB – meent zij niet te kunnen beantwoorden, nu verzoeker niet nader heeft (willen) aangeven op basis van welke van die gronden jegens hem onderscheid zou zijn gemaakt. Is deze vaststelling wel correct? Verzoeker heeft uitdrukkelijk gesteld dat zijn bezwaren betrekking hebben op de stellingname dat buitenhuwelijkse samenlevingsvormen niet aanvaardbaar zijn. Is daarmee niet gegeven dat hij van oordeel is dat het hier gaat om onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid en/of burgerlijke staat?⁷⁸

In de tweede casus (99-38) gaat het om een afdelingsbestuur van een basisschool op reformatorische grondslag, dat een sollicitant voor de vacature van groepsleerkracht geweigerd had vanwege zijn homoseksuele gerichtheid en samenlevingsverband buiten het huwelijk. Met een beroep op de wetshistorie stelt de CGB dat zij “een feitelijke beoordeling dient te geven ten aanzien van de vraag of door verzoekers (leden van het afdelingsbestuur) in strijd met het verbod op onderscheid op grond van het enkele feit van homoseksuele gerichtheid hebben gehandeld. Daarbij kan de Commissie niet anders dan tot haar uitgangspunt nemen dat het als homoseksueel samenwonen met iemand van hetzelfde geslacht onder ‘het enkele feit van homoseksuele gerichtheid’ moet worden begrepen”. Derhalve is het weigeren van een leerkracht louter vanwege het enkele feit van samenwonen met iemand van hetzelfde geslacht niet toelaatbaar. Dat sluit niet uit, aldus de Commissie, dat ‘bijkomende omstandigheden’ een dergelijke weigering niettemin kunnen rechtvaardigen. Het is dan evenwel aan het bestuur om aannemelijk te maken dat de betrokken leerkracht gezien zijn gedragingen en opvattingen, gelet op de uitgangspunten van de school, niet bij deze instelling past. Dat impliceert tenminste, dat die leerkracht de kans krijgt om naar voren te brengen hoe deze zijn seksuele gerichtheid of wijze van samenleven kan rijmen met de doelstellingen van de school. Nu de leerkracht niet is uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek en zijn leefwijze in samenhang met zijn functioneren op school derhalve niet aan de orde is geweest, moet geconstateerd worden dat in casu van een toetsing van eventueel aanwezige bijkomende gedragingen die een weigering zouden kunnen rechtvaardigen, geen sprake is geweest. Bij gebreke van een dergelijke concrete belangenafweging komt de Commissie dan ook tot de slotsom dat onderscheid is gemaakt op grond van het enkele feit van homoseksuele gerichtheid.

Uit dit oordeel zijn de volgende punten af te leiden:

78 Vgl. over deze uitspraak, gepubliceerd in *Nemesis* (RV 1997, 670); Vermeulen 1996.

1. Het enkele gegeven dat betrokkene samenwoont met iemand van hetzelfde geslacht, vormt geen reden voor een confessionele onderwijsinstelling om hem op grond van artikel 5 lid 2 sub c, AWGB te weigeren; een dergelijke weigering vormt (verboden) onderscheid op grond van het enkele feit van homoseksuele gerichtheid.
2. Het bestuur zal derhalve bijkomende omstandigheden moeten aanvoeren die weigering kunnen rechtvaardigen. Daartoe is een concrete afweging en beoordeling nodig: de enkele verwijzing naar de grondslag van de school is onvoldoende. Ten minste is vereist dat de leerkracht in kwestie in een sollicitatiegesprek in de gelegenheid gesteld wordt zich uit te spreken over de stelling van het bestuur dat zijn leefwijze met de grondslag in strijd is.
3. De Commissie heeft aldus een bewijslastverdeling geformuleerd: het schoolbestuur moet met 'bijkomende omstandigheden' concreet aantonen dat met benoeming van de betrokkene afbreuk aan de grondslag gedaan wordt. Uit de uitspraak valt niet af te leiden wat zulke omstandigheden zijn, en wanneer een schoolbestuur die omstandigheden aannemelijk heeft gemaakt.

Gezien de wetshistorie lijkt dit een juist oordeel. Weliswaar is het niet in lijn met de uitspraak van de regering dat de beoordelende instantie (in casu de CGB) zich heeft te beperken tot het onderzoek of de primair aangewezen instantie (in casu het schoolbestuur) 'in redelijkheid heeft kunnen beslissen zoals zij heeft gedaan'.⁷⁹ Maar het oordeel is wel in overeenstemming met andere uitlatingen van de regering, welke een nogal zware bewijslast bij het schoolbestuur leggen.⁸⁰ En het past ook in de algemene teneur van de wetsgeschiedenis, die er grosso modo op neer komt dat weigering op grond van homoseksueel samenleven in principe onderscheid op grond van het enkele feit van homoseksuele gerichtheid vormt.

Uit de jurisprudentie van de Commissie in andere typen zaken is een duidelijke lijn te ontwaren.

1. De Commissie stelt zich, net als ten aanzien van de uitzonderingen van artikel 2 AWGB op het standpunt dat zij slechts beoordeelt of een uitzonderingsbepaling (artikel 5 lid 2 en 7 lid 2 AWGB) van toepassing is als de wederpartij zich daar uitdrukkelijk op heeft beroepen (97-135, 98-79).
2. Een algemene, neutrale instelling kan zich per definitie niet op een uitzonderingsbepaling beroepen (97-105 en 99-18). In laatstgenoemd oordeel overweegt de CGB: "De wederpartij heeft een beroep gedaan op het karakter van het openbaar onderwijs en betoogd dat van het onderwijzend personeel een open instelling tegenover de te

79 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 51.

80 Zo bijv. *Handelingen II* 1992/93, p. 3516-3517 (Hirsch Ballin).

onderscheiden levensbeschouwelijke en maatschappelijke waarden geëist mag worden. Deze eis is niet op voorhand in strijd met de AWGB. Echter het feit dat verzoekster een bepaalde godsdienst belijdt en deze door het dragen van een hoofddoek uit, sluit niet uit dat zij deze open instelling heeft en in staat is onderwijs te geven in overeenstemming met het karakter van de school als openbare instelling”.

3. Als sprake is van een identiteitsgebonden instelling die zich uitdrukkelijk op een uitzonderingsbepaling heeft beroepen, hanteert de Commissie, met zorgvuldige verwijzing naar de wetsgeschiedenis, de volgende in drie stappen onder te verdelen standaardoverwegingen (96-118):

- a. Bij de beantwoording van de vraag of terecht een beroep gedaan kan worden op de vrijheid van de door de wetgever bedoelde instellingen om bepaalde functie-eisen te stellen zijn de concrete omstandigheden van belang. Dit houdt in dat de Commissie niet alleen nagaat wat de formele regels zijn ten aanzien van de grondslag en het doel van de desbetreffende instelling en ten aanzien van de functie, maar ook welke betekenis door de wederpartij aan grondslag en doelstelling in de praktijk wordt gehecht, zoals de concrete context waarbinnen de feitelijke werkzaamheden van de medewerker worden verricht. (...)
- b. De functie-eis zal gegrond moeten zijn op een vast en op het doel van de instelling berustend beleid. De instelling dient derhalve aan te tonen dat haar beleid consequent gericht is op het handhaven van de identiteit. (...)

Ten slotte beoordeelt de Commissie het noodzakelijkheidsgehalte van de aangelegde functie-eis:

- c. In de wetsgeschiedenis is meermalen ingegaan op de reikwijdte van het noodzakelijkheidsvereiste van de functie-eis alsmede de beoordeling daarvan. Van belang is in dit verband het volgende. De vaststelling van grondslag en doel alsmede de betekenis ervan voor het stellen van bepaalde eisen aan een specifieke functie ligt primair bij de wederpartij zelf. De Commissie dient de beslissing van de wederpartij niet ‘nog eens ten gronde over’ te doen, maar zich bij haar beoordeling te beperken tot de vraag of de wederpartij in redelijkheid heeft kunnen beslissen zoals zij heeft gedaan. In die zin is er sprake van een marginale toets en richt de beoordeling van de Commissie zich uitsluitend op de vraag of er een objectieveerbare band is tussen de overtuiging die het doel draagt en de daaraan ontleende functie-eis.

De Commissie beoordeelt derhalve eerst of de grondslag waarop de instelling zich beroept niet alleen op papier staat, maar ook concreet, in de praktijk, beleefd en uitgedragen wordt (a). Is dat het geval, dan wordt vervolgens bezien of het op de grondslag gebaseerde beleid consequent wordt toegepast (b). Ten slotte wordt nagegaan of de gestelde eis ten aanzien van de specifieke functie met het oog op het rea-

liseren van de grondslag noodzakelijk is (c). In verband met de noodzakelijkheids-toetsing onderzoekt de Commissie onder meer de identiteitsgevoeligheid van de functie. Daarnaast gaat zij, in het bijzonder ten aanzien van betrekkingen van tijdelijke aard (98-38; stagiaire) of beperkte omvang (96-18 en 97-138 (deeltijd)), na of daarbij de functie-eis wel nodig is.

Rechter In een vonnis van de Zwolse kantonrechter⁸¹ ging het om een ontslag, verleend aan een docente kerkgeschiedenis en maatschappijleer die verbonden was aan een gereformeerde hogeschool, enkel en alleen vanwege het feit dat zij was uitgetreden uit de Gereformeerde Kerk (vrijgemaakt). De uitspraak dateert van vóór de AWGB, maar er werd expliciet geanticipeerd op de AWGB. Met een beroep op de memorie van toelichting en (ontwerp)artikel 5 lid 2 sub c, achtte de kantonrechter het ontslag geoorloofd. Een dergelijke formele toetsing, waarbij geen acht geslagen wordt op de concrete praktijk en de consistentie van het personeelsbeleid ter zake, voldoet in het licht van de wetsgeschiedenis echter niet.

In een recente zaak welke mogelijk AWGB-relevant is, achtte een kantonrechter ontslag wegens overspel van een onderwijzer aan een reformatorische school op zichzelf te billijken, maar vond hij het onredelijk dat de leraar na een dienstverband van 25 jaar geen enkele schadevergoeding had gekregen. Daarbij werd echter geen woord aan de AWGB gewijd.⁸²

5.6.4 Evaluatie

Het belangrijkste thema tijdens de behandeling van de AWGB was de positie van de homoseksuele leerkracht in een confessionele school. In de wetsgeschiedenis zijn verschillende standpunten en posities ingenomen, waardoor geen volledige zekerheid geboden wordt hoe geoordeeld moet worden in het geval van een school waarvan de in theorie én praktijk beleefde grondslag, noodzaakt een samenwonende homoseksuele leraar te weren. In dergelijke gevallen kan immers gesteld worden dat tegelijkertijd sprake is van onderscheid op grond van het enkele feit van homoseksuele gerichtheid én van onderscheid gegrond op eisen die gesteld worden ter verwezenlijking van de grondslag. Gezien de tekst van de wet, welke verbiedt dat functievereisten – ook als zij nodig geacht worden om de grondslag te verwezenlijken – leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van homoseksuele gerichtheid, alsmede gezien de toelichtende stukken,⁸³ moet het er voor gehouden worden dat genoemd onderscheid inderdaad verboden is. In deze zin oordeelde de Commissie in 99-38. Overigens wijst een uitspraak van de CGB (97-135) inzake artikel 7 lid 2

81 Ktg. Zwolle 7 maart 1991, *NJCM-Bulletin* 1991, p. 302 e.v.

82 Ktg. Almelo 18 december 1997, *Prg.* 1998, 4905.

83 Zie noot 72.

AWGB (t.a.v. leerlingen) ook in deze richting, zie het commentaar aldaar. Aldus uitgelegd geeft de AWGB (meer in het bijzonder artikel 5 lid 2 sub c, AWGB) aan scholen die in theorie en praktijk een homoseksuele levensstijl veroordelen, naar het oordeel van sommigen mogelijk onvoldoende ruimte om een op hun grondslag gebaseerd personeelsbeleid te voeren; deze wet zou dan in zoverre in strijd zijn met de in artikel 23 Grondwet neergelegde vrijheid van onderwijs.⁸⁴ Die mening wordt overigens door anderen niet gedeeld.⁸⁵

In de praktijk lijkt deze bepaling tot nu toe nauwelijks problemen op te leveren. Er zijn tot op heden twee verzoeken bij de CGB ingediend die op een casus als hier geschetst betrekking hadden. Overigens valt niet uit te sluiten dat potentiële klagers uit vrees voor publiciteit en andere repercussies van het inschakelen van de Commissie afzien.

Voor het overige lijkt het er op dat de regeling een aanvaardbaar evenwicht formuleert tussen enerzijds het gelijkheidsbeginsel en anderzijds de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing, de vrijheid van (politieke) vereniging en de vrijheid van onderwijs. In de literatuur is veel kritiek geuit op de 'enkele feit'-constructie. Tot op heden heeft deze constructie bij de jurisprudentie met betrekking tot artikel 5 lid 2 AWGB geen rol gespeeld: deze concentreert zich op de authenticiteit, consistentie en noodzaak van de uit de grondslag voortvloeiende functie-eisen.

De jurisprudentie van de Commissie ter zake is alleszins acceptabel. Het beroep op een uitzonderingsbepaling wordt niet klakkeloos aanvaard. Anderzijds laat de beoordeling die de Commissie geeft, serieuze identiteitsgebonden instellingen voldoende ruimte om hun identiteit te handhaven. Wel zou in een toekomstige casus de invulling die de Commissie geeft van de consistentie-eis en de noodzakelijkheidseis kunnen gaan 'wringen'. Enerzijds ziet de Commissie in het gegeven dat de functie-eis ten aanzien van alle medewerkers gesteld wordt een argument om aan te nemen dat sprake is van een vast, op het doel van de instelling berustend beleid. Anderzijds benadrukt de Commissie dat het noodzakelijkheids criterium soms met zich meebrengt dat de betreffende eis niet ten aanzien van alle functies gesteld mag worden (96-118, 97-138, 98-38). Tot nu toe heeft deze combinatie van criteria overigens geen problemen opgeleverd.

Voor wat betreft de verhouding tot andere wetgeving kan worden gewezen op de recente discussie bij de totstandkoming van artikel 30 van de Wet op het primair onderwijs (WPO), over de verhouding tussen de vrijheid van onderwijs en het gelijkheidsbeginsel/discriminatieverbod met het oog op de positie van werknemers. Artikel 30 WPO verplicht het bevoegd gezag vierjaarlijks een document met streefcijfers en -beleid op te stellen gericht op het realiseren van evenredige vertegenwoordi-

84 Aldus reeds de Raad van State. Zie voor een nadere uitwerking van dit standpunt Vermeulen 1991.

85 In het bijzonder Mattijssen 1991, p. 68 e.v.; Waaldijk & Tielman 1984.

ging van vrouwen in schooldirecties. De Raad van State zag in deze verplichting strijd met artikel 23 lid 6 Grondwet.⁸⁶ De regering voerde daartegen aan dat er geen sprake was van een dwingende benoemingsverplichting, en dat er voldoende ruimte werd gelaten voor een eigen invulling van het beleid (streefcijfers, duur) door het schoolbestuur. Dit standpunt is door de wetgever aanvaard.⁸⁷ In deze discussie is de AWGB niet aan bod geweest.

5.7 Privé-karakter van de werkverhouding

5.7.1 Tekst

Artikel 5 lid 3 AWGB

“Het eerste lid is niet van toepassing op eisen, die gelet op het privé-karakter van de werkverhouding in redelijkheid aan een werkverhouding kunnen worden gesteld.”

5.7.2 Wetsgeschiedenis

Het doel van deze bepaling is het discriminatieverbod af te bakenen ten opzichte van het grondwettelijk recht op eerbieding van de persoonlijke levenssfeer in artikel 10 Grondwet.⁸⁸ Meer in het bijzonder is bedoeld op het privé-karakter van de betrekkingen tussen degene die arbeid verricht en degene voor wie deze wordt verricht. Voor de eisen die in redelijkheid gesteld kunnen worden is daarbij de aard van de functie van belang.⁸⁹

De bepaling is in de parlementaire behandeling met name aan de orde geweest in het licht van de hiervoor beschreven uitzonderingen van artikel 5 lid 2, in het kader van de discussies rondom de vraag of de ‘bijkomende omstandigheden’ in de privé-sfeer van de werknemer konden liggen. In artikel 5 lid 3 AWGB gaat het weliswaar om de vraag wat onder de privé-sfeer van de werkgever moet worden verstaan, maar in de discussies is dat onderscheid nooit aangebracht. In verband met het derde lid is wel meer precies gevraagd naar de afbakening tussen ‘werkverhouding’ en ‘persoonlijke levenssfeer’. Een concreet antwoord werd daarop niet gegeven. Gesteld is dat de persoonlijke levenssfeer niet in enkele zinnen te beschrijven is. Zij kent tal van verschijningsvormen en omvat terreinen welke zeer uiteenlopend van aard zijn. Op sommige punten is zij wel nader uitgewerkt (briefgeheim en huisrecht), terwijl zij op andere terreinen nog volop in ontwikkeling is. Ook uit de jurisprudentie komt geen

86 *Kamerstukken II* 1994/95, 24149 B, p. 6-7.

87 *Kamerstukken II* 1994/95, 24149, nr. 3, p. 10-11 en p. 18-19; nr. 5, p. 13-15.

88 *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 8.

89 *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 19.

welomschreven definitie naar voren. De rechter oordeelt in het concrete geval. De persoonlijke levenssfeer kan dus niet gezien worden als een strikt af te bakenen sfeer waarin niet getreden mag worden.⁹⁰

Voor zover het artikel 5 lid 3 AWGB betreft moet vooral gedacht worden aan de persoonlijke verzorging binnen de eigen huishouding, gezinsverband of huiselijke kring.⁹¹

Voorstellen om in plaats van artikel 5 lid 3 een algemene bepaling over deze uitzondering op te nemen, dan wel artikel 5 lid 3 juist te beperken tot de grond 'geslacht',⁹² zijn niet door de regering overgenomen.

5.7.3 Jurisprudentie

Commissie gelijke behandeling Artikel 5 lid 3 AWGB is bij de CGB slechts één keer aan de orde geweest. In de in paragraaf 5.6.3 besproken uitspraak 97-105 is tevens geoordeeld over de vraag of de uitzondering van artikel 5 lid 3 van toepassing was. De Commissie overwoog op dit punt in de eerste plaats dat een beroep op artikel 5 lid 3 toekomt aan de patiënt en niet aan een instelling voor thuiszorg als de wederpartij. De wederpartij had echter niet aangegeven in welke mate patiënten een beroep doen op een verpleegkundige voor geloofs- en zingevingsvragen. De wederpartij had slechts ter zitting aangegeven dat het hebben van respect voor de godsdienstige- of levensovertuiging voldoende is voor een volwaardige taakuitoefening door de verpleegkundige. Op deze grond achtte de CGB in casu de uitzondering van artikel 5, derde lid, AWGB niet van toepassing.

Uitspraken van de rechter zijn niet bekend.

5.7.4 Evaluatie

Als het aantal oordelen van de CGB bepalend is voor de vraag of een bepaling problemen oproept, zou in het kader van artikel 5 lid 3 AWGB gesteld kunnen worden dat, gezien het feit dat er slechts één oordeel is (97-105), de bepaling geen aanleiding geeft tot evaluerende opmerkingen. Uit dat oordeel blijkt echter dat de situatie die daar aan de orde is, naar het gevoelen van de Commissie niet bevredigend kan worden opgelost aan de hand van de toegelaten uitzonderingen. In feite betrof de casus (gewenst) onderscheid (t.a.v. personeel) op grond van godsdienstovertuiging door een niet op religieuze grondslag berustende instelling. De zaak kreeg een draai door de beoordeling in het kader van artikel 5 lid 3 AWGB. Maar ook op deze grond kon de Commissie niet uitspreken dat de discriminatie was toegestaan. In een extra

90 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 40-42.

91 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 81.

92 Zie amendement *Kamerstukken II* 1992/93, 22014, nr. 31.

overweging gaf de Commissie echter aan dat toetsen van respect voor de godsdienstige overtuiging van anderen en toetsen van reacties op zingevingsvragen van patiënten wel tot de mogelijkheden behoort. Een toets door de CGB van dergelijk beleid zal neerkomen op het beoordelen van de objectieve rechtvaardigingsgronden voor indirect onderscheid, aldus de Commissie.

In het kader van de *stroomlijning* zij er op gewezen dat voor zover artikel 5 lid 3 AWGB het kenmerk geslacht betreft, de materie al is geregeld in artikel 1 van het WGB-besluit, met drie bepalingen die betrekking hebben op de privacy in werkverhoudingen. Te concluderen is daarmee dat de toelaatbaarheid van onderscheid op grond van geslacht binnen de privé-sfeer dubbel is geregeld: in het WGB-besluit en in artikel 5 lid 3 AWGB.

5.8 Politiek bepaalde en vertrouwensfuncties

5.8.1 Teksten

Artikel 5 lid 4 AWGB

“Het eerste lid is niet van toepassing op eisen met betrekking tot de politieke gezindheid die in redelijkheid kunnen worden gesteld in verband met de vervulling van functies in bestuursorganen en adviesorganen.”

Artikel 5 lid 5 AWGB

“Het eerste lid is niet van toepassing op eisen met betrekking tot de politieke gezindheid die in redelijkheid kunnen worden gesteld in verband met de vervulling van vertrouwensfuncties.”

5.8.2 Wetsgeschiedenis

Het doel van deze uitzondering is het discriminatieverbod af te bakenen tegenover artikel 3 Grondwet. Het vierde lid maakt uitzondering op het verbod van onderscheid voor eisen ten aanzien van de politieke gezindheid bij aanstelling en ontslag, die gelet op de aard van de functie in redelijkheid kunnen worden gesteld. Politieke functies zijn functies in organen van het overheidsbestuur en adviesorganen ten behoeve van de overheid. Genoemd zijn: ministers, staatssecretarissen, commissarissen van de Koningin, burgemeesters, staatsraden en leden van bepaalde adviesorganen, zoals de Sociaal-Economische Raad enzovoort.⁹³ Degenen van wie gezien hun politieke gezindheid betwijfeld kan worden of zij hun plicht als ambtenaar of werknemer onder alle omstandigheden getrouw zullen volbrengen, komen voor de

93 *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 19

betreffende functies niet in aanmerking.⁹⁴ Voor adviesorganen die enkel op grond van deskundigheid worden samengesteld heeft de bepaling geen betekenis.⁹⁵ De vraag of er al of niet sprake is van een bestuursorgaan moet worden beantwoord aan de hand van artikel 1.1 van de Algemene wet bestuursrecht. Over de vraag of de NOS een bestuursorgaan is, twijfelde de betrokken minister. Het Commissariaat voor de media is dat zeker wel.⁹⁶

In het vijfde lid gaat het om vertrouwensfuncties bij hetzij de overheid, hetzij het particuliere bedrijfsleven. Vertrouwensfuncties zijn functies die de mogelijkheid bieden de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat te schaden.⁹⁷ Of een bepaalde functie (in de publieke of private sector) als ‘vertrouwensfunctie’ mag worden aangemerkt, wordt bepaald door de meest betrokken minister, samen met de minister van Binnenlandse Zaken, aldus artikel 3 van de na de AWGB tot stand gekomen Wet Veiligheidsonderzoeken. Voor vertrouwensfuncties wordt een veiligheidsonderzoek verlangd.

Voorbeeldsgewijs is voor wat betreft de overheid gewezen op de functie van secretaris-generaal van een departement van algemeen bestuur, en voor wat betreft het bedrijfsleven op een vertrouwensfunctie bij de PTT, waar het hebben van een bepaalde politieke gezindheid problematisch kan zijn. Dit betekent niet dat voor alle vertrouwensfuncties de politieke overtuiging relevant is. Dat is alleen het geval als er een nadrukkelijk verband is tussen de politieke gezindheid en de vervulling van de vertrouwensfunctie. Het enkele feit van het lidmaatschap van een niet-verboden politieke partij mag niet leiden tot uitsluiting van benoeming.⁹⁸

In het licht van artikel 3 Grondwet achtte de regering het niet goed denkbaar aan andere functies dan de genoemde in redelijkheid eisen met betrekking tot de politieke gezindheid te stellen.⁹⁹

Discussiestof leverden deze bepalingen niet op in het parlement.

5.8.3 Jurisprudentie

Commissie gelijke behandeling Er is één uitspraak van de CGB met betrekking tot artikel 5 lid 4 AWGB. De zaak betrof de afwijzing van een Nederlandse man voor het lidmaatschap van de Programmaraad van de gemeente Den Haag. De motivering voor de afwijzing was dat de samenstelling van de Programmaraad een afspiegeling moest zijn van de bevolking voor wat betreft vrouwen/mannen, jong/oud, autoch-

94 Ibidem.

95 Ibidem.

96 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 86.

97 *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 19 en art. 3 lid 1 Wet Veiligheidsonderzoeken (WvO, wet van 10 oktober 1996, *Stb.* 525).

98 *Kamerstukken II* 1991/92, 22014, nr. 5, p. 87.

99 *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 19.

toon/allochtoon. Aan een Nederlandse man was op dat moment geen behoefte. De CGB oordeelde dat een werving, waarbij de representativiteit van een adviesorgaan wordt gekoppeld aan mensen met bepaalde persoonskenmerken en niet aan de spreiding van deskundigheid op voor het werk van de programmaraad relevante terreinen, in strijd is met de gelijke-behandelingsvoorschriften op het gebied van onderscheid op grond van geslacht en/of ras en/of nationaliteit.

De wederpartij wees er op dat artikel 82k, lid 5 van de Mediawet sinds 1 september 1997 bepaalt dat de Programmaraad een zodanige samenstelling moet hebben dat hij representatief is voor de belangrijkste in de gemeente voorkomende maatschappelijke, culturele, godsdienstige en geestelijke stromingen. De feiten in de zaak deden zich echter vóór 1 september 1997 voor en de CGB wilde deze bepaling niet in haar oordeel betrekken. Wel reageert zij op de stelling van de wederpartij dat bijzondere wetten (in casu de Mediawet) vóór algemene gaan en dat jongere wetten derogeren aan oudere. De Commissie stelt hiertegenover dat de AWGB zich in verhouding tot andere wetgeving veelal zal voordoen als de bijzondere wet, met als gevolg dat zij dan in beginsel prevaleert. In een dergelijk geval kan bij latere formele wet slechts van de AWGB worden afgeweken op basis van een uitdrukkelijk tot afwijking van de AWGB strekkende bepaling in (of motivering bij) de posterieure wet in formele zin (98-105).

Voor zover bekend zijn er geen rechterlijke uitspraken over de uitzonderingen van artikel 5 lid 4 en 5 AWGB.

5.8.4 Evaluatie

Artikel 5 lid 4 en 5 AWGB was bij de totstandkoming geen omstreden bepaling. Uit het enkele oordeel van de CGB bleek dat er een probleem kan ontstaan in de verhouding met andere wetgeving, zoals artikel 82k van de Mediawet. Op dit punt lijkt bezinning gewenst inzake de vraag welke wet voorgaat (vgl. par. 5.3.3 m.b.t. de wet SAMEN).

Voor wat betreft vertrouwensfuncties zij verwezen naar paragraaf 5.5.3 waar is ingegaan op de in de praktijk niet te bestrijden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit bij vertrouwensfuncties.

5.9 Burgerlijke staat en pensioenvoorzieningen

5.9.1 Tekst

Artikel 5 lid 6 AWGB

“Het eerste lid, onderdeel *d*, is niet van toepassing op onderscheid op grond van burgerlijke staat, voor zover het betreft pensioenvoorzieningen.”

5.9.2 Wetsgeschiedenis

In deze bepaling wordt het toegestaan om in aan de arbeid gerelateerde pensioenvoorzieningen (arbeidsvoorwaarde) onderscheid te maken op grond van burgerlijke staat. Er is bij deze bepaling niet vermeld tegenover welk grondrecht zij wordt afgebakend. Veronderstellenderwijs zou gewezen kunnen worden op het in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM neergelegde recht op eigendom (van pensioenverzekeraars enerzijds of verzekerden anderzijds). De bepaling is tijdelijk bedoeld. Zij werd ‘vooralsnog noodzakelijk’ geacht om het bij de totstandkoming van de AWGB bestaande onderscheid op grond van burgerlijke staat in pensioenvoorzieningen nog enige tijd te kunnen handhaven. Doordat er bij de vaststelling van de premies voor nabestaandenpensioenen geen rekening mee is gehouden dat ongehuwd samenwonenden een beroep op deze voorziening zouden kunnen doen, zouden de pensioenfondsen bij een verbod op onderscheid op grond van burgerlijke staat in financiële problemen kunnen komen. Bovendien hadden de pensioenfondsen tijd nodig om de franchises aan te passen.¹⁰⁰

Een termijn voor afschaffing werd niet genoemd. Wel was destijds op regeringsniveau al een proces aangevangen om de structuur van het pensioenstelsel te herzien, met inbegrip van de nabestaandenpensioenvoorzieningen. De pensioenproblematiek was complex; veel pensioenvoorzieningen behelsden regelingen die niet alleen onderscheid op grond van burgerlijke staat, maar ook op grond van geslacht meebrachten. Artikel 5 lid 6 AWGB heeft alleen betrekking op het onderscheid op grond van burgerlijke staat.

Inmiddels zijn maatregelen tot stand gekomen die tot doel hadden het onderscheid te verminderen. Een groot pensioenfonds als het ABP opende per 1 juli 1994 al de mogelijkheid voor samenwonende, ongehuwde partners zich te laten registreren waarmee een nabestaandenpensioen voor de partner werd verzekerd. Van belang is voorts een al in 1994 tot stand gekomen, maar pas per 1 januari 2000 in werking tredende, wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW).¹⁰¹ Door die wetswijziging (invoeging artikel 2b PSW) wordt dan onderscheid op grond van burgerlijke staat bij nabestaandenpensioenen verboden met de volgende tekst: “In pensioenvoorzieningen, waarin wordt voorzien in een weduwen- of weduwnaarspensioen voor gehuwden, moeten gelijkwaardige keuzemogelijkheden zijn opgenomen tussen nabestaandenpensioen, ongeacht burgerlijke staat, of een hoger, dan wel eerder ingaand ouderdomspensioen”. Toegezegd is dat bij die gelegenheid artikel 5 lid 6 AWGB zal worden ingetrokken.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 20 en *Kamerstukken II* 1993/94, 23123, nr. 8, p. 5.

¹⁰¹ Wet van 30 juni 1994, *Stb.* 1994, 496.

Daarnaast zijn er de per 1 januari 1998 in werking getreden wetten inzake geregistreerd partnerschap, waarin (grof gezegd) wordt beoogd dat geregistreerde partners voortaan net zo behandeld zullen worden als gehuwde partners.¹⁰² In de Aanpassingswet staat echter één uitzondering: een nieuw artikel 2c PSW, waarin wordt bepaald dat vóór 1998 betaalde premies bij de berekening van het nabestaandenpensioen van geregistreerde partners buiten beschouwing mogen worden gelaten, althans indien de pensioenregeling voordien nog niet voorzag in een partnerpensioen voor ongehuwden. Dit brengt mee dat discriminatie uit het verleden nog lang zal nwerken.

In twee in de loop van 1999 ingediende wetsvoorstellen wordt in de weergegeven stand van zaken weer verandering aangebracht. In de eerste plaats werd tegelijk met het op 8 juli 1999 ingediende voorstel voor de Wet openstelling huwelijk,¹⁰³ het voorstel ingediend om artikel 2c PSW af te schaffen. Er wordt echter een overgangsbepaling voorgesteld (art. II) die artikel 2c PSW nog wel laat gelden voor de nabestaande geregistreerde partners van personen wier deelnemerschap aan een pensioenregeling door overlijden, pensionering of ontslag geëindigd is vóór de inwerkingtreding van de afschaffing van artikel 2c. Volgens de memorie van toelichting zullen aldus nog enkele tientallen nabestaande geregistreerde partners van deelnemers op grond van artikel 2c minder nabestaandenpensioen ontvangen dan de weduwen en weduwnaars van gehuwde deelnemers.¹⁰⁴

In de tweede plaats is op 3 september 1999 een voorstel van wet ingediend tot wijziging van de PSW.¹⁰⁵ Het voorstel behelst onder meer een wijziging van artikel 2b. Naast een aantal verhelderingen wordt voorgesteld om artikel 2b alleen betrekking te laten hebben op nabestaandenpensioen met een opbouw karakter, en dan slechts op aanspraken die opgebouwd zullen worden na inwerkingtreding van de nu voorgestelde wijziging. Inwerkingtreding is vooralsnog voorzien voor 1 januari 2001.

De beperking tot opbouwstelsels betekent dat ongelijke behandeling van alleenstaanden en ongehuwden/ongeregistreerden toegestaan zal blijven voor zover gewerkt wordt met risicodekking. Dit laatste is meestal van toepassing voor het risico dat de pensioendeelnemer vóór de pensioengerechtigde leeftijd overlijdt. Opbouwstelsels worden vooral gebruikt voor het risico dat betrokkene ná pensionering komt te overlijden. De memorie van toelichting spreekt de verwachting uit dat steeds meer pensioenregelingen zich naar aanleiding van artikel 2b PSW zullen beperken tot een

102 Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 324 (de zogenaamde 'hoofdwet', deze heeft geen citeertitel) en de wet van 17 december 1997, *Stb.* 660 (de 'Aanpassingswet geregistreerd partnerschap').

103 Wijziging van boek I van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, *Kamerstukken II* 1998/99, 26672.

104 Zie uitgebreider Waaldijk 1999.

105 Wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten (recht van keuze voor ouderdomspensioen in plaats van nabestaandenpensioen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen), *Kamerstukken II* 1998/99, 26711.

risicodekking voor het risico van overlijden vóór pensionering,¹⁰⁶ maar gaat niet in op de vraag of dit wellicht leeftijdsdiscriminatie oplevert.

Het wetsvoorstel houdt ook een wijziging in van artikel 5 lid 6 AWGB. Dit zou als volgt komen te luiden: “Het eerste lid, onderdeel d, is niet van toepassing op onderscheid op grond van burgerlijke staat met betrekking tot nabestaandenpensioen en met betrekking tot aanspraken op pensioen die vóór 1 januari 2001 zijn opgebouwd.”

Van schrapping van het artikel is dus geen sprake meer. Volgens het voorstel zal het toegestaan blijven om ongehuwd/ongeregistreerd samenwonenden uit te sluiten van nabestaandenpensioen (zoals een minderheid van de bestaande pensioenregelingen nog steeds doet). Volgens de memorie van toelichting zou het verbieden van dergelijk onderscheid “leiden tot een uitbreiding van het aantal afhankelijkheidsrelaties”.¹⁰⁷ Ook hoeven de voorwaarden voor nabestaandenpensioen voor ongehuwd samenwonenden niet gelijk getrokken te worden met die voor gehuwden/geregistreerden.¹⁰⁸

5.9.3 Jurisprudentie

Commissie gelijke behandeling Vrijwel alle zaken die aan de CGB werden voorgelegd betroffen de klacht dat de homoseksuele/lesbische partner geen recht had op nabestaandenpensioen. Diverse aspecten van de nabestaandenpensioenen waren daarbij aan de orde. In de eerste plaats zijn er pensioenregelingen die alleen huwelijkse weduwen en weduwnaars erkennen. In dit soort zaken oordeelde de CGB dat weliswaar dit onderscheid ook indirect onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid meebrengt, maar dat ook dit onderscheid door artikel 5 lid 6 AWGB wordt gedekt (95-41, 95-42, 95-50, 95-51 en 95-52). In de tweede plaats zijn er regelingen die alleen pensioen toekennen aan (niet gehuwde) heteropartners. De CGB heeft uitgesproken dat er dan sprake is van verboden onderscheid op grond van seksuele gerichtheid (97-47 en 97-48). In de derde plaats zijn er pensioenregelingen die voor ongehuwde partners een geheel ander systeem voor nabestaandenpensioen hanteren dan voor gehuwden. Zo moest de CGB oordelen over een regeling waarin een ongehuwde partner alleen iets kreeg indien de werknemer vóór de pensioendatum kwam te overlijden. Gehuwden daarentegen mochten ook daarna doodgaan. Ook deze vorm van discriminatie werd volgens de CGB gedekt door artikel 5 lid 6 AWGB (98-98).

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 1998/99, 26711, nr. 3, p. 5 en 22-23.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 1998/99, 26711, nr. 3, p. 16-17. In dit verband beroept de staatssecretaris zich onder meer op het advies van 21 april 1989 van de Emancipatieraad, *Kamerstukken II* 1998/99, 26711, p. 16-17.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 17.

In de vierde plaats kwam de verruiming van de pensioenregeling (zoals die van het ABP) voor velen te laat. Zij waren bijvoorbeeld al overleden, terwijl hun ongehuwde partner nog leefde. Of de verruiming had op hen geen betrekking omdat ze niet meer onder het desbetreffende pensioenfonds vielen (98-149), of omdat ze al waren gepensioneerd (95-41 en 42, 96-33, 96-114, 98-135). In de vijfde plaats tenslotte, gelden voor ongehuwde partners vaak allerlei aanvullende eisen, hetgeen de CGB niet gedekt acht door artikel 5 lid 6 AWGB (98-110, op hetzelfde adres staan ingeschreven als de partner, zie ook 98-115).

In enkele zaken die na 1 januari 1998 speelden heeft de CGB naar aanleiding van de in diverse parlementaire stukken rondom de wetgeving geregistreerd partnerschap uitgesproken wenselijkheid, om onderscheid tussen geregistreerden en gehuwden niet meer toe te staan, conform die wenselijkheid geoordeeld, ook al bevat de desbetreffende wetgeving een dergelijke bepaling niet. In de oordelen 98-98, 98-135 en 98-149 stelde de Commissie dat onderscheid tussen geregistreerden en gehuwden in pensioenvoorzieningen niet is toegestaan. Volgens de CGB wordt een dergelijk onderscheid tussen twee soorten burgerlijke staat dus niet gedekt door de uitzondering van artikel 5 lid 6 AWGB. Voorts is na 1 januari 1998 het oordeel gevraagd van de Commissie inzake de vraag of de per die datum in werking getreden wetgeving (bepaalde aspecten van) pensioendiscriminatie uit het verleden kon repareren. Het oordeel van de CGB op dit punt was negatief.

Uitspraken van de rechter zijn niet bekend.

5.9.4 Evaluatie

De oordelen in het kader van artikel 5 lid 6 AWGB geven met name blijk van allerlei vormen van discriminatie in nabestaandenpensioenregelingen. Er was ook veel commotie over de oordelen van enerzijds de kant van pensioenverzekeraars en anderzijds de kant van verzekerden.¹⁰⁹ De bezorgdheid van de kant van laatstgenoemden berust vooral op het gegeven dat de feitelijke indirecte discriminatie op grond van homoseksualiteit in het licht van artikel 5 lid 6 AWGB niet beoordeeld kan worden. Het uitstel van afdoende regelgeving voegt weinig positiefs aan de situatie toe. Dat de regering thans voorstelt om de uitzondering van artikel 5 lid 6 voor nabestaandenpensioen geheel te laten bestaan, staat op gespannen voet met het steeds ruimer uitgelegde EVRM.

Bovendien levert een permanente pensioenuitzondering voor onderscheid op grond van burgerlijke staat twee ongerijmdheden op. Aldus lijkt onderscheid tussen gehuwden en geregistreeerde partners onbedoeld ook weer toegestaan te worden, terwijl

¹⁰⁹ Zie Waaldijk 1999.

even onbedoeld ook onderscheid op grond van de burgerlijke staat van kinderen (al dan niet erkend, enz.) buiten de werking van de AWGB gebracht worden.

In dit verband kan de vraag worden gesteld of de uitzondering nog langer verenigbaar is met het steeds ruimer uitgelegde recht op eigendom (in casu van verzekerden) van artikel 1 Eerste Protocol juncto artikel 14 EVRM.¹¹⁰

De uitzondering van artikel 5 lid 6 AWGB heeft niet alleen veel onrust in de praktijk opgeleverd, maar heeft ook geleid tot een wel erg genuanceerde en ingewikkelde interpretatie door de CGB. Een en ander staat op gespannen voet met twee van de voornaamste uitgangspunten van de AWGB: het tegengaan van discriminatie op de belangrijkste terreinen van het maatschappelijk leven, en het bieden van duidelijkheid en rechtszekerheid. Daarom mag afschaffing van deze uitzonderingsbepaling niet te lang op zich laten wachten.

5.10 Identiteitsgevoelige relaties

5.10.1 Teksten

Artikel 7 lid 2 AWGB

“Het eerste lid, onderdeel c, laat onverlet de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om bij de toelating en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Onderscheid op grond van geslacht is alleen toegestaan indien de eigen aard van de instelling dit eist en voor leerlingen van beide geslachten gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn.”

Artikel 7 lid 3 AWGB

“Het eerste lid, onderdelen a en d, is niet van toepassing op eisen die gelet op het privé-karakter van de omstandigheden waarop de rechtsverhouding ziet in redelijkheid kunnen worden gesteld.”

5.10.2 Wetsgeschiedenis

In deze bepalingen gaat het om uitzonderingen op het verbod tot het maken van onderscheid bij het aanbieden van goederen/diensten. De bepalingen hebben tot doel het beginsel van gelijke behandeling af te bakenen tegenover andere grondrechten.

¹¹⁰ EHRM 16 september 1996 (Gaygusuz), AB 1997, 179; EHRM 21 februari 1997 (Van Raalte), NJCM-Bulletin 1997, p. 475 m.nt. Woltjer; CRvB 11 april 1997, AB 1997, 242; Rb. Assen 28 januari 1999, AB 1999, 113.

In het tweede lid van artikel 7 gaat het om godsdienstvrijheid en in het derde lid om eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

Parallel aan artikel 5 lid 2 sub c, AWGB geeft artikel 7 lid 2 AWGB instellingen van bijzonder onderwijs het recht om bij de toelating en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag. Zo mag bijvoorbeeld aan de ouders gevraagd worden dat zij de richting van de school onderschrijven. Doen zij dit niet, dan is de school bevoegd de inschrijving van hun kinderen te weigeren.

Het verschil tussen artikel 7 lid 2 en 5 lid 2 sub c, AWGB is dat het in eerstgenoemde bepaling het volgen van onderwijs betreft en in laatstgenoemde het verrichten van arbeid in een onderwijsinstelling. Gelet op de verschillende posities van enerzijds personeel en anderzijds leerlingen en andere onderwijsdeelnemers, zullen de eisen die aan (aspirant)leerlingen/deelnemers in dit verband gesteld kunnen worden minder stringenter zijn dan die welke aan (aspirant)personeel in het bijzonder onderwijs gesteld kunnen worden.¹¹¹

De vraag kan worden gesteld of de woorden 'toelating' en 'deelname' een beperking inhouden en dat daarbuiten (bijvoorbeeld buitenschoolse activiteiten of inhoud van de lessen) de desbetreffende eisen niet mogen worden gesteld. Bij de parlementaire behandeling is dit punt niet aan de orde geweest.

De tweede zin van artikel 7 lid 2 AWGB geldt alleen voor onderscheid op grond van geslacht. Hier is sprake van een uitzondering op de enkele feit/bijkomende omstandigheden-constructie: toegelaten wordt dat instellingen van bijzonder onderwijs bij de toelating onderscheid maken op grond van (het enkele feit van) geslacht (jongens- en meisjesscholen), indien de eigen aard van de instelling dit eist en er voor leerlingen van beide geslachten gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn.¹¹²

De betekenis van het zinsdeel 'mits voor leerlingen van beide geslachten gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn' is niet duidelijk toegelicht. Er is slechts gesteld dat het begrip 'gelijkwaardig' ziet op alle relevante aspecten van het desbetreffende onderwijs.¹¹³ Bij een (bijna) overeenkomende bepaling in artikel 4 lid 2 WGBm/v is gewezen op artikel 2 sub b van het Verdrag nopens de bestrijding van discriminatie in het onderwijs (*Trb.* 1964, 69).¹¹⁴ Uit laatstgenoemde bepaling is op te maken dat het aan het bijzonder onderwijs is toegestaan jongens- of meisjesscholen op te richten/in stand te houden, maar alleen als de inhoud en het niveau van het onderwijs gelijkwaardig is.

Ingevolge artikel 7 lid 3 AWGB is het in de uitoefening van een beroep of bedrijf, alsook door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een bedrijf,

¹¹¹ *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 22.

¹¹² *Ibidem.*

¹¹³ *Ibidem.*

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 1987/88, 19908, nr. 6, p. 29.

toegestaan onderscheid te maken op grond van alle AWGB-kenmerken, voor zover het betreft in redelijkheid te stellen eisen in verband met het privé-karakter van de omstandigheden waarop de rechtsverhouding ziet. De bepaling heeft een sterke relatie met artikel 5 lid 3 AWGB. De discussies rondom artikel 7 lid 3 zijn verweven met de discussies betreffende artikel 5, lid 2 en 3 AWGB. Als concreet voorbeeld van de toepasselijkheid van artikel 7 lid 3 is genoemd de situatie dat een alleenstaande vrouw in een advertentie een kamer in haar huis te huur aanbiedt en daarbij te kennen geeft dat alleen vrouwen in aanmerking komen. Voor de verhuurster vormt in deze situatie de woning een belangrijk onderdeel van haar persoonlijke levenssfeer.¹¹⁵ Voor het overige is – net als in het kader van artikel 5 lid 3 AWGB – gesteld dat het niet in het algemeen is aan te geven hoe ver de privé-sfeer van de verhuurder of de huurder reikt. Concrete omstandigheden van het geval bepalen dit. In ieder geval kan niet op één lijn gesteld worden de verhuur van een kamer in een eigen woning of verhuur van appartementen met eigen toegang in een herenhuis waar de eigenaar zelf ook een appartement bewoont. In de laatste situatie ligt het niet in de rede om de verhuur van een appartement als een rechtsverhouding met een privé-karakter aan te merken. Anderzijds verliest de verhuur van een kamer in de eigen woning van een verhuurder niet zijn privé-karakter als de verhuur een duidelijke en constante bron van inkomen is.¹¹⁶

5.10.3 Jurisprudentie

Commissie gelijke behandeling Een al vóór de AWGB uitgebracht oordeel van de CGB inzake het aan artikel 7 lid 2 AWGB parallele artikel 4 lid 3 WGBm/v, had betrekking op het begrip ‘eigen aard’. De casus betrof een hotelschool die evenveel meisjes als jongens toeliet, terwijl zich twee keer zoveel meisjes als jongens aanmeldde. Eén van de redenen voor dit beleid zou de eigen aard van de school zijn: het ging om een praktijkgerichte managementopleiding. De Commissie achtte het mogelijk dat de ‘eigen aard’ meer kon omvatten dan godsdienst of levensbeschouwing, maar in elk geval had de wetgever toch gedoeld op een duidelijk identificeerbare grondslag voor de instelling waaruit een mensvisie blijkt. De pedagogisch-didactische opvattingen van de school, geïnspireerd op de beroepspraktijk, vielen er in elk geval niet onder. Bovendien bleek in de statuten geen duidelijke grondslag te vinden waaruit de eigen aard van de instelling bleek (91-1).

In het kader van *artikel 7 lid 2* heeft de CGB geoordeeld over een klacht tegen een onderwijsinstelling die studiepunten toekende voor deelname aan disputen. Deelname aan homodisputen werd echter niet gehonoreerd met studiepunten. De Commis-

115 *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 23.

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

sie oordeelde dat een beroep op artikel 7 lid 2 alleen mogelijk is als de betreffende regeling voortvloeit uit factoren die verband houden met de grondslag van de instelling en nodig zijn voor de verwezenlijking van die grondslag. Maar zelfs als dat het geval is, mag dat niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van homoseksualiteit. Het in casu gemaakte onderscheid leidde echter wel tot onderscheid op grond van dat 'enkele feit'. Het beroep op artikel 7 lid 2 kon derhalve in casu niet slagen (97-135).¹¹⁷ De Commissie doet tot slot in dit oordeel de aanbeveling een nieuwe studiepuntenregeling te maken om te voorkomen dat in strijd met de wet wordt gehandeld.

In het kader van *artikel 7 lid 3* is aan de orde geweest het handelen van een medewerker van een makelaarskantoor die weigerde mee te werken aan de verkoop van een huis dat vol stond met beelden. De vraag was of dit weigeren op grond van levensbeschouwing viel onder de reikwijdte van artikel 7 lid 3. De Commissie overwoog dat de medewerker de bemiddeling bij de verkoop weigerde op grond van zijn eigen godsdienstige overtuiging, maar dat gesteld noch gebleken was dat die overtuiging ook bij andere medewerkers van de wederpartij bestond. Aangezien de wederpartij had nagelaten de verkoopopdracht over te dragen aan een andere medewerker, komt een beroep op artikel 7 lid 3 niet toe aan de wederpartij, nog daargelaten de vraag of de weigerende medewerker een beroep zou kunnen doen op zijn persoonlijke levenssfeer als bedoeld in artikel 7, lid 3 AWGB, aldus de Commissie (96-115).

Een beroep op artikel 7 lid 3 faalde ook – maar op andere gronden – voor de vereniging die studiebeurzen verstrekt onder de voorwaarde dat men gehuwd of gehuwd geweest is. Hier ging het er om dat de wederpartij een instelling was als bedoeld in onderdeel c van het eerste lid van artikel 7. Onder die bepaling vallende instellingen komt een beroep op artikel 7 lid 3 niet toe (97-22).

Rechter Er zijn drie rechterlijke uitspraken die het onderwerp van artikel 7 lid 2 AWGB bestrijken, maar ze zijn allen gewezen vóór de totstandkoming van de AWGB.

Uiteraard van groot belang is het Maimonides-arrest.¹¹⁸ In dat arrest aanvaardde de Hoge Raad dat een jongen uit een liberaal-joods gezin door een orthodox-joodse school geweigerd kon worden, nu deze weigering stoelde op een vast, op de religieuze grondslag van de school gebaseerd beleid. Dit consistentie-criterium is door de wetgever in het kader van de AWGB benadrukt,¹¹⁹ en wordt terecht door de Commissie als een belangrijke toetsingsmaatstaf gehanteerd.

¹¹⁷ Zie hierover Mattijssen 1998.

¹¹⁸ HR 22 januari 1988, AB 1988, 9 en NJ 1988, 891.

¹¹⁹ Kamerstukken II 1991/92, 22014, nr. 10, p. 22.

Ten onrechte verwijst de regering in de memorie van toelichting bij de AWGB op dit arrest als een (uniek) voorbeeld van gerechtvaardigd onderscheid wegens ras.¹²⁰ De Hoge Raad hoefde op cassatietechnische gronden niet in te gaan op de vraag of van dergelijke onderscheid sprake was.

Een andere relevante uitspraak betreft de verwijdering van een katholieke school van twee moslimmeisjes, die uit geloofsoverwegingen weigerden om aan de (gemengde) gym- en zwemlessen mee te doen. De rechter baseerde de rechtmatigheid van de verwijdering op de vrijheid van onderwijs (de vrijheid van inrichting): “De school heeft zich beroepen op haar grondwettelijk gewaarborgde vrijheid van (inrichting van) het onderwijs. Deze vrijheid omvat in ieder geval de keuze om de gymnastiek- en zwemlessen als een onlosmakelijk deel van het lespakket aan te merken, de keuze om de sportlessen aan jongens en meisjes gemengd te geven en de keuze om deze lessen ook door mannelijke leerkrachten te laten geven. Het belang van de school moet niet worden gemeten aan de vraag hoe bezwaarlijk het voor de school is het rooster zodanig aan te passen dat de zwemlessen aan jongens en meisjes gescheiden gegeven worden en door een vrouwelijke leerkracht, of aan de vraag hoe bezwaarlijk het voor de school is dat twee van haar leerlingen de zwemlessen verzuimen, maar aan de vraag hoe bezwaarlijk het voor de school is, als inrichting van bijzonder onderwijs, een deel van haar keuzevrijheid in te leveren. Gemeten aan dat belang, kan niet van een wanverhouding worden gesproken”.¹²¹ Een dergelijke redenering, waarbij het beroep op de grondslag zo abstract-marginaal getoetst wordt, is onder de AWGB niet meer mogelijk.

De laatste uitspraak betreft het vervolg op het op de WGBm/v berustende oordeel 91-1. Het Hof Den Haag¹²² sprak uit dat het beroep op de eigen aard van de onderwijsinstelling niet kon slagen. Net als de CGB meende ook het Hof terecht dat deze uitzondering niet per se was beperkt tot godsdienstig/levensbeschouwenlijk onderwijs, maar dat met deze uitzondering nooit een regeling bedoeld kan zijn waarop in het gros van de gevallen een beroep kan worden gedaan. Er moest sprake zijn van een onderwijsinstelling met een eigen herkenbaar karakter, gebaseerd op een visie waarmee de school zich onderscheidde van vergelijkbare opleidingen. Nu de doelen van de school zich niet onderscheidden van die van vergelijkbare opleidingen, en ook uit de statuten geen kenmerkend doel bleek, was geen sprake van een ‘eigen aard’ die onderscheid naar geslacht kon rechtvaardigen. De onderwijsfilosofie van de school, die gericht was op het optimaal voorbereiden op een managementfunctie in het hotelwezen en daarom (?) een gelijke man/vrouw-verhouding op school vereiste, was volgens de rechter dus onvoldoende grond om dit beroep te honoreren.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 19.

¹²¹ Hof Den Bosch 5 september 1989, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1989, 96.

¹²² Hof Den Haag 27 oktober 1992, *JAR* 1992, 114 en *NJ* 1993, 680, na kort geding Pres. Rb. Den Haag 22 maart 1991, *KG* 1991, 131.

5.10.4 Evaluatie

In het kader van deze bepaling moet vooral worden gewezen op de verhouding tot andere wetgeving. Het is opvallend dat de relatie met de AWGB niet aan de orde is geweest bij de totstandkoming van wetgeving waardoor de toepasselijkheid van artikel 7 lid 2 AWGB in bepaalde onderwijsverhoudingen de facto opzij gezet is. Een uitzondering op artikel 7 lid 2 AWGB vormt bijvoorbeeld thans de regeling van de positie van de leerling en de ouders die blijken aangewezen te zijn op een speciale school voor basisonderwijs in het samenwerkingsverband van scholen waarbinnen de leerling 'valt'. Op grond van artikel 40 lid 3 WPO kan een leerling op een reguliere basisschool pas tot een speciale school voor basisonderwijs worden toegelaten als de permanente commissie leerlingenzorg (PCL) van het samenwerkingsverband heeft geoordeeld dat plaatsing van een leerling op een dergelijke school noodzakelijk is. Als de PCL dat echter heeft bepaald, dan mag deze school niet weigeren op denominatieve gronden (grondslagargumenten), tenzij de ouders weigeren te verklaren dat zij de grondslag van de school zullen respecteren (artikel 40 lid 4 WPO); de eis dat zij de grondslag onderschrijven, is, anders dan onder het regime van artikel 7 lid 2 AWGB, hier niet geoorloofd. Deze regeling is overigens te begrijpen vanuit het belang van deze groep kinderen, voor wie het toch veelal het beste zal zijn om toegelaten te worden tot de speciale basisschool die het dichtst bij huis is; in het algemeen zal dat de speciale basisschool van het samenwerkingsverband zijn. Een verdergaande uitzondering op deze regel vormt artikel 10g lid 2 Wet op het voortgezet onderwijs, op grond waarvan van de leerling/ouders die binnen een samenwerkingsverband aangewezen zijn op een school of afdeling voor praktijkonderwijs, zelfs niet gevraagd mag worden dat zij de richting respecteren. Een opmerking in het kader van de stroomlijning betreft de vraag of de tweede zin van artikel 7 lid 2 wel in deze bepaling wel nodig is, aangezien deze materie al is geregeld in de WGBm/v. Dit is slechts anders als de respectievelijke bepalingen betrekking hebben op verschillende soorten onderwijsinstellingen.

5.11 Verhouding tot hogere rechtsnormen

De vraag of de in dit hoofdstuk beschreven uitzonderingen op het discriminatieverbod in overeenstemming zijn met hogere normen, betreft de vraag of inter- of supranationale regelingen die discriminatieverboden bevatten, dan wel artikel 1 Grondwet, de mogelijkheid open laten om uitzonderingen te maken.

Internationale mensenrechtenverdragen die discriminatieverboden bevatten zijn het IVBPR, IVESC, EVRM en ESH, het VN-vrouwenverdrag en het Verdrag tegen rassendiscriminatie. Daarnaast is er ILO-verdrag 111 dat discriminatie bij de arbeid

verbiedt en in verband met het onderwijs is relevant het Verdrag nopens de bestrijding van discriminatie in het onderwijs (vgl. par. 5.10.2).

Ook EG-regelingen bevatten discriminatieverboden. Het EG-verdrag zelf geeft bepalingen inzake discriminatie op grond van geslacht en nationaliteit. Op basis van artikel 119 van het EG-verdrag zijn voorts richtlijnen verschenen die betrekking hebben op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (de eerste, tweede en vierde gelijke-behandelingsrichtlijn) en het vrije beroep (de vijfde gelijke-behandelingsrichtlijn).

Voor wat betreft het IVBPR, het IVESC, het EVRM en het ESH geldt dat er vrijwel steeds de mogelijkheid wordt opengelaten het discriminatieverbod in te perken op omschreven gronden die (in)direct zijn gerelateerd aan andere grondrechten: volksgezondheid, nationale veiligheid, openbare orde en goede zeden, en 'de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'. Dit brengt mee dat de uitzonderingen die opgenomen zijn in de artikelen 5 lid 2 tot en met 5 en 7 lid 2 en 3 AWGB, die alle tot doel hebben andere grondrechten te eerbiedigen, niet in strijd kunnen worden geacht met genoemde verdragen. Er kan aan worden getwijfeld of dit ook geldt voor artikel 5 lid 6 AWGB, aangezien hier door de wetgever niet is gesproken van afbakening ten opzichte van andere grondrechten.

Met betrekking tot de uitzonderingen die in artikel 2 lid 2 tot en met 5 AWGB zijn opgenomen geldt dat de vier verdragen niet expliciet de mogelijkheid geven tot het maken van deze uitzonderingen. Dat wil echter niet zonder meer zeggen dat de uitzonderingen niet zijn toegestaan. De verdragen verbieden in zijn algemeenheid discriminatie, tenzij de directe of indirecte discriminatie objectief gerechtvaardigd is. Er wordt dus niet uitgegaan van een gesloten systeem van uitzonderingen op het verbod van directe discriminatie. De objectieve rechtvaardigingstoets komt in grote lijnen overeen met de toets die in Nederland wordt gehanteerd voor de objectieve rechtvaardiging voor indirect onderscheid (vgl. hoofdstuk I-4, par. 4.3.2). Bij de toets of de in artikel 2 AWGB toegelaten uitzonderingen in overeenstemming zijn met hogere normen, gaat het daarom om de vraag of de betrokken uitzondering objectief gerechtvaardigd is. De uitzonderingen uit artikel 2 AWGB worden door de wetgever omschreven als objectief gerechtvaardigd, omdat het gaat om gevallen waarin in redelijkheid en overeenkomstig heersende maatschappelijke opvattingen, geen twijfel bestaat over de rechtvaardiging of de noodzaak van het onderscheid. Gezien deze omschrijving kan in beginsel worden aangenomen dat de uitzonderingen van artikel 2 AWGB op internationaal niveau eveneens objectief gerechtvaardigd zullen worden geacht. Dit geldt zeker met betrekking tot de uitzondering bescherming moederschap. Het IVESC (art. 10) en het ESH (art. 8) bevatten bepalingen op het terrein van de arbeid die gericht zijn op de bescherming van de gezondheid van zwangere of pas bevallen vrouwen. De bepalingen verplichten tot een ver-

lof voor en na de bevalling met inkomenscompensatie, een ontslagverbod tijdens of wegens zwangerschap, het recht een baby onder werktijd borstvoeding te geven en bescherming tegen schadelijke arbeidsomstandigheden.

Het VN-vrouwenverdrag en het Verdrag tegen rassendiscriminatie verbieden in beginsel, net als de andere mensenrechtenverdragen, zowel direct als indirect onderscheid dat niet objectief gerechtvaardigd kan worden. Daarnaast laten deze verdragen expliciet enkele uitzonderingen toe. In het VN-vrouwenverdrag is dat voorkeursbehandeling van vrouwen en bescherming van het moederschap (art. 4 lid 1 en 2). Laatstgenoemde uitzondering wordt in een aparte bepaling nader uitgewerkt. Geen mogelijkheid wordt in dit verdrag gegeven voor het maken van een uitzondering voor geslachtsbepaalde functies of geslachtsbepaaldheid, maar denkbaar is dat deze uitzondering objectief gerechtvaardigd wordt geacht. Het Verdrag tegen rassendiscriminatie laat voorkeursbehandeling voor etnische/culturele minderheden toe (art.1 lid 2 en 3).¹²³

ILO-verdrag 111, dat discriminatie bij de arbeid verbiedt, laat uitzonderingen toe voor zover die te maken hebben met 'the inherent requirements' van een 'particular job'. In het kader van dit verdrag gaat het bij de toets dus om de vraag of een bepaalde uitzondering te maken heeft met de functie in kwestie. Dat is het geval bij geslachtsbepaalde functies, de rasbepaalde functies en de functies waarop de artikelen 5 lid 2 tot en met 5 AWGB betrekking hebben.¹²⁴

Het Verdrag nopens de bestrijding van discriminatie in het onderwijs is van belang voor de vraag of de in artikel 7 lid 2 AWGB opgenomen uitzondering op het verbod van discriminatie op grond van geslacht in het onderwijs is toegestaan. In paragraaf 5.10.2 is er al op gewezen dat laatstgenoemd verdrag toestaat jongens- en meisjes-scholen op te richten, mits de inhoud en het niveau van het onderwijs voor beide geslachten gelijkwaardig zijn.

Voorschriften van EG-zijde (met name de tweede gelijke-behandelingsrichtlijn) geven de bevoegdheid om drie uitzonderingen te maken op het verbod van discriminatie van vrouwen bij de arbeid: geslachtsbepaalde functies, bescherming van het moederschap en voorkeursbehandeling van vrouwen.

Voor wat betreft de uitzondering geslachtsbepaaldheid, geldt dat als er van de bevoegdheid tot het maken van de uitzondering gebruik wordt gemaakt, er een limitatieve lijst met geslachtsbepaalde functies dient te worden opgesteld, zij moeten vol-

123 Vgl. ook de opmerking van de regering hieromtrent in *Kamerstukken II* 1992/93, 22014, nr. 36, p. 3.

124 Vgl. ook de opmerking van de regering hieromtrent voor zover het betreft art. 5 lid 2 tot en met 5 AWGB in *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 17.

ledig geïnventariseerd zijn en controleerbaar.¹²⁵ Die lijst is in ons land artikel 1 van het WGB-besluit. In dit verband zou het een vraag kunnen zijn of de uitzonderingen van artikel 5 lid 2 wel zijn toegelaten voor zover het het kenmerk 'geslacht' betreft. Deze uitzonderingen komen niet expliciet voor in artikel 1 van het AWGB-besluit. Het kan echter zijn dat – mocht het voorkomen dat er onderscheid wordt gemaakt op basis van bij het kenmerk geslacht 'bijkomende omstandigheden' – het om indirect onderscheid op grond van geslacht zal gaan, welk onderscheid wellicht objectief gerechtvaardigd kan worden.

Eerder is al aangegeven dat er met betrekking tot bescherming van het moederschap een aparte EG-richtlijn is, de EG-zwangerschapsrichtlijn (92/85) die in 1994 diende te zijn geïmplementeerd, waarin de verplichting tot het nemen van bepaalde beschermende maatregelen bij de arbeid in verband met zwangerschap, bevalling en zogen is vastgelegd.

De mogelijkheid tot voorkeursbehandeling voor vrouwen bij de arbeid is tevens vastgelegd in het EG-verdrag zelf (art. 119 oud, thans art. 141) als reactie op de (ook) op EG-niveau sterk bekritiseerde arresten Kalanke en Marschall. De bepaling is van recente datum. Zij zal de toetssteen vormen voor Nederlands voorkeursbeleid voor vrouwen bij de arbeid.

Naast de algemene, in het EG-verdrag opgenomen bepalingen inzake discriminatie op grond van geslacht, zijn er geen specifieke EG-regelingen die betrekking hebben op uitzonderingen op het verbod op het maken van onderscheid van geslacht bij het leveren van goederen/diensten.

Het EG-verdrag bevat tevens belangrijke discriminatieverboden op grond van nationaliteit tussen de werknemers van de lidstaten onderling voor wat betreft werkgelegenheid, beloning en overige arbeidsvoorwaarden. De toepassing van artikel 2 lid 5 sub a en b, AWGB moet in ieder geval in overeenstemming zijn met de artikelen 6, 48 tot en met 51 en 59 tot en met 66 van het EG-verdrag, alsmede met de jurisprudentie van het HvJEG daaromtrent,¹²⁶ en met EG-verordening 1612/68. Op conformiteit met EG-regelgeving wordt door de Nederlandse regering toegezien, getuige de wijziging van artikel 3 AWGB-besluit per 21 juni 1997.

Artikel 1 van de Grondwet laat in beginsel geen uitzonderingen toe op het daar weergegeven discriminatieverbod. Van discriminatie is echter pas sprake als een uitzondering niet objectief gerechtvaardigd is. De AWGB is de uitwerking van artikel 1 Grondwet. De uitzonderingen in de AWGB zijn – althans in de ogen van de wetgever – alle objectief gerechtvaardigd. Van strijd met de Grondwet kan dus niet worden gesproken.

125 Zie o.m. Advies Commissie van de EG d.d. 20 mei 1983, *Kamerstukken II* 1986/87, 19908, nr. 3, p. 41.

126 Toelichting AWGB-besluit, p. 14.

Gezien het voorgaande kunnen de uitzonderingen in de AWGB in grote lijnen in overeenstemming worden geacht met hogere normen. Twee kanttekeningen zijn echter te maken. In de eerste plaats is er geen enkel document dat ingaat op de toelaatbaarheid van pensioendiscriminatie op grond van burgerlijke staat. Artikel 5 lid 6 AWGB kan daarmee in strijd worden geacht met hogere normen.

Een tweede kanttekening betreft het gegeven dat in diverse documenten nauwkeurig wordt omschreven wat bescherming van het moederschap bij de arbeid inhoudt (met name art. 8 ESH, art. 11 lid 2 VN-vrouwenverdrag, de EG-zwangerschapsrichtlijn, en ILO-verdrag nr. 103 ('ter bescherming van het moederschap')). Daarbij vergeleken is de omschrijving in het AWGB-besluit van deze uitzondering bijzonder beperkt.

5.12 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn besproken de uitzonderingen op de hoofdnorm die inherent zijn aan het 'gesloten systeem'. In een open systeem zijn uitzonderingen niet nodig. Op zich is de kwestie welk systeem verkieslijker is, een boeiende discussie. Bij de totstandkoming van de AWGB is dat debat dan ook uitgebreid gevoerd en in hoofdstuk I-4 bleek dat het in beginsel nog altijd niet is afgesloten. De wetgever gaf zijn bijzondere redenen voor het gesloten systeem. Enerzijds ging het daarbij om aansluiting bij de in de WGBm/v verwerkte EG-gelijke-behandelingsregelingen die ook een gesloten systeem vormen, en anderzijds om het benadrukken van de absoluteheid van de gelijke-behandelingsnorm.

Dit zo zijnde, is de kern van de vraag in dit hoofdstuk geweest of en in hoeverre de in de wet genoemde uitzonderingen hebben voldaan aan de bedoeling van de wetgever, namelijk dat er voor bepaalde situaties van direct onderscheid met name genoemde en in de wet vastgelegde, objectief gerechtvaardigde uitzonderingen moeten kunnen worden gemaakt, maar dat daarmee het beginsel van gelijke behandeling niet moet worden uitgehold.

Vanuit dit perspectief kan allereerst aandacht worden besteed aan de keuze van de uitzonderingen. Waren zij willekeurig en ingegeven door de 'waan van de dag', of was er sprake van een fundamentele onderbouwing? In beginsel blijkt het laatste het geval, althans voor zover het de onderwerpen betreft. De uitzonderingen van het tweede lid van de AWGB zijn voor het merendeel gerelateerd aan voorschriften uit het inter- of supranationale recht. Voorkeursbehandeling van vrouwen en etnische/culturele minderheden is voorgeschreven door het VN-vrouwenverdrag en het Verdrag tegen rassendiscriminatie, bescherming van het moederschap bij de arbeid door het IVESC, het ESH, het VN-vrouwenverdrag, ILO-verdrag 103 en de EG-zwangerschapsrichtlijn. En de uitzondering voor geslachtsbepaalde functies wordt geregu-

leerd door EG-voorschriften. Onderscheid op grond van nationaliteit is in de verhouding overheid-burger door allerlei algemeen verbindende voorschriften toegelaten en wordt voor het overige gereguleerd door EG-voorschriften en de rechtspraak daaromtrent. Resumerend blijkt dan dat de wetgever alleen vrij was in de keuze om bescherming van het moederschap en geslachtsbepaaldheid als uitzondering toe te laten bij het leveren van goederen/diensten en rasbepaaldheid als uitzondering bij zowel de arbeid als het leveren van goederen/diensten. Hierop wordt teruggekomen bij de bespreking van het AWGB-besluit.

Bij de concrete uitwerking van de onderwerpen treden echter wel spanningen op. Dat bleek onder meer het geval te zijn bij voorkeursbehandeling. De EG gaat op dit punt uit van een formele benadering, terwijl het VN-vrouwenverdrag en het Verdrag tegen rassendiscriminatie uitgaan van een materiële benadering (vgl. hoofdstuk I-4, par. 4.4.1).

Bij de uitzonderingen van de leden 5 en 7 van de AWGB was het uitgangspunt de onderlinge afbakening van grondrechten. Dat onderwerp is een debat op zich en de parlementaire geschiedenis van de AWGB is geconcentreerd geweest op het meest gevoelige punt van dat debat: de vrijheid van onderwijs tegenover het recht op gelijke behandeling van personen met een homoseksuele gerichtheid. Daarvan is in dit hoofdstuk verslag gedaan. Een bijkomend verschijnsel is evenwel geweest dat aan andere uitzonderingen minder of zelfs geen aandacht is besteed, zodat de wetsgeschiedenis op onderdelen wel zeer weinig nadere informatie verschaft.

De enige uitzondering in artikel 5 AWGB die los staat van de grondrechtendiscussie is het zesde lid betreffende de toegelaten pensioendiscriminatie op grond van burgerlijke staat. Geconstateerd is dan ook dat deze bepaling zo spoedig mogelijk dient te worden geschrapt wegens strijd met de voornaamste uitgangspunten van de AWGB: het tegengaan van discriminatie op de belangrijkste terreinen van het maatschappelijk leven, en het bieden van duidelijkheid en rechtszekerheid.

Merkwaardig is overigens dat na totstandkoming van de AWGB en de politieke en maatschappelijke beroering die de wet op het zojuist genoemde gevoelige punt meebracht, de wet uit het bewustzijn van de wetgever lijkt te zijn verdwenen. Gebleken is dat bij latere wetgeving de verhouding tot de AWGB geen aandacht krijgt. Aan de orde zijn geweest in dit verband de wet SAMEN, de Mediawet, de WPO en de Wet op het voortgezet onderwijs.

Met name de op doelgroepenbeleid gerichte wetten SAMEN en de Mediawet leverden problemen op in relatie tot voorkeursbehandeling. Ook al loste de CGB blijkens recente uitspraken de strijd tussen AWGB en de wet SAMEN bevredigend op, past hier toch de aanbeveling om bij nieuwe regelgeving systematisch een gelijke-behandelingstoets uit te voeren.

In het AWGB-besluit worden enkele van de in lid 2 AWGB voorkomende uitzonderingen nader uitgewerkt. Het expliciete doel van het Besluit was duidelijkheid en rechtszekerheid te bieden en te voorkomen dat in niet bedoelde gevallen een beroep op de uitzonderingen wordt gedaan. Nu kan in zijn algemeenheid de vraag worden gesteld of het Besluit daadwerkelijk duidelijkheid en rechtszekerheid biedt. Dit is niet het geval. Op diverse plaatsen in de toelichting wordt namelijk gemeld dat niet alle situaties zijn te voorzien en te omschrijven en worden de bepalingen met voorbeelden toegelicht. Zo is bijvoorbeeld gesteld dat het niet “de bedoeling van de wetgever is geweest dat het Besluit een nauwkeurige beschrijving zou omvatten van alle denkbare gevallen als bedoeld in artikel 2 tweede, vierde en vijfde lid onderdeel b, van de wet. Slechts indien het met het oog op de rechtszekerheid wenselijk is een nauwkeurige omschrijving van bedoelde gevallen te geven, wordt die beschrijving in dit Besluit gegeven. In andere gevallen kan in dit Besluit worden volstaan met een meer globale omschrijving van de desbetreffende categorie van gevallen”.¹²⁷

Afgezien hiervan kan ook ten aanzien van het Besluit de vraag worden gesteld of de wetgever geheel vrij was in de keuze van de uitzonderingen in het Besluit. Die suggestie wordt in de toelichting wel gegeven door de stelling dat het Besluit voor aanpassing vatbaar is. Bij nadere beschouwing is dat slechts gedeeltelijk waar. Een aantal van de geslachtsbepaalde functies heeft te maken met privé-situaties. In beginsel vallen deze uitzonderingen in de categorie ‘afbakening grondrechten’. Te dien aanzien is opgemerkt dat ze in feite in de wet zelf horen en niet in het Besluit. Daarnaast wordt de uitzondering voor nationaliteit beheerst door het EG-recht. Zo resteert de vrijheid van keuze van de wetgever alleen voor de geslachtsbepaalde functies en geslachtsbepaalde gevallen die niet gerelateerd zijn aan de privé-sfeer, voor rasbepaalde functies en rasbepaalde gevallen en voor bescherming van het moederschap bij het aanbod van goederen/ diensten. Dit zijn dus precies de uitzonderingen die de wetgever uit vrije keuze opnam in AWGB zelf.

De knelpunten die hier signaleerd zijn betreffen de volgende:

- artikel 1 sub b van het AWGB-besluit (bescherming van het moederschap) is onduidelijk voor wat betreft het toepassingsterreinen en de begripsvorming. Daardoor is strijd met het EG-recht mogelijk. Verder zijn vraagtekens te zetten bij de categorisering als ‘geslachtsbepaald’. Voor de duidelijkheid zou deze bepaling minmaal dienen te worden gesplitst in een arbeidsrechtelijk deel (onderhevig aan EG-rechtspraak) en een deel dat betrekking heeft op het aanbod van goederen/ diensten. Een verdergaande stap zou zijn de bepaling in een apart artikel in het Besluit onder te brengen;
- artikel 1 sub g, AWGB-besluit blijkt voor meerdere uitleg vatbaar, hetgeen aanleiding is om de bepaling zodanig bij te stellen dat duidelijk wordt of het om de

¹²⁷ Toelichting AWGB-besluit, p. 4.

gemiddelde prestatie van een bepaalde man/vrouw gaat of om de gemiddelde prestaties van mannen/vrouwen als groep;

- de uitzondering in artikel 1 sub h is niet algemeen maatschappelijk aanvaard en niet dwingend noodzakelijk. De bepaling dient te worden verwijderd;
- de toegelaten uitzonderingen met betrekking tot rasbepaalde functies lijken te beperkt voor situaties waar er juist behoefte is aan personen van een bepaald ras/etnische afkomst (Marokkaanse hulpverlener enz.). De door de CGB aangedragen oplossing (duidelijker zijn met de functievereisten) kan uitkomst bieden. Een adequater oplossing lijkt het een bepaling op te nemen die overeenkomt met artikel 1 sub e van het WGB-besluit.

Bij het aanpassen van deze bepalingen zal ook de toelichting bij het AWGB-besluit moeten worden herzien. Een toelichting is eveneens een rechtsbron en behulpzaam bij het verschaffen van duidelijkheid en rechtszekerheid. Daarom moet van die gelegenheid gebruik worden gemaakt om de verwachting dat met de evaluatie van de AWGB ook voldaan kan worden aan artikel 11 lid 3 van het VN-vrouwenverdrag te schrappen. Zo ook zullen de opmerkingen dat bescherming van het moederschap een species is van geslachtsbepaaldheid en dat die bescherming financiële consequenties voor vrouwen mag hebben, niet meer mogen terugkeren. Tot slot dient de toelichting inzake bescherming van het moederschap in zijn geheel te worden bijgesteld, daarop wordt nog teruggekomen.

Het antwoord op de vraag of de AWGB in de praktijk voldoet aan de bedoeling van de wetgever betreft ook de vraag of in de rechtspraak de uitzonderingen zodanig worden gehanteerd dat het beginsel van gelijke behandeling niet wordt uitgehold.

Globaal kan worden geconstateerd dat daarvan geen sprake is. Niet alleen is het aantal gevallen waarin een beroep op de uitzondering werd gedaan niet groot in verhouding tot het totaal aantal oordelen, maar bovendien is een dergelijk beroep door de CGB maar zelden gehonoreerd. In overeenstemming met de bedoeling van de wetgever interpreteert de CGB de uitzonderingen in het algemeen zeer strikt. Uit de rechtspraak is weinig af te leiden, niet alleen is er nauwelijks rechtspraak, maar ook blijkt dat de rechter vaak aan de AWGB voorbijgaat.

In de oordelen van de CGB is sprake van een interessante casuïstiek over een heel breed veld. In dat opzicht heeft de Commissie een signaalfunctie. De meer structurele problemen die naar voren kwamen betroffen – afgezien van de artikel 5 lid 6 AWGB-zaken – de al vaker gememoreerde verhouding tussen voorkeursbehandeling en doelgroepenbeleid en het onbevredigende gegeven dat de CGB wel mag oordelen over zaken betreffende nationaliteit, maar desondanks nauwelijks kan bijdragen aan de oplossing omdat dat op de weg van de (inter- of supra)nationale wetgever ligt. Het oordeel van de CGB in dit soort zaken beperkt zich in feite tot een onderzoek

naar de vraag of er al of niet een algemeen verbindend voorschrift van toepassing is. Men kan zich afvragen of daar niet een andere oplossing voor mogelijk is dan dit beslag op de tijd van de Commissie. Ook kan worden nagedacht over de grenzen van de bevoegdheid van de Commissie in dit soort zaken.

In verband met de stroomlijning zijn niet alleen de AWGB en de WGBm/v aan de orde geweest maar ook het WGB- en AWGB-besluit. Daarbij zijn diverse interne en externe inconsistenties geconstateerd, alsook doublures. De volgende constatering is gedaan:

- in de AWGB zijn kerkelijke ambten uitgesloten van de werkingssfeer en in de WGBm/v zijn kerkelijke ambten een geslachtsbepaalde functie. Op gelijke wijze categoriseren van deze uitzondering is aan te bevelen;
- consistentie ontbreekt in de gedachtegang die ten grondslag ligt bij de verwerking van de uitzonderingen in artikel 5 lid 3 sub b, WGBm/v, en artikel 2 sub a van het AWGB-besluit. In artikel 5 lid 3 sub b, WGBm/v gaat het om het beroep van acteur of kunstenaar. Deze uitzondering staat in de WGBm/v in de wet zelf, maar het rasbepaalde beroep van acteur/kunstenaar staat in het AWGB-besluit. In de toelichting bij het WGB-besluit is gezegd dat uitzonderingen die te maken hebben met de afbakening van grondrechten in de wet horen te staan en de andere uitzonderingen in het Besluit. Genoemde beroepen hebben geen relatie met de afbakening van grondrechten. Dit zou meebrengen dat artikel 5 lid 3 sub b, WGBm/v uit deze wet verwijderd dient te worden en opgenomen in het WGB-besluit;
- overeenkomstige opmerkingen zijn te maken over de in artikel 5 lid 3 AWGB geregelde arbeid in de privé-sfeer en de in het WGB-besluit opgenomen uitzonderingen die ook te maken hebben met arbeid in de privé-sfeer (lid 1 sub d tot en met g). Laatstgenoemde bepalingen zouden in de wet horen te staan omdat zij gerelateerd zijn aan de afbakening van grondrechten. Voorts is hier niet alleen sprake van inconsistentie, maar ook van een doublure;
- een doublure is voorts te vinden in de artikelen 7 lid 2 AWGB en 4 lid 3 WGBm/v. Na te gaan ware of deze dubbele regeling kan worden verwijderd, tenzij de bepalingen zien op verschillende soorten onderwijsinstellingen. In dat geval dient daaromtrent duidelijkheid te worden verschaft;
- van zowel interne als externe consistentie is wel sprake bij de uitzondering voorkeursbehandeling, maar juist hier is stroomlijning niet zonder meer gewenst in verband met het scheppen van mogelijkheden voor aan de nationale situatie aangepast beleid;
- externe en interne consistentie ontbreekt bij de uitzondering bescherming van het moederschap.

Zowel het aanbrengen van inhoudelijke verbeteringen als het bevorderen van de stroomlijning vraagt diverse ingrepen in zowel WGBm/v en AWGB, als in de beide Besluiten. Geconstateerd is dat veel al bereikt zou worden als de werkingssfeer van de WGB in overeenstemming zou worden gebracht met die van de AWGB. Na een dergelijke operatie kan ertoe worden overgegaan het WGB-besluit in het AWGB-besluit te integreren. Tevens ware het dan te bezien of de opbouw van de WGB meer in overeenstemming kan worden gebracht met de opbouw van de AWGB. Thans wijken de wetten onderling sterk af, terwijl ze toch een zelfde materie regelen (vgl. hoofdstuk I-3).

Indien dan de behoefte bestaat de begripsvorming inzake bescherming van het moederschap in (de toelichting bij) het WGB/AWGB-besluit uit te werken – hetgeen in het kader van de WGBm/v nooit is gebeurd – ware het te overwegen aan te sluiten aan voorschriften van supra- en internationale herkomst inzake bescherming van het moederschap (IVESC, ESH, VN-vrouwenverdrag, EG-zwangerschapsrichtlijn, ILO-verdrag 103). Al deze documenten geven specifiek aan waaruit bescherming van het moederschap bij de arbeid dient te bestaan (een verbod tot ontslag tijdens en/of wegens zwangerschap, verlof rondom bevalling plus inkomenscompensatie in die periode, zoogrecht, bescherming tegen arbeidsomstandigheden die de zwangere/pas bevallen/zogende vrouw en/of de vrucht die zij draagt kunnen schaden, voorschriften inzake kostencompensatie in verband met de medische zorg bij zwangerschap/bevalling, behoud van overige arbeidsvoorwaarden). Met name uit het commentaar van de toezichthoudende Deskundige Comités van het ESH en de ILO-verdragen (waaronder verdrag nr. 103), maar ook uit de bepalingen van de EG-zwangerschapsrichtlijn en het VN-vrouwenverdrag is af te leiden dat de bescherming meer betreft dan de gezondheid. Het gaat ook om bescherming van de economische positie van de moeder, dat wil zeggen bescherming van zowel de arbeidsplaats als het inkomen als de overige arbeidsvoorwaarden.¹²⁸ Het betreft hier regels uit internationale mensenrechtenverdragen, die gerelateerd zijn aan grondrechten als het recht op (volks-) gezondheid, recht op arbeid en het complement daarvan: het recht op bestaanszekerheid. Dergelijke internationale voorschriften dienen te worden gerespecteerd en de nationale regelgeving dient verdragsconform te zijn. Voorts dienen de desbetreffende maatregelen in de optiek van het HvJEG om materiële gelijkheid te verwezenlijken en niet een louter formele.¹²⁹ In het kader van wetgeving ter bestrijding van discriminatie dient aan deze regels derhalve de juiste aandacht te worden besteed.

¹²⁸ Zie uitgebreider: Monster 1995, p. 281 e.v.

¹²⁹ HvJEG 30 april 1998 (Thibault), *Jur.* 1998, p. I-2011, *RN* 1998, 925, m.nt. Monster.