

## **Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2009**



# Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2009

## *Hoofdredactie:*

Prof. dr. C.J. Forder

## *Redactie:*

Mr. M.F. Baltussen  
Mr. E. Cremers-Hartman  
Mr. M. Davidović  
Mr. A.W. van Leeuwen  
Dr. lic. A.J. Overbeeke  
Mr. M.J. Strijkers  
Mr. dr. M.S.A. Vegter  
Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen  
Mr. S.K. van Walsum  
Mr. M.B. de Witte-Van den Haak  
Prof. mr. P.J.J. Zoontjens

## *Met medewerking van:*

Prof. mr. J.H. Gerards  
Prof. mr. J.E. Goldschmidt  
Mr. dr. M. Heemskerk  
Prof. mr. S.D. Lindenbergh  
Prof. dr. E. Lutjens  
A.S. Oude Hergelink  
Dr. H.G. Siebers  
K. Śmiszek  
Mr. P.C. Vas Nunes  
Mr. dr. A.G. Veldman  
Prof. mr. S.F.M. Wortmann

[www.cgb.nl](http://www.cgb.nl)



Commissie Gelijke Behandeling  
Kleinesingel 1-3  
Postbus 16001  
3500 DA Utrecht  
telefoon: 030 888 38 88  
teksttelefoon: 030 888 38 29  
fax: 030 888 38 83  
e-mail: [info@cgb.nl](mailto:info@cgb.nl)  
website: [www.cgb.nl](http://www.cgb.nl)  
Telefonisch juridisch spreekuur iedere werkdag van 14.00 tot 16.00 uur

Uitgever:           Wolf Legal Publishers  
Omslagontwerp: Bcon Graphics

© 2010

ISBN 978-90-5850-523-1

# Inleiding – algemene ontwikkelingen in het gelijkebehandelingsrecht

## INGEBREKESTELLING NEDERLAND DOOR DE EUROPESE COMMISSIE: EEN CONTINUING STORY

In haar inleiding in de oordelenbundel 2008 heeft Janneke Gerards uitvoerig verslag gedaan van hoe Nederland de uit 2000 daterende Kaderrichtlijn<sup>1</sup> niet op een goede manier in het nationale recht heeft omgezet. De Europese Commissie stelde Nederland op 31 januari 2008 hierover in gebreke.<sup>2</sup> Enkele van de in de reactie op de ingebrekestelling genoemde wijzigingen zijn inmiddels verwerkt in een wetsvoorstel.<sup>3</sup> Het gaat voornamelijk om de aanpassing van de in de gelijkebehandelingswetgeving gebezigde terminologie van direct en indirect onderscheid. Bovendien moet duidelijk worden gemaakt dat de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl) ook ziet op indirect onderscheid op grond naar leeftijd. Het kabinet heeft er bij het parlement op aangedrongen dit implementatiewetsvoorstel met voortvarendheid te behandelen.<sup>4</sup> De Europese Commissie zit de Nederlandse regering namelijk achter de broek. Twee verdere wijzigingen waarmee gevolg aan de ingebrekestelling zal worden gegeven, zullen in het voorstel voor een wet tot integratie van verschillende gelijkebehandelingswetten in de Algemene wet gelijke behandeling (de Integratiewet Awgb) worden verwerkt. Het gaat om de vervanging van het woord ‘onderscheid’ in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving door het woord ‘discriminatie’<sup>5</sup> en om de aanpassing van de bepalingen over arbeidsverhoudingen met een privékarakter.<sup>6</sup> In het najaar van 2010 zal het aangepaste wetsvoorstel bij de Tweede Kamer worden ingediend.<sup>7</sup>

### *De enkelefeitconstructie verdwijnt*

Een van de punten waar de Awgb volgens de Europese Commissie niet aan de maat is betreft de in artikelen 5, tweede lid, 6a, tweede lid, en 7, tweede lid, Awgb genoemde uitzonderingen op het discriminatieverbod. In een op 22 december 2008 geschreven, maar pas op 3 oktober 2009 openbaar gemaakte, brief verzocht minister Ter Horst van Binnenlandse Zaken de Raad van State (RvS) hierover advies uit te bren-

1 Richtlijn nr. 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, (Pb. EG 2000 L 303/16).

2 Ingrekestelling nr. 2006/2444.

3 Wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling, het Burgerlijk Wetboek, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (aanpassing definities van direct en indirect onderscheid aan richtlijnterminologie *Kamerstukken II* 2008/09 31 832, nrs. 1-4), ingediend op 30 december 2008.

4 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 6, p. 2, 4.

5 Deze wijziging is vorig jaar op p. 7 van de oordelenbundel besproken.

6 Brief d.d. 19 oktober 2009 van het kabinet aan de Europese Commissie, Bijlage 2009/10, 2009D55585 Tweede Kamer der Staten-Generaal, (14 november 2009) p. 6; *Kamerstukken II* 2008/09, 28 481, nr. 5.

7 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 6, p. 4.

gen.<sup>8</sup> Artikel 5, eerste lid, Awgb bevat bijvoorbeeld een verbod op het maken van onderscheid bij onder meer, het aangaan en beëindigen van een arbeidsverhouding. Instellingen met een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag kunnen volgens de Awgb, bij wijze van uitzondering, aan personeel eisen stellen die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie.<sup>9</sup> Politieke verenigingen genieten een vergelijkbare uitzondering.<sup>10</sup> Instellingen voor bijzonder onderwijs hebben iets meer vrijheid dan de eerdergenoemde instellingen met een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag. Dit komt doordat het recht op onderwijs (artikel 23 van de Grondwet) mede een rol speelt. Anders dan bij kerkelijke en vergelijkbare instellingen, kunnen instellingen van bijzonder onderwijs niet slechts eisen stellen die rechtstreeks uit de functie voortvloeien, maar kunnen zij tevens eisen stellen 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’. Deze eisen kunnen dus betrekking hebben op gedragingen van personeelsleden buiten de instelling.<sup>11</sup> Geen van de genoemde instellingen heeft de vrijheid eisen te stellen die tot onderscheid leiden op grond van *het enkele feit* van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

De Europese Commissie is van oordeel dat de betekenis van de woorden ‘nodig zijn voor de vervulling van een functie’ in artikel 5, tweede lid, onder a en c, Awgb niet overeenkomt met de door artikel 4 van de Kaderrichtlijn gestelde eisen, te weten dat er sprake is van een legitiem doel en van evenredigheid in de nastreving ervan. In haar brief van 22 december 2008 geeft minister Ter Horst toe dat ‘wanneer dit artikel (artikel 4 van de Kaderrichtlijn, CJF) naast artikel 5, tweede lid, Awgb gehouden wordt, de Awgb wellicht een bredere uitzonderingsmogelijkheid lijkt toe te staan’.<sup>12</sup> Maar, vraagt de minister zich af, hoe kan artikel 5, tweede lid, Awgb aan de Kaderrichtlijn worden aangepast zonder afbreuk te doen aan de in dat artikel nagestreefde balans tussen de vrijheid van godsdienst, van vereniging en van onderwijs (artikelen 6, 8 en 23 van de Grondwet) enerzijds en het discriminatieverbod (artikel 1 Grondwet) anderzijds? De balans wordt vooral bereikt met de enkelefeitconstructie.<sup>13</sup> Persoonskenmerken mogen nooit een zelfstandige reden zijn voor afwijzing. Het enkele feit dat iemand homoseksueel of heteroseksueel is, of van een bepaald ras is of een bepaalde nationaliteit heeft, mag op zichzelf niet tot afwijzing leiden. Ook het feit dat iemand met een partner van gelijk geslacht samenwoont of daarmee een relatie heeft is niet voldoende. Uitsluiting om deze redenen zou neerkomen op uitsluiting op grond van seksuele gerichtheid. Er is meer voor nodig, bijvoorbeeld gedragingen die niet met de doelstelling van de instelling te verenigen zijn.<sup>14</sup> En het ligt op de weg van de instelling om aan te tonen waarom de afwijking nodig zou zijn. Daarom legde de Kroon, op voordracht van minister Ter Horst, de volgende vraag aan de Raad van State voor: ‘Zijn er mogelijkheden, en zo ja, welke, om de artikelen van de Awgb waarin de zogenaamde enkelefeitconstructie voorkomt, zodanig aan te passen aan de terminologie en/of de strekking van de Europese richtlijn 2000/78/EG

8 Adviesaanvraag inzake enkelefeitconstructie in de Algemene wet gelijke behandeling, *Kamerstukken II* Bijlage 2009/10, 2009D24612, (3 oktober 2009).

9 Artikel 5, tweede lid onder a, Awgb, artikel 6a, tweede lid, onder a, Awgb.

10 Artikel 6a, tweede lid, Awgb.

11 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481, nr. 7, p. 5-6.

12 Adviesaanvraag inzake enkelefeitconstructie in de Algemene wet gelijke behandeling, *Kamerstukken II* Bijlage 2009/10, 2009D24612, (3 oktober 2009), p. 2.

13 De enkelefeitconstructie komt voor in artikel 5, tweede lid, Awgb, artikel 6a, tweede lid, Awgb en artikel 7, tweede lid, Awgb.

14 Voor voorbeelden, *Kamerstukken II* 2009/10, 28 482 en 27 017, nr. 7, p. 11.

dat de enkelefeitconstructie geschrapt wordt, terwijl de destijds in de Awgb neergelegde balans tussen grondrechten – in het bijzonder de balans tussen het nondiscriminatiebeginsel en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs – behouden blijft?

Op 18 mei 2009 bracht de Raad zijn advies uit. Hij is van oordeel dat aanpassing van de Awgb aan de Kaderrichtlijn, met inbegrip van schrapping van de enkelefeitconstructie mogelijk is, met behoud van de in de Awgb vastgelegde balans tussen de grondrechten. De Raad legt de eisen die uit de Awgb voortvloeien naast de in artikel 4 van de Kaderrichtlijn gestelde eisen, en concludeert dat de twee reeksen van eisen voldoende samenvallen om een herformulering mogelijk te maken, zonder afbreuk te doen aan het huidige evenwicht tussen de verschillende grondrechten.<sup>15</sup> Bij de omzetting van een richtlijn, waaronder ook de Kaderrichtlijn, heeft een nationale wetgever een zekere ruimte. Hij is bijvoorbeeld niet verplicht om de tekst letterlijk over te nemen, maar de essentiële kernbegrippen moeten een plaats krijgen in de nationale wetgeving.<sup>16</sup> De Raad legt de regering twee tekstvarianten voor. De eerste, die het dichtst bij de tekst van de Kaderrichtlijn blijft, treft u aan in het commentaar van Strijkers in deze bundel.

In het nader rapport van 24 september 2009 heeft het kabinet te kennen gegeven het advies te zullen overnemen.<sup>17</sup> Er komt dus een wijziging in de bepalingen in de Awgb waardoor de enkelefeitconstructie gaat verdwijnen. Het kabinet hecht eraan dat de nieuwe tekst tot uitdrukking gaat brengen dat een verschil in behandeling dat nodig is in verband met godsdienst of levensovertuiging geen discriminatie op een andere in de Awgb genoemde grond kan rechtvaardigen. De voorgenomen wetwijziging zal verduidelijking, niet verandering, van de bestaande situatie nastreven, aldus het kabinet. Voor het kabinet staat vast dat een wetwijziging strikt genomen overbodig is omdat het van mening is dat de Awgb op dit punt Kaderrichtlijnconform is. Er zijn ook geen aanwijzingen uit de praktijk in Nederland waaruit blijkt dat de enkelefeitconstructie tot enige inbreuk op artikel 4 van de Kaderrichtlijn heeft geleid, aldus het kabinet. De stelling dat de CGB in de vijftien jaar sinds de totstandkoming van de enkele feitconstructie geen uitspraak daarover heeft gedaan,<sup>18</sup> is echter onjuist (oordelen 1999-38 en 2007-100). Zie verder, voor een kritische bespreking, het commentaar van Strijkers in deze bundel.

### **UITZONDERING VOOR RECHTSVERHOUDINGEN BINNEN KERKGENOOTSCHAPPEN EN ANDERE GENOOTSCHAPPEN OP GROND VAN GEESTELIJKE GRONDSLAG**

De Europese Commissie stelde in haar ingebrekestelling dat de in artikel 3 van de Awgb opgenomen uitzondering voor rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag evenmin conform de Kaderrichtlijn is. Zoals uit de brief van minister Ter Horst van 22 december 2008 blijkt is het kabinet niet van plan enige wijziging op dit gebied aan te brengen. Artikel 3 Awgb verleent naar het oordeel van het kabinet geen algemene, generieke vrijstel-

15 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 7, p. 7, 13.

16 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 7, p. 14; HvJ EG arrest van 17 juli 2008, nr. C-303/2006, *Coleman/Attridge Law/Steve Law*, r.o. 49; HvJ EG arrest van 5 maart 2009, nr. C-388/07, *Age Concern*, r.o. 42.

17 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 6, op p. 1 (brief van 29 september 2009 met het tweede deel van de kabinetsreactie op de evaluatie van de Wet gelijke behandeling en aanverwante wetten) en nr. 7 (Advies van Raad van State en nader rapport).

18 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 6, p. 3. Eveneens de RvS, *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481, nr. 7, p. 12.

ling aan kerkgenootschappen, maar slechts een beperkte vrijstelling ten aanzien van het geestelijke ambt en de interne rechtsverhoudingen binnen de kerkgemeenschappen. De uitzondering valt daarom volgens het kabinet binnen de reikwijdte van artikel 4, eerste en tweede lid, van de Kaderrichtlijn en is, volgens het kabinet, ook noodzakelijk om de vrijheid van godsdienst en het daaruit voortvloeiende beginsel van scheiding van kerk en staat te eerbiedigen.<sup>19</sup> Ook bij de uitvoering van regels van de Europese Unie moet Nederland deze beginselen in acht nemen.<sup>20</sup>

In een brief van 29 september 2009 is het kabinet iets concreter. De uitzondering in artikel 3 Awgb ziet voornamelijk op toelating tot het geestelijke ambt en tot een opleiding daartoe. Gelet op de scheiding van kerk en staat en de vrijheid van godsdienst heeft de overheid in de beslissingen daarover geen rol te spelen. Wanneer er sprake is van een rechtsverhouding die niet uitsluitend interne aangelegenheden betreft, zoals de benoeming van een huishoudster, boekhouder of tuinman, geldt de uitzondering niet en zijn de discriminatieverboden zoals neergelegd in de artikelen 5 en 7 Awgb onverminderd van toepassing.<sup>21</sup> In dit standpunt volgt het kabinet het advies van de Raad van State dat de staat zich inderdaad niet in de interne relaties van geloofsgemeenschappen heeft te mengen.<sup>22</sup> De Raad merkt echter op dat, indien artikel 5 Awgb zou worden aangepast conform de bewoordingen van artikel 4 van de Kaderrichtlijn, een aparte regeling voor de interne rechtsverhoudingen van geloofsgenootschappen niet meer voor de hand ligt. De Raad geeft het kabinet daarom in overweging de uitzondering voor de interne rechtsverhoudingen van de kerkgenootschappen in een nieuw onderdeel van artikel 5 Awgb op te nemen. Indien artikel 3 Awgb ongewijzigd zou blijven terwijl artikel 5 zou worden aangepast, ligt het risico op de loer dat waar het arbeidsverhoudingen betreft, een vraag zou kunnen rijzen over de onderlinge verhouding tussen de twee artikelen.<sup>23</sup> Aan dit advies van de RvS besteedt het kabinet in zijn brief van 29 september 2009 geen aandacht.

Op 19 oktober 2009 heeft het kabinet een brief aan de Europese Commissie gestuurd over zijn standpunt betreffende de ingebrekestelling van de Kaderrichtlijn voor gelijke behandeling in arbeid en beroep en zijn voorgenomen opvolgingsacties.<sup>24</sup>

## ANDERE NATIONALE ONTWIKKELINGEN

### *Wetsvoorstel College voor Mensenrechten en Gelijke Behandeling*

De CGB gaat op in het College voor Mensenrechten en Gelijke Behandeling (CMGB). De Ministerraad heeft op 1 april 2010 ingestemd met een wetsvoorstel van deze strekking. Het wetsvoorstel, dat nu bij de Raad van State ligt, wordt openbaar op het moment van indiening daarvan bij de Tweede Kamer.

Met de oprichting van het instituut draagt Nederland bij aan een internationaal gekoesterde wens dat elk land over een onafhankelijk instituut voor de rechten van de mens beschikt. Aan de Raad van Europa en de Verenigde Naties heeft Nederland in dit verband toezeggingen gedaan. De taken, bevoegdheden en samenstelling van het CMGB zullen aan de internationale normen, meer in het bijzonder de zogenoemde 'Paris Principles', voldoen (zie verder de themabijdrage van Smiszek in deze

19 EU 2000/C 364/01, de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst.

20 *Kamerstukken II* Bijlage 2009/10, 2009D24612, (3 oktober 2009), p. 1.

21 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 6, p. 3-4.

22 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481, nr. 7, p. 21.

23 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481, nr. 7, p. 19-20.

24 *Kamerstukken II* Bijlage 2009/10, 2009D55585, (14 november 2009).



bundel). In het nieuw te vormen instituut gaan de taken van de CGB ongewijzigd over op het CMGB. Daarnaast komt er een geheel nieuw takenpakket op het gebied van de rechten van de mens. Het CMGB gaat van start op het tijdstip van inwerking-treding van de wet.

De bedoeling is dat er een centraal punt komt in Nederland voor alle activiteiten in verband met de rechten van de mens. Zowel nationale als internationale actoren hebben baat bij een dergelijk aanspreekpunt. Het instituut zal op verzoek of uit eigen beweging onderzoek doen naar misstanden op het gebied van de mensenrechten en advies geven en voorlichting.

Hoewel het werk van de CGB in theorie gewoon doorloopt als onderdeel van het takenpakket van de nieuwe CMGB, zal deze ontwikkeling belangrijke wijzigingen met zich brengen. Terwijl discriminerende eenzijdige overheids-handelingen wel tot het mensenrechtelijke aandachtsgebied zullen behoren, blijven ze buiten de reik-wijde van de gelijkebehandelingswetgeving. Interessant is de gedachte dat er kruis-bestuiving gaat plaatsvinden tussen het gedachtegoed van de gelijke behandeling en dat van de mensenrechten. Goldschmidt onderzoekt in haar themabijdrage in deze bundel de betekenis voor het werk van de CGB van het mensenrechtelijke concept van positieve verplichtingen.

### *Ontwerpbesluit openbaar vervoer*

Bijzonder relevant voor het werk van de CGB op het gebied van bestrijding van discriminatie op grond van handicap en chronische ziekte is de wetgeving waarmee een betere toegankelijkheid van het openbaar vervoer wordt nagestreefd. Het terrein openbaar vervoer is al in de Wgbh/cz opgenomen. Er wordt gestreefd naar inwerking-treding in 2010.<sup>25</sup> Bij brief van 29 september 2008 geeft de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) aan dat een ontwerpbesluit houdende regels betreffende het openbaar vervoer en de daartoe te verrichten aanpassingen in voorbereiding is.<sup>26</sup> Het ontwerpbesluit stelt regels en bepaalt toegankelijkheidsvoorwaarden voor het openbaar vervoer en regelt algemene bepalingen over onder andere de bejegening van de reiziger en over de vervoersovereenkomsten. Het besluit voorziet in een ministeriële regeling waarin aanpassingen en aanpassingstermijnen kunnen worden uitgewerkt. Het besluit biedt de burger de mogelijkheid om bij de CGB een oordeel te vragen. De AMvB is in consultatie gegeven, onder meer bij de CGB.

In haar advies over de conceptversie van deze AMvB slaat de CGB spijkers met koppen. De regels in de AMvB bestrijken maar een klein deel van wat geregeld zou moeten worden om werkelijk toegang tot het openbaar vervoer voor gehandicapte en chronische zieke personen te verwezenlijken. Vervoerders zouden bijvoorbeeld moeten afzien van de aanschaf van voertuigen die niet aan de toegankelijkheidseisen voldoen. Maar ook de rechtsbescherming waarmee de gedupeerde mensen met handicap of chronische ziektes hun rechten geldend kunnen maken, schiet volgens het advies ernstig tekort.<sup>27</sup> Zoontjens merkt in zijn commentaar in deze bundel op dat de CGB op grond van de AMvB de bevoegdheid zal krijgen om één categorie van eenzijdig overheids-handelen te toetsen, te weten de handelingen van beheerders van bus- en tramhaltes en metroperrons die niet zouden voldoen aan de eisen van de Wgbh/cz.

<sup>25</sup> Kamerstukken II 2009/10, 29 355 en 24 170, nr. 41; Kamerstukken II 2009/10, 29 355 en 24 170, nr. 40, p. 7.

<sup>26</sup> Kamerstukken II 2008/09, 29 355 en 24 170, nr. 37.

<sup>27</sup> Advies CGB inzake de conceptversie AMvB Wet Gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz) in verband met uitbreiding van de reikwijdte tot het openbaar vervoer, op verzoek van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, CGB-advies/2009/06, 15 juni 2009, p. 4, 6, 8, 12 en 14.

## *Uitbreiding reikwijdte Wgbh/cz*

De Wgbh/cz wordt mogelijk uitgebreid met het terrein van goederen en diensten. De Staatssecretaris van VWS laat eerst een verkennend onderzoek doen naar de voor- en nadelen. Enerzijds staat vast dat aanbieders van goederen en diensten onbedoeld drempels opwerpen waardoor de toegang tot allerhande diensten voor mensen met een handicap of chronische ziekte wordt beperkt. Anderzijds mogen de aanpassingen die van de aanbieders worden gevraagd niet tot onevenredige kosten of inspanningen leiden. In 2011 moet duidelijk zijn wat er in de wet zal worden opgenomen.<sup>28</sup> De voorgenomen uitbreiding hangt nauw samen met de Europese richtlijn gelijke behandeling binnen en buiten de werksfeer,<sup>29</sup> besproken in de inleiding van vorig jaar, en waarover hieronder nog meer.

## **INTERNATIONALE VERDRAGEN**

### *Ratificatie VN Gehandicaptenverdrag: goede voornemens*

De Staatssecretaris van VWS blijft zich inzetten voor een spoedige ratificatie van het VN Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (Gehandicaptenverdrag).<sup>30</sup> Op 30 maart 2007 is dit verdrag voor ondertekening geopend.<sup>31</sup> Nederland ondertekende al dezelfde dag, maar heeft het nog niet geratificeerd. Op grond van het Gehandicaptenverdrag zijn staten onder meer verplicht tot het effectueren van sociale rechten, zoals het nemen van gepaste maatregelen waardoor mensen met een handicap werkelijk toegang genieten tot de openbare ruimte, vervoer, informatie- en communicatietechnologie (artikel 9). Op grond van artikel 20 is de Staat verplicht de mobiliteit van personen met een handicap te bevorderen. De implementatie van dergelijke rechten vergt veel voorbereiding, zowel op praktisch als op juridisch gebied. Op 18 september 2009 schrijft de Staatssecretaris van VWS te hopen het wetsvoorstel tot goedkeuring van het verdrag in 2010 bij de Tweede Kamer te kunnen indienen.<sup>32</sup> Een bijzondere oorzaak voor de vertraging in de voorbereiding van de nodige wetsvoorstellen is volgens de staatssecretaris gelegen in de plannen en voorstellen van de Europese Commissie voor een verordening en richtlijnen op het gebied van personenvervoer.<sup>33</sup> Deze plannen en regelingen hebben consequenties voor de invulling die Nederland moet geven aan aspecten van het openbaar vervoer voor mensen met

28 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 355 en 24 170, nr. 40, p. 7 (brief aan de Tweede Kamer van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 18 september 2009).

29 Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, COM(2008)426 final, 2008/0140 (CNS), Brussel, 2 juni 2008.

30 *Kamerstukken II* 2009/10, 29355 en 24 170, nr. 40, p. 2 (brief aan de Tweede Kamer van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 18 september 2009); *Kamerstukken II* 2008/09, 24 170 nr. 91 (verslag van een algemeen overleg van de leden van de Tweede Kamer met de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 25 februari 2009, p. 21-23).

31 United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Doc.A.61.611. Aangenomen door het Algemeen Assemblée van de Verenigde Naties tijdens de 61e vergadering op 13 december 2006 te New York door Resolutie A/RES/61/106.

32 *Kamerstukken II* 2009/10, 29355 en 24 170, nr. 40, p. 3 (brief aan de Tweede Kamer van de Staatssecretaris VWS, 18 september 2009), p. 3.

33 Bv het voorstel voor een Verordening betreffende de rechten van – autobus en touringcarpassagiers met wijziging van Verordening (EC) Nr. 2006/2004 inzake samenwerking tussen nationale autoriteiten met verantwoordelijkheid voor de naleving van het consumentenrechten (52008PC0817) en voorstel voor een Verordening betreffende de rechten van passagiers over zee- en binnenwateren met wijziging van Verordening (EC) Nr. 2006/2004 (52008PC0816) en voorstel voor een Richtlijn betreffende consumentenrechten (52008PC0817).

een handicap of een chronische ziekte.<sup>34</sup> Opmerkelijk is dat de Europese Unie en vele andere Europese landen dit probleem niet zien of hebben. Zie hierna de bespreking van Europese ontwikkelingen.

### *Een internationaal klachtrecht voor mensen met een handicap en chronische ziekte*

Tegelijk met de opening voor de ondertekening van het Gehandicaptenverdrag is een bijbehorend optioneel protocol voor ondertekening geopend.<sup>35</sup> Door ondertekening en ratificatie van het optioneel protocol kent een staat die partij is bij het Gehandicaptenverdrag personen het recht toe om een klacht over schending van het verdrag aan het Comité dat toeziet op de naleving van het verdrag voor te leggen (artikel 1). Inmiddels hebben 88 staten het optioneel protocol ondertekend en 52 hebben het geratificeerd. Nederland zit daar niet bij. Bij de ondertekening van het Gehandicaptenverdrag overwoog het kabinet dat het verdrag een aantal sociale rechten toekent die ook door het VN Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR)<sup>36</sup> worden beschermd. Toen Nederland het IVESCR ratificeerde kende het IVESCR geen individueel klachtrecht. Volgens het kabinet is het niet wenselijk dat personen met een handicap meer mogelijkheden krijgen om een sociaal recht geldend te maken dan niet-gehandicapte personen bij schending van een soortgelijk recht. Omdat mensen zonder handicap niet bij het Comité dat toeziet op naleving van het IVESCR kunnen klagen, zouden mensen met handicap ook geen rechtsgang moeten hebben naar het comité inzake de rechten van personen met handicap.<sup>37</sup> Deze redenering overtuigt niet, omdat ze gegrond is op het nalaten van de regering om tot het optioneel protocol bij het IVESCR toe te treden. Gelukkig heeft het kabinet een elegante manier gevonden om uit deze cirkelredenering te geraken. Op 24 september 2009 heeft Nederland het optioneel protocol behorend bij het IVESCR getekend.<sup>38</sup> Hierdoor is de weg nu vrij om toe te werken naar ratificatie van het optioneel protocol bij het Gehandicaptenverdrag.<sup>39</sup>

### *Reportage over naleving van het VN Verdrag ter bestrijding van rassendiscriminatie*

Op 24 februari 2010 boog het comité dat toezicht houdt op de naleving van het VN Verdrag ter bestrijding van alle vormen van rassendiscriminatie (het CERD) zich over het zeventiende en achttiende implementatierapport van Nederland.<sup>40</sup> De Nederlandse regering moest toegeven dat effectieve bescherming tegen discriminatie op grond van ras op dit moment in Nederland geen rustig bezit is. Sinds de moord op Theo van Gogh in 2004 zijn de spanningen tussen autochtone en etnische minderheden in Nederland toegenomen.

Zich pijnlijk bewust van de noodzaak om deze ongunstige ontwikkelingen te dempen, ontwikkelde de regering een landelijk netwerk van antidiscriminatie voorzienin-

34 *Kamerstukken II* 2009/10, 29355 en 24 170, nr. 40, p. 3 (brief aan de Tweede Kamer van de Staatssecretaris van VWS, 18 september 2009), p. 3.

35 Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, geopend voor ondertekening te New York op 13 december 2006, Doc.A/61/611.

36 Geopend voor ondertekening te New York op 19 december 1966. United Nations treaty series Vol. 993, p. 3, depositary notification C.N. 781.2000.Treaties-6 of 5 november 2001 en C.N. 7.2002.treaties-1 of 3 januari 2002.

37 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 355 en 24 170, nr. 40, p. 4 (brief aan de Tweede Kamer van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 18 september 2009).

38 Doc.A./63/435; C.N. 869.2009.Treaties-34 of 11 december 2009. Aangenomen 10 december 2008 tijdens de 63ste vergadering van de Algemeen Assemblée door resolutie A/RES/63/117.

39 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 355 en 24 170, nr. 40, p. 4 (brief aan de Tweede Kamer van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 18 september 2009).

40 CERD/C/NLD/18.

gen (ADV's). De gedeelde verplichtingen van centrale en decentrale overheden om te zorgen voor lokale antidiscriminatievoorzieningen werd in de Wet gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen,<sup>41</sup> neergelegd. De wet trad op 28 juli 2009 in werking. Hierdoor zou laagdrempelig advies en toelichting over discriminatie voor iedereen beschikbaar zijn. De bureaus werken nauw samen met de politie en het Openbaar Ministerie. De regering bindt de strijd aan met racistische uitingen op het internet. De regering wil ook een aantal maatregelen nemen om de participatie op de arbeidsmarkt van etnische minderheden te stimuleren (zie verder de bijdrage van Davidović & Van Walsum in deze bundel).

Het CERD was zeer te spreken over de ADV's, over de internet hotline en over de strikte instructies aan politie en het Openbaar Ministerie om over iedere discriminatieklacht een dossier te maken. Ook verheugde het CERD zich over de komst van het CMGB en het vooruitzicht op naleving van de Paris Principles door Nederland. Een overheersende zorg van het CERD was echter dat er niettemin sprake was van een sterke achteruitgang – nog meer dan in de buurlanden – van de bescherming tegen discriminatie op grond van ras in Nederland. Het CERD plaatste ook kanttekeningen bij beleid van de regering, waardoor de verantwoordelijkheid voor integratie en bescherming tegen discriminatie verschoven wordt naar etnische minderheden zelf. Over deze beleidsmatige verschuiving zie Davidović & Van Walsum in deze bundel, paragrafen 2.3 en 5. Vier bijzondere spanningsvelden werden besproken in het CERD: de impact van felle politieke uitspraken, zowel van rechtse als linkse partijen (zie hierover de themabijdrage van Siebers in deze bundel); de noodzaak van veiligheidsmaatregelen op bijvoorbeeld luchthavens, afgezet tegen het risico dat dergelijke maatregelen bijna vanzelfsprekend meer impact hebben op minderheden dan op autochtonen (zie oordelen 2009-59 en 2009-60, besproken door Davidović & Van Walsum); de maatregelen om ongelijkheid te verminderen; en de vraag of de wetgeving effectief is om de toegang tot de arbeidsmarkt voor etnische minderheden te vergemakkelijken.

### *Rapportage over naleving van het vrouwenverdrag*

Op 27 januari 2010 bespraken de Nederlandse regering en het Comité voor de bestrijding van discriminatie tegen vrouwen (CEDAW) de vijfde rapportage<sup>42</sup> van de regering over de naleving van het Vrouwenverdrag.<sup>43</sup> Deze rapportage gaat over de periode 2005-2008. De CGB heeft in de vorm van een schaduwrapportage een belangrijke inbreng gehad in de discussies over de discriminatie van vrouwen in Nederland.<sup>44</sup> De concluding observations van het CEDAW logen er niet om.<sup>45</sup>

Over verschillende acties van de regering tegen partnergeweld, vooral de invoering van de Wet tijdelijk huisverbod<sup>46</sup> was het CEDAW zeer te spreken. Wie twijfelt of partnergeweld in verband met discriminatie op grond van geslacht moet worden gebracht, wordt verwezen naar de bespreking van het *Opuz t. Turkije* arrest in de themabijdrage van Goldschmidt in deze bundel. Acties van de regering tegen besnij-

41 Wet van 25 juni 2009, houdende regels met betrekking tot voorzieningen op gemeentelijk niveau voor de behandeling en registratie van klachten over discriminatie, Staatsblad 2009, 313.

42 CEDAW/C/NLD/5/Add.2 (19 mei 2009).

43 CEDAW/C/NLD/5/Add.2.

44 CGB, Comments on the Fifth Dutch report on the implementation of the Convention for the elimination of all forms of discrimination against women, 30 januari 2009, CGB advies 2009/01.

45 CEDAW/C/NLD/CO/5. 45de zitting 18 januari – 5 februari 2010.

46 Wet van 9 oktober 2008, houdende regels strekkend tot het opleggen van een tijdelijk huisverbod aan personen van wie een ernstige bedreiging van huiselijk geweld uitgaat, Staatsblad 2008,422, inwerking getreden 1 januari 2009, Staatsblad 2009, 484.

denissen en eremoorden en de wetgeving ter bestrijding van discriminatie van lesbische vrouwen (zie oordeel 2009-31) konden de goedkeuring van het Comité wegdragen.<sup>47</sup> Daarentegen merkte het Comité op dat de regering een aantal punten ten aanzien waarvan al in de vierde rapportage om actie was gevraagd, nog steeds heeft laten liggen. Dit betreft onder meer de status van het Vrouwenverdrag in de Nederlandse rechtsorde, het feit dat de regering discriminatie van vrouwen door de SGP nog niet had aangepakt (zie verder de bespreking van Vermeulen & Overbeeke in hun commentaar in deze bundel van de lang verwachte uitspraak van de Hoge Raad over de verplichting van de Staat om op te treden tegen de SGP wegens het ontzeggen door die partij van het passief kiesrecht aan vrouwen)<sup>48</sup> en het seksneutraal geformuleerde beleid betreffende huiselijk geweld.

Het CEDAW vindt dat er meer voorlichting moet komen over het Vrouwenverdrag. Ook acht het Comité de implementatie van dit verdrag te weinig doelgericht en heeft het bedenkingen bij het feit dat de implementatiebevoegdheden vooral op regionaal in plaats van nationaal niveau liggen (paras. 17-19). Is hier niet een taak voor de CGB – of liever het CMGB – weggelegd? Er zou volgens het CEDAW ook veel meer aandacht moeten zijn voor ongelijke behandeling naar geslacht in verband met bepaalde stereotiepe rolverdelingen, al dan niet in combinatie met andere verboden gronden – de wijdverspreide vooroordelen over immigranten vrouwen zijn hiervan een voorbeeld (paras. 24-25). Ook hier is sprake van een braakliggend terrein voor de CMGB, lijkt mij (zie verder de bespreking van het ‘strak in het pak’-oordeel (oordeel 2009-58) in het commentaar van Cremers & Vegter en van oordeel 2009-117 door Oude Hergelink & Lindenbergh). Het Comité vraagt aandacht voor de ondervertegenwoordiging van vrouwen in openbare en politieke functies, op gemeentelijk en regionaal niveau en op centraal niveau op terreinen als defensie, buitenlandse betrekkingen en veiligheid. De regering zou volgens het Comité gebruik moeten maken van stimuleringsmaatregelen (zoals bedoeld in CEDAW algemene aanbeveling nr. 25) op gebieden waar vrouwen ondervertegenwoordigd zijn (paras. 32-33, 22-23). Ook de situatie in de opleidingssector kan de goedkeuring van het CEDAW niet wegdragen. Het Comité verwijst in dit verband naar het hardnekkige probleem van het geringe aantal vrouwelijke hoogleraren (zie ook oordeel 2009-96) (paras. 33-34). Volgens het Comité wordt er te weinig vooruitgang geboekt met het opheffen van de stelselmatige benadeling van vrouwen op de arbeidsmarkt. Volgens het Comité neemt de regering te gemakkelijk aan dat vrouwen vrijwillig kiezen voor deeltijdarbeid en tijdelijke contracten (zie daarover de bijdrage van Baltussen). Het CEDAW drukt de regering op het hart meer te doen aan positieve actie, voltijdarbeid van vrouwen te bevorderen en het loonverschil aan te pakken. In haar volgende rapportage aan het CEDAW moet de regering met gedetailleerde cijfers komen over discriminatie van vrouwen op de arbeidsmarkt, loonverschillen en de aanpak van seksuele intimidatie op het werk door de arbeidsinspectie (Cremers & Vegter verbazen zich over de afwezigheid van zaken hierover in paragraaf 5 van hun commentaar). Al met al heeft het CEDAW Nederland flink aangepakt.

---

47 CEDAW/C/NLD/CO/5. 45de zitting 18 januari – 5 februari 2010, paras. 4-6.

48 HR 9 april 2010, LJN BK4549.

## ENKELE EUROPESE ONTWIKKELINGEN – REGELGEVING EN BELEID

### *Europese richtlijn gelijke behandeling binnen en buiten de werksfeer*

Het Europees parlement heeft het voorstel voor een Europese richtlijn inzake gelijke behandeling binnen en buiten de werksfeer aangenomen met 363 stemmen voor en 226 tegen.<sup>49</sup> Dit voorstel, dat gericht is op de gronden leeftijd, handicap, godsdienst of overtuiging en seksuele gerichtheid, is in de inleiding bij de Oordelenbundel over 2008 besproken.<sup>50</sup> Het voorstel voorziet in een discriminatieverbod op de volgende leefgebieden: sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg, sociale voordelen, onderwijs en toegang tot goederen en diensten met inbegrip van huisvesting. Op dit moment is het in artikel 19 van het EU Verdrag opgenomen discriminatieverbod in twee richtlijnen uitgewerkt. Dit zijn de richtlijn inzake discriminatie op grond van ras (Richtlijn 2000/43/EC)<sup>51</sup> en Richtlijn 2000/78/EC<sup>52</sup> waarin het discriminatieverbod op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid is neergelegd. De bescherming waarin deze twee richtlijnen voorzien is niet identiek, waardoor een ongewenste hiërarchie in de gronden is ontstaan. De nieuwe richtlijn inzake gelijke behandeling binnen en buiten de werksfeer moet de ongerijmdheden wegwerken. De nieuwe richtlijn heeft echter geen betrekking op discriminatie op grond van geslacht

Het voorstel is besproken binnen de Europese Commissie door rapporteur Kathelijne Buitenweg in een op 20 maart 2009 uitgebracht rapport.<sup>53</sup>

Ondanks zijn positieve houding tegenover het idee van de richtlijn als zodanig, kan het kabinet zich niet vinden in het voorstel en heeft het een studievoorbehoud gemaakt. Het kabinet wijst op onduidelijkheden in de richtlijn betreffende de reikwijdte en de terminologie en maakt zich zorgen over de financiële en administratieve kosten die ermee gemoeid zijn. Deze bedenkingen hebben vooral betrekking op de leefgebieden onderwijs, sociale zekerheid en openbaar vervoer in verband met de gronden handicap en leeftijd. Het kabinet zet zich in om te bewerkstelligen dat de richtlijn zoveel mogelijk op het beleid van de lidstaten zal aansluiten. Waar een dergelijke aansluiting niet mogelijk is wil het kabinet het aan de lidstaten overlaten hoe de verplichtingen die door de richtlijn zullen ontstaan moeten worden uitgevoerd en binnen welke tijdspanne de nakoming moet geschieden. Het kabinet vraagt ook verduidelijking van de verhouding tussen de rechten die mensen met een handicap aan de richtlijn zullen kunnen ontfangen en van de specifieke Europese wetgeving over de rechten van passagiers met een handicap en de bestaande toegankelijkheidseisen. In de onderhandelingen heeft Nederland onder meer de vraag aan de orde gesteld of de richtlijn de staat zal verplichten om iedereen toegang tot de openbare ruimte te verschaffen. Voorts heeft Nederland om verheldering gevraagd van het begrip ‘onevenredige belasting’, waarmee de verplichting van de staat zou worden begrensd. Het

49 European Parliament legislative resolution of 2 April 2009 on the proposal for a Council directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation (COM(2008)0426) - C6-0291/2008 - 2008/0140(CNS) - P6\_TA(2009)0211. *nb ik krijg deze uitregel niet weg, iemand anders?*

50 Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, COM(2008)426 final, 2008/0140 (CNS), Brussel, 2 juni 2008.

51 Richtlijn van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afstamming, OJ L 180, 19 juli 2000, p. 22-26.

52 Richtlijn van 27 november 2000 tot instelling tot een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, OJ L 303, 2 december 2000, p. 16-22.

53 K. M. Buitenweg (rapporteur), Report on the proposal for a council directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation (COM (2008) 0426- C6 02291/2008 - 2008/0140, 20 maart 2009, A6-0149/2009.

kabinet streeft eveneens een uitleg van de richtlijn na die niet in de weg zal staan aan het vaststellen van bepaalde leeftijdsgrenzen om de toegang tot onderwijs, uitkeringen en bepaalde goederen en financiële diensten (verzekeringen waarbij leeftijd een rol speelt) te beperken (zie verder de bijdrage van de Witte-Van den Haak & Van Leeuwen in deze bundel).<sup>54</sup>

### *De Europese Unie ondertekent het Gehandicaptenverdrag*

De Raad van Ministers van de EU stemde op 26 november 2009 in met de ondertekening van het Gehandicaptenverdrag door de Europese Unie.<sup>55</sup> De Europese Commissie had dit al in augustus 2008 voorgesteld. Sinds 1 december 2009 is de Europese Unie een rechtspersoon en kan ze als zodanig tot een verdrag toetreden. Het Gehandicaptenverdrag is het eerste verdrag waarvoor de Europese Unie een dergelijke actie neemt. De toetreding tot het verdrag van de Europese Unie kan pas een feit worden als alle EU-lidstaten het verdrag geratificeerd hebben. De Europese Commissie roept alle EU-lidstaten op om spoedig tot ratificatie over te gaan. Tot nu toe hebben 27 EU-lidstaten het verdrag ondertekend. Van deze staten hebben er 13 het verdrag geratificeerd.<sup>56</sup> Tien daarvan hebben ook het protocol geratificeerd.<sup>57</sup> De Europese Unie heeft het protocol niet ondertekend. Hierover wordt nog gesproken in de Raad van Ministers van de Europese Unie.<sup>58</sup>

### *EU-richtlijn over ouderschapsverlof*

De EU-richtlijn over ouderschapsverlof (Richtlijn 96/34/EC) wordt door een nieuwe richtlijn vervangen. Op 18 juni 2009 stemden de sociale partners in met een nieuwe (tweede) kaderovereenkomst inzake ouderschapsverlof en stelden zij regels voor een nieuwe richtlijn voor.<sup>59</sup> De EU-ministers stemden op 30 november 2009 in met de nieuwe richtlijn.<sup>60</sup> Op grond van artikel 2 van de nieuwe richtlijn krijgen alle werkende ouders recht op ouderschapsverlof en wordt de periode hiervan verlengd van drie tot vier maanden. Eén maand van het verlof is niet aan de andere ouder overdraagbaar en gaat dus verloren indien de gerechtigde ouder het verlof niet opneemt. Vaders hebben de neiging om het verlof niet zelf op te nemen, maar dit aan de moeder over te dragen. Met de niet-overdraagbare maand hopen de EU-ministers die tendens te kunnen afremmen. Alle werkende ouders hebben recht op ouderschapsverlof, ongeacht of zij een tijdelijke baan hebben, in deeltijd werken of door een uitzendbureau worden uitgeleend. Wel mag als voorwaarde worden gesteld voor het opnemen van het verlof dat de werknemer minimaal een jaar voor de werkgever heeft gewerkt (artikel 3(1)(b)). Op grond van artikel 6 van de richtlijn krijgen werknemers die na ouderschapsverlof terugkeren het recht op een tijdelijke aanpassing van hun werkuren. Werkgevers moeten bij hun beslissing op een dergelijk verzoek reke-

54 Kabinetsstandpunt richtlijn gelijke behandeling buiten arbeid, brief van 16 november 2009, onder kenmerk 2009-0000663236. BNC-fiche Richtlijn gelijke behandeling, 22112, 694; brief van de Staatssecretaris van Buitenlandse Zaken, 31544, F/6; Algemeen overleg Tweede Kamer 3 juni 2009, 21501-31, 180.

55 Doc. IP/09/1850, Brussels 30 november 2009.

56 Oostenrijk, België, Bulgarije, Tsjechië, Denemarken, Duitsland, Hongarije, Italië, Portugal, Slovenië, Spanje, Verenigd Koninkrijk, Zweden.

57 Bulgarije, Tsjechië, Denemarken.

58 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 355 en 24 170, nr. 40, p. 4 (brief aan de Tweede Kamer van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, 18 september 2009).

59 Brussels 30.7.2009 COM (2009) 410 final. Proposal for a council directive implementing the revised framework directive on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing directive 96/34/EC.

60 IP/09/1854 Brussel 30 november 2009.

ning houden met de belangen van de werknemer en deze afwegen tegen de belangen van het bedrijf. Een werknemer die van ouderschapsverlof terugkeert wordt op grond van artikel 5(4) beschermd tegen discriminatie; niet alleen tegen ontslag om discriminatoire redenen, maar bijvoorbeeld ook tegen een ongunstige wijziging van zijn of haar taken. Overheidsinstellingen en werkgevers moeten een schatting maken van de specifieke behoeftes van ouders – ook adoptiefouders – met gehandicapte of chronisch zieke kinderen (artikel 3(3)). De richtlijn bepaalt niets over de hoogte van het inkomen van werkende ouders tijdens ouderschapsverlof; dit blijft een zaak voor de nationale wetgever (artikel 5(5)). Er valt op grond van deze bepaling, alle goede voornemens ten spijt, niet te verwachten dat vaders om ouderschapsverlof zullen staan te trappelen. Ook voor werknemers met een tijdelijk contract van minder dan een jaar biedt deze richtlijn geen soelaas.

### *Betere zwangerschapsbescherming voor zelfstandigen en meewerkende echtgenoten*

Op dit moment is ook een voorstel aanhangig voor een richtlijn betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen en hun echtgenoten en tot intrekking van Richtlijn 86/613/EEG.<sup>61</sup> De Commissie van de EU stelde in 2006 vast dat de Richtlijn 86/613/EEG<sup>62</sup> niet voldoet aan de beoogde doelstellingen.<sup>63</sup> Het voorstel tot de nieuwe richtlijn is op 3 oktober 2008 vastgesteld. Het Europees Parlement heeft bij herhaling de Commissie tot actie geroepen, vooral in verband met zorgen over de zwakke positie van de meewerkende echtgenote in de landbouw. Ook de Raad van Ministers is met het voorstel akkoord. In het verlengde van de doelstellingen van het Verdrag van Lissabon wordt met de hervorming in deze richtlijn de stimulering van ondernemerschap in het algemeen en in het bijzonder dat van vrouwen nagestreefd. Een van de meest ingrijpende wijzigingen betreft het voorstel in artikel 7, op grond waarvan een zelfstandig werkende vrouw of meewerkende echtgenote op eigen verzoek recht heeft op zwangerschapsverlof overeenkomstig Richtlijn 92/85/EEG. Deze regeling is veel sterker dan die van het huidige artikel 8 van Richtlijn 86/613/EEG, op grond waarvan de lidstaten zelf beslissen over verlof en uitkering. Volgens de Minister van Sociale Zekerheid en Werkgelegenheid gaat de richtlijn verder dan wenselijk en praktisch controleerbaar is door zelfstandigen te verplichten om een minimum zwangerschapsverlof op te nemen en wordt de keuzevrijheid van vrouwen onnodig beperkt.<sup>64</sup>

### *Geen akkoord bereikt over nieuwe zwangerschapsrichtlijn*

De Europese Commissie heeft een nieuwe richtlijn voorgesteld tot wijziging van de Zwangerschapsrichtlijn (92/85/EEG) betreffende het introduceren van maatregelen ter verbetering van de veiligheid en gezondheid van zwangere werknemers, werknemers die recent bevallen zijn of die borstvoeding geven. Over het door de Europese Commissie op 3 oktober 2008 ingediende voorstel,<sup>65</sup> is geen akkoord bereikt. Het

61 Brussel 3 oktober 2008, 2008/0192 (COD).

62 Richtlijn 86/613/EEG van de Raad van 11 december 1986, betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap, PB L 359 van 19 december 1986, p. 56.

63 Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's – Een routekaart voor de gelijkheid van mannen en vrouwen, COM(2006)92.

64 Kamerstukken II, 2008/09, te raadplegen sinds 3 december 2009 (afschrift brief d.d. 14 april 2009 van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Eerste Kamer over richtlijn gelijke behandeling zelfstandigen, p. 3). BNC-fiche 22112, 745.

65 COM (2008) 637 def., 2008/0193 (COD).



voorstel maakt samen met de bovengenoemde voorstellen voor een Zelfstandigenrichtlijn en een richtlijn over ouderschapsverlof deel uit van de Roadmap van de Europese Commissie betreffende de gelijkheid van mannen en vrouwen.<sup>66</sup> Om de combinatie van werk, privéleven en gezinsleven te faciliteren zet de Europese Commissie erop in om de keuzevrijheid van mannen en vrouwen uit te breiden. De Nederlandse regering is niet positief over het voorstel tot wijziging van de Zwangerschapsrichtlijn (zie ook de bijdrage van Cremers & Vegter). Volgens Minister Donner van SZW moet het doel (het bevorderen van een betere combinatie van werk, gezin en privéleven) worden nagestreefd door een maatregel die zowel op vaders als moeders is gericht, te weten het ouderschapsverlof.<sup>67</sup>

### *Gelijke toegang tot de arbeidsmarkt van mannen en vrouwen: de praktijk*

Op 15 januari 2009 heeft het Europees parlement met grote meerderheid een alternatieve resolutie aanvaard over de omzetting van Richtlijn 2002/73/EC inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen betreffende de toegang tot de arbeidsmarkt.<sup>68</sup> Initiatiefnemer voor de alternatieve resolutie is Teresa Madurell. In haar op 27 juli 2009 gepubliceerde rapport<sup>69</sup> kaartte zij de inadequate omzetting van de richtlijn in de lidstaten aan. Zij riep de Europese Commissie op tot het bevorderen van de uitvoering van de richtlijn. De rapporteur stelde een serieuze discrepantie vast tussen het aandeel van werkzame mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt in de 27 lidstaten van de Europese Unie.<sup>70</sup> Bij 22 van 23 staten waarvan de omzetting van de richtlijn werd onderzocht, bleken er gebreken te bestaan in de wijze waarop de richtlijn in de nationale wetgeving werd omgezet.

Belangwekkend in het licht van de themabijdrage van Smiszek in deze bundel is de bespreking door de rapporteur van de verschillende nationale instanties voor gelijke behandeling. Alle landen hebben een gelijkebehandelingsinstantie. Maar in zestien lidstaten was deze instantie volgens de rapporteur onder de maat, omdat de bevoegdheden van de instantie te beperkt zijn of aan de onafhankelijkheid van de instantie kan worden getwijfeld. De Nederlandse Commissie trekt de aandacht van de rapporteur door haar constructie als quasi-rechterlijk orgaan met een hoge mate van onafhankelijkheid. De rapporteur plaatst daarbij echter de kanttekening dat tenuitvoerlegging van de beslissingen alleen via de rechter kan worden afgedwongen. De CGB krijgt ook een pluimpje van de rapporteur voor de energie die zij steekt in voorlichting van grote bedrijven.

66 COM(2006)92.

67 Kamerstukken II, 2008/09, te raadplegen sinds 3 december 2009, (afschrift brief d.d. 14 april 2009 van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Eerste Kamer over herziening Zwangerschapsrichtlijn, pp. 2-3).

68 537 stemmen voor, 22 tegen en 31 onthoudingen, INI/2008/2039., <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5597852>.

69 Report on transposition and application of directive 2002/73/EC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion and working conditions (2008/2039(INI)); Europees parlement 9 december 2008 A6-0491/2008. <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=3306&langId=en>.

70 Gemiddeld werkte in 2008 in de 27 lidstaten 57,1% van de vrouwen die op de arbeidsmarkt hadden kunnen participeren. Tussen de lidstaten zijn er nogal wat verschillen. In sommige lidstaten werkte 40% van de vrouwen die hadden kunnen werken, in andere landen was dit percentage 70%. Volgens het Verdrag van Lissabon is het doel vóór 2010 een arbeidsparticipatie van 60% voor vrouwen. Het gemiddelde percentage van werkende mannen ligt 13,7% hoger dan dat van vrouwen. Er is sprake van verbetering in de relatieve arbeidsparticipatie van vrouwen ten opzichte van mannen. In 1998 was het verschil in arbeidsparticipatie tussen mannen en vrouwen 18,2% *Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Equality between men and women 2010* {SEC(2009)1706}, Brussels, 18 december 2009, COM(2009)694 final, p. 3.

## WERKZAAMHEDEN CGB IN 2009

In 2009 kreeg de CGB in totaal 473 verzoeken om een oordeel. Dat zijn er 41 meer dan in 2008. Ten opzichte van 2008 zijn er vooral meer verzoeken op de gronden geslacht en handicap/chronische ziekte. Deze stijging is deels te verklaren door de uitbreiding van de Wet gelijke behandeling handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz) met de deelterreinen ‘wonen’ (15 maart 2009) en ‘primair en voortgezet onderwijs’<sup>71</sup> (1 augustus 2009).

Er is sprake van een toename van het aantal verzoeken op de grond nationaliteit. Opmerkelijk is de afname van het aantal verzoeken op de grond godsdienst. Waren er in 2006 56 verzoeken op deze grond, dit aantal is in 2009 gehalveerd (28). Deze daling is tegen de verwachtingen, gezien de politieke en maatschappelijke discussies over de ruimte die godsdienst(uitingen) in Nederland zouden moeten krijgen. Overigens is het totale aantal verzoeken ook afgenomen in dezelfde 3-jarige periode. Na een gestage daling in de laatste jaren neemt het aantal verzoeken op de grond leeftijd niet langer af. Leeftijd is nog wel steeds de grond op basis waarvan de meeste verzoeken worden ingediend (105 in 2009). Ook op de gronden geslacht (76), ras (66) en handicap/chronische ziekten(81) is in 2009 vaak om een oordeel gevraagd.

In 2009 heeft de Commissie 397 zaken afgehandeld. In 2008 was dit aantal 444. In 5 gevallen werd bemiddeling ingezet, in 35 gevallen werd een schikking getroffen en in 18 gevallen werd de zaak ingetrokken (zonder dat er sprake was van ‘alternatieve afdoening’). In 96 gevallen was het verzoek kennelijk ongegrond. Uiteindelijk heeft de Commissie 129 oordelen gegeven. 69 van deze oordelen bevatten een dictum van de Commissie met de strekking dat van verboden onderscheid sprake is of strijd met de wet.

Er zijn twaalf rechterlijke uitspraken over de gelijkebehandelingswetgeving. In zes van deze zaken heeft de rechter de beslissing van de Commissie gevolgd.<sup>72</sup> De kantonrechter Almelo heeft op 20 augustus 2009 het oordeel van de Commissie gedeeltelijk gevolgd.<sup>73</sup> In vijf zaken heeft de rechter de beslissing van de Commissie niet gevolgd.<sup>74</sup> Een lijst van de acht adviezen die de CGB in 2009 heeft verstrekt, en waarnaar in de commentaren veelvuldig wordt verwezen, treft u achterin in deze bundel.

Een enkel oordeel heeft een felle reactie uitgelokt. Dit was het geval bij het oordeel over de universitaire examencommissie die geen aanleiding zag om een bij de vaststelling van het tijdstip van een examen rekening te houden met de zwangerschap van een studente, wat volgens de Commissie in strijd was met de Awgb (oordeel 2009-71, zie ook het commentaar van Cremers & Vegter). De verbolgenheid waardoor de

71 Wet van 29 januari 2009, houdende wijziging van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte in verband met de uitbreiding van onderwijs als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs en met wonen. Staatsblad 2009, 101. De twee data van inwerkingtreding zijn vastgesteld in het Besluit van 24 februari 2009, Staatsblad 2009, 117.

72 Hof ‘s-Hertogenbosch 3 maart 2009, zaaknr. HD 103.005.626, LJN BH4945 (geen onderscheid); Hof Leeuwarden 7 april 2009, zaaknr. 107.001.310/01, LJN BI2376 (geen onderscheid); Hof Leeuwarden 14 april 2009, zaaknr. 107.002.266/01, LJN BI2421 (geen onderscheid); Rechtbank ‘s-Gravenhage 3 juni 2009, AWB 07/370 BESLU en AWB 07/732, LJN BI8206 (objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig); kantonrechter Almelo 25 juni 2009, zaaknr. 304795, LJN BJ7986 (objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig); Rechtbank Zutphen, locatie Harderwijk, 16 december 2009, zaaknr. 344701 CV EXPL 08-1698.

73 Zaaknr. 304795, LJN B J 9776.

74 Hof Leeuwarden 27 januari 2009, zaaknr. 107.001.635/01, LJN BH3143 (Commissie: direct onderscheid op grond van ras, Hof: gerechtvaardigd onderscheid); CRvB 7 mei 2009, 07/5747, AW 57/5802, (Commissie: schuldiging van handen niet essentieel voor de functie, CRvB: wel essentieel); Rechtbank ‘s-Gravenhage 20 mei 2009, rolnr. 798646/08- 25942 (Commissie: indirect onderscheid op grond van geslacht, rechtbank: geen onderscheid); Hof ‘s-Hertogenbosch 29 september 2009, HD.200.005.131, LJN BJ9736 (Commissie en Hof geen verboden onderscheid); CRvB 19 november 2009, 08/4889 AW, LJN BK4775 (Commissie: verboden onderscheid op grond van leeftijd, CRvB: de Minister is niet verplicht om op het ontslagbesluit terug te komen).

reactie van Warmelink<sup>75</sup> op dit oordeel zich kenmerkt, verdient op zichzelf – los van de ernstige gebreken in zijn argumentatie die door Cremers & Vegter worden aangekaart – de aandacht. Vertolkt deze auteur een mening die in de universitaire wereld breed wordt gedragen?

## ELFDE OORDELENBUNDEL, KORT OVERZICHT

De oordelenbundel bevat een grondige bespreking van alle oordelen die de Commissie in 2009 heeft uitgesproken. De commentaren bieden een verdieping van alle oordelen van dit jaar over een bepaalde verboden onderscheidgrond, waardoor algemene tendensen worden blootgelegd. Verder worden de oordelen in de context geplaatst van nationale, Europese en internationale ontwikkelingen. Cremers & Vegter nemen de grond geslacht voor hun rekening, Zoontjens handicap en chronische ziekte, Van Leeuwen & De Witte-Van den Haak leeftijd, Davidović & Van Walsum ras en nationaliteit, Strijkers seksuele gerichtheid en burgerlijke staat, Vermeulen & Overbeeke godsdienst, geloofsovertuiging en politieke gezindheid en Baltussen arbeidsduur en aard van de arbeidsovereenkomst. Achter ieder commentaar volgen de samenvattingen van alle oordelen die betrekking hebben op die discriminatiegrond. De bundel biedt tevens een overzicht van relevante rechterlijke uitspraken over de Awgb en een overzicht van de door de Commissie uitgebrachte adviezen. De volledige teksten van de oordelen en adviezen van de CGB kunnen worden geraadpleegd op [www.cgb.nl](http://www.cgb.nl). Daar bevinden zich ook relevante wetteksten en publicaties en ook een nieuwsbrief over de gelijkebehandelingswetgeving en het werk van de Commissie. Vernieuwende of bijzonder complexe oordelen worden voorzien van annotaties. De oordelen die van annotaties worden voorzien zijn integraal opgenomen. Dit jaar bevat de bundel annotaties over: een vader die zich gediscrimineerd voelde omdat de school hem niet alle informatie verstrekke over zijn dochter die ze wel aan de moeder verstrekke (Sylvia Wortmann); een man die zich met een gemaximeerde vertrekvergoeding tevreden moest stellen (Mark Heemskerk); een lesbisch paar aan wie een ziekenhuis weigerde een IVF-behandeling te bieden (Caroline Forder); een alleenstaande vrouw die haar opgebouwde partnerpensioen niet mocht inruilen voor een (hoger) ouderdompensioen (Albertien Veldman); een vrouw die met een veel oudere man was getrouwd en wiens nabestaandpensioen om deze reden werd ingekort (Erik Lutjens); een man-tot-vrouw geworden transseksueel die van de ziektekostenverzekeraar geen vergoeding voor een borstimplantatie kreeg (Janneke Gerards); een vrouw die haar schadevergoeding zag gekort omdat de verzekeraar van een hypothetische kinderwens uitging (Anouk Oude Hergelink & Siewert Lindenbergh) en een gepensioneerde aquatisch bioloog wiens arbeidsverhouding als vrijwilliger tegen zijn zin werd beëindigd (Peter Vas Nunes).

In drie themabijdragen snijden de auteurs brede onderwerpen over gelijke behandeling aan vanuit originele invalshoeken. Wie nieuwsgierig is hoe de Commissie Gelijke Behandeling zich verhoudt tot andere gelijke behandelingsorganen in Europa wordt verwezen naar de themabijdrage van Krzysztof Smiszek. Door zijn werk voor Equinet, een Europa-breed netwerk van gelijkebehandelingsorganen, weet Smiszek als geen ander de bevoegdheden van de Europese gelijke behandelingsorganen met elkaar te vergelijken. In dit beknopte overzicht wordt alles geplaatst in het licht van de Europese wetgeving. Vooruitlopend op de komst van het CMGB en het perspectief van intensieve wisselwerking tussen het leerstuk van gelijke behandeling zoals

---

75 H. Warmelink, 'CGB: zwangere student meer gelijk dan anderen,' *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 2351-2352.

Nederland het tot nu kent en het Europa-brede veld van de mensenrechten, brengt Jenny Goldschmidt een sprankelende tekst over de positieve verplichtingen. In haar themabijdrage doet zij de betekenis van deze ontwikkeling voor het werk van de CGB uit de doeken. Hans Siebers heeft baanbrekend onderzoek gedaan naar bedrijfs-culturen en verholde vormen van uitsluiting. In zijn themabijdrage leest u hoe discriminatie zich op de werkvloer manifesteert en hoe deze wordt ervaren. Onderzoekers liepen met mensen mee en noteerden wat er zich allemaal afspeelde. Siebers laat ook zien hoe ongenueanceerde politieke uitingen hun weerslag hebben op de werkverhoudingen van de gewone mens.

Geachte lezer, dit is ons aanbod, eerst en vooral gedaan om over de producties van de CGB van het afgelopen jaar te reflecteren. De redactie is verheugd dat u over deze belangrijke zaken wil meedenken. Namens de redactie wens ik u veel leesplezier.

# Inhoudsopgave

<b>Inleiding</b> . . . . .	5
----------------------------	---

## COMMENTAREN

Ras en nationaliteit. . . . .	27
<i>Mr. M. Davidović &amp; mr. S.K. van Walsum</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2009 over de gronden ras en nationaliteit . . . . .	53
Geslacht . . . . .	67
<i>Mr. E. Cremers-Hartman &amp; mr. dr. M.S.A. Végter</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2009 over de grond geslacht . . . . .	96
Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid . . . . .	109
<i>Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen &amp; dr. lic. A.J. Overbeeke</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2009 over de gronden godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid . . . . .	127
Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat . . . . .	133
<i>Mr. M.J. Strijkers</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2009 over de gronden seksuele gerichtheid en burgerlijke staat . . . . .	147
Arbeidsduur en aard van de overeenkomst . . . . .	151
<i>Mr. M.F. Baltussen</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2009 over de grond arbeidsduur en aard van de overeenkomst . . . . .	164
Handicap en chronische ziekte . . . . .	169
<i>Prof. mr. P.J.J. Zoontjens</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2009 over de grond handicap en chronische ziekte . . . . .	189
Leeftijd . . . . .	195
<i>Mr. A.W. van Leeuwen &amp; mr. M.B. de Witte-van den Haak</i>	
Overzicht van relevante oordelen 2009 over de grond leeftijd. . . . .	216

**THEMABIJDRAGEN**

- Organisatiecultuur en verholde discriminatie:  
Over het onthullen van discriminatie in hedendaagse organisaties . . . . . 237  
*Dr. H. G. Siebers*
- Positieve verplichtingen als bijdrage aan gelijkheid . . . . . 255  
*Prof. dr. J. E. Goldschmidt*
- A bird's eye view of equal treatment bodies across Europe in the light of  
EU legislation. In what circumstances can they act and with what measures? . . . 271  
*Mr. K. Smiszek*

**ANNOTATIES BIJ OORDELEN**

- 2009-2 School en scheiding: hoever strekt de dienstverlening  
aan gescheiden ouders? . . . . . 289  
Noot: prof. mr. S.F.M. Wortmann
- 2009-21 Maximumbedrag in vrijwillige vertrekregeling:  
bescherming of discriminatie ouderen? . . . . . 299  
Noot: mr. dr. M. Heemskerk
- 2009-31 Discrimineert een IVF Polikliniek tegen lesbiennes door  
weigering van donorzaad? . . . . . 308  
Noot: prof. dr. C.J. Forder
- 2009-44 Het pensioenfonds en de bommoeder . . . . . 318  
Noot: mr. dr. A.G. Veldman
- 2009-78 Korting op nabestaandenpensioen wegens groot leeftijdverschil:  
en over het grensvlak van gelijkheid bij de arbeidsvoorwaarde pensioen  
2009-101 en onderscheid op basis van gezinsomstandigheden, alsmede  
over solidariteit als rechtvaardigingsgrond. . . . . 331  
Noot: prof. dr. E. Lutjens
- 2009-107 Zorgpolissen, borstprothesen en de AWGB –  
en private dienstverlening of eenzijdig overheidshandelen? . . . . . 343  
2009-108 Noot: prof. mr. J.H. Gerards
- 2009-117 Het gebruik van een hypothetische kinderwens en  
statistische gegevens bij schadebegroting: een nadere invulling  
van direct onderscheid op grond van geslacht . . . . . 357  
Noot: A.S. Oude Hergelink & prof. mr. S.D. Lindenbergh
- 2009-125 Bejaarde bioloog vist achter het net. . . . . 364  
Noot: mr. P.C. Vas Nunes

**ADVIEZEN 2009** ..... 371

**RECHTERLIJKE UITSPRAKEN 2009**..... 375

**REGISTERS**

Artikelenregister ..... 379

Trefwoordenregister ..... 383

Overzicht auteurs ..... 387





# Commentaren





# Ras en nationaliteit

*Mr. M. Davidović & Mr. S.K. van Walsum*

## 1 INLEIDING

Vorig jaar, in de inleiding bij deze rubriek, hebben wij stilgestaan bij het gegeven dat mechanismen van uitsluiting vaak subtiel van aard kunnen zijn, waardoor het identificeren ervan soms lastig is. Ook dit jaar valt op hoe veel moeite het kost voor mensen uit de dominante groep om zich in te leven in de positie van mensen die ervaringen hebben met discriminatie, en om onderscheid naar nationale of etnische afkomst of ras als zodanig te herkennen. Denken in hokjes is normaal en noodzakelijk om te kunnen functioneren in een complexe werkelijkheid. Het verraderlijke van dit zogenoemde categoriseren is dat het veelal onbewust gebeurt. Uitwassen hiervan (zoals discriminatie) zijn daardoor moeilijk te corrigeren. De spraakmakende situatie bij de Haagse Hogeschool die in dit commentaar nader aan de orde komt, illustreert dat de noodzaak bestaat om uit te leggen dat ook zonder de intentie ertoe, er toch sprake kan zijn van discriminatie. Deze boodschap zou ook veel breder uitgedragen dienen te worden. Gericht op instellingen zoals universiteiten, overheden en bedrijven ten aanzien van de manier waarop ze hun producten en diensten aanbieden, maar ook ten aanzien van hun personeelsbeleid. Niet om ze de oren te wassen, daar hebben we de Commissie voor, maar om te reflecteren op de werking van in- en uitsluitingsmechanismen, ongeacht welke grond.<sup>1</sup> De onderliggende werking van dergelijke mechanismen is veelal hetzelfde, alsook de negatieve gevolgen op individueel en structureel niveau.

Een van de mogelijke middelen om insluiting te bevorderen is een gericht doelgroepenbeleid. In de hieronder te bespreken adviezen en oordelen geeft de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) inzicht in de valkuilen daarvan, en de manieren waarop deze kunnen worden vermeden. Sommige oordelen laten zien wat de gevolgen zijn wanneer lokale bestuursorganen te weinig proactief optreden tegen rassendiscriminatie. Verder blijkt dat ook sprake kan zijn van doelgroepenbeleid dat uitsluiting in de hand werkt: denk aan etnische profielen of op specifieke groepen gerichte maatregelen van criminaliteitsbestrijding. Ook hier zal nader op worden ingegaan.

Een blik op de meerjarige trends laat elke vier jaar een piek zien in het aantal oordelen op grond van ras en nationaliteit. In 2002 en 2006 waren er 64 oordelen in beide jaren. De drie daarop volgende jaren zetten een daling in die in 2005 op 34 oordelen kwam en in 2009 op 31. Wellicht dat op basis van deze trend het jaar 2010 weer een uitschieter naar boven geeft.

Dit koffiedik-kijken terzijde zijn er sinds 2006 steeds minder oordelen op grond van ras en nationaliteit. Hierbinnen is er wel een verschuiving zichtbaar naar meer klach-

<sup>1</sup> M. van den Brink, *Behind the Scenes of Sciences: a gender research on professorial recruitment and selection practices at Dutch universities*, proefschrift Institute for Gender Studies, Radboud Universiteit Nijmegen, 2009. Zie ook interview met P. Boerstra, 'Vrouwelijke hoogleraren; de mythe van het gebrek', *Vrij Nederland* 7 april 2009 <<http://www.vn.nl/Standaard-media-pagina/VrouwelijkeHooglerarenDeMytheVanHetGebrek.htm>>. Zie ook de themabijdrage van Hans Siebers in deze bundel.

ten op het gebied van arbeid, en minder op het gebied van goederen en diensten. In 2009 waren er acht oordelen op dit laatste gebied, twintig over arbeid en drie over sociale bescherming.

Behalve de oordelen van de CGB over onderscheid op grond van ras en nationaliteit, zijn in 2009 indrukwekkende rapporten verschenen en adviezen uitgebracht waarin onder meer internationale verdragen aan de orde komen. In §2 worden deze algemene ontwikkelingen geschetst, alsook jurisprudentie die van belang is voor de ontwikkeling van het gelijkebehandelingsrecht. De oordelen van de CGB komen daarna aan bod, verdeeld over de paragrafen: arbeidsverhoudingen, goederen en diensten en sociale bescherming. Waar relevant worden besprekingen van de oordelen aangevuld met algemene ontwikkelingen. De slotparagraaf volgt in §6.

## 2 ALGEMENE ONTWIKKELINGEN

### 2.1 *Met scholing de arbeidsmarkt op*

Deze paragraaf gaat als eerste in op twee rapporten over basisscholen en voortgezet onderwijs. Als zich geen andere uitdagingen voordoen tijdens de schoolloopbaan,<sup>2</sup> worden leerlingen en studenten voorbereid op de arbeidsmarkt. Het advies dat de Commissie op dit gebied heeft uitgebracht sluit de paragraaf af.

De jaarlijkse rapportage van de Onderwijsinspectie geeft onder andere inzicht in vraagstukken rondom discriminatie. Opnieuw blijkt dat in het voortgezet onderwijs wit extremisme, gericht tegen ‘allochtonen’, veel vaker voorkomt dan religieus georiënteerd extremisme of andere vormen van radicalisering. Het rapport meldt verder dat etnische verschillen op scholen niet vaak aanleiding geven tot incidenten, maar wel een rol kunnen spelen bij de escalatie daarvan doordat partij wordt gekozen langs etnische of culturele lijnen. De vertrouwensinspecteurs nemen vanaf 2005 ook meldingen over discriminatie en radicalisering/religieus georiënteerd extremisme in behandeling. In 2007/2008 zijn 29 meldingen van discriminatie behandeld, tegen 32 in het jaar ervoor; toen betroffen dertien klachten discriminatie naar ras.<sup>3</sup>

Met het onderzoek naar discriminatie op de Haagse Hogeschool heeft de CGB voor het eerst gebruik gemaakt van haar bevoegdheid uit artikel 12 Awgb om onderzoek uit eigen beweging te doen naar één organisatie.<sup>4</sup> In de hogeschool was sprake van allerhande stereotype grappen over ras, dan wel etniciteit, en het opdringen van de eigen religie of leefwijze aan anderen. Verder speelden de onduidelijke arbeidsprocedures rondom aanname en promotie de werknemers en de studenten te parten, waarbij kwaliteiten van allochtone docenten en studenten lager werden ingeschat.

Een van de bevindingen is dat etnische afkomst en religie in de praktijk van de HHS onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. De Awgb laat het aspect van intersectionaliteit buiten beschouwing, wat het samennemen van de gronden in het kader van het

---

2 *Kamervragen II* 2009/10, nr. 252, Vragen van het lid Jan de Vries (CDA) aan de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, mw. Van Bijsterveldt-Vliegthart, over niet rechtsgeldige versoepeling van normering bij examens.

3 Elf klachten gingen over discriminatie naar godsdienst en drie naar seksuele geaardheid. Inspectie van het Onderwijs, *De Staat van het Onderwijs. Onderwijsverslag 2007 /2008*, Utrecht, 2009, p. 293, 297, <[http://www.nrc.nl/redactie/binnenland/Onderwijsverslag\\_2007-2008\\_volledig\\_embargo.pdf](http://www.nrc.nl/redactie/binnenland/Onderwijsverslag_2007-2008_volledig_embargo.pdf)>.

4 CGB (2009). *Discriminatie? Op zoek naar onderliggende mechanismen*. Een onderzoek uit eigen beweging naar stelselmatig onderscheid bij De Haagse Hogeschool. Utrecht, Commissie Gelijke Behandeling.

onderzoek ongebruikelijk maakt. Nu dit toch als invalshoek is genomen, is het jammer dat de CGB niet tevens het genderspect heeft meegenomen.

Uit het onderzoek blijkt dat zowel mechanismen binnen de school, als externe, maatschappelijke invloeden een rol speelden bij de geconstateerde discriminatie. Het betreft met name de verscherping van het maatschappelijke debat over etniciteit en religie en het taboe op het benoemen van discriminatie. De optimistische organisatorische boodschap over diversiteit kende geen praktische, uitvoerbare vertaalslag. Deze discrepantie tussen het wel degelijk serieuze diversiteitsbeleid waarop de hogeschool had ingezet en de anders gelopen praktijk droeg daarmee helaas bij aan het taboe.

Zowel allochtone als autochtone studenten en docenten bleken discriminatie te ervaren, terwijl klachten over discriminatie niet serieus werden genomen. Autochtonen voelden zich veelal onterecht beschuldigd van iets waar ze in het algemeen sterk tegen zijn. Onderzoek naar dit fenomeen wijst uit dat de beschuldigten er alles aan doen om de beschuldiging te weerleggen, wat weer kan leiden tot een gebrek aan erkenning naar wie de discriminatie aankaart.<sup>5</sup> De CGB beveelt aan om diversiteitsbeleid gericht op allochtonen én autochtonen te implementeren, alsook een non-discriminatiebeleid met gewaarborgde klachtafhandeling.

Tot slot dient opgemerkt te worden dat de wijze waarop het onderzoek is uitgevoerd en begeleid door de CGB navolging verdient. Gedragingen van docenten en studenten werden onder de loep genomen, waarbij de reguliere onderwijstaken gewoon doorgang vonden. Het had makkelijk de verhoudingen verder kunnen verslechteren, maar door intensief contact en open, welwillende communicatie van beide kanten is dit voorkomen. Het mag dan ook geen verwondering wekken dat het college van bestuur van De Haagse Hogeschool de conclusies van de CGB onderschrijft en heeft toegezegd de aanbevelingen op te volgen.

Discriminatie wordt soms ook door de overheid gesanctioneerd, zoals de beperking van de vrije studiekeuze enkel op grond van (de Iraanse) nationaliteit. Dit leidde in 2008 al tot de nodige discussie en kreeg een stevig vervolg met de oratie van Terlouw.<sup>6</sup> Zij stelt dat verschillende maatregelen van de overheid vooral gebaseerd lijken op angst voor mensen met een andere nationaliteit, afkomst of religie. Angst voor de vreemdeling is bijna gewoon geworden, waarmee wordt voorbijgegaan aan de effectiviteit van de maatregelen. Een van de belangrijkste negatieve effecten, zeker waar de overheid dit uitdraagt, is de stigmatisering van de groep. Naast de ineffectiviteit van de regelgeving wordt daarnaast de idee genegeerd dat het uitsluiten van groepen, niet vanwege hun gedrag maar op grond van hun nationaliteit, geen bedreiging is voor de democratische rechtsstaat.

Opleidingen geven op hun beurt toegang tot de arbeidsmarkt, alwaar de selectie ook in discriminatie kan resulteren. In het advies over doelgroepgerichte uitzend- en bemiddelingsbureaus zet de CGB de relevante wetgeving en haar oordelenlijn uiteen voor de verschillende gronden.<sup>7</sup> De kernvraag is of met het richten op een specifieke doelgroep, groepen werknemers onnodig worden buitengesloten bij de werving en selectie. Belangrijk is daarbij dat de relevante artikelen (voor ras en nationaliteit arti-

5 Zie ook voor de psychologische effecten en werking van discriminatie het onderzoekswerk van Naomi Ellemers, <<http://www.onderzoekinformatie.nl/en/oi/nod/onderzoeker/PRS1241325/>>.

6 A. Terlouw, *Sanctieregeling Iran: schijnregeling en nadelig voor Iraniërs in Nederland*

*Angst is een slechte raadgever bij regelgeving*, oratie Radboud Universiteit, Nijmegen, vrijdag 11 september 2009, <[http://www.ru.nl/actueel/persberichten/law/angst\\_is\\_een\\_slechte/](http://www.ru.nl/actueel/persberichten/law/angst_is_een_slechte/)>.

7 CGB Advies 2009/07: *Doelgroepgerichte uitzend- en bemiddelingsbureaus*. Op verzoek van Meldpunt Discriminatie Regio Amsterdam, Oktober 2009, <<http://www.cgb.nl/node/14958>>.

kel 5, eerste lid, onderdeel a, Awgb jo. artikel 1 Awgb) zich niet uitsluitend tot de werkgever richten, maar ook tot derden betrokken bij de arbeidsverhouding.

Dit maakt dat uitzend- en bemiddelingsbureaus een eigen verantwoordelijkheid hebben om bij het uitvoeren van wensen van opdrachtgevers te handelen conform de gelijkebehandelingswetgeving. Daarbij is het toegestaan zich te profileren met of voor een bepaalde etniciteit of nationaliteit, zolang duidelijk wordt gemaakt dat *iedereen* zich kan melden voor een bepaalde vacature zonder te worden uitgesloten op de vermelde gronden.

Voor de gronden ras en nationaliteit kan ook sprake zijn van voorkeursbeleid.<sup>8</sup> Wil hiervan gerechtvaardigd sprake zijn dan dient de achterstand van de groep te worden aangetoond en gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod. Daarnaast dienen alle kandidaten te worden onderworpen aan een objectieve beoordeling en dient het gemaakte onderscheid in redelijke verhouding te staan tot het doel van wegwerken van de achterstand van die groep.

## 2.2 Statistieken en surveys

Dat de registratie van (rassen)discriminatie ernstige gebreken vertoont, zowel in kwantiteit als in kwaliteit, is een veelgehoorde klacht, ook op Europees niveau. In een rapport beklagt de OVSE-ODIHR zich hier in 2009 ook weer terecht over en werkt zo goed en kwaad als kan met de data die beschikbaar zijn voor het voorgaande jaar.<sup>9</sup>

Het rapport gaat in op de verschillende vormen en slachtoffers van discriminatie. Het betreft ondermeer racistisch en xenofob geweld tegen Roma, aanhangers van religies en anti-semitisme. Een opvallende, en voor Nederland interessante opmerking uit het OVSE-rapport met het oog op de op handen zijnde rechtszaak tegen Geert Wilders, is de opmerking dat potentiële plegers van discriminatie of racistisch geweld aan intolerante of discriminerende uitingen sociale acceptatie kunnen ontleen. Zelfs daar waar ze niet leiden tot discriminatie of racistisch geweld, kunnen dergelijke uitingen sociale spanningen aanwakkeren en angst oproepen bij de aangehaalde groepen. Lees meer hierover in de themabijdrage van Siebers in deze bundel.

Een andere instantie die zich geroepen voelde het voortdurende tekort aan (vergelijkbare) data over discriminatie aan te pakken was het Europese Grondrechtenagentschap (FRA).<sup>10</sup> Het heeft daartoe een indrukwekkend aantal van 23.500 personen uit minderheidsgroepen (en meerderheids-controlegroepen) geïnterviewd uit alle 27 EU lidstaten. De resultaten van dit grootscheepse onderzoek zijn gedurende 2009 gepubliceerd in deelrapporten met steeds een focus op een bepaalde groep, zoals Roma en Moslims.<sup>11</sup>

Tijdens de slotconferentie in december 2009 werden de volledige resultaten bekend gemaakt.<sup>12</sup> De rapporten beslaan de onderwerpen bejegening (ook door de politie en grensbewaking), geweld en andere strafbare feiten met een racistisch aspect die men

8 Artikel 2 lid 3 Awgb.

9 ODIHR, *Hate crimes in the OSCE region - incidents and responses. Annual Report for 2008* (13 november 2009), Vienna: OSCE 2009 <[http://www.osce.org/publications/show\\_publication.php?id=41314](http://www.osce.org/publications/show_publication.php?id=41314)>.

10 FRA, *EU-MIDIS: European Union Minorities and Discrimination Survey. Main Results Report* (9 december 2009), Fundamental Rights Agency 2009 <[http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/eumidis\\_mainreport\\_conference-edition\\_en\\_.pdf](http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/eumidis_mainreport_conference-edition_en_.pdf)>.

11 Zie voor een overzicht van de rapporten <[http://fra.europa.eu/fraWebsite/eu-midis/index\\_en.htm](http://fra.europa.eu/fraWebsite/eu-midis/index_en.htm)>.

12 FRA Fundamental Rights Conference, 10-11 December 2009, Stockholm, held under the auspices of the Swedish Presidency of the EU <<http://fra.europa.eu/fundamentalrightconference/index.html>>.

ervaart. Ook belichten zij de mate waarin de groepen hun rechten kennen en zich daarop beroepen, door bijvoorbeeld een klacht in te dienen.

Aan de hand van de verzamelde informatie is geconcludeerd dat discriminatie het leven en het functioneren van mensen uit een minderheidsgroep ernstig negatief beïnvloedt. Zij worden vaak weggezet als criminelen, maar geven aan zelf veelvuldig slachtoffer van misdrijven te zijn, vaker dan leden van de meerderheidsgroep. Het komt de bescherming tegen deze vorm van criminaliteit niet ten goede dat bijvoorbeeld van alle Noord-Afrikanen een op de vijf meent dat wanneer zij door de politie worden aangehouden, dit vanwege hun etniciteit is.

Uit het survey blijkt verder, juist bij deze minderheidsgroepen, een schrikbarend gebrek aan kennis over wettelijke bescherming (46% wist niet van het bestaan van anti-discriminatiewetgeving). Maar liefst 84% wist geen enkele instantie te noemen die slachtoffers van discriminatie steunt en adviseert en 63% had er nog nooit van gehoord, zelfs niet als de namen genoemd werden. Met de bevinding dat de meldingsbereidheid laag is (18%), verbaast het onderzoek dan ook niet.

Het rapport merkt terecht op dat het erg problematisch is dat discriminatie het meest wordt ervaren op gebieden die cruciaal zijn voor emancipatie en insluiting, namelijk onderwijs en werk. Helaas wordt er soms iets te makkelijk gedaan over het verschil tussen perceptie en 'objectief' vast te stellen discriminatie.<sup>13</sup> Desondanks is het terecht om met de informatie van het rapport in de hand te stellen dat de daadwerkelijke omvang van het discriminatieprobleem aanzienlijk is en dringend effectieve aanpak en maatregelen behoeft.

De Eurobarometer survey van de Europese Commissie ziet op de visie op diversiteit en op gepercipieerde discriminatie in de EU.<sup>14</sup> Hiertoe zijn tussen mei en juni 2009 bijna 27.000 personen uit 30 landen geïnterviewd. Discriminatie op grond van ras komt volgens de geïnterviewden het meest voor (61%). Nederland wijkt hier het sterkst van af. Maar liefst 80% van de Nederlandse geïnterviewden meende dat rassendiscriminatie wijdverspreid is. De onderzoekers verklaren dit door de mate van aanwezigheid van verschillende minderheden en de mate waarin er interetnische vriendschappen bestaan. Wanneer men allochtonen binnen haar of zijn vriendenkring heeft, is de indruk ook dat men opmerksamer is aangaande discriminatie.

De survey laat ook de verwachting zien dat wegens de kredietcrisis discriminatie zal toenemen, terwijl ook de preventie ervan door overheden op een laag pitje komt te staan. Van de gemiddelde Europeaan weet maar 33% wat haar of zijn rechten zijn wanneer ze discriminatie ervaren. Nederland zit hier maar 5% boven. Van verder belang voor het werk van de Commissie is de richting van de meldingsbereidheid. Van de 16% van de geïnterviewden die stellen zelf slachtoffer te zijn geweest van discriminatie in de afgelopen 12 maanden, zou 55% dit bij de politie melden en 35% bij de nationale gelijke behandelingsinstantie. Nederland laat hier met de Commissie Gelijke Behandeling wel een afwijkend beeld zien met 53%.

### 2.3 *Nationale ontwikkelingen, etnische profielen en doelgroepenbeleid*

In Nederland zijn ook enige surveys gerelateerd aan discriminatie uitgevoerd, waaronder die van het Ministerie van Defensie.<sup>15</sup> Het was onderdeel van een evaluatie van 5 jaar minderhedenbeleid. Er werd ondermeer gekeken naar (de houding ten opzich-

13 Voor een overzicht van de bevindingen, zie <[http://fra.europa.eu/fraWebsite/press/mr-091209\\_en.htm](http://fra.europa.eu/fraWebsite/press/mr-091209_en.htm)>.

14 Europese Commissie, Eurobarometer survey, <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/495&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>.

15 *Kamerstukken II* 2009/10, nr. 32123 X, nr. 9.

te van) multiculturaliteit, diversiteit en moslims. De conclusie van het rapport stelt optimistisch dat deze houding ‘van negatief naar neutraal’ is gegaan. Over hoe positief dit mag heten valt te twisten, over de representativiteit van het onderzoek niet. De respons op de enquête was bijzonder laag, deels wegens het uitsturen ervan tijdens de zomervakantie. Van de reacties die binnenkwamen was het overgrote deel van de laagste en jongste gelederen. Zeker gezien de taken van Defensie in het buitenland is een daadwerkelijke verbetering van de houding ten opzichte van diversiteit, ‘de ander’, vereist – al was het maar ten gunste van de eigen effectiviteit.

Deze noodzaak gaat in het binnenland uiteraard op voor de taken van de politie en andere overheidsinstanties. In de zomer van 2007 haalde een grootscheepse politie-inval bij een Nigeriaans feest in de Bijlmer het nieuws. De vreemdelingenpolitie was hiermee op zoek naar illegaal in Nederland verblijvende internetfraudeurs. Over dergelijk overheidsoptreden kan men geen klacht indienen bij de CGB. Dergelijke klachten kunnen wel bij de Nationale Ombudsman worden ingediend. Twee jaar na de inval oordeelde deze dat de actie stigmatiserend en discriminerend was.<sup>16</sup> Van alle bezoekers werden 111 mensen staande gehouden (en hoewel ook aanwezig, geen enkele blanke bezoeker). Er bleken 35 personen illegaal in Nederland te verblijven. Het opsporen van internetfraudeurs, de reden voor de inval, leverde echter geen enkele arrestatie op.

Naast de zorgen over het oneigenlijke gebruik van (vreemdelingenrechtelijke) bevoegdheid en de gevolgen voor rechtsbescherming, ligt het belang van dit rapport in de afwijzing van het gebruik van etnische profielen bij vreemdelingtoezicht.<sup>17</sup> Profielen kunnen opsporing vergemakkelijken, maar dienen wel binnen de wettelijke kaders te blijven. Hierbij zou overigens ook de effectiviteit van politie-optreden beter gewaarborgd zijn, getuige de onderzoeken van het Open Society Institute (OSI) over de toepassing van etnische profielen in Europa bij de opsporing van strafbare feiten.<sup>18</sup>

Zowel de OSI als het eerder genoemde FRA mochten zich verheugen op de steun van de Commissaris voor de Mensenrechten van de Raad van Europa, die zich ook uitsprak tegen etnisch profileren.<sup>19</sup> Hij haalde de bevindingen van de rapporten aan en gaf aan dat leden van minderheden vaker – onevenredig vaker – dan autochtonen staande worden gehouden, verzocht om hun identiteitsbewijzen, ondervraagd en gefouilleerd.

Op een dergelijke manier gebruik maken van etnische profielen is een vorm van discriminatie die wijdverbreid is in Europa. Volgens de Commissaris is dit strijdig met overeengekomen mensenrechtenstandaarden en doet deze methode meer kwaad dan goed. Etnische profielen worden veelal toegepast op groepen die toch al veelvuldig bloot staan aan discriminatie of zelfs racistisch geweld door medeburgers. De Commissaris stelt dat dit funest is voor het vertrouwen in de politie, die hiermee

---

16 Nationale Ombudsman, *Rapport 2009/170* (20 augustus 2009) <[http://www.nationaleombudsman.nl/rapporten\\_db/rapport.asp?rapportnummer=20090170](http://www.nationaleombudsman.nl/rapporten_db/rapport.asp?rapportnummer=20090170)>.

17 P. R. Rodrigues, ‘Etnische profielen niet toegestaan bij vreemdelingtoezicht’, *Migrantenrecht* (24–7), 2009, p. 293–295.

18 OSI, *Addressing Ethnic Profiling by Police. A Report on the Strategies for Effective Police Stop and Search Project*, New York 2009, Open Society Justice Initiative: 100; *Ethnic Profiling in the European Union: Pervasive, Ineffective and Discriminatory*, New York 2009; *Profiling Minorities: A Study of Stop-and-Search Practices in Paris*, New York 2009, Open Society Justice Initiative; *Wrong Color, Wrong Clothes: Accounts of Ethnic Profiling in France & United States*, New York 2009, Open Society Justice Initiative. Zie voor meer onderzoeken <[http://www.soros.org/initiatives/justice/focus/equality\\_citizenship/articles\\_publications/sub\\_listing](http://www.soros.org/initiatives/justice/focus/equality_citizenship/articles_publications/sub_listing)> met de zoekterm ‘profiling’.

19 T. Hammarberg, *Stop and searches on ethnic or religious grounds are not effective. Viewpoints*, C. f. H. Rights, Strasbourg, Council of Europe 2009, <[http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/090720\\_en.asp](http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/090720_en.asp)>.



veeleer een instrument van de overheid vormt, in plaats van die van de burger voor bescherming.

De vier grote steden ontvangen in het kader van het grotestedenbeleid vanaf 2006 extra financiële middelen om een criminele loopbaan van allochtone jongeren te voorkomen.<sup>20</sup> De aanleiding vormde het onderzoek van het WODC en het CBS uit 2005 dat inzicht gaf in de grote oververtegenwoordiging van Marokkaans-Nederlandse jongeren in de criminaliteitscijfers.<sup>21</sup>

De plannen die de steden indienden moesten voldoen aan enkele voorwaarden die door het Rijk waren gesteld. De aanpak richt zich primair op jongeren die een eerste, tweede of eventueel een derde keer met justitie in aanraking komen. Er dient een persoonsgerichte aanpak met maatwerk te komen en per jongere een plan opgesteld. De aanpak dient verder te geschieden in dialoog met de gemeenschap, de ouders en de jongeren zelf.

Autochtone jongeren die vaker met de politie in aanraking zijn gekomen, komen niet in aanmerking voor een dergelijk traject ondanks dat is bewezen dat zij ernstiger en langduriger recidiveren dan allochtonen.<sup>22</sup> De ruim 19 miljoen euro die voor een dergelijke aanpak gebaseerd op etniciteit zijn uitgetrokken,<sup>23</sup> steken schril af tegen de €60.000 die het Rijk afdoende achtte om de problemen met (en zeker niet van) de Roma op te lossen. Hierover meer in §5 over sociale bescherming.

Naast specifiek beleid voor Marokkanen en Roma, mogen ook de Antillianen zich in 2010 verheugen op extra belangstelling van de overheid.<sup>24</sup> De migratie van Antilliaanse jongeren en plannen voor beleid daarop is in het commentaar van vorig jaar reeds aan de orde geweest. Voor het nieuwe jaar kent dit beleid de veelzeggende titel 'Kabinetsbeleid Antilliaans Nederlands probleemjongeren'.<sup>25</sup> De Antillen vroegen vernietiging van de bestanden gestoeld op etniciteit nadat de Verwijsindex Antillianen van de baan was. De Minister van WWI antwoordde hierop dat er geen registraties bestaan specifiek op Antillianen en dat vernietiging daardoor niet noodzakelijk is. Antillianen zijn slechts een van de groepen risicjongeren en etniciteit een van de factoren voor een effectieve aanpak. In overleg met het College Bescherming Persoonsgegevens gaat de Minister er van uit dat Rotterdam zich aan de afspraken en regels omtrent registratie houdt. Of etniciteit inderdaad een van de factoren is die zou helpen bij de aanpak van criminaliteit valt te bezien,<sup>26</sup> tot die tijd is het hopen dat de Minister meer controle uitoefent op dit zware middel dan enkel het vertrouwen op een juiste toepassing van de afspraken.<sup>27</sup>

20 *Kamerstukken II* 2008/09, 31268, nr. 23.

21 *Kamerstukken II*, 2004/05, nr. 25 726 en 29 837, 21.

22 G. Stevens, V. Veen en W. Vollenbergh, *Marokkaanse jeugd delinquenten: een klasse apart?*, Universiteit Utrecht, Nicis Institute 2009, <[http://www.uu.nl/SiteCollectionDocuments/Corp\\_UU%20en%20Nieuws/marokkaanse-probleemjongeren.pdf](http://www.uu.nl/SiteCollectionDocuments/Corp_UU%20en%20Nieuws/marokkaanse-probleemjongeren.pdf)>. Zie ook T. Müller, *Autochtoon jeugdgeweld? Bestaat dat? Te veel focus op allochtonen*, *NRC Handelsblad* 27 november 2009.

23 € 8 712 000 voor Amsterdam, € 4 750 000 voor Rotterdam, € 3 300 000 voor Den Haag en € 3 036 000 voor Utrecht.

24 Zie voor een heldere uiteenzetting hierover A. Terlouw, 'Etnische registratie van risicjongeren en het verbod van rassendiscriminatie', *NJCM-Bulletin* (34-6), 2009, p. 608-622.

25 *Kamerstukken II* 2009/10, 26283, nr. 52.

26 J. D. A. de Jong, *Kapot moeilijk: een etnografisch onderzoek naar opvallend delinquent groepsgedrag van 'Marokkaanse' jongens*, proefschrift Rijksuniversiteit Groningen 2007 <<http://irs.ub.rug.nl/ppn/304972592>>.

27 Zie ook C. Prins, 'Discriminatie signalen', Vooraf, *NJB* 02/10, <<http://njblog.nl/2010/01/11/discriminatie signalen>>.

## 2.4 *Internationale verdragen en jurisprudentie*

Twee nieuwe verdragen passeerden in 2009 de revue. Begin januari werd, ter stilzwijgende goedkeuring, het Aanvullend Protocol van het 'Cybercrimeverdrag' aangeboden.<sup>28</sup> Het betreft met name de strafbaarstelling van handelingen van racistische en xenofobische aard op internet. De Eerste Kamer wenste echter dat het verdrag aan de uitdrukkelijke goedkeuring van de Staten-Generaal werd onderworpen,<sup>29</sup> waar het nog in behandeling is.<sup>30</sup> De Notice-and-Take-Down gedragscode voor internet geeft al sinds november 2008 niet-bindende richtlijnen voor onder andere internetproviders over hoe om te gaan met strafbare *content*.<sup>31</sup> Op het gebied van nationaliteit is het verdrag ter terugdringing van staatloosheid bij staatsopvolging relevant. Het trad op 1 mei 2009 in werking. Nederland is nog geen partij bij dit verdrag.<sup>32</sup>

Op grond van verplichtingen uit het Verdrag tegen Rassendiscriminatie dient Nederland tweejaarlijks een rapportage in te dienen. Over gebrek aan informatie kan het CERD Comité niet klagen. Het ontving uit Nederland twee schaduwrapporten, een van samenwerkende NGOs en een van de CGB.<sup>33</sup>

Eerstgenoemde heeft als belangrijkste boodschap dat de regering wetten en beleid vaker langs de meetlat van non-discriminatie moet leggen om kabinetsmaatregelen met discriminerende gevolgen te voorkomen. Verder spreekt het schaduwrapport zich uit tegen etnische registratie om meer grip te krijgen op criminaliteit en overlast en uit het zorgen over de groeiende kloof tussen autochtone en allochtone inwoners. Ervaren discriminatie zou het terugtrekken in de eigen gemeenschap in de hand werken. Sommige politieke partijen versterken de uitsluiting van deze mensen aan het maatschappelijke en politieke leven door dit gebrek aan integratie uitsluitend te wijten aan de migrantengroepen zelf. De gemeentelijke voorzieningen (ADV's) waar mensen klachten over discriminatie kunnen indienen, is in dit rapport een reden voor complimenten richting de overheid.<sup>34</sup>

De CGB is hierover iets kritischer in de zin dat ze zich zorgen maakt over (het toezicht op) de kwaliteitseisen die worden gesteld aan de ADV's. In het schaduwrapport van de CGB komt ook het Plan van Aanpak Racisme aan bod. Welke discriminatieproblemen de regering met urgentie gaat aanpakken en welke concrete en meetbare doelstellingen opgenomen zijn om (rassen)discriminatie te voorkomen en te bestrijden is tot op heden echter niet nader ingevuld. Het feit dat op de inlossing van deze belofte al jaren wordt gewacht, is veelzeggend over de prioriteiten van de overheid.<sup>35</sup>

---

28 *Kamerstukken I* 2008/09, 31 838 (R 1874) D en A, nr. 1 (Aanvullend Protocol bij het Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, betreffende de strafbaarstelling van handelingen van racistische en xenofobische aard verricht via computersystemen).

29 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 838, B.

30 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 838, nr. 5 (Goedkeuring van het op 28 januari 2003 te Straatsburg totstandgekomen Aanvullend Protocol bij het Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, betreffende de strafbaarstelling van handelingen van racistische en xenofobische aard verricht via computersystemen (Trb. 2003, 60 en Trb. 2005, 46); Verslag).

31 Zie <<http://www.njb.nl/website/data/actuadoc/adl094903.pdf>> (aboneesite).

32 Council of Europe Convention on the avoidance of statelessness in relation to State succession, CETS No.: 200 <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTableauCourt.asp?MA=11&CM=16&CL=ENG>>.

33 CGB Advies 2009/04: *Commentaar op de 17e en 18e Nederlandse rapportage over de implementatie van het internationaal verdrag ter bestrijding van alle vormen van rassendiscriminatie* (19 maart 2009) <<http://cgb.nl/node/14771>>, NJCM & Art. 1, *Commentary on the Seventeenth and Eighteenth Periodic Reports of the Netherlands on the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (CERD)* (5 oktober 2009), Leiden: Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten; Artikel 1 2009 <<http://www.njcm.nl/site/uploads/download/346>>.

34 De Eerste Kamer heeft het betreffende wetsvoorstel 31 439 op 23 juni 2009 als hamerstuk afgedaan. Gemeentelijke Antidiscriminatievoorzieningen, Besluit van 25-8-2009, Stb. 2009, 373.

35 <<http://www.justitie.nl/onderwerpen/criminaliteit/Discriminatie/Racisme>>.

Meer in het algemeen merkt de CGB op dat de termijnoverschrijdingen bij het indienen van de rapportage een adequate voortgang van de werkzaamheden van het CERD-Comité hinderen en de effectiviteit van het VN-toezichtsmechanisme ondermijnen. Een zware beschuldiging, maar gezien het routinematige karakter van de termijnoverschrijdingen een terechte,<sup>36</sup> alsook het door de Commissie opgemerkte ontbreken van informatie over bepaalde jaren. Een totaaloverzicht van relevante ontwikkelingen uit de gehele periode ontbreekt nu, waardoor er sprake lijkt te zijn van een willekeurige opsomming van beleidsmaatregelen. Omdat ook precieze registratie en probleemschetsen veelal ontbreken, maakt het een effectieve beoordeling van het Nederlandse beleid lastig volgens de CGB. Begin 2010 kan worden bezien hoe deze beoordeling uitpakt want dan bespreekt het VN-Comité tegen Rassendiscriminatie de situatie in Nederland.

Het Advies 2009/08 van de CGB is een commentaar op de rapporten die Nederland verplicht is op te stellen onder het Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten van de Verenigde Naties. Het advies vestigt onder andere de aandacht op vrouwen uit etnische minderheden op de arbeidsmarkt, ingegeven door de alarmerende statistieken over werkloosheid onder Turkse en Marokkaanse vrouwen en het aantal oordelen bij de CGB waarin discriminatie door werkgevers wegens het dragen van een hoofddoek wordt vastgesteld.<sup>37</sup> Kledingvoorschriften laten in het algemeen steeds minder toe, met name bij religieuze uitingen. Dit bemoeilijkt de toegang tot de arbeidsmarkt. Volgens de Commissie weegt dit des te zwaarder daar de discriminatie op grond van godsdienst niet zelden samenvalt met discriminatie op grond van ras. Er wordt gewezen op de noodzaak, ter wille van de effectiviteit, om maatregelen te treffen om deze specifieke vorm van discriminatie tegen te gaan, waar de overheid in haar rapporten hieraan voorbij gaat. Een ander punt dat de Commissie niet expliciet noemt, is dat vrouwen die een hoofddoek dragen uit hun religieuze overtuiging hiermee hard worden geraakt in hun recht op hun vrijheid van godsdienst, in tegenstelling tot mannen. Dit staat niet alleen de toegang van deze vrouwen tot de arbeidsmarkt in de weg, maar daarmee ook hun (economische) zelfstandigheid. Zij dienen hun geloof terzijde te leggen voor arbeidsparticipatie, waar dit voor mannen niet opgaat. Alertheid is geboden om de vrijheid van godsdienst niet enkel een mannelijk privilege te laten zijn.

Net als in advies 2009/08 levert de Commissie in haar Advies 2009-01 commentaar op de aanpak van discriminatie op de arbeidsmarkt en werkloosheid van etnische minderheden.<sup>38</sup> Verder wijst het advies op de noodzaak van voorkeursbeleid om achterstanden op de arbeidsmarkt op te heffen nu quota niet worden gebruikt.<sup>39</sup>

Terecht wordt verder gewezen op de problemen die vrouwen met een hoofddoek ervaren wanneer ze willen sporten of gebruik maken van horeca-diensten. Het is jammer dat de CGB het recht op cultuur zoals vastgelegd in het verdrag zo eng benadert. Een zwaarwegend dilemma op het gebied van mensenrechten is hoe de rechten van vrouwen (zoals non-discriminatie) gerealiseerd kunnen worden zonder

36 M. Davidović en S. van Walsum, 'Ras en Nationaliteit' in: J.H. Gerards (hoofddred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 33 en CERD/C/452/Add.3, behandeld op de 64<sup>e</sup> sessie, CERD/C/64/CO/7, 10 mei 2004.

37 CGB Advies 2009/08, *Comments on the combined fourth and fifth Dutch report on The implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, p. 6-10. Dit is ook een aandachtspunt in Advies 2009-04.

38 CGB, *CGB advisory opinion 2009/01: Comments on the fifth Dutch report on The implementation of the convention on the elimination of all forms of discrimination against women* (advies van 30 januari 2009), Commissie Gelijke Behandeling 2009 <<http://cgb.nl/node/14769>>.

39 Dit is ook een aandachtspunt in Advies 2009-04. Zie verder ook Werving & Selectiegid. De online gids voor gelijke behandeling bij de werving- en selectieprocedure <<http://www.wervingenselectiegid.nl/>>.

vrouwen te dwingen afstand te nemen van hun tradities en religie, om maar enkele ingrediënten van cultuur te noemen.<sup>40</sup> Cultuur in die zin is niet alleen een bedreiging van vrouwenrechten, het is ook hun recht om deel uit te maken van hun cultuur en deze mede te bepalen. Dit tegen de stroom in van religieuze leiders die menen de rechten van vrouwen te moeten beknotten om hun versie van cultuur veilig te stellen. In Nederland wordt veelal ook gemeend vrouwen uit etnische minderheden te moeten redden van onderdrukkende religieuze praktijken.<sup>41</sup> Anders wordt er gepleit voor terughoudendheid omdat dit de diversiteit ten goede zou komen.<sup>42</sup> Het is een onrealistische en onhaalbare oplossing om de vrouwen uit etnische minderheden te stellen voor de keuze hun familie de rug toe te keren om volledig van hun burgerrechten te genieten. De overheid zou er goed aan doen deze vrouwen te betrekken bij het zoeken naar antwoorden op etnisch-religieuze vraagstukken.

In het Commentaar van vorig jaar werd er al melding gemaakt van de discussie omtrent het al dan niet bijwonen van de 2009 *Durban Review Conference*. Het *Outcome Document* bevat 143 punten die aangeven wat de stand van zaken in de internationale gemeenschap is inzake de strijd tegen racisme. Opvallend is de aandacht die in het document wordt gevraagd voor een aantal specifieke groepen. Waar Roma en Sinti inderdaad terecht genoemd worden, roept het noemen van groepen die niet etnisch gedefinieerd zijn, zoals gehandicapten en seropositieven, vragen op.<sup>43</sup> Vreemd genoeg heeft het ontbreken van aandacht voor discriminatie van homoseksuelen, naast de vrees voor antisemitische stellingname en een verbod op godslastering, geleid tot het wegblijven van delegaties zoals de Nederlandse. De bijdrage van het *Outcome Document* aan de bestrijding van rassendiscriminatie zal dan ook beperkt blijven is de verwachting.

Vorig jaar was het belangrijkste oordeel inzake rassendiscriminatie dat van het Europese Hof van Justitie inzake *Feryn*.<sup>44</sup> In 2009 kwam het Europese Hof voor de Rechten van Mens met een uitspraak in de zaak van Daniel Féret,<sup>45</sup> mede in het licht van de lopende strafzaak tegen Geert Wilders een belangwekkend arrest. Het Hof bevestigde dat de vrijheid van meningsuiting van deze Belgische parlementariër terecht is beperkt door de Belgische overheid. In zijn gewraakte verkiezingspamfletten was volgens het Hof inderdaad sprake van aanzet tot racisme en vreemdelingenhaat. De heer Féret haalde daarin met zijn partij, het *Front National*, fel uit naar niet-Westerse allochtonen en moslims, ondermeer door ze af te schilderen als criminelen, ze bij werkloosheid het land uit te willen zetten en te menen het land te moeten redden van de oprukkende islam.

40 Zie bijvoorbeeld D. Ayton-Shenker, *United Nations Background Note. The Challenge of Human Rights and Cultural Diversity*, <<http://www.un.org/rights/dpi1627e.htm>>.

41 S. Harchaoui, *Overheid en religieuze organisaties*, p. 8 <<http://www.jur.uva.nl/template/downloadAsset.cfm?objectid=F84201D7-1321-B0BE-683BB6D70CE07392>> ; meer in het algemeen A. Hirschi-Ali op haar weblog <<http://ayaanhirsiali.web-og.nl/ayaanhirsiali/religie/index.html>> ; en enkele tegengeluiden: A. Verplancke, Hoogleraar Maaik de Haardt over achterstelling en onderdrukking, 'Religies zelf hebben niets tegen vrouwen', *Eindhovens Dagblad* 21 december 2001, <<http://www.verplancke.nl/verplancke/publicaties/4b6.html>> ; M. el Ayadi, Marokkaanse vrouwen / De mannen onderdrukken ons, niet het geloof, *Trouw* 29 juni 2006, <[http://www.trouw.nl/archief/article1311483.ecc/Marokkaanse\\_vrouwen\\_De\\_mannen\\_onderdrukken\\_ons\\_niet\\_het\\_geloof.html?all=true](http://www.trouw.nl/archief/article1311483.ecc/Marokkaanse_vrouwen_De_mannen_onderdrukken_ons_niet_het_geloof.html?all=true)>.

42 Zie ook A. Terlouw, 'Vrijheid, gelijkheid, burgerschap: een pleidooi voor terughoudendheid', *Migrantenrecht* (4), 2008, p. 127130: "[P]leiten voor terughoudendheid klinkt beschaafd, ... maar die neutraliteit zal selectief werken. De effecten ervan zullen... ten goede komen aan de sterkste partij", p. 20. Zie voor dezelfde werking binnen minderheidsgroepen A. Shachar, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Contemporary Political Theory, Cambridge: Cambridge University Press 2001.

43 A. Vermeer-Künzli, 'Tussen New York en Genève: VN-Kroniek', *NJCM-Bulletin* (34-7), 2009, p. 829-850.

44 HvJ EG 10 juli 2008, zaak C-54/07, (*Feryn*), *EHRC* 2008/107, m. nt. M.H.S. Gijzen.

45 EHRM 16 juli 2009, appl.nr. 15615/07, *European Human Rights Cases* 2009, pp. 1156-1174, (*Féret tegen België*)

De grote vrijheid van politici om zich (tijdens verkiezingen) schokkend en kwetsend te roeren in het maatschappelijke debat vindt volgens het Hof haar grens in tolerantie en respect voor de menselijke waardigheid, welke het Hof fundamentele waarden in een democratische en pluralistische samenleving acht. Een racistisch discours als dat van Féret tast de waardigheid en veiligheid van groepen in de samenleving aan en de vrijheid van meningsuiting moet dan wijken.

Drie van de zeven rechters achtten in een *dissenting opinion* onder andere de correlatie tussen de inhoud van de pamfletten en het direct aanzetten tot haat of discriminatie te vaag om de meningsuiting te beperken, te meer daar er geen onderscheid werd gemaakt door de rechters tussen kritiek op de huidige (regerings)partijen met hun vreemdelingenbeleid en kritiek op de vreemdelingen zelf. Het tweede punt roept terecht op tot meer nuance. Er moet uiteraard ruimte blijven om regeringsbeleid aan de kaak te stellen.

In het licht van het eerste punt over de correlatie tussen uitingen en het aanzetten tot haat, discriminatie of geweld, is het goed de bevindingen van het reeds genoemde Hatecrimes rapport van OVSE-ODIHR aan te halen. Het wijst op het gevaar van het gebruiken van een algemeen geaccepteerd racistisch discours als sociale acceptatie voor discriminatie, haat en geweld.<sup>46</sup> Bij het in Nederland geregistreerde toenemende geweld tegen moslims en islamitische doelen,<sup>47</sup> is het voorbij iedere twijfel aantonen van een correlatie wellicht minder belangrijk dan de objectieve en subjectieve veiligheid van de aangevallen groepen daadwerkelijk te waarborgen. Met deze uitspraak van het Hof heeft Nederland daartoe in ieder geval juridisch enige middelen voorhanden.

### 3 ARBEIDSVERHOUDINGEN

Bij de bespreking van de oordelen over arbeidsverhoudingen volgen wij de pragmatische volgorde van instroom (werving en selectie), doorstroom (beloning, bevordering) en uitstroom (beëindiging). En, net als in de voorgaande jaren, hebben wij ook nu besloten om alle zaken waarbij bejegening of intimidatie aan de orde is binnen één rubriek te behandelen, ook al hebben die zaken vaak ook te maken met instroom, doorstroom of beëindiging.

#### 3.1 *Werving en selectie*

##### *(Geen) doelgroepenbeleid bij bemiddelingsbureaus*

Zoals hierboven al is aangegeven, heeft de CGB het afgelopen jaar op verzoek van de Stichting Meldpunt Discriminatie Regio Amsterdam een advies gegeven inzake doelgroepgerichte uitzend- en bemiddelingsbureaus. Wanneer mag een dergelijk bureau zich op een bepaalde categorie werkzoekenden richten en hoe ver mag het daar in gaan? In haar advies concludeert de CGB dat doelgroepgericht bemiddelen geoorloofd is mits daarbij uitdrukkelijk kenbaar wordt gemaakt dat ook andere groepen welkom zijn en dat ook daadwerkelijk voor hen wordt bemiddeld. In bepaalde geval-

46 Zie ook C. Triesscheijn, 'Ik zeg wat ik denk' betekent niet dat je niet meer na hoeft te denken over de gevolgen van wat je zegt. Over de ingewikkelde relatie tussen hatespeech en hatecrime' in: *Liber amicorum Willem Tuijnman*, Rotterdam 2009, gemeente Rotterdam.

47 W. Wagenaar, Racistisch en Extreemrechts Geweld, in: I. Boog *et al* (red.), *Monitor Rassendiscriminatie*, Artikel 1 en Anne Frank Stichting, in opdracht van Ministerie van VROM (publicatie verwacht in 2010).

len (bijvoorbeeld waar sprake is van een geoorloofd voorkeursbeleid) kan ook een meer selectieve gerichtheid op een bepaalde groep gerechtvaardigd zijn.

Oordeel 2009-40 betreft ook de handelwijze van een bemiddelingsbureau. De bemiddelende organisatie in kwestie is het werkloket, een centraal servicepunt voor werkgevers in de regio Zwolle. Omdat het werkloket onder andere onder de verantwoordelijkheid van de gemeente Zwolle valt, is de klacht gericht tegen het College van B&W van die gemeente.

Een van de taken van het werkloket is het bieden van hulp aan werkgevers bij het vinden van werknemers en stagiairs. Aanleiding voor de klacht bij de CGB is een gesprek dat heeft plaatsgevonden tussen het werkloket en een organisatie die probeert verschillende doelgroepen te betrekken bij de arbeidsmarkt. De desbetreffende organisatie vroeg naar de handelwijze van het werkloket bij het bemiddelen van oudere werknemers en werknemers van allochtone afkomst. Uit dit gesprek kwam naar voren dat wanneer een werkgever aangeeft een bepaalde groep niet in dienst te willen nemen, mensen uit die groep niet worden voorgedragen door het werkloket. Ook een (onuitgesproken) doelgroepenbeleid, dus, maar bepaald door de wel of niet discriminerende voorkeuren van werkgevers.

Naar aanleiding van deze mededeling heeft Stichting Artikel 1 de Gemeente Zwolle gevraagd de werkwijze van het werkloket te onderzoeken. Dit heeft de gemeente gedaan. De conclusie van het onderzoeksrapport van de gemeente is dat het allemaal wel meevalt. Het werkloket zou niet ingaan op discriminerende verzoeken van werkgevers. De CGB is echter van oordeel dat de Stichting Artikel 1 Overijssel voldoende feiten heeft aangevoerd om te doen vermoeden dat direct onderscheid wordt gemaakt op grond van ras.<sup>48</sup> De projectcoördinator van het werkloket vertelde namelijk dat zij zich goed kon voorstellen dat een verpleeghuis liever geen allochtone vrouwen in dienst zou willen nemen omdat oudere bewoners daar niet van gediend zouden zijn. Schriftelijke verklaart zij dat zij hiermee wilde aangeven dat het in een dergelijk geval geen zin zou hebben om een allochtone kandidaat voor te dragen, omdat deze toch kansloos zou zijn. Dat zij zo mee zou gaan in de discriminerende voorkeur van een werkgever is voor haar kennelijk geen relevante overweging. Het verweer van de gemeente – dat een specifieke vraag van een werkgever ten aanzien van de afkomst van kandidaten nog niet is voorgekomen en dat 25% van de kandidaten waarvoor het werkloket heeft bemiddeld van allochtone afkomst is, acht de CGB niet overtuigend. Naar het oordeel van de CGB valt, gelet op de uitleg die is gegeven van het beleid van het werkloket, niet uit te sluiten dat uitvoering is gegeven aan discriminerende wensen van werkgevers. Terecht benadrukt de CGB, opnieuw, de verantwoordelijkheid die toekomt aan een overheidsorgaan om ingediende klachten over discriminatie ‘deugdelijk, voortvarend en onafhankelijk’ te onderzoeken, ‘zo nodig gevolgd door passende maatregelen’.<sup>49</sup> Juist een overheidsinstelling als een gemeente zou zich moeten inzetten om uitsluiting op grond van afkomst tegen te werken, niet om deze te faciliteren. De CGB merkt nog fijntjes op met instemming kennis te hebben genomen van het voornemen van de Gemeente Zwolle om de medewerkers van het werkloket een training te verzorgen over gelijke behandeling.

Het verweer dat men zich moet ‘schikken naar de (vermeende) wensen van de klant’ komt vaker voor. Oordeel 2009-46 betreft een klacht van een psycholoog die bij een

48 Wat betreft de klacht over leeftijdsdiscriminatie verwijzen wij naar de commentaar over leeftijd in deze bundel van De Witte-Van den Haak & Van Leeuwen.

49 Oordeel 2005-239 en Oordeel 2004-164.

sollicitatie is afgewezen wegens zijn (licht) Engels accent. Deze zou een optimale zorgverlening aan cliënten met angststoornissen in de weg staan. Oordeel 2009-88 gaat over een vrouw afkomstig uit Congo-Kinshasa die is afgewezen omdat de drogisterij waar zij heeft gesolliciteerd gevestigd is in een blanke wijk waar overwegend oudere mensen wonen ‘die waarschijnlijk vertrouwder zullen zijn met een blank persoon die de Nederlandse taal en gewoonten meer machtig is’. In beide gevallen komt de CGB snel tot het oordeel dat sprake is van verboden onderscheid op grond van ras.<sup>50</sup> In oordeel 2009-95 (hieronder besproken) komt overigens de interessante vraag aan de orde, of dergelijke werkgevers – die hun cliënten op grond van stereotype veronderstellingen bepaalde vooroordelen toedichten – niet ook ten opzichte van hun *cliënten* discriminerend handelen.

### ‘Toch geen burka?’

Oordeel 2009-42 gaat over de klacht van een vrouw die een open sollicitatie heeft gedaan als stagiaire<sup>51</sup> bij een advocatenkantoor en per abuis de volgende e-mail heeft ontvangen, geschreven door een compagnon van het kantoor:

Ik heb haar niet gezien (toch geen burka?) dus kan er niet over oordelen. Cijfers zeggen niet alles. Als we een student-stagiaire willen aannemen moet het mijns inziens wel op voorhand iemand zijn die we dus bij verdere gebleken geschiktheid, gebleken tijdens de stage, in beginsel als er ruimte zou zijn, ook wel in dienst zouden willen nemen. Kortom zouden we haar wel willen en hebben we plek, tijd en ruimte voor stagiaire?

Het advocatenkantoor bevestigt dat de opmerking ‘toch geen burka?’ is gemaakt naar aanleiding van de Arabisch klinkende achternaam van de studente. De CGB stelt vast dat deze opmerking niet als een compliment is bedoeld en concludeert dat het advocatenkantoor onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst en ras door deze wijze van bejegening van de student in een sollicitatieprocedure. Het verweer van het advocatenkantoor dat de gewraakte opmerking is gemaakt in een periode dat in de Tweede Kamer werd gediscussieerd over een burkaverbod en dus niet gericht was op de persoon van de studente wijst de CGB terecht af. De CGB laat zich echter wel door het advocatenkantoor overtuigen dat deze studente niet is afgewezen vanwege haar godsdienstige overtuiging of etnische afkomst, maar om andere redenen. De volgende door het advocatenkantoor aangevoerde argumenten brengen haar tot dit oordeel. Na de opmerking ‘toch geen burka?’ worden in de e-mail objectieve criteria genoemd aan de hand waarvan wordt besloten een stagiair aan te nemen, namelijk: de hoogte van de cijfers, de geschiktheid van de kandidaat, en de omstandigheid of er bij het kantoor plek, tijd en ruimte is. Bovendien had een andere compagnon dan de e-mail schrijver deze studente uitgenodigd om te solliciteren terwijl hij op de hoogte was van haar achternaam, en deze tweede compagnon heeft haar laten weten dat zij in de toekomst wellicht wel in aanmerking zou komen voor een stage plaats, afhankelijk van haar cijfers en scriptieonderwerp.

Anders dan de CGB, zien wij hierin geen objectieve criteria. Ten eerste worden geen gegevens aangedragen waaruit blijkt dat deze studente inderdaad is afgewezen op

50 Conform eerdere oordelen, stelt de CGB ook in 2009-46 dat de eis dat een sollicitant accentloos Nederlands spreekt tot indirect onderscheid op grond van ras leidt, omdat deze eis personen van niet-Nederlandse afkomst in het bijzonder treft (zie Oordeel 2007-127).

51 Het is vaste oordelenlijn van de CGB dat een stagebetrekking onder het begrip arbeidsverhouding valt als bedoeld in artikel 5 van de Awgb (vergelijk onder meer Oordeel 2008-14).

gronden die niets met haar geloof en/of achtergrond te maken hebben – bijvoorbeeld haar cijfers. Integendeel. De gewraakte e-mail wekt eerder de indruk dat haar cijfers wel in orde waren, maar dat de eerste compagnon op basis daarvan geen besluit wilde nemen: ‘cijfers zeggen niet alles’. Verder vindt hij dat het kantoor alleen een stagiair moet aannemen als deze iemand is die het kantoor ‘op voorhand wel in dienst zou willen nemen’. Wat men hier verder van mag vinden, lijkt ons dit geen ‘objectief criterium’. Daarnaast noemt hij inderdaad de criteria tijd en ruimte, maar dit zijn geen criteria op basis waarvan een kandidaat wordt geselecteerd. Dit zijn criteria die bepalen of het kantoor überhaupt een stageplaats kan aanbieden.

In het afwijzingsbriefje heeft gestaan dat de cijferlijst van deze studente niet overtuigend goed was. Waarom heeft het kantoor dat niet als verweer gevoerd, met daarbij een uitleg van hoe de cijferlijsten van kandidaat stagiaires doorgaans worden beoordeeld? De gewraakte opmerking zal wel als grap bedoeld zijn, maar het tekent wel een sfeer waar deze studente zich waarschijnlijk niet op voorhand bij thuis zou hebben voelen. Reden te meer lijkt ons om meer inzichtelijk te maken hoe, aan de hand van objectieve criteria zoals cijfers, het kantoor zijn stagiaires selecteert.

### *De invloed van het politieke klimaat op de arbeidsverhoudingen*

Het verweer van het advocatenkantoor in het hierboven beschreven geval geeft al aan hoe publieke debatten over etnische verhoudingen in Nederland van invloed kunnen zijn op de interactie tussen een werkgever en een sollicitant. Dit blijkt ook uit de gevallen behandeld in oordelen 2009-73 en 2009-103. In die gevallen zijn het echter niet de werkgevers die de in bredere context gevoerde discussies bij hun interpretatie van de gewraakte procedure betrekken, maar de afgewezen kandidaten. In 2009-73 stelt een sollicitant van Marokkaanse afkomst dat zijn afkomst een rol heeft gespeeld bij zijn afwijzing. Tijdens het sollicitatiegesprek had iemand hem namelijk gevraagd of hij een hand had gegeven aan een vrouwelijk lid van de sollicitatiecommissie. Dit vatte de man op als een vraag of hij bereid was haar een hand te geven, terwijl de vraag in feite alleen is gesteld om te controleren of hij en die vrouw al kennis met elkaar hadden gemaakt. In 2009-103 stelt een vrouw dat haar afkomst en religieuze overtuiging een rol hebben gespeeld bij haar afwijzing omdat tijdens de sollicitatieprocedure opmerkingen zijn gemaakt over haar hoofddoek. De CGB komt in beide gevallen, op grond van de uitleg die door de werkgevers is gegeven, tot de conclusie dat de gemaakte opmerkingen zonder negatieve bedoelingen zijn gemaakt. Wel oordeelt de CGB in 2009-73 dat de werkgever te laks heeft gereageerd op de klacht van de Marokkaanse sollicitant, en in die zin gehandeld heeft in strijd met de Awgb. Werkgevers doen er goed aan zich bewust te zijn van het effect dat uitgaat van de in breed verband gevoerde discussies over de etnische verhoudingen in Nederland, en de gevoeligheden die daardoor kunnen ontstaan bij sollicitanten uit etnische minderheden.<sup>52</sup>

### 3.2 *Bevordering en beloning*

Een vrouw van Chinese afkomst klaagt over het verschil in aanvangssalaris tussen haar en een autochtone mannelijke collega bij de douane. Na een zorgvuldige analyse van de aangeleverde gegevens, gerelateerd aan een door haar eigen functiewaarderingsdes-

<sup>52</sup> Misverstanden van een andere orde spelen een rol in de Oordelen 2009-95 en 2009-64. In beide gevallen blijkt de kandidaat al een verleden te hebben gehad met de betrokken werkgever. Dat verleden plaatst de door hen weergegeven feiten in een ander en voor de werkgever ontlastend perspectief.



kundige uitgevoerde Quickscan gelijke beloning, komt de CGB in oordeel 2009-67 tot de conclusie dat – voor zover er sprake is van relevante verschillen tussen de vrouw en haar collega – deze te gering zijn om een verschil van zeven treden te verklaren. Ook de door verweerder aangevoerde verklaring dat de collega van klaagster de arbeidsmarktsituatie beter heeft benut bij zijn salarisonderhandelingen kan het verschil naar het oordeel van de CGB niet rechtvaardigen. Waar het op neerkomt, is dat de salarisonderhandelingen tot resultaat hebben gehad dat aangesloten is bij het laatstverdiende loon van de autochtone mannelijke kandidaat. Volgens haar vaste lijn oordeelt de CGB dat het aansluiten bij het laatstverdiende loon tot gevolg kan hebben dat eventueel bestaande beloningsverschillen worden bestendigt. Bovendien blijkt in dit geval dat de beloningsmaatstaf ‘laatstverdiende loon’ op de vrouw en haar collega niet op gelijke wijze is toegepast. De CGB concludeert dat een verboden onderscheid is gemaakt tussen deze vrouw en haar collega op grond van ras en geslacht.<sup>53</sup> De CGB komt tot deze conclusie ondanks het feit dat niet is gebleken van achterstelling van de vrouw ten opzichte van haar overige collega’s. Uit de cijfers van de Quickscan blijkt namelijk dat de vrouw gecorrigeerd naar anciënniteit gemiddeld 4,22% meer verdient dan de andere mannen in haar functiegroep. Het onrechtmatige zit in de bovenmatige bevoorrechtiging van één autochtone man, de maatman. Het valt ons overigens op dat verweerder voor de Quickscan-analyse wel gegevens kon aanleveren met betrekking tot geslacht, maar niet betrekking tot ras.

In de overige drie gevallen die binnen deze rubriek passen, klagen werknemers dat zij op grond van hun afkomst zijn achtergesteld in hun mogelijkheden om door te groeien naar andere taken (2009-52) of naar een vaste aanstelling (2009-80), of om weekenddiensten te draaien (2009-93). In alle drie gevallen komt de CGB tot het oordeel dat niet de afkomst van de werknemers bepalend is geweest voor de keuzes die zijn gemaakt door hun werkgevers, maar de ongeschiktheid van de werknemer voor de door hem of haar verlangde functie dan wel andere zakelijke overwegingen.

### 3.3 *Intimidatie en bejegening*

Ook dit jaar bieden de oordelen van de CGB een ontluisterend kijkje op de onderlinge verhoudingen op de Nederlandse werkvloeren. Een man van Nigeriaanse afkomst heeft bijvoorbeeld opmerkingen moeten verwerken als: ‘aap’, ‘klote buitenlander’, ‘alle buitenlanders moeten weg’, ‘wat doet die zwarte tussen ons’, ‘mother-fucker nigger’ en ‘die bokito komt eraan’.<sup>54</sup> Zowel in dit geval als in één ander<sup>55</sup> concludeert de CGB dat onderscheid is gemaakt op grond van ras. In de overige vijf gevallen, waar geen verboden onderscheid is vastgesteld, constateert de CGB tekortkomingen in de manier waarop met klachten is omgegaan. In alle zeven gevallen waarbij geklaagd is over bejegening, is de CGB dus van oordeel dat gehandeld is in strijd met de wet. Wat ons verder opvalt is dat in vier van deze zeven gevallen de betrokken werknemer een beroep heeft gedaan op een antidiscriminatiebureau om hem of haar bij te staan bij het indienen van een klacht bij de werkgever.<sup>56</sup> In een paar gevallen is de werkgever de klachten van de werknemer pas serieus gaan onder-

<sup>53</sup> Dit oordeel is ook besproken in het paragraaf 6 van het commentaar over geslacht (door Cremers & Vegter) in deze bundel.

<sup>54</sup> Oordeel 2009-5.

<sup>55</sup> Oordeel 2009-83.

<sup>56</sup> Oordelen 2009-19; 2009-5; 2009-83; 2009-48.

zoeken na de interventie van een antidiscriminatiebureau.<sup>57</sup> Ook dit lijkt ons een indicatie dat de klachtenregelingen van werkgevers soms ernstig tekort schieten. De door de CGB gesignaleerde problemen op het gebied van de bejegening zijn deels van procedurele aard. Zo blijkt in de situatie die behandeld wordt in oordeel 2009-22 de vertrouwenspersoon tevens de functie te hebben van Hoofd Personeelszaken. Het Hoofd Personeelszaken herkende de klacht niet als zodanig en behandelde het als een gewoon conflict en gaf het door aan de leidinggevende. Daardoor werd de situatie door de werknemer als nog bedreigender ervaren. De CGB doet daarom de aanbeveling de functie vertrouwenspersoon en de functie Hoofd Personeelszaken gescheiden te houden.<sup>58</sup>

### *Een uitbestede klachtenregeling*

In het geval dat aan de orde was in oordeel 2009-72 is de werknemster niet gehoord door het internationaal opererend extern bureau, bij wie de Amerikaanse werkgever zich had aangesloten, en bij wie de werknemster ook haar klacht had ingediend. Dit bureau heeft ter zitting verklaard dat in de klachtprocedure die het hanteert, niet is opgenomen dat er hoor en wederhoor toegepast dient te worden. De CGB rekent dit de werkgever aan, en terecht. Deze kan er voor kiezen klachtenbehandeling uit te besteden aan een extern bureau, maar ontdoet zich daarmee niet van haar verantwoordelijkheid borg te staan voor een procedure die voldoet aan de in Nederland geldende zorgvuldigheidseisen.<sup>59</sup>

Wel valt het ons op dat de CGB, in haar aanbeveling aan de werkgever het beginsel hoor en wederhoor in de eigen klachtenregeling op te nemen, niet verder is ingegaan op het gegeven dat in dit geval klachtenbehandeling (deels) aan een extern bureau is uitbesteed. Bedrijven kunnen er goed aan doen klachten tegen discriminatie uit te besteden aan gespecialiseerde bureaus. Het kan een goede manier zijn om een onafhankelijk, professioneel en zorgvuldig uitgevoerde klachtenbehandeling aan hun werknemers aan te bieden. Maar dat kan alleen – zoals uit dit geval blijkt – als het bureau in kwestie een deugdelijke procedure volgt. In dit geval besteedt een internationaal opererend werkgever de klachtenbehandeling uit aan een eveneens internationaal opererend klachtenbureau. Kennelijk hebben de door de CGB ontwikkelde zorgvuldigheidsnormen geen rol gespeeld bij de aanbesteding. Wij kunnen ons voorstellen dat dit verschijnsel zich in de toekomst vaker zal gaan voordoen, en dat de CGB daar wellicht een keer specifiek de aandacht op zal moeten gaan richten.

### *Klachten gebagatelliseerd*

Behalve dat de procedures vaak niet in orde zijn, blijkt ook dat bij veel werkgevers het besef van het vóórkomen en de ernst van rassendiscriminatie onvoldoende leeft. Minder aardig geformuleerd, rassendiscriminatie wordt in Nederland nog steeds gebagatelliseerd. Discriminerende opmerkingen worden door leidinggevend en afgedaan als grapjes en klagers worden geadviseerd racistische opmerkingen niet persoonlijk op te vatten. Daarbij speelt ontkenning ook een rol. Omdat werkgevers er stellig

57 2009-5; 2009-48.

58 Ook Oordeel 2009-72 handelt over een geval waarbij de HR-manager tevens de vertrouwenspersoon is. Een vergelijkbaar probleem deed zich ook voor in het geval dat aanleiding gaf tot het hierboven beschreven onderzoek bij de Haagse Hogeschool. Zie: Oordelen 2008-44 en 2008-45.

59 Behalve dat het de werknemster niet heeft gehoord, heeft het extern klachtenbureau in deze zaak ook verzuimd deugdelijk aan de werkgever te rapporteren over de resultaten van onderzoek. Dit lijkt een veel voorkomend probleem te zijn. Ook in Oordelen 2009-94, 2009-19, 2009-5 stelt de CGB vast dat niet deugdelijk is gerapporteerd.

van overtuigd zijn dat racisme binnen hun bedrijf niet voorkomt, lijken zij klachten daarover bij voorbaat niet serieus te nemen. In het geval dat behandeld is in oordeel 2009-22 wees de vertrouwenspersoon (tevens hoofd personeelszaken) van de werkgever de klachten van de werkgever zelfs af als smaad en laster.<sup>60</sup>

Net als in 2008, heeft de CGB er ook in 2009 veel werk van gemaakt om, via haar oordelen, werkgevers bewust te maken van de subtiele dynamiek van interacties, die ertoe kunnen leiden dat werknemers zich uitgesloten voelen op grond van hun huidskleur en/of afkomst, en voor de verantwoordelijkheid die werkgevers hiervoor dragen. Zo overweegt de CGB in par. 3.20 van oordeel 2009-22 dat 'discriminatie op de werkvloer vaak een ongrijpbaar verschijnsel is en voor degenen die, al of niet terecht, menen daarvan het slachtoffer te zijn, ook moeilijk te bewijzen is. Dit maakt het des te noodzakelijker dat de werkgever klachten over discriminatie in een zo vroeg mogelijk stadium en correct behandelt'. En in par. 3.19 van oordeel 2009-48: 'Het is kenmerkend voor discriminatie of voor een omgeving waarin discriminatie kan gedijen dat bepaalde 'grappige' opmerkingen juist worden gemaakt tegen degene die 'anders' is, dus tegen de zwarte, vrouwelijke, godsdienstige of oudere collega'. In par. 3.27 van hetzelfde Oordeel: 'Personen die niet tot een raciale, godsdienstige of andere minderheid behoren, gaan doorgaans uit van een discriminatiebegrip waarin discriminatie wordt begrepen als een actieve afkeer van, of terughoudendheid tegenover specifieke groepen. Het wordt opgevat als min of meer bewuste pogingen om anderen, vanwege bijvoorbeeld hun ras, buiten te sluiten, bijvoorbeeld door hen geen baan aan te bieden ... Ook leidinggevenden en directies zijn geneigd gebeurtenissen vanuit dit perspectief te interpreteren. Zij zijn ook vaak 'positief vooringenomen' in die zin dat zij ervan uitgaan dat hun personeel zich niet onbetamelijk gedraagt, althans niet met de intentie om een collega te kwetsen, hetgeen soms ongetwijfeld een juiste indruk is ... Degene die zich gediscrimineerd voelt, ... behoort in zeker opzicht – vaak vanwege een specifiek persoonsgebonden kenmerk (ras, geslacht, seksuele voorkeur) – tot een (al dan niet zichtbare) minderheid in de organisatie. Dat feit alleen al kan maken dat hij een andere opvatting heeft over wat discriminerend is. Wat als een gewone opmerking of grap wordt bedoeld, kan [daardoor] overkomen als discriminatie ... Soms ontwaart hij dan een patroon, waaruit hij afleidt dat er sprake is van min of meer systematische discriminatie ... Het is aan leidinggevenden en directies om alert te zijn op meldingen en signalen van discriminatie en een open vizier te houden bij het onderzoeken daarvan'. Zie verder hierover de themabijdrage van Siebers in deze bundel.

Gezien het aantal gegronde klachten over bejegening, lijkt het ons een goede zaak als de CGB volhoudt in deze voorlichtende missie. Overigens valt het ons op dat, net als bij werving en selectie, ook bij bejegening nog steeds niet alle overheidsorganen in Nederland voldoende bewust zijn van de voortrekkersrol die zij zouden moeten spelen. Zo concludeert de CGB in oordeel 2009-83 dat bij de gemeente Hengelo, waar direct onderscheid is gemaakt op grond van ras, de klachten van de werknemer niet alleen onvoldoende zorgvuldig zijn behandeld, maar dat er zelfs sprake is geweest van victimisatie. De detacheringsovereenkomst met de werkgever is namelijk beëindigd onder andere vanwege de klachtbrief die namens de werknemer door een antidiscriminatiebureau is gestuurd. En ook aan het Centraal Justitieel Incasso Bureau van het Ministerie van Justitie heeft de CGB in oordeel 2009-19 moeten uitleggen dat klachten over grapjes op de werkvloer over iemands afkomst of benamingen als 'aap' of 'pinda' serieus genomen dienen te worden en zorgvuldig dienen te worden behandeld.

---

60 Precies dit soort problemen zijn ook door de CGB gemeld in de hierboven genoemde rapport over de Haagse Hogeschool.

### 3.3 *Beëindiging*

#### *Actievoerende vreemdeling*

Slechts één geval uit het jaar 2009 dat onder deze rubriek past, maar wel een dat tot de verbeelding spreekt. Oordeel 2009-37 betreft een man die als vluchteling uit Iran naar Nederland is gekomen. Hangende zijn asielpcedure trouwt hij met een Nederlandse. Nadat zijn asiilverzoek is afgewezen, vraagt hij een verblijfsvergunning aan voor verblijf bij echtgenote. Om hiervoor in aanmerking te komen, moet hij echter terug naar Iran om daar een zogenoemde machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) aan te vragen. Omdat hij meent dat terugkeer naar Iran voor hem levensgevaarlijk is, voert hij actie om vrijstelling te krijgen van het mvv-vereiste. Hij gaat in hongerstaking en naait daarbij zijn ogen en mond dicht. Deze actie krijgt veel aandacht van de Nederlandse pers, en uiteindelijk mag de man zijn procedure in Nederland afwachten.

Minstens vier jaar later krijgt deze man, via een uitzendbureau, werk als monteur bij een bedrijf gespecialiseerd in beveiligingssystemen. De directeur van dit bedrijf wordt door een van zijn medewerkers geattendeerd op het verleden van de man. Hierin ziet de directeur een probleem voor zijn bedrijf waarvoor een goede vertrouwensrelatie met cliënten van het grootst belang is. De monteurs die door het bedrijf worden ingezet moeten een onkreukbaar en gelijkmatig karakter hebben en mogen geen extremiteiten of afwijkend gedrag vertonen, ook niet in het verleden. De directeur laat de man weten dat de extreme wijze waarop hij destijds de publiciteit heeft gezocht niet past binnen het 'onkreukbare' imago dat het bedrijf nastreeft, en zijn werkverband wordt om die reden beëindigd.

De man klaagt bij de CGB dat hiermee onderscheid is gemaakt op grond van zijn afkomst. Zijn arbeidsverhouding is niet beëindigd vanwege werkgerelateerde gebeurtenissen, maar vanwege gedragingen in verband met zijn procedure om een verblijfsvergunning te krijgen. Omdat een persoon van Nederlandse afkomst zich nooit in een dergelijke situatie zal bevinden, stelt hij dat hiermee (indirect) onderscheid is gemaakt op grond van afkomst. De CGB volgt deze redenering niet. Het voorschrift van verweerster dat geen afwijkend gedrag is vertoond voordat het dienstverband een aanvang nam, kan gelden als een neutraal criterium. De CGB is van oordeel dat verzoeker zich ongebruikelijk heeft gedragen met het oog op het verkrijgen van publiciteit. Daarbij acht de CGB het niet van belang dat de man deze gedragingen vertoonde in verband met zijn procedure om een verblijfsvergunning te verkrijgen. Evenmin ziet de CGB aanleiding om te concluderen dat de man, door zijn afkomst, een grotere kans maakte afgewezen te worden op grond van het door verweerster gehanteerde criterium. Afwijkend gedrag kent immers vele verschijningsvormen en is niet verbonden aan het behoren tot een bepaalde bevolkingsgroep, aldus de CGB. De redenering van de CGB kunnen wij wel volgen. Wel vinden wij het opmerkelijk dat de CGB de vraag of het gedrag van deze man proportioneel was 'in het licht van zijn verblijfsrechtelijke positie' wel opwerpt maar vervolgens uitdrukkelijk in het midden laat. Als zijn gedrag wel proportioneel was, was er dan nog sprake van – voor een afgewezen vreemdeling – 'afwijkend' gedrag? Hongerstaking is tenslotte geen ongewoon middel onder vreemdelingen die zich verzetten tegen het Nederlandse vreemdelingenbeleid. Maar het zijn niet alleen vreemdelingen die 'harde acties' voeren in Nederland, en in die zin kunnen wij ons nog steeds vinden in het standpunt van de CGB. Vermoedelijk zou een dierenactivist die zich ongebruikelijk had gedragen omwille van de publieke aandacht evenmin bij deze werkgever in goede aarde zijn gevallen.

Wel heeft deze zaak iets wrangs. Een man die als vluchteling naar Nederland is gekomen maar geen vluchtelingenstatus heeft gekregen omdat hij zich (vermoedelijk) niet voldoende als activist heeft geprofileerd, wordt nu zijn baan ontnomen omdat hij zich te uitdrukkelijk als activist heeft geprofileerd. Alleen: de vraag of een werkgever een dienstverband mag beëindigen op grond van het activistische verleden van een werknemer is niet een die via de Awgb kan worden beantwoord.

## 4 AANBIEDEN GOEDEREN EN DIENSTEN

### 4.1 *Onderwijs en huisvesting*

Op het gebied van onderwijs is het niet stil gebleven zoals reeds vermeld in §2. Er zijn in 2009 echter geen oordelen aangaande het onderwijs door de Commissie uitgebracht. Wel heeft in 2009 de rechter zich uitgesproken over het recht van studenten uit EU-lidstaten op studiefinanciering. De Centrale Raad van Beroep acht het daarin terecht dat voor deze studenten dezelfde eisen voor toekenning worden gehanteerd als voor Nederlandse studenten.<sup>61</sup>

Op het gebied van huisvesting zijn er al sinds 2006 geen oordelen uitgebracht.<sup>62</sup> Het ontbreken van oordelen op dit gebied is bevreemdend in het licht van de klachten over huisvestingsconflicten die bekend zijn bij de anti-discriminatievoorzieningen (ADVs).<sup>63</sup> In de periode 2004–2008 komen het aantal klachten geen enkel jaar onder het aantal van 70, met in het laatste jaar 107 klachten.<sup>64</sup> Discriminatieklachten over huisvesting gaan in dit rapport over de relatie met de verhuurder. Hierbij zijn dan niet opgeteld de klachten over discriminatie in de buurt/wijk. Dit is niet nader uitgesplitst in het rapport, maar betreft onder andere burenruzies of gaat over acties gericht tegen de komst of aanwezigheid van bepaalde mensen of organisaties in de buurt.<sup>65</sup> Het klachtenaantal dat wonen betreft, dan wel woningcorporaties aan zou dienen te gaan, is daarmee nog hoger. Van enige doorstroom naar de CGB is in ieder geval geen sprake.

Wel uit de Commissie in het reeds genoemde Advies 2009–04 haar zorgen over het gebruik van de bron van het inkomen als toetsingscriterium voor een huisvestingsvergunning volgens de Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek. Er dient te worden gewaakt voor een toepassing die leidt tot indirecte discriminatie op grond van ras, nationaliteit of geslacht.<sup>66</sup>

### 4.2 *Consumententransacties*

Een advertentie zetten heeft veelal tot doel een product of dienst aan te prijzen. Dat geschiedt het meest effectief in de taal die de beoogde consumenten spreken. Maar of het gerechtvaardigd is een advertentie, in bijvoorbeeld het Armeens, te weigeren omdat de advertentie alleen in het Nederlands of Engels mag? Het stellen van taaleisen kan leiden tot indirecte discriminatie. Verhoudingsgewijs spreken immers meer

61 Centrale Raad van Beroep, 29 juni 2009, *LJN* BJ1015 en 11 september 2009, *LJN* BJ7906.

62 Oordeel 2006-11 en 2006-121.

63 Voorheen bekend als anti-discriminatiebureaus.

64 W. Dinsbach, et al., *Kerncijfers 2008. Landelijke overzicht van discriminatieklachten geregistreerd bij antidiscriminatiebureaus en meldpunten in Nederland*, Rotterdam: Artikel1 2009, p. 48 <<http://www.art1.nl/scripts/download.php?document=805>>.

65 *Ibid.*, p. 55.

66 Zie ook J. Kik en G. Walz, 'Wonen en woonomgeving', in: Igor Boog *et al* (red.), *Monitor Rassendiscriminatie*, Artikel 1 en Anne Frank Stichting, in opdracht van Ministerie van VROM (publicatie verwacht in 2010).

autochtonen de Nederlandse taal dan allochtonen. Desondanks acht de CGB de weigering om Friestalige advertenties op een website te plaatsen geen ongelijke behandeling in de zin van artikel 7 Awgb. Er wordt niet selectief te werk gegaan in die zin dat bepaalde personen in verband met ras of nationaliteit de toegang tot de dienst moeilijker wordt gemaakt of wordt geweigerd. Hiervan is volgens de CGB geen sprake:

Verzoeker kan immers op voet van gelijkheid met ieder ander van de website gebruik maken. Dat de taaleis die verweerster aan de advertentieteksten stelt het voor Friestalingen mogelijk minder aantrekkelijk maakt om van de site gebruik te maken doet daaraan niet af. ... Dat het Fries een officieel erkende nationale taal is maakt dit niet anders, ook niet wanneer er, zoals kennelijk in het onderhavige geval, een aanbod ligt om vertaling te faciliteren. De andere kant hiervan is dat het een exploitant ook vrij staat om een website uitsluitend open te stellen voor Friestalige advertenties.

Hoewel het voor uitzendbureaus niet opgaat,<sup>67</sup> stelt in dit oordeel de CGB dat het direct duidelijk is dat er geen sprake is van ongelijke behandeling in de zin van artikel 7 Awgb. Het CGB lijkt hiermee onderscheid aan te willen brengen tussen het weigeren van een Fries en het weigeren van het Fries (de taal). Een taaleis kan echter wel degelijk onderscheid op grond van ras opleveren.<sup>68</sup> De Commissie dient hierbij dan ook de enige voorzichtigheid te betrachten. Op het gebied van sport en recreatie en grenscontrole oordeelde de Commissie anders.

### *Sport en recreatie*

In oordeel 2009-84 weigert een dansschool de toegang tot balletles aan een leerling die haar haar weliswaar in de voorgeschreven knot draagt, maar met vlechten in plaats van glad, steil haar. Verweerster, moeder van de leerling, stelt dat het discriminerend is deze eis zo strikt te hanteren aangezien haar dochter kroeshaar heeft en daardoor vaak vlechten draagt. Ondanks de voorstellen van de dansschool om te komen tot een compromis, oordeelde de Commissie dat de keuze voor haardracht etnisch bepaald kan zijn en dat er sprake is van indirect onderscheid op grond van ras. De Commissie zag geen objectieve rechtvaardiging in het feit dat andere kinderen met kroeshaar wel hun haar steil maken, het aanleren van zelfredzaamheid in de danscarrière en het bewaken van de precisie en uniformiteit van ballet.

Er zijn in 2009 meerdere oordelen geweest op het gebied van sport en recreatie die een vereniging betroffen. Voorop staat dat verenigingen in beginsel zelf mogen bepalen wie zij willen toelaten tot het lidmaatschap op grond van de verenigingsvrijheid. Wanneer de beperkingen die een vereniging stelt geen verband met het doel van de vereniging houden, is de verenigingsvrijheid niet in het geding en is de Commissie bevoegd te oordelen over de toelaatbaarheid van de beperkingen.<sup>69</sup>

In oordeel 2009-33 vraagt een yoga-vereniging een oordeel omtrent eigen handelen. Ze hanteert een woonplaatscriterium voor leden die een lerarenexamen willen afleg-

67 Zie §2.1, noot 8.

68 Zie ook Oordeel 2006-169, met noot M. Davidović.

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

gen. De Commissie gaat uitvoerig in op de bevoegdheidsvraag, onder andere door alle twijfel of yoga wel een sport is opzij te zetten en het in ieder geval als welzijnsbevorderend aan te merken. De Commissie acht een ingezeteneis niet nodig voor het realiseren van het doel van de vereniging en met de daaruit voortvloeiende bevoegdheid oordeelt de CGB dat er sprake is van indirect onderscheid op grond van ras. Aangezien er geen aantoonbaar verband is tussen de ingezeteneis voor examenkandidaten en het bewaken van de kwaliteit van en binding tussen de yogaleraars is er ook geen sprake van een objectieve rechtvaardiging.

De andere vereniging wier handelen in 2009 door de CGB werd beoordeeld, was een schietvereniging. Zij had een Turkse man tijdens de ballotageperiode discriminerend bejegend en hem het lidmaatschap geweigerd. Het aspirant lid zou, na de discriminerende bejegening, al dreigend niet hebben voldaan aan een opdracht van de baancommandant, een mogelijke doodszonde op een schietbaan. Uiteindelijk is deze reden die werd aangevoerd voor de weigering van het lidmaatschap niet bewezen. Desondanks oordeelt de Commissie dat niet is komen vast te staan 'dat verweerster bij haar beslissing ... het aspirant-lidmaatschap te beëindigen, zich (mede) heeft laten leiden door de afkomst van verzoeker.'

Van een andere orde is een volkstuinenvereniging waar door de Commissie onderscheid werd geconstateerd. Om een afspiegeling van de maatschappij te zijn en naleving van de tuinregels zeker te stellen houdt een volkstuinenvereniging 60% van haar tuinen gereserveerd voor autochtonen, ook al staan zij niet op de wachtlijst.<sup>70</sup> Voor de overige 40% voor allochtonen wordt ook de eis gesteld de Nederlandse taal in woord en geschrift machtig te zijn. Artikel 7, eerste lid, onderdeel c, Awgb verbiedt niet alleen onderscheid bij het aanbieden van goederen en diensten, maar ook onderscheid bij instellingen die werkzaam zijn op het gebied van welzijn, zoals deze tuinvereniging.

Dat dergelijk beleid zowel direct als indirect onderscheid zonder objectieve rechtvaardiging op grond van ras oplevert is in lijn met eerdere oordelen. Met het oog op de verenigingsoordelen uit 2009 is het wel opmerkelijk dat, naast het op zich niet kwalijk te nemen streven om een afspiegeling van de maatschappij te vormen, de vereniging van mening blijft dat met iedereen op een behoorlijke manier in het Nederlands gecommuniceerd dient te kunnen worden. Het bestuur ervaart reële problemen met participatie en het naleven van verplichtingen aan de kant van vooral de allochtone leden. Het verdient dan ook extra toelichting waarom 'gewoon Nederlands spreken - een veelgehoorde wens, een verboden onderscheid oplevert.

Dat deze behoefte bestaat, zeker wanneer onderscheid is geconstateerd door de Commissie, wordt in het bijzonder geïllustreerd door een vereniging die veel in werking heeft gesteld ten behoeve van allochtone leden zoals de tuinvereniging. Zij heeft een allochtone tuinder als bestuurslid aangetrokken en een Turkse commissie ingesteld. Op de algemene ledenvergadering heeft de vereniging verder ook nog een tolk ingeschakeld. Ondanks al deze moeite 'de zaak verliezen', is dan extra zuur. In onderhavig oordeel biedt uiteindelijk het introduceren van jaarcontracten uitkomst. Zij kunnen weer beëindigd worden wanneer een huurder verplichtingen niet nakomt.

Op deze manier een oplossing identificeren voor de reële problemen die worden ervaren in onze diverse maatschappij is een goede aanpak, naast het uitleggen van de wet en iets al dan niet te verbieden. Het zou de beslissingen van de Commissie het

---

70 Oordeel 2009-8.

nodige extra draagvlak geven omdat dan *beide* partijen zich gesteund weten door de Commissie.

Tot slot zag ook een voetbalvereniging zich geconfronteerd met de wens om te komen tot een andere samenstelling van haar jeugdteams. De vereniging maakte ter zitting duidelijk dat de meeste allochtone jeugdleden (meer dan 80% van alle jeugdleden) niet of nauwelijks ondersteund worden door hun ouders. Teams kunnen door gebrek aan vervoer soms zelfs niet naar uitwedstrijden toe en riskeren geroyeerd te worden door de KNVB. De vereniging stelt verder dat in haar ervaring allochtone ouders nog minder dan autochtone ouders bereid waren om vrijwilligerswerk te doen zoals bestuurswerk, onderhoud aan gebouw en terrein, of kantinediensten. Vergelijkbaar met de tuinvereniging is er inmiddels een formulier opgesteld, geldend voor alle leden, dat kinderen alleen lid mogen worden als ouders bereid zijn voor vervoer te zorgen of andere diensten voor de vereniging te verzorgen.

Net als bij de tuinvereniging gaat het er in de kern om dat er dringend behoefte is aan meer actieve vrijwilligers en betrokkenheid bij de vereniging en de sport. Een verschil met de tuinvereniging is dat allochtonen leden nooit zijn geweigerd. Een aardigheid is de inzet om actiever te werven onder het 'ondervetegenwoordigde deel van de bevolking', de autochtonen. Hierover merkt de Commissie op dat, zolang er aan beide groepen dezelfde eisen worden gesteld, doelgroepenbeleid ook mag wanneer de doelgroep behoort tot de dominante groepen in de samenleving en wanneer de ondervetegenwoordiging het gevolg is of lijkt van eigen keuze in plaats van een uitsluitingsmechanisme.

### *Grenscontrole*

Op basis van artikel 4 Vreemdelingenwet 2000 en het Voorschrift Vreemdelingen 2000 moet voor vluchten vanaf een zogenoemde risico-luchthaven een kopie worden gemaakt van de reisdocumenten van niet-Nederlandse passagiers. Dit ter voorkoming van het vervoeren van een ongedocumenteerde vreemdeling naar Nederland. Een Somalische passagier met een Nederlands paspoort had de indruk gekregen dat alleen van het paspoort van de gekleurde passagiers een dergelijke kopie werd gemaakt. Ter zitting bij de Commissie brachten verweerster (de Keniaanse luchtvaartmaatschappij die de vluchten uitvoerde) en aanbieder (de Nederlandse luchtvaartmaatschappij die de vlucht aanbood) hier tegen in dat zij enkel gehoor gaven aan de wettelijke plicht. Deze was weliswaar beperkter dan de aanpak van verweerster, die in de praktijk van paspoorten van alle passagiers kopieën maakt. Dit om aansprakelijkheid voor het vervoer van ongedocumenteerden te voorkomen, maar ook om discriminatie te voorkomen. De Commissie oordeelde dan ook dan beide partijen geen onderscheid op grond van ras hebben gemaakt.<sup>71</sup>

---

71 Oordelen 2009-59 en 60.



## 5 SOCIALE BESCHERMING

### *Hulpverlening aan Roma: met drang en dwang*

Twee oordelen van de CGB betroffen Roma. Over het algemeen een vergeten groep, maar in 2009 was er voor hen niet alleen internationale,<sup>72</sup> maar ook nationaal politieke belangstelling. In Nederland vroeg de Tweede Kamer minister Van der Laan in december 2008 een gezamenlijke aanpak met de Roma-gemeenten te ontwikkelen. Dit naar aanleiding van berichten over schoolverzuim, illegaliteit, lage arbeidsparticipatie en overlast uit de zogenoemde (Roma) opvanggemeenten, zoals Nieuwegein, Utrecht, Den Bosch en Tilburg. In de brief die hierop volgde werd de ‘disproportioneel hoge criminaliteit’ onder Roma benadrukt.<sup>73</sup>

Volgens schattingen van de politie in Nieuwegein zouden Roma, ook de jongeren, beduidend criminelere zijn dan overige Nieuwegeinse bevolkingsgroepen. Minister Van der Laan stelde in de brief ook dat ‘sleutelfiguren uit de Roma-gemeenschap vaak een strafblad hebben’. Het Landelijke Platform Roma en de Roma Emancipatie Organisatie waren geschokt door die passage en achtten de brief ‘discriminatoire en stigmatiserend’, zeker omdat het om schattingen gaat.<sup>74</sup> Beide organisaties betreuren dat dit beeld door de overheid wordt uitgedragen en dat het blijkbaar niet nodig is de mensen om wie het gaat bij plannen te betrekken.<sup>75</sup> Dat men voorzichtig dient te zijn met schatting blijkt wel uit zogeheten Actualisatieonderzoek naar het aantal ongeregistreerde Antillianen. Daar werden per abuis ook bolletjesslikkers en Antilliaanse toeristen in de statistieken meegenomen.<sup>76</sup>

De minister stelde zich tot slot op het standpunt dat gemeenten zelf genoeg mogelijkheden hebben om de problemen aan te pakken en zag niets in een apart doelgroepenbeleid voor Roma op rijksniveau. Dit staat haaks op het advies van mensenrechtencommissaris Thomas Hammarberg.<sup>77</sup> Hij pleit onder meer voor een overkoepelende strategie op Rijksniveau, welke is opgesteld in samenwerking met de Romagemeenschap. Het stopzetten van financiële steun aan Roma en Sinti zelforganisaties draagt niet bij aan het aangaan van een dialoog met hen op alle politieke niveaus. Hierbij beveelt Hammarberg aan om het op te zetten multifunctioneel centrum dat de overheid zou adviseren, niet te beschouwen als een substituuut voor zelforganisaties. Het is ook de vraag hoe bovenbeschreven opstelling van de overheid te rijmen is met de verplichtingen uit het Kaderverdrag inzake de Bescherming van Nationale Minderheden en de oproep, van onder andere de mensenrechtencommissaris, om Roma als zodanig te erkennen.<sup>78</sup>

72 Zie de rapporten van het FRA, *The situation of Roma EU citizens moving to and settling in other EU member states* <[http://fra.europa.eu/fraWebsite/products/publications\\_reports/pub\\_cr\\_roma-movement\\_en.htm](http://fra.europa.eu/fraWebsite/products/publications_reports/pub_cr_roma-movement_en.htm)>; *Selected positive initiatives : the situation of Roma EU citizens moving to and settling in other EU member states* <[http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/ROMA-Movement-Positive-Initiatives\\_en.pdf](http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/ROMA-Movement-Positive-Initiatives_en.pdf)>; *Housing conditions of Roma and Travellers in the European Union* <[http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/ROMA-Housing-Comparative-Report\\_en.pdf](http://www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/ROMA-Housing-Comparative-Report_en.pdf)>.

73 Zie <<http://www.vrom.nl/docs/20090629-aanpak-voor-Roma-in-Nederland.pdf>>.

74 Zie voor een ander voorbeeld *Kamerstukken II 2009/10*, 32 123 XVIII, nr. 30.

75 R. Pietersen, Gemeenten hekelen woordkeuze Van der Laan over Roma. Alleen Nieuwegein staat achter de minister, *Trouw* 27 augustus 2009.

76 *Kamerstukken II 2009/10*, 26283, nr. 53.

77 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 700 V, nr. 85, Report commissioner for human rights mr. Thomas Hammarberg on his visit to the Netherlands 21 - 25 September 2008 (bijlage bij 31700 V, nr. 85), §151-153.

78 Raad van Europa 2008, ACFC/SR(2008)001/Dutch/, <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3\\_FCNMdocs/Table\\_en.asp#Netherlands](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/Table_en.asp#Netherlands)>. De eerste rapportage opgesteld door Nederland zou eind 2009 verschijnen, maar is bij publicatie van dit commentaar nog niet verschenen.

De gemeente Nieuwegein had in juli 2008 de zogeheten Wisselgeld-aanpak vastgesteld voor een ‘intensieve begeleiding voor multiprobleemgezinnen met een Roma-achtergrond’.<sup>79</sup> De twee oordelen van de CGB, 2009-112 en 2009-113, zagen respectievelijk op het dreigen met intrekking van uitkeringen van Roma wanneer zij niet meewerken met de Wisselgeld-aanpak en het daadwerkelijk intrekken van twee bijstandsuitkeringen. De Commissie is bevoegd over degelijk overheidsoptreden te oordelen op grond van artikel 7a Awgb dat onderscheid verbiedt bij sociale bescherming.

In oordeel 2009-113 kwam de Commissie tot de conclusie dat er geen sprake was van onderscheid. Het intrekken van de uitkeringen is uitgevoerd op grond van reguliere voorschriften en toen daaraan werd voldaan is het verstrekken van de uitkering ook weer hersteld. Daarnaast ging dit vooraf aan de aanneming van de notitie Wisselgeld en vielen klagers ook buiten de doelgroep ervan omdat ze geen thuiswonende kinderen hebben. De Commissie schoof de uitleg van klagers terzijde dat, in verband met de mobiliteit van Roma, de gesloten cultuur en het hoge analfabetisme, de regels met betrekking tot bewijs en termijnen te strikt zijn. De vraag is of dit dient te leiden tot aangepaste beleidsregels of toepassing ervan. Voor de Commissie is dit ook een relevant vraagstuk – is zij beperkt tot het toezien op gelijk behandelen van gelijke gevallen, met pech voor ongelijke gevallen?<sup>80</sup>

Oordeel 2009-112 ging over de Wisselgeld aanpak zelf. Een stichting die Roma belangen behartigt, heeft tezamen met een advocaat geklaagd over de verslechtering van de situatie van Roma door onderscheid op grond van ras, de ‘dwang en drang’ binnen de aanpak en de plaatsing van intermediairs in een Roma gezin. De gemeente stelt zich op het standpunt dat een intermediair niet onder dwang in een gezin wordt geplaatst, maar op verzoek.

De term ‘verzoek’ is formeel wellicht van toepassing, maar over het vrijwillige gehalte ervan kan, op basis van de eigen notitie van de gemeente, zeker getwist worden. Onder het kopje ‘Als vrijwilligheid niet werkt’ staat:

Een ... manier [om] een intermediair met het gezin in contact laten komen [is] door een crisis binnen het gezin; een dreigende uitzetting of een stopgezette uitkering, een dreigende uithuisplaatsing van een kind. Op dat moment kan met de [ketenpartners] een trajectplan opgesteld worden. Een contract waaruit voorwaardelijkheid spreekt; het gezin krijgt een aangeboden kans *mits het de begeleiding/regie accepteert van de intermediair*. Het zich niet houden aan de voorwaarden binnen een contract heeft dan direct gevolgen voor het gezin. Men kan zo spreken van drang of dwang en voorwaardelijke hulp- en dienstverlening.<sup>81</sup>

Voorts bracht de gemeente naar voren dat er geen specifieke maatregelen ten aanzien van Roma werden geïntroduceerd, maar dat er slechts sprake was van handhaving van bestaande regels. Dit roept de vraag waarom er dan een aparte notitie over alleen Roma verschijnt als het daadwerkelijk uitsluitend gaat om inzetten van bestaande middelen (de notitie zelf bevat geen statistieken, enkel ongestaafde schattingen). Daarbij komt dat de functieomschrijving van de intermediairs wel specifiek is toegespitst op Roma gezinnen naar het beeld van de gemeente:

79 C.C.J. van den Heuvel, *Wisselgeld. Intensieve begeleiding voor multiprobleemgezinnen met een Roma achtergrond*, Nieuwegein: 2008.

80 Zie ook de themabijdrage over positieve verplichtingen van J. Goldschmidt elders in deze bundel.

81 Ibid. p. 11. Cursivering toegevoegd.

Het moeten begeleiders zijn die tegen een stootje kunnen. ... Ze moeten daarbij oog hebben voor de culturele aspecten in de handelswijze van de beoogde gezinnen en hiermee creatief en onorthodox kunnen omgaan. De onderhandcultuur 'voor-wat-hoort-wat' die bij veel mensen met een Roma achtergrond bepalend is voor hun handelen kan gebruikt worden door de intermediair...

De intermediair dient verder 'niet bang te zijn en durf te hebben' en gewend te zijn om crisissituaties aan te pakken. Wellicht gaat dat op voor alle intermediairs in de hulpverlening, maar het zoeken naar de vaardigheid om 'bestand te zijn tegen paaijdrag, etc.' is toch minstens stigmatiserend te noemen.<sup>82</sup>

Het is spijtig dat de vraag over het niet betrekken van Roma bij het opstellen van een aanpak voor deze doelgroep niet tijdig aan de Commissie is voorgelegd om te worden betrokken bij de voorgelegde casus. Zij overstijgen namelijk de individuele verzoeken. Zo is er veel te doen over de stijgende populariteit van hulpverlening onder drang en dwang,<sup>83</sup> zeker wanneer dit (met repressieve maatregelen) gericht is op een bepaalde etnische groep. Daar komt bij dat de sociale bescherming die een staat biedt steeds verder wordt teruggedraaid met het oog op bezuinigingen. Hiertegen heeft het Europees Comité van Sociale Rechten zich begin 2009 uitgesproken naar aanleiding van bezuinigen op de Bulgaarse bijstandswet. Helaas liet het de kans liggen om zich uit te spreken over de vraag over de (al dan niet discriminatoire) gevolgen voor bijzonder kwetsbare groepen zoals de Roma.<sup>84</sup> Wellicht dat de Commissie over dit hete hangijzer zou kunnen adviseren.

In een maatschappij die steeds verder digitaliseert en bureaucratiseert is het niet voor alle burgers even makkelijk meekomen. Deze algemene trend komt bovenop het wederzijdse wantrouwen dat veelal de relatie beheerst tussen Roma en anderen in de maatschappij. De geslotenheid van de Roma cultuur en geschiedenis, getekend door vervolging en achterstelling in het beste geval, is geen reden mensen van hun verplichtingen te ontslaan, maar het noopt ons wel te beseffen dat gelijke behandeling niet heiligmakend is. Met andere woorden, 'if we want to treat people fairly, we must be careful with treating people equally'.

Naast de vragen die dergelijk, al dan niet doelgroepspecifiek te noemen, beleid oproept, zijn er ook meer algemene bezwaren tegen het 'aanbieden' van hulp onder dwang.<sup>85</sup> Onder andere doordat de benadeelde gezinnen geen toestemming hadden verleend hun gegevens door te geven aan de CGB kon de CGB 'thans geen nadeel vaststellen' en was er geen sprake van onderscheid op grond van ras. Wordt vervolgd?

82 Ibid. p. 17.

83 S. van Beek, 'Stop met pampieren van Tokkies', in: *Binnenlands Bestuur*, week 3, 22 januari 2010, p. 18-19.

84 Europees Comité van Sociale Rechten, 18 februari 2009, nr. 48/2008, *European Roma Rights Center t. Bulgarije*, EHRC 2009, 130.

85 Oratie prof. mr. A.E. Schilder, hoogleraar staats- en bestuursrecht Vrije Universiteit Amsterdam, 29 mei 2009, *De drang naar dwang, over bemoeizorg en bemoeizucht van de lokale overheid* <<http://www.vu.nl/nl/onderzoek/hoogleraren/rechtsgeleerdheid/schilder-ae/index.asp>>.

## 6 SLOT

De CGB heeft zich in 2009 opnieuw zowel via haar oordelen als via haar rapportage over de Haagse Hogeschool ingespannen om de dynamiek aan interacties die tot (het gevoel van) uitsluiting leiden, inzichtelijk en bespreekbaar te maken. Samen met de aanbevelingen, waarmee de CGB probeert aan te geven hoe bepaalde problemen of dilemma's op een niet discriminerende wijze kunnen worden opgelost, zijn dit belangrijke aanzetten tot meer respectvolle onderlinge verhoudingen op de werkvloer en bij het aanbieden van goederen en diensten.

De inspanningen van de CGB vormen geen overbodige luxe gezien het hoge percentage oordelen waarin wordt geconcludeerd dat verboden onderscheid is gemaakt of anderszins gehandeld is in strijd met de wet (13 van de 20 klachten). Bij het aanbieden van goederen en diensten is het percentage gegronde klachten lager, maar de drie klachten over het Nederlandse verenigingswezen geven aan dat ook op dit terrein integratieprocessen niet vanzelf lopen. Daarom vinden wij het zorgelijk dat niet alleen particulieren maar ook overheidsorganen nog steeds uitleg en aanwijzingen van de kant van de CGB nodig blijken te hebben. Terwijl in sommige gemeentes actief gezocht wordt naar eerlijke en doeltreffende manieren om vorm te geven aan een doelgroepenbeleid, ontbreekt in andere gemeentes het besef dat discriminatie een probleem is dat op de een of andere manier dient te worden bestreden.

Beleid gericht op de insluiting van bepaalde groepen en het wegwerken van hun eventuele achterstanden lijkt in het huidige politieke tijdsgewricht sowieso minder in de belangstelling te staan dan beleid gericht op criminaliteitsbestrijding bij gespecificeerde groepen. De aan het begin van dit hoofdstuk aangehaalde rapporten geven aan dat de negatieve beeldvorming die vanuit deze vorm van etnische profilering straalt, en vanuit het huidige publieke debat over immigratie en integratie, zijn neerslag vindt in gevoelens van onveiligheid bij die groepen die in de negatieve belangstelling staan. Tegelijkertijd wordt bij de dominante meerderheid de indruk gewekt dat bepaalde vooroordelen legitiem zijn. Deze effecten zijn herkenbaar in de misverstanden en gespannen interacties die aanleiding hebben gegeven tot meerdere van de klachten waarover de CGB het afgelopen jaar heeft geoordeeld. Dat uitsluiten op grond van ras of afkomst niet mag is een algemeen aanvaard uitgangspunt. Helaas ontbreekt daarbij het bewustzijn dat dit desalniettemin wel gebeurt, en dat concreet handelen nodig is om het te voorkomen en tegen te werken. Het begint, zoals de CGB in haar rapport over de Haagse Hogeschool en in haar oordelen steeds naar voren brengt, met inlevingsvermogen, wederzijds begrip en de bereidheid – van beide kanten – om elkaar met een open houding tegemoet te treden. Wanneer echter op macro-niveau het wederzijds wantrouwen wordt gevoed, zal men op het micro niveau van de concrete interacties weinig voortgang kunnen maken, alle inspanningen en goede bedoelingen ten spijt.

# Overzicht van oordelen 2009 over de gronden ras en nationaliteit

2009-5

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

**Samenvatting:**

**Werkgever heeft onderscheid op grond van ras gemaakt door de werknemer niet te vrijwaren van discriminerende bejegening en heeft in strijd met de wet gehandeld door de klachten van de werknemer onzorgvuldig te behandelen.**

Een werknemer van Nigeriaanse afkomst, stelt dat twee collega's regelmatig discriminerende opmerkingen hebben gemaakt tegen hem, zoals: "aap", "klote buitenlander", "alle buitenlanders moeten weg", "wat doet die zwarte tussen ons", "motherfucker nigger" en "die bokito komt eraan". Werknemer heeft in augustus 2007 hierover geklaagd bij zijn leidinggevenden, maar die hebben daar niets mee gedaan. Werknemer is van mening dat de werkgever hem onvoldoende heeft gevrijwaard van discriminatie en zijn klachten niet zorgvuldig heeft onderzocht.

De collega's hebben erkend dat zij zich discriminerend hebben uitgelaten tegenover de werknemer. De werkgever wist vanaf april 2008, maar had al sinds oktober 2007 behoren te weten dat sprake was van discriminerende bejegening van de werknemer door collega's. Nu de werkgever verantwoordelijk is voor het handelen van haar werknemers, heeft de werkgever onderscheid op grond van ras gemaakt. Tevens heeft de werkgever de klachten van de werknemer niet zorgvuldig behandeld en heeft daarmee in strijd gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving. Het lag op de weg van de werkgever om op het moment dat de werknemer heeft aangegeven zich gediscrimineerd te voelen, dus in oktober 2007, zijn klacht zorgvuldig en voortvarend te behandelen. Hierin is de werkgever tekortgeschoten. Hieraan doet niet af dat de werkgever in april 2008 de klacht van verzoeker wel serieus heeft genomen en deze voortvarend heeft onderzocht en maatregelen heeft getroffen.

2009-8

**Grond:** ras  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Een vereniging maakt onderscheid op grond van ras bij de uitgifte van de volkstuinen.**

Een Anti Discriminatie Bureau, hierna; het ADB, stelt dat de vereniging bij haar uitgiftebeleid van volkstuinen onderscheid op grond van ras maakt door 60% van haar tuinen te reserveren voor autochtonen en 40% voor allochtonen. Ook stelt het ADB dat de vereniging onderscheid op grond van ras maakt door aan personen, die een volkstuin willen pachten, de voorwaarde te stellen dat zij de Nederlandse taal in woord en schrift voldoende machtig dienen te zijn.

Door een vrijstaande 'autochtone tuin', niet uit te geven aan kandidaat-leden die op de wachtlijst staan omdat de vereniging hen als allochtoon heeft aangemerkt, sluit de vereniging allochtone kandidaat-leden uit van het pachten van een volkstuin. Het gehanteerde selectie criterium is het autochtoon of allochtoon zijn, waarmee de vereniging rechtstreeks verwijst naar de Nederlandse of niet-Nederlandse afkomst van de kandidaat-leden. Dit leidt tot direct onderscheid op grond van ras. Ook maakt de vereniging indirect onderscheid op grond van ras door het stellen van de taaleis, waarvoor geen objectieve rechtvaardiging voorhanden is.

**2009-19**

**Grond:** ras; geslacht; arbeidsduur; vaste en tijdelijke arbeidscontracten  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** strijd met de wet; geen verboden onderscheid; geen victimisatie

**Samenvatting:**

**Strijd met de wet door klachten over discriminatoire bejegening onvoldoende zorgvuldig te behandelen. Geen onderscheid op grond van arbeidsduur en tijdelijke aard arbeidsovereenkomst. Geen victimisatie.**

Een werknemer werkte op detacheringsbasis bij een onderdeel van het Ministerie van Justitie. Zij heeft bij deze feitelijk werkgever geklaagd over discriminatoire bejegening door collega's. De Commissie oordeelt dat de werkgever in strijd met de wet heeft gehandeld door haar klachten onvoldoende zorgvuldig te behandelen. De stelling dat sprake is van onderscheid op grond van arbeidsduur en tijdelijke aard arbeidsovereenkomst heeft de werknemer niet onderbouwd. Er is daarom geen sprake van onderscheid. De werknemer heeft verder niet kunnen bewijzen dat zij het slachtoffer is geworden van victimisatie.

**2009-22**

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

**Samenvatting:**

**Technisch Beheerder: geen intimidatie of discriminatie op grond van ras; klachten niet adequaat behandeld.**

Een Technisch Beheerder van Surinaamse afkomst, werkend bij een technisch installatiebedrijf, klaagt over intimidatie en discriminatoire bejegening op grond van ras. Een leidinggevende heeft een klacht van de beheerder afgedaan met de mededeling dat de klacht als smaad en laster kon worden gezien. Geen feit dat intimidatie op grond van ras kan doen vermoeden. Een groot aantal administratieve fouten dat in het geval van de beheerder gemaakt is, onder andere bij een overplaatsing, kan volgens de Commissie ook niet in verband worden gebracht met de afkomst van de beheerder. Met betrekking tot gestelde scheldpartijen door collega's beoordeelt de Commissie de klachtbehandeling bij het installatiebedrijf. Er is een klachtenregeling. De functie van ver-

trouwens-persoon en Hoofd Personeelszaken vallen samen. Het Hoofd Personeelszaken heeft de klachten van de beheerder niet opgevat als klachten over discriminatie in zijn functie als vertrouwenspersoon, waardoor hierop niet adequaat is gereageerd. Aanbevelingen van de bedrijfsarts, tevens vertrouwenspersoon, zijn niet opgevolgd. Strijd met de wet. De Commissie doet een aanbeveling.

**2009-33**

**Grond:** nationaliteit; ras  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Yoga-vereniging maakt verboden onderscheid op grond van ras en nationaliteit door aan examenkandidaten de eis te stellen dat zij in Nederland woonachtig moeten zijn.**

Een vereniging op het gebied van een specifieke soort yoga stelt aan examenkandidaten, naast de eis dat zij lid moeten zijn van de vereniging, de eis dat zij in Nederland woonachtig moeten zijn. De Commissie oordeelt ten eerste dat het uitsluiten van examenkandidaten, die niet in Nederland wonen, valt binnen de reikwijdte van artikel 7 AWGB. De uitsluiting van de examenkandidaten hangt namelijk niet samen met het statutaire doel, waardoor het niet valt onder de grondwettelijk vastgelegde verenigingsvrijheid. De Commissie is bevoegd een oordeel te geven. Door het uitsluiten van deze kandidaten maakt de vereniging indirect onderscheid op grond van ras en nationaliteit dat niet objectief gerechtvaardigd is. Verboden onderscheid.

**2009-35**

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

**Samenvatting:**

**Ondanks schijn tegen zich, discrimineert voetbalvereniging niet op grond van ras bij aannemen leden en samenstelling voetbalteams.**

Een antidiscriminatiebureau klaagt over een voetbalvereniging die een "fifty-fifty" beleid zou voeren, inhoudende dat met name jeugdteams voor vijftig procent uit autochtone leden en voor vijftig procent uit allochtone leden moeten bestaan. De jeugdteams bestaan

al sinds geruime tijd voor 80% tot 90% uit allochtone leden. Het bureau baseert zijn mening op onder andere krantenartikelen en een powerpointpresentatie die de vereniging voor de gemeente heeft gegeven. De voetbalvereniging bevestigt dat zij de term “fifty-fifty” beleid heeft gebezigd, maar zij heeft nooit bij de toelating geselecteerd op afkomst. Het gaat haar in feite om een afspiegelingsbeleid om zo te kunnen beschikken over voldoende actieve ouders. In het verleden zijn er soms teams naar huis gestuurd omdat er geen vervoer was in het geval van een uitwedstrijd. Het is de vereniging gebleken dat de ouders van autochtone leden zich actiever inzetten voor de club dan de ouders van allochtone leden, ondanks het persoonlijk benaderen van alle ouders en contacten met een moskeebestuur. De voetbalvereniging probeert nu actief onder autochtonen te werven, bijvoorbeeld door scholen uit een autochtone wijk gratis te laten voetballen onder leiding van de KNVB en de kinderen in kwestie gratis voetbalschoenen te geven. Zij laat voorts alleen nog maar kinderen als lid toe wanneer de ouders een formulier tekenen dat zij zich zullen inzetten voor de vereniging. De Commissie is van oordeel dat uiteindelijk geen feiten zijn aangedragen die onderscheid kunnen doen vermoeden en dat een doelgroepenbeleid zoals thans gevoerd wordt is toegestaan, zolang aan de leden van de autochtone groep geen andere of lichtere eisen worden gesteld dan aan leden van de andere groep.

### 2009-37

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

**Samenvatting:**  
**Beëindiging arbeidsverhouding houdt geen verband met afkomst monteur.**

Een beveiligingsbedrijf beëindigt met één van de monteurs de arbeidsverhouding vanwege de wijze waarop de man in het verleden in de publiciteit is geweest. De man is in 2000 gevlucht uit Iran. Om in aanmerking te komen voor een verblijfsvergunning is de man in hongerstaking geweest, waarbij hij zijn ogen en mond had dichtgenaaid. Dit heeft in de Nederlandse pers veel aandacht gekregen. Volgens de man maakt het bedrijf indirect onderscheid op grond van ras door met hem de arbeidsverhouding te beëindigen. Hij heeft aangevoerd dat een persoon van Nederlandse afkomst nimmer in zijn situatie terecht zal komen, waarbij het recht om in Nederland te mogen verblijven is verkregen via een met veel publiciteit gepaard gaande procedure. Het

bedrijf betwist dat onderscheid op grond van ras is gemaakt bij de beëindiging van de arbeidsverhouding. Gezien de aard van de werkzaamheden dienen de monteurs een onkreukbaar en gelijkmatig karakter te hebben en mogen zij geen extremiteiten of afwijkend gedrag vertonen. De Commissie oordeelt dat dit neutrale criterium personen niet bijzonder treft vanwege hun ras. Afwijkend gedrag kent immers vele verschijningsvormen en is niet verbonden aan het behoren tot een bepaalde bevolkingsgroep. Geen onderscheid op grond van ras bij de beëindiging van de arbeidsverhouding.

### 2009-40

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

**Samenvatting:**  
**Onderscheid op grond van leeftijd en ras door gemeentelijke arbeidsbemiddelingsinstantie.**

Een antidiscriminatievoorziening verzoekt de Commissie te oordelen over de vraag of een gemeentelijke instantie onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd en/of ras bij de arbeidsbemiddeling. Door de projectcoördinator van deze instantie zijn uitspraken gedaan die onderscheid op grond van leeftijd en ras kunnen doen vermoeden. Deze uitspraken duiden erop dat de arbeidsbemiddelingsinstantie gehoor geeft aan mogelijk discriminerende wensen van werkgevers. Het College van Burgemeester en Wethouders, verantwoordelijk voor het handelen van de instantie, slaagt er niet in te bewijzen dat geen onderscheid is gemaakt.

Op verzoek van de antidiscriminatievoorziening heeft het college onderzoek gedaan naar de vraag of de arbeidsbemiddelingsinstantie uitgangspunten hanteert die in strijd zijn met de gelijkebehandelingswetgeving. Het college heeft geconcludeerd dat niet op elke vraag van een werkgever wordt ingegaan en dat de projectcoördinator bij de bemiddeling geen uitgangspunten hanteert die strijdig zijn met de AWGB. Gelet op de schriftelijke verklaringen die in het kader van het onderzoek zijn afgelegd wordt de conclusie van het onderzoeksrapport niet gedragen door de inhoud van het onderzoek. Het onderzoek naar discriminatie is daarom niet zorgvuldig geweest. Strijd met de wet.

**2009-42**

**Grond:** godsdienst en ras  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Advocatenkantoor maakt verboden onderscheid door de wijze waarop sollicitant is bejegend.**

Een vrouw heeft gesolliciteerd naar een studentstage bij een advocatenkantoor. Eén van de compagnons heeft een voor intern gebruik bedoelde e-mail per ongeluk aan de vrouw gestuurd, waarin de opmerking staat 'toch geen burka?'. Vanwege de Arabisch klinkende achternaam van de vrouw is de compagnon er vanuit gegaan dat zij Islamitisch is, op grond waarvan hij de bewuste opmerking heeft gemaakt. De compagnon heeft hieraan - gezien de wijze waarop de opmerking is geformuleerd - een negatieve connotatie gegeven. De Commissie oordeelt dat het advocatenkantoor onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst en ras door de wijze waarop de vrouw is bejegend tijdens de sollicitatieprocedure. De Commissie is van oordeel dat echter geen sprake is van feiten die kunnen doen vermoeden dat het advocatenkantoor de vrouw heeft afgewezen vanwege haar godsdienstige overtuiging, of haar afkomst. In de bewuste e-mail worden, na de opmerking 'toch geen burka?', objectieve criteria genoemd waaraan een student moet voldoen om in aanmerking te komen voor een studentstage. Bovendien staat vast dat het advocatenkantoor reeds op de hoogte was van de achternaam van de vrouw alvorens zij werd uitgenodigd te solliciteren naar de studentstage. Ook is aan de vrouw kenbaar gemaakt dat zij in de toekomst kan solliciteren naar de functie van advocaatstagiaire. Verboden onderscheid door de wijze waarop de vrouw is bejegend gedurende de sollicitatieprocedure. Geen onderscheid door de vrouw af te wijzen voor de studentstage.

**2009-46**

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

**Samenvatting:**

**Psychologeninstituut maakt geen onderscheid op grond van nationaliteit, maar wel verboden onderscheid op grond van ras door een man af te wijzen vanwege zijn Engelse accent.**

Een man, die sinds 1978 in Nederland woont en afkomstig is uit Groot-Brittannië, heeft gesolliciteerd naar de functie van gezondheidszorgpsycholoog. Hij is afgewezen vanwege zijn Engelse accent. Het psychologeninstituut stelt dat het accent van de man in de weg staat aan de goede zorg aan cliënten. De Commissie oordeelt dat er geen sprake is van onderscheid op grond van nationaliteit, omdat de man de Nederlandse nationaliteit heeft en de afwijzing op geen enkele manier samenhangt met deze nationaliteit. Er is geen sprake van direct onderscheid op grond van ras, omdat het instituut meent dat ook stads- en streekaccenten aan een goede zorg in de weg staan. Wel is sprake van indirect onderscheid op grond van ras, in de zin van nationale afstamming. Dit indirecte onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd, omdat het psychologeninstituut onvoldoende heeft onderbouwd waarom een optimale zorgverlening aan personen met angstklachten wordt belemmerd, indien de psycholoog met een accent spreekt.

**2009-48**

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

**Samenvatting:**

**Discriminatoire bejegening van man die schilderwerk verricht in hotel. Klachtbehandeling door hotelleiding onvoldoende zorgvuldig. Niet gebleken dat afkomst rol heeft gespeeld bij beslissing arbeidsovereenkomst niet te verlengen, geen vast contract aan te gaan en na september 2007 geen werk meer te bieden.**

Een kunstenaar verricht voor een hotel schilderwerkzaamheden. Hij klaagt over discriminatoire bejegening door collega's en een leidinggevende. De Commissie concludeert dat de opmerkingen van de leidinggevende en van



één collega, gelet op de context waarin ze zijn gemaakt, als discriminerend zijn aan te merken. Het hotel is rechtstreeks verantwoordelijk voor de opmerking van de leidinggevende. De kunstenaar heeft bij een leidinggevende gemeld dat hij de opmerking van de collega discriminerend vond, maar de leidinggevende heeft het voorval afgedaan als een grapje. Dit acht de Commissie in strijd met de op het hotel rustende verplichting om discriminatieklachten zorgvuldig te onderzoeken. Later, nadat de kunstenaar een klacht had ingediend bij een meldpunt discriminatie, heeft het hotel de (andere) klachten wel zorgvuldig onderzocht, maar dit neemt de eerdere onzorgvuldigheid niet weg.

De kunstenaar meent ook dat vanwege zijn afkomst zijn tijdelijke arbeidsovereenkomst niet is verlengd, hem geen vast contract is geboden en hem na september 2007 geen freelance werk meer is geboden. Er is echter niet gebleken van feiten die deze stelling ondersteunen.

## 2009-52

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

### Samenvatting:

**Oud-werknemer van postkamer van een consultancy bureau voelt zich achtergesteld ten opzichte van zijn niet-allochtonen en niet-moslim collega's omdat hij niet volledig afdelingsbreed werd ingezet. Er is niet gebleken van onderscheid op grond van afkomst en godsdienst.**

Een man werkte sinds 2001 voor de afdeling Post, Kantoorartikelen en Repro van een consultancy bureau. Zijn werk bestond uit het verzorgen van de post. De man heeft meermaals bij zijn leidinggevende aangegeven dat hij graag, net als zijn (autochtone) collega's, afdelingsbreed of op andere onderdelen van de afdeling ingezet wilde worden. Naar zijn mening werd alleen hij niet afdelingsbreed ingezet. De redenen daarvoor waren volgens de man onder andere gelegen in de volgens zijn werkgever gebrekkige beheersing van het Nederlands en zijn islamitische geloofsovertuiging. Ook kwam hij niet in aanmerking voor een permanente functie op een ander, door hem geprefereerd, onderdeel. Daarnaast meent de man dat hij is achtergesteld ten opzichte van zijn autochtone collega's bij de beoordeling van zijn werk, het volgen van opleidingen en de beloning.

Het consultancy bureau heeft de stellingen van de man evenwel gemotiveerd weerlegd dan

wel in een ander daglicht geplaatst. De Commissie oordeelt dat de man geen feiten naar voren heeft gebracht die kunnen doen vermoeden dat zijn afkomst en zijn godsdienst een rol hebben gespeeld.

## 2009-57

**Grond:** handicap of chronische ziekte; ras  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid; geen verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Werkgever voldoet niet aan onderzoeksplicht op grond van WGBH/CZ ten aanzien van passendheid functie en eventuele noodzakelijke doeltreffende aanpassingen tijdens re-integratietraject werknemer. Niet is gebleken dat de afkomst van de werknemer een rol heeft gespeeld in de wijze waarop hij is behandeld.**

Een man van Turkse afkomst heeft een nekhernia. Hij moet zich om die reden meerdere malen ziek melden bij zijn werkgever. Hij komt daardoor in een re-integratietraject terecht waarin de uitkomst is dat hij herplaatst moet worden naar een andere (minder bezwarende) functie. De man stelt dat zijn werkgever onzorgvuldig heeft gehandeld tijdens zijn re-integratietraject en dat zijn werkgever collega's die ook een nekhernia hebben, beter behandelde dan hij terwijl zij in een vergelijkbare situatie verkeerden. Allereerst constateert de Commissie dat de verplichtingen onder de Wet Poortwachter niet onder de reikwijdte van de WGBH/CZ vallen. De beoordeling of een werkgever voldoende heeft onderzocht of een functie die in het kader van een re-integratietraject wordt aangeboden al dan niet passend is en/of er eventueel doeltreffende aanpassingen noodzakelijk zijn, behoort wel tot de reikwijdte van de WGBH/CZ. In casu heeft de werkgever onzorgvuldig gehandeld bij de beoordeling of een nieuwe functie al dan niet passend was voor de man, rekening houdend met zijn nekhernia. Hierdoor heeft de werkgever in strijd gehandeld met het verbod van onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte. Voorts heeft de man niet voldoende feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat hij vanwege zijn afkomst anders werd behandeld dan zijn andere collega's met een nekhernia.

**2009-59**

**Grond:** ras  
**Terrein:** aanbieden goederen en diensten  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Niet is gebleken dat Keniaanse luchtvaartmaatschappij onderscheid op grond van ras heeft gemaakt.**

Een man van Somalische afkomst verzoekt de Commissie te oordelen over de vraag of een Keniaanse luchtvaartmaatschappij onderscheid heeft gemaakt op grond van ras door zijn paspoort te kopiëren. De man vloog vanuit Nairobi (Kenia) naar Amsterdam op zijn Nederlandse paspoort. De Keniaanse luchtvaartmaatschappij voerde de vlucht uit namens een Nederlandse luchtvaartmaatschappij. Bij de gate is het paspoort van de man gekopieerd. De zaak heeft voldoende aanknopingspunten met de Nederlandse rechtssfeer. De Commissie is daarom bevoegd om over deze zaak te oordelen.

De man stelt dat bij de gate alleen paspoorten van passagiers met een Afrikaans/donker uiterlijk werden gekopieerd. De luchtvaartmaatschappij betwist dit. In het kader van de wettelijke afschriftplicht worden de paspoorten van alle passagiers gescand of gekopieerd. Hetgeen de man heeft gesteld kan niet worden aangemerkt als feiten die onderscheid kunnen doen vermoeden. Niet is gebleken dat de luchtvaartmaatschappij jegens hem onderscheid heeft gemaakt op grond van ras bij het uitvoeren van de vervoersovereenkomst door zijn Nederlandse paspoort te kopiëren.

**2009-60**

**Grond:** ras  
**Terrein:** aanbieden goederen en diensten  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Niet is gebleken dat Nederlandse luchtvaartmaatschappij onderscheid op grond van ras heeft gemaakt door passagier van Somalische afkomst niet te vrijwaren van discriminatoire behandeling.**

Een man van Somalische afkomst verzoekt de Commissie te oordelen over de vraag of een Nederlandse luchtvaartmaatschappij onderscheid heeft gemaakt op grond van ras door hem niet te vrijwaren van discriminatoire behandeling door een Keniaanse vervoerder

bij de toegang tot een vlucht. De man vloog vanuit Nairobi (Kenia) naar Amsterdam op zijn Nederlandse paspoort. De Keniaanse vervoerder voerde de vlucht uit namens de Nederlandse luchtvaartmaatschappij. Bij de gate is het paspoort van de man gekopieerd. Ook nu de Nederlandse luchtvaartmaatschappij de uitvoering van de overeenkomst heeft overgedragen aan de Keniaanse vervoerder blijft zij op grond van de vervoersovereenkomst een eigen verantwoordelijkheid houden jegens verzoeker. Verzoeker is daarom ontvankelijk in zijn verzoek.

In het oordeel tegen de vervoerder heeft de Commissie vastgesteld dat niet is gebleken dat de vervoerder jegens de man verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van ras bij het uitvoeren van de vervoersovereenkomst door het Nederlandse paspoort van de man te kopiëren. Daarom is evenmin gebleken dat de Nederlandse luchtvaartmaatschappij onderscheid op grond van ras heeft gemaakt door verzoeker niet te vrijwaren van discriminatoire behandeling door de vervoerder bij de toegang tot de vlucht en daarmee bij het aanbieden van en verlenen van toegang tot goederen en diensten.

**2009-64**

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

**Samenvatting:**

**Zorginstelling maakt geen verboden onderscheid door een sollicitant van Surinaams-Hindoestaanse afkomst niet uit te nodigen voor een sollicitatiegesprek naar aanleiding van de sollicitatiebrieven die zij onder haar eigen naam heeft geschreven.**

Sollicitant is van mening dat het de zorginstelling jegens haar verboden onderscheid op grond van ras heeft gemaakt. Zij heeft in 2008 eerst onder haar eigen Surinaams-Hindoestaanse voor- en achternaam gesolliciteerd naar de functie van doktersassistent. Omdat zij niet werd uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek, heeft zij vervolgens twee keer onder Nederlandse namen gesolliciteerd, waarbij ze haar sollicitatiebrief en het cv had aangepast. In beide gevallen is zij wel uitgenodigd voor de sollicitatiegesprekken.

De zorginstelling heeft aangevoerd dat de sollicitant in de periode van 2005 tot aan de sollicitatie in 2008 tien keer heeft gesolliciteerd en drie keer is uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek. In die drie sollicitatierondes werd zij afgewezen omdat de zorginstelling haar niet

geschikt achtte voor de functie. Om deze reden is de sollicitant naar aanleiding van de sollicitaties, die zij in 2008 onder haar eigen naam had gedaan, niet meer uitgenodigd voor een gesprek en heeft zij de sollicitant medegedeeld haar sollicitaties niet meer in behandeling te nemen. Voorts heeft de zorginstelling aangevoerd dat de wijzigingen in de cv's, de sollicitaties van de twee "Nederlandse" kandidaten voor de instelling juist interessanter maakten.

De Commissie is van oordeel dat de zorginstelling jegens de sollicitant geen onderscheid op grond van haar ras heeft gemaakt. Immers, naar aanleiding van het laatste gesprek, in september 2007, heeft de zorginstelling geconcludeerd dat de sollicitant vanwege haar persoonlijkheid en gebrek aan relevante werkervaring geen geschikte kandidaat was voor de functie van doktersassistent. De zorginstelling heeft de sollicitant naar aanleiding van haar sollicitatie in 2008 medegedeeld dat haar sollicitaties om die reden niet meer in behandeling worden genomen. De beslissing van de zorginstelling om de sollicitant niet uit te nodigen voor de sollicitatiegesprekken in 2008 is op zakelijke gronden geschied. De zorginstelling heeft daarom jegens de sollicitant geen onderscheid op grond van ras gemaakt.

## 2009-67

**Grond:** ras; geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Ondoorzichtige toepassing van beloningsmaatstaven leidt tot ongerechtvaardigd beloningsverschil op. Verboden onderscheid op grond van ras en geslacht.**

Een vrouw van Chinese afkomst klaagt over ongelijke beloning ten opzichte van een autochtone mannelijke collega. Hij is in dezelfde periode als zij aangenomen door de werkgever, maar hij is zeven treden hoger ingeschaald. De werkgever stelt dat bij de inschaling van deze collega de opleiding, de eerder opgedane relevante ervaring en het laatstgenoten salaris, in combinatie met salarisonderhandelingen, een rol hebben gespeeld. De Commissie heeft het verschil in beloning onderzocht en concludeert dat het verschil niet gerechtvaardigd is. Het verschil in werkervaring tussen de vrouw en haar collega is te gering om een verschil van zeven treden te verklaren. Zowel de vrouw als haar collega hadden de vereiste opleiding niet afgerond. De Commissie heeft uit het onderzoek niet kun-

nen afleiden dat hierdoor een verschil in beloning is opgetreden. De werkgever denkt dat de collega van de vrouw de arbeidsmarktsituatie beter benut heeft bij zijn salarisonderhandelingen. De Commissie concludeert echter dat de werkgever niet inzichtelijk heeft kunnen maken welk systeem of beleid hij hanteert bij de toepassing van de beloningsmaatstaven 'arbeidsmarkt' en 'onderhandelingsvaardigheden', anders dan dat hij stelt dat deze maatstaven het mogelijk maken aan te sluiten bij het laatstverdiende loon van een kandidaat. Omdat beiden in dezelfde periode zijn aangenomen, is niet in te zien waarom dezelfde arbeidsmarktsituatie tot een verschil in salaris zou moeten leiden.

## 2009-72

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

**Samenvatting:**  
**Werkgever heeft geen verboden onderscheid op grond van ras gemaakt door de arbeidsverhouding met de uitzendkracht te beëindigen. Werkgever heeft wel in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving gehandeld door discriminatieklachten niet zorgvuldig te behandelen.**

Een vrouw van Congolese afkomst werkte als uitzendkracht bij de werkgever. Zij heeft gesteld dat de werkgever de arbeidsverhouding heeft beëindigd vanwege haar afkomst. Ook heeft zij gesteld dat zowel de leidinggevenden als collega's regelmatig discriminerende opmerkingen hebben gemaakt tegen haar. Werkneemster heeft in december 2008 hierover geklaagd bij de HR-manager, die tevens de vertrouwenspersoon is, maar die heeft niets met haar klacht gedaan. Werkneemster is van mening dat de werkgever haar onvoldoende heeft gevrijwaard van discriminatie en haar klachten niet zorgvuldig heeft onderzocht. Werkgever heeft de stellingen van de uitzendkracht betwist. Noch in de schriftelijke stukken noch ter zitting is gebleken dat de Congolese afkomst van de uitzendkracht (mede) een rol heeft gespeeld bij de beëindiging van de arbeidverhouding. Werkgever heeft overtuigend aangevoerd dat vanwege de economische crisis werknemers ontslagen moesten worden. Om die reden heeft hij als eerste de arbeidsverhouding met de minst productieve uitzendkrachten en oproepkrachten beëindigd, zo ook die van de uitzendkracht. Met betrekking tot de discriminatoire bejegening is niet vast komen te staan dat leidingge-

venden zich discriminerend hebben uitgelaten jegens de uitzendkracht. Wel is vast komen te staan dat de opmerkingen van de collega's als discriminerend kunnen worden opgevat. Met betrekking tot de klachtbehandeling oordeelt de Commissie dat de werkgever de klachten van de uitzendkracht niet zorgvuldig heeft behandeld. Daarmee heeft hij in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving gehandeld.

## 2009-73

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

### Samenvatting:

**Werkgever heeft geen verboden onderscheid op grond van ras gemaakt door de sollicitant af te wijzen voor een functie en door hem niet te beschermen tegen discriminatoire bejegening. Werkgever heeft wel onderscheid gemaakt door de discriminatieklacht niet zorgvuldig te behandelen.**

Een sollicitant van Marokkaanse afkomst wordt afgewezen voor de functie van buschauffeur. Hij is van mening dat hij is afgewezen vanwege zijn afkomst. In het gesprek is immers gevraagd naar zijn afkomst, woonplaats en of hij een hand heeft gegeven aan een vrouwelijk lid van de sollicitatiecommissie. Sollicitant heeft hierover geklaagd bij het hoofd Werving&Selectie, maar deze heeft niet op zijn klacht gereageerd.

Werkgever heeft betwist de sollicitant te hebben afgewezen voor de functie vanwege zijn afkomst. Hij is afgewezen vanwege zijn motivatie, houding en gebrek aan overwicht. In dat gesprek is gevraagd of de sollicitant en het vrouwelijk lid van de sollicitatiecommissie elkaar al een hand hadden gegeven, in de zin van "hebben jullie al kennis gemaakt?". Naar de afkomst en woonplaats is gevraagd om de spanning van het gesprek af te halen. De vraag of hij buschauffeurs kent in zijn woonplaats, was een functierelevante vraag. Ingeval een kandidaat een buschauffeur kent, kan de kandidaat een ervaringsdeskundige vragen naar zijn ervaringen en kan de werkgever dat als aanknopingspunt gebruiken voor verdere vragen.

Vast is komen te staan dat de sollicitant is afgewezen omdat de werkgever de sollicitant onvoldoende gemotiveerd en daadkrachtig kon achten om de functie buschauffeur te vervullen. Niet gebleken is dat bij deze beslissing de afkomst van de sollicitant een rol heeft gespeeld.

Hoewel de vragen over afkomst, woonplaats en het hand geven niet getuigen van gevoeligheid voor de wijze waarop deze wellicht door een sollicitant kunnen worden opgevat, is niet gebleken dat de werkgever met deze vragen in negatieve zin bedoelde te refereren aan de afkomst van de sollicitant. Wel is gebleken dat de werkgever de klacht van de sollicitant niet voortvarend heeft behandeld en op een voor hem kenbare manier heeft afgehandeld. Strijd met de gelijkebehandelingswetgeving.

## 2009-80

**Grond:** ras; vaste en tijdelijke contracten  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid; geen verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Geen vermoeden van onderscheid op grond van ras bij het niet omzetten van een tijdelijke in een vaste aanstelling. Geen onderscheid op grond van de al dan niet tijdelijke aard van de aanstelling bij het weigeren de arbeidsduur te verminderen.**

Een vrouw van niet-Nederlandse afkomst wordt samen met zeven andere vrouwen van niet-Nederlandse afkomst aangenomen ten behoeve van een bijzonder project bij de Raad voor de Kinderbescherming op basis van een tijdelijke aanstelling voor twee jaar. De intentie is de leden van het projectteam te laten instromen in de reguliere teams en hen een vaste aanstelling aan te bieden. Na twee jaar krijgt de vrouw geen vaste aanstelling maar een tijdelijke aanstelling van een half jaar. De vrouw stelt dat haar afkomst daarvan de reden is maar voert geen feiten aan die kunnen doen vermoeden dat er sprake is geweest van onderscheid op grond van ras. Daarnaast stelt de vrouw dat de Raad weigerde haar arbeidsduur te verminderen vanwege haar tijdelijke aanstelling. De Commissie oordeelt dat de reden om te weigeren niet lag in de tijdelijkheid van de aanstelling maar in de omstandigheid of een medewerker al dan niet de vereiste opleiding heeft afgerond.

**2009-83**

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

**Samenvatting:**

**Een gemeente maakt jegens een medewerker geen onderscheid door hem af te wijzen als toezichthouder, wel onderscheid door hem af te wijzen voor de opleidingsplaats tot parkeercontroleur. Voorts handelt de gemeente in strijd met de wet door de klachten van de medewerker onzorgvuldig te behandelen en voorts door de detachingsovereenkomst met hem te beëindigen vanwege zijn klacht.**

Een man van Armeense afkomst uit Irak was op detachingsbasis werkzaam bij een gemeente als assistent toezichthouder. Hij werd afgewezen voor de functie toezichthouder en daarna voor de opleidingsplaats tot parkeercontroleur. Ten aanzien van de afwijzing voor de functie toezichthouder heeft de man geen feiten aangevoerd die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden. Ten aanzien van de afwijzing voor de opleidingsplaats tot parkeercontroleur heeft de medewerker een brief overgelegd met als inhoud de reactie van zijn leidinggevende op een brief van een antidiscriminatiebureau. Op basis van de inhoud van die brief, stelt de Commissie vast dat jegens de man wel onderscheid op grond van ras is gemaakt bij de afwijzing voor de opleidingsplaats tot parkeercontroleur. Voorts staat vast dat mede vanwege de klachtbrief die de man aan een antidiscriminatiebureau heeft gestuurd, de detachingsovereenkomst is beëindigd en dat de klachten die de man bij de gemeente zelf had ingediend onzorgvuldig zijn behandeld.

**2009-84**

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

**Samenvatting:**

**Dansschool maakt verboden onderscheid op grond van ras door een leerling met kroeshaar de toegang tot balletlessen te ontzeggen, omdat de leerling het haar gevlochten in een knot draagt.**

Een moeder meent dat een dansschool verboden onderscheid op grond van ras maakt jegens haar dochter, door te eisen dat de dochter het haar strak naar achteren, zonder vlechten, in een knot draagt. De dochter heeft kroeshaar en draagt het haar daarom meestal in vlechten. Voor de balletlessen draagt zij het gevlochten haar in een knot. De dansschool staat dit niet toe en eist dat zij het haar strak naar achteren, zonder vlechtjes in een knot draagt bij de balletlessen. Met dit voorschrift wil de dansschool drie doelen bereiken: het bevorderen van eenheid en uniformiteit, de veiligheid van de leerling en andere deelnemers en de zelfredzaamheid van de leerling. De Commissie oordeelt dat de dansschool door het voorschrift ten aanzien van de haardracht indirect onderscheid op grond van ras maakt, omdat kroeshaar naar zijn aard niet strak naar achteren in een knot gedragen kan worden en personen met kroeshaar daarom in het bijzonder worden getroffen. Het indirecte onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd. Het beroep van de dansschool op rasbepaaldheid wordt niet gehonoreerd.

**2009-88**

**Grond:** ras  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Drogist maakt onderscheid op grond van ras door een vrouw af te wijzen voor een functie mede omdat zij niet blank is en minder goed thuis is in de Nederlandse taal en gewoonten.**

Een vrouw afkomstig uit Congo-Kinshasa solliciteert naar de functie verkoper in een drogisterij en wordt uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek. Na het gesprek wordt de vrouw per telefoon meegedeeld dat zij is afgewezen. Een medewerkster van Vluchtelingenwerk die de vrouw begeleidt in het zoeken naar een baan, belt vervolgens met de drogisterij. De eigenaar vertelt haar dat de vrouw mede is afgewezen omdat de drogisterij in een blanke wijk is gevestigd waar overwegend wat oudere mensen wonen die waarschijnlijk vertrouwd zullen zijn met een blank persoon die de Nederlandse taal en gewoonten meer machtig is. De Commissie is van oordeel dat hier sprake is van een vermoeden van direct onderscheid op grond van ras. De drogisterij is niet geslaagd in het bewijs niet in strijd met de wet te hebben gehandeld. Dat de eigenaar van de drogisterij niet de intentie had om de vrouw te discrimineren is daarbij niet relevant. Verboden onderscheid.

**2009-93**

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

**Samenvatting:**  
**Geen feiten die onderscheid doen vermoeden op grond van ras bij overplaatsing van weekenddienst naar weekdienst.**

Een werknemer van Nederlandse afkomst stelt dat zijn Turkse voorman hem op grond van zijn afkomst heeft overgeplaatst van de weekenddienst naar de weekdienst. Zijn Turkse voorman zou volgens de werknemer de werknemers van Turkse afkomst bevoordelen, ten koste van de werknemers van Nederlandse afkomst. De weekenddienst was voor hem heel gunstig omdat hij in aanzienlijk minder uren toch een goed salaris kon verdienen. De overplaatsing heeft volgens de werkgever niets met afkomst te maken, maar met het feit dat de weekenddienst vanwege teruglopende productie moest inkrimpen. De werkgever heeft de keus gemaakt om deze werknemer over te plaatsen omdat de werkgever van mening was dat hij niet goed functioneerde, hetgeen ook blijkt uit de functioneringsverslagen. De Commissie oordeelt dat de werknemer geen feiten heeft aangevoerd die doen vermoeden dat hij bij de overplaatsing naar de weekdienst gediscrimineerd is. Geen onderscheid.

**2009-94**

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

**Samenvatting:**  
**Werkgever maakt geen onderscheid naar afkomst of godsdienst bij de bejegening en interne sollicitaties, maar handelt wel in strijd met de wet door klachten hierover onzorgvuldig te behandelen.**

Een man werkt sinds 2002 bij een werkgever als technisch medewerker. Hij heeft de Nederlandse nationaliteit en is van Pakistaanse afkomst. Verzoeker belijdt het Islamitische geloof en draagt een baard. Hij voelt zich discriminerend bejegend door leidinggevenden en door een collega. Verder is hij van mening dat de werkgever hem vanwege zijn afkomst en geloof heeft afgewezen voor drie interne vacatures en hem niet de mogelijkheid heeft geboden door te groeien in de organisatie. De Commissie oordeelt, mede vanwege de ruime periode die sinds de gestelde gebeurte-

nissen is verstreken, dat ten aanzien van de bejegening onvoldoende feiten zijn aangevoerd die onderscheid kunnen doen vermoeden. Hetzelfde geldt voor de interne sollicitaties en de doorgroeimogelijkheden. Wel is de Commissie van oordeel dat de werkgever tekort is geschoten bij de behandeling van de klachten van de man over discriminatie. Vooral omdat de werkgever verzoeker niet op de hoogte heeft gebracht van wat hij naar aanleiding van de klachten heeft gedaan. Ten aanzien van de klachtbehandeling heeft de werkgever dus in strijd met de wet gehandeld.

**2009-95**

**Grond:** burgerlijke staat; ras  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid; geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat of ras bij afwijzing sollicitant.**

Een vrouw solliciteert bij een welzijnsorganisatie naar de functie van sociaal cultureel werker. De medewerker zal worden ingezet als intermediair ten behoeve van de lokale Turkse gemeenschap. Omdat tijdens een oriënterend gesprek vragen zijn gesteld over haar scheiding vermoedt de vrouw dat zij is afgewezen, omdat zij is gescheiden. Vast staat dat tijdens het oriënterend gesprek is gesproken over de scheiding. De organisatie heeft echter overtuigend beargumenteerd dat niet de gescheiden status als zodanig de reden was hierover vragen te stellen, maar de commotie die de scheiding in het verleden had veroorzaakt in de Turkse gemeenschap. Volgens de organisatie leidde dit tot spanningen tussen de vrouw en de doelgroep waarmee zij zou moeten werken. De organisatie zag in de vrouw onvoldoende de vertrouwenspersoon voor de Turkse gemeenschap waarnaar zij op zoek was. Gelet hierop is een andere kandidaat benoemd, die overigens eveneens gescheiden en van Turkse afkomst is. De Commissie oordeelt dat er geen feiten zijn die kunnen doen vermoeden dat het besluit tot afwijzing (mede) is genomen op grond van burgerlijke staat. De vrouw meent dat uit de afwijzing blijkt dat de organisatie er kennelijk vanuit gaat dat Turkse mensen problemen hebben met Turkse gescheiden vrouwen. Zij voelt zich hierdoor discriminatoir bejegend in verband met haar Turkse afkomst. Deze indruk strookt echter niet met het feit dat de organisatie een kandidaat heeft aangenomen die ook gescheiden en van Turkse afkomst is. Geen feiten die onderscheid kunnen doen vermoeden.

**2009-103**

**Grond:** ras; godsdienst; geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen onderscheid; geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Afwijzing vrouw houdt geen verband met haar afkomst, godsdienst en/of geslacht.**

Een vrouw is afgewezen voor de functie medewerker handelsregister bij een zelfstandig bestuursorgaan. Volgens de vrouw houdt de reden van de afwijzing verband met haar afkomst, godsdienst en/of geslacht. De vrouw stelt dat tijdens het sollicitatiegesprek is gezegd dat sprake is van een witte organisatie, dat er opmerkingen zijn gemaakt over haar hoofddoek en dat is gezegd dat er een voorkeur is voor een man. De werkgever betwist dat is gezegd dat de organisatie wit is. Er is juist gezegd dat de organisatie niet als 'witte organisatie' gekenschetst kan worden.

De werkgever bevestigt dat vragen zijn gesteld over de hoofddoek van de vrouw. Dit was echter louter uit interesse. De werkgever betwist voorts dat is gezegd dat de organisatie een voorkeur zou hebben voor een man. Wel is gezegd dat de afdeling voornamelijk bestaat uit vrouwelijke werknemers en dat het voor de balans goed zou zijn als er een man zou worden aangenomen.

De Commissie oordeelt dat geen sprake is van feiten die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden. Voorts overweegt de Commissie dat het stellen van vragen over een hoofddoek op zichzelf nog geen discriminatoire bejegening met zich brengt. Van belang is dat niet is komen vast te staan dat verweerder aan het dragen van een hoofddoek een negatieve connotatie heeft gegeven. De Commissie oordeelt dat verzoekster geen feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat zij tijdens het sollicitatiegesprek discriminatoir is bejegend in verband met haar godsdienst. Evenmin is komen vast te staan dat zij is afgewezen (mede) omdat zij een hoofddoek draagt. De Commissie oordeelt dat, gelet op de mededeling van de werkgever dat het voor de balans goed zou zijn als er een man zou worden aangenomen, sprake is van feiten die onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden bij de afwijzing. Verweerder heeft echter overtuigend beargumenteerd dat gezocht is naar de beste kandidaat en dat het geslacht van de kandidaat geen selectie criterium was. Er waren twee andere kandidaten, een man en een vrouw, die de werkgever geschikt vond. Om die reden is verzoekster niet uitgenodigd voor een tweede gesprek. De

Commissie oordeelt dat de werkgever heeft bewezen dat de vrouw niet is afgewezen op grond van haar geslacht. Geen onderscheid op grond van ras, godsdienst en of geslacht bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking.

**2009-104**

**Grond:** ras  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** onderscheid; geen onderscheid

**Samenvatting:**

**Vereniging maakt onderscheid bij de bejegening van een (aspirant-)lid. Geen onderscheid bij weigering lidmaatschap.**

Een man van Turkse afkomst is aspirant-lid bij een schietvereniging. Tijdens zijn ballotageperiode krijgt hij onenigheid met de baancommandant, die opmerkingen maakt over een mogelijk taalprobleem van de man. Later wordt het lidmaatschap van de vereniging hem geweigerd. De Commissie is van oordeel dat de gemaakte opmerking niet anders dan als discriminerend kan worden opgevat. Het handelen van een baancommandant, die in opdracht van de vereniging een taak uitvoert, kan aan de vereniging worden toegerekend, zodat de conclusie is dat de vereniging onderscheid heeft gemaakt op grond van ras bij de bejegening. Met betrekking tot de weigering van het lidmaatschap oordeelt de Commissie dat geen feiten zijn aangevoerd die doen vermoeden dat afkomst een rol heeft gespeeld bij de beslissing om het lidmaatschap te weigeren. De vereniging heeft naar voren gebracht dat houding en gedrag van de leden van het grootste belang zijn in verband met de veiligheid op de schietbaan. Het omgaan met vuurwapens eist een strakke organisatie en de vereniging heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij ten aanzien van deze man twijfels had over houding en gedrag en daarom het lidmaatschap heeft geweigerd. Op dit punt is daarom geen sprake van onderscheid op grond van ras.

**2009-111**

**Grond:** ras  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** kennelijk ongegrond

**Samenvatting:**

**Weigering om Friestalige advertenties op website te plaatsen is geen ongelijke behandeling in de zin van artikel 7 van de Algemene wet gelijke behandeling.**

Een Friese man wilde Friestalige advertenties laten plaatsen op een advertentiesite. De exploitant weigerde deze advertenties te plaatsen omdat zij in het Fries zijn opgesteld. De exploitant hanteert als beleid dat op de advertentiesite alleen advertenties geplaatst mogen worden in het Nederlands of Engels. De man meent dat de exploitant met haar beleid onderscheid op grond van ras maakt.

De Commissie oordeelt dat geen sprake is van weigering of bemoeilijking van de toegang tot de aangeboden dienst. Verzoeker kan immers op voet van gelijkheid met ieder ander van de website gebruik maken; de taaleis die wordt gesteld aan de advertenties doet daaraan niet af.

Dit betekent dat aanstonds duidelijk is dat geen sprake is van ongelijke behandeling in de zin van de gelijkebehandelingswetgeving.

**2009-112**

**Grond:** ras  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** geen onderscheid

**Samenvatting:**

**Niet is gebleken dat het College van Burgemeester en Wethouders jegens Roma in het kader van de Wisselgeldaanpak onderscheid op grond van ras heeft gemaakt door uitkeringen krachtens de Wwb in te trekken ingeval een Roma-gezin niet meewerkt aan de uitvoering van de Wisselgeldaanpak.**

Een stichting, die de belangen van de Roma behartigt, is van mening dat het College jegens Roma in het kader van de Wisselgeldaanpak onderscheid op grond van ras heeft gemaakt door uitkeringen krachtens de Wwb in te trekken ingeval een Roma-gezin niet meewerkt aan de uitvoering van de Wisselgeldaanpak, in het bijzonder waar het gaat om de plaatsing van een intermediair in een Roma-gezin. Er zijn al tien gezinnen slachtoffer geworden van dat beleid, aldus de stichting. De stichting is voorts van mening dat de Wisselgeldaanpak leidt tot verslechtering

van de situatie van Roma. Het College heeft aangevoerd dat de intermediairs niet onder dwang in een gezin worden geplaatst, maar dat dat voornamelijk op verzoek van Roma-gezinnen zelf gebeurt. Ook de stichting heeft gezinnen aangemeld voor de Wisselgeldaanpak. Voorts heeft het College aangevoerd dat de Wisselgeldaanpak geen nadeel oplevert voor de Roma. Met dat beleid wordt juist de helpende hand geboden door middel van intermediairs die een coördinerende rol hebben, extra assistentie aan het gezin bieden en de hulpvraag bij de juiste instanties neerleggen. Het College heeft geen specifieke drang- en dwangmaatregelen ten aanzien van Roma geïntroduceerd. De bestaande regelgeving wordt echter strenger gehandhaafd dan voorheen.

De Commissie heeft de stichting gevraagd de namen door te geven van de tien Roma-gezinnen die volgens haar slachtoffer zijn geworden van de Wisselgeldaanpak. De stichting heeft de Commissie laten weten dat de betreffende gezinnen daarvoor geen toestemming geven. Zonder deze informatie kan de Commissie niet vaststellen of het beleid een verslechtering van de positie van Roma-gezinnen betekent. Het is de Commissie ook anderszins niet gebleken dat vanwege het niet meewerken aan de plaatsing van een intermediair uitkeringen van Roma-gezinnen zijn ingetrokken. Daarbij komt dat het College ter zitting heeft verklaard dat hij tot op dat moment nog geen dwang en drang had toegepast omdat de intermediairs nog bezig waren met de voorbereidingen en het vastleggen van afspraken met de betreffende gezinnen en de multidisciplinaire overleggen nog niet van start waren gegaan. Om deze reden kan de Commissie thans geen nadeel vaststellen. Geen onderscheid.

**2009-113**

**Grond:** ras  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** geen onderscheid

**Samenvatting:**

**Niet is gebleken dat het College van Burgemeester en Wethouders jegens twee uitkeringsgerechtigden van Roma-komaf onderscheid op grond van ras heeft gemaakt door hun bijstandsuitkering in te trekken.**

De uitkeringsgerechtigden zijn van mening dat het College jegens hen onderscheid op grond van ras heeft gemaakt door hun bijstandsuitkering in te trekken. Het intrekken van de bijstandsuitkering is een gevolg van het invoeren



van de Wisselgeldaanpak, aldus de uitkeringsgerechtigden. In het kader van die aanpak wil het College multiprobleemgezinnen van Roma afkomst intensief begeleiden en binnen een jaar 10% afname van bijstandsgerechtigden onder Roma realiseren. Dit wil het College bereiken door in het kader van de Wisselgeldaanpak de regels ten aanzien van het recht op een bijstandsuitkering aan te scherpen. Daarnaast zijn de uitkeringsgerechtigden van mening dat het College hen benadeelt op grond van ras door hen juist hetzelfde te behandelen als alle andere bijstandsgerechtigden. In verband met onder meer de mobiliteit van veel Roma, hun gebruiken en tradities, alsook door het veel voorkomende analfabetisme zouden in het kader van de Wwb voor bijstandsgerechtigde Roma andere, soepeler regels moeten gelden met betrekking tot bewijs en termijnen, aldus de uitkeringsgerechtigden. Het College heeft aangevoerd dat de uitkering op grond van de Wwb is stopgezet, omdat de uitkeringsgerechtigden geen informatie hebben overgelegd op basis waarvan hun vermogen vastgesteld kon worden. De regels in de Wwb gelden ten aanzien van alle bijstandsgerechtigden en worden op dezelfde wijze toegepast.

De Commissie constateert dat de Wisselgeldaanpak op 1 januari 2009 van start is gegaan. Nu het recht op een bijstandsuitkering van de uitkeringsgerechtigden daarvoor is ingetrokken en de uitkeringsgerechtigden niet tot de doelgroep van de Wisselgeldaanpak behoren omdat zij geen thuiswonende kinderen hebben, is de Commissie van oordeel dat het College de Wisselgeldaanpak niet op de uitkeringsgerechtigden heeft toegepast. Zowel uit de schriftelijke stukken als uit hetgeen ter zitting is behandeld, is het de Commissie gebleken dat de uitkering is stopgezet omdat de uitkeringsgerechtigden niet aan de informatieplicht in het kader van de Wwb hebben voldaan. Vanaf het moment dat de uitkeringsgerechtigden de gevraagde informatie alsnog hebben verstrekt, hebben zij weer een uitkering ontvangen. Met betrekking tot het punt dat voor hen soepelere bewijs- en termijnregels moeten gelden, is de Commissie van oordeel dat een dergelijk recht niet kan worden ontleend aan de gelijkebehandelingswetgeving. Ook kan niet gezegd worden dat zij niet kunnen voldoen aan de regels die in de Wwb zijn opgenomen. De uitkeringsgerechtigden hebben immers binnen de termijn alsnog de gegevens aangeleverd en werden bijgestaan door een advocaat. Geen onderscheid.



# Geslacht

*Mr. E. Cremers-Hartman & mr. dr. M.S.A. Vegter*

## 1 INLEIDING

### 1.1 *Overzicht oordelen*

In 2009 heeft de Commissie Gelijke Behandeling (Commissie of CGB) 33 oordelen uitgebracht over onderscheid op grond van geslacht. Dat zijn zes oordelen minder dan in 2008. Hiermee zet de daling van het aantal oordelen over de grond geslacht door. In 2007 publiceerde de Commissie 41 oordelen over deze discriminatiegrond en in 2006 waren dit nog 51 oordelen. Opvallend is ook dat in 2009 slechts vier oordelen betrekking hebben op zwangerschapskwesties terwijl dit in voorgaande jaren ten minste tien oordelen waren. In 2009 ontbreken oordelen over seksuele intimidatie. Ook dat is een bijzonderheid ten opzichte van voorgaande jaren. Zes oordelen betreffen pensioenkwesties en dat is relatief veel.

Van de 33 oordelen heeft het overgrote deel betrekking op de deelname aan de arbeid, het gaat om 24 oordelen. In twee van deze zaken verklaarde de Commissie de klacht niet-ontvankelijk.<sup>1</sup> Zeven oordelen betreffen het aanbieden van goederen en diensten. Daarnaast heeft één oordeel betrekking op eenzijdig overheidshandelen en handelt een ander oordeel over het interne verenigingsleven; in beide zaken verklaarde de Commissie zich niet bevoegd.<sup>2</sup>

De oordelen van de CGB worden in paragraaf 2 en volgende onderwerpsgewijs besproken. In deze paragraaf komen eerst de ontwikkelingen in wetgeving en beleid aan de orde en vervolgens belangrijke jurisprudentie uit 2009. Het slot van deze paragraaf bevat overig en goed nieuws.

### 1.2 *Wetgeving en beleid in 2009*

Ten opzichte van het verslag in de Oordelenbundel 2008 is op het gebied van wetgeving en beleid geen groot nieuws te melden. De Tweede Kamer is eind december in een summiere brief geïnformeerd over de stand van zaken rond gelijke beloning.<sup>3</sup> Daarin is kort verslag gedaan van de Gelijk Loon Dag 2009, meegedeeld dat de Gelijk Loon Dag 2010 geen doorgang zal vinden en is aangekondigd dat de tiende voortgangsrapportage gelijke beloning in 2010 zal verschijnen. Het is bijzonder jammer dat geen mededeling is gedaan over de manier waarop de Arbeidsinspectie in 2009 gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid om op grond van artikel 21 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgb) actief op te treden tegen ongelijke

1 2009-11 en 2009-53.

2 Resp. 2009-51 en 2009-55.

3 *Kamerstukken II* 2009/10, 27 099, nr. 21.

beloning. In de negende voortgangsrapportage gelijke beloning van december 2008 was juist aangekondigd dat de Arbeidsinspectie in overleg zal treden met werkgevers naar aanleiding van signalen van organisaties als de CGB, vakbonden en ondernemingsraden. Bij significante beloningsverschillen kan de Arbeidsinspectie werkgevers tot nader onderzoek verplichten en tot overleg met ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging over de resultaten van dit onderzoek.<sup>4</sup>

In oktober 2009 verscheen de tweede rapportage over de voortgang van het emancipatiebeleid voor vrouwen.<sup>5</sup> Voor wat de arbeidsparticipatie van vrouwen betreft is verslag gedaan van de Taskforce DeeltijdPlus en het 'tijdenbeleid', beleid dat zich richt op een betere afstemming van schooltijden, werktijden en openingstijden. De aanpak om bedrijven te laten deelnemen aan het Charter Talent naar de top met het doel meer vrouwen aan de top te krijgen, zou goed werken. Daarbij wijst de rapportage ook uitdrukkelijk op de voortgang die in de wetenschap wordt geboekt. Dat laatste mag verwondering wekken. In april 2009 – en dus een half jaar voor het verschijnen van de rapportage – heeft Marieke van den Brink namelijk heel andere conclusies getrokken bij de verdediging van haar proefschrift over de gang van zaken rond de benoeming van hoogleraren aan Nederlandse universiteiten. Zij geeft bijvoorbeeld aan dat het percentage vrouwelijke hoogleraren aan de Nederlandse universiteiten blijft steken op 11 procent. Universiteiten weten dat ze vrouwelijk talent laten liggen en hebben daarom protocollen ontwikkeld voor werving en selectie. In de praktijk worden deze echter nauwelijks gehanteerd. Zo is 64 procent van de benoemingsprocedures besloten terwijl het verplicht is om in het openbaar te werven.<sup>6</sup> Ons inziens had minister Plasterk deze onderzoeksresultaten bij de rapportage moeten betrekken en had hij gepaste acties richting universiteiten moeten aankondigen. De positie van vrouwen aan de top is ook aan de orde in de kabinetsreactie van december 2009 op het SER-advies 09-03 *Diversiteit in het personeelsbestand*. In deze kabinetsreactie is aangekondigd dat geen wetgeving wordt voorbereid om meer vrouwen aan de top te krijgen en tevens dat streefcijfers of quota geen wettelijke verankering zullen krijgen.<sup>7</sup> Dat neemt niet weg dat het amendement Kalma dat voorziet in bepalingen in het BW met streefcijfers voor vrouwen in Raden van Bestuur en van Toezicht door de Tweede Kamer is aangenomen.<sup>8</sup> Het wetsvoorstel dat onder andere hierin voorziet ligt nog bij de Eerste Kamer.

De combinatie van arbeid en zorg is aan de orde in de nota *Uitwerking Beleidsverkenning modernisering regelingen voor verlof en arbeidstijden*, welke nog in behandeling is bij de Tweede Kamer.<sup>9</sup> De nota doet verslag van de consultatie van sociale partners en andere maatschappelijke organisaties over de aanpassing van de bestaande regelingen. De visie dat flexibiliteit van arbeidspatronen structurele oplossingen moet bieden voor een goede combinatie van arbeid en zorg en dat verlofregelingen vooral aanvullend van betekenis zijn voor tijdelijke oplossingen, blijkt een breed draagvlak te hebben. In de nota worden voorstellen gedaan tot wijziging van de Wet Aanpassing Arbeidsduur (WAA) zodat de bestaande wettelijke mogelijkheden voor aanpassing van de arbeidsduur beter kunnen worden benut. In de regeling van het ouderschaps-

4 *Kamerstukken II* 2008/09, 27 099, nr. 20.

5 *Kamerstukken II* 2009/10, 30 420, nr. 142.

6 M. van den Brink, *Behind the scenes of science. Gender practices in the recruitment and selection of professors in the Netherlands*, (diss.) Nijmegen: Ipskamp Drukkers 2009 (ISBN 978-90-9023959-0); vgl. ook: M. van den Brink, 'Poortwachters van de wetenschap. Een genderanalyse van de wervingspraktijken voor hoogleraren aan Nederlandse universiteiten', *Tijdschrift voor Genderstudies* 2007, nr. 3., p. 9-20.

7 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 544, nr. 218, p. 7.

8 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 8 (amendement Kalma) en betreft streefcijfers in artikel 2:166 BW en artikel 2:276 BW.

9 *Kamerstukken II* 2009/10, 26 447, nr. 45 en nr. 53.

verlof zouden procedurele belemmeringen moeten worden weggenomen om tegemoet te komen aan de noodzaak tot flexibilisering. De kring van rechthebbenden op langdurend zorgverlof zou niet beperkt moeten blijven tot degenen die zorgen voor partners of familieleden in de eerste graad met een levensbedreigende ziekte maar zou ook de zorg voor andere huisgenoten moeten omvatten. Het kabinet neemt met deze voorstellen als uitgangspunt dat een modernisering van het stelsel niet tot hogere lasten voor werkgevers en overheid mag leiden.<sup>10</sup> Er liggen nog de nodige discussiepunten en het laatste woord is over dit onderwerp nog niet gesproken. Vanuit de Tweede Kamer is bijvoorbeeld voorgesteld ook zorgverlof toe te kennen ten behoeve van personen die niet tot de kring van huisgenoten behoren. Ook is een betaald ouderschapsverlof voor alle sectoren van de arbeidsmarkt opnieuw aangekaart.<sup>11</sup>

In vorige jaren is op deze plaats melding gemaakt van de ingebrekestelling van de Europese Commissie inzake de niet-correcte naleving van de Kaderrichtlijn voor arbeid en beroep (2000/78/EG) (*PbEG* 2000 L 303 van 2 december 2000, p. 16).<sup>12</sup> Een van de kritiekpunten van de Europese Commissie betrof artikel 5, derde lid, Awgb, in welk artikel het discriminatieverbod niet van toepassing is verklaard op particuliere werkverhoudingen. Aanvankelijk wilde het kabinet niet tegemoet komen aan de kritiek van de Europese Commissie maar later is toch een striktere formulering aangekondigd en ook zal de bepaling zich niet langer exclusief richten op omstandigheden in de persoonlijke levenssfeer.<sup>13</sup>

Wij hebben erop gewezen dat vooral vrouwen door deze bepaling worden getroffen omdat het werk bij een particulier thuis voor 95 % door vrouwen wordt gedaan. Bij de beslissing om artikel 5, derde lid, Awgb toch te herzien, is het probleem van de verminderde rechtsbescherming van de vooral vrouwelijke werknemers die op minder dan vier dagen werkzaam zijn bij een particulier thuis en in dienst van die persoon, niet betrokken. Een komend kabinet zal zich in ieder geval nader op de rechtspositie van dit deeltijd huishoudelijk personeel moeten bezinnen. Het discriminatoire karakter van de uitsluiting van deze groep werknemers van diverse wet- en regelgeving is namelijk met succes als probleem aan de orde gesteld bij CEDAW, het orgaan dat toeziet op de naleving van het VN-vrouwenverdrag. Het is één van de kwesties die in de *Schaduwrapportage Women's Rights- some progress, many gaps* is toegelicht.<sup>14</sup> Deze schaduwrapportage is een reactie op de vijfde regeringsrapportage over de naleving van het VN-vrouwenverdrag.<sup>15</sup> In januari 2010 heeft CEDAW de verschillende rapportages op een hoorzitting besproken en vervolgens aanbevelingen aan Nederland gedaan over de naleving van het verdrag. CEDAW heeft Nederland opgeroepen maatregelen te treffen zodat ook het deeltijd huishoudelijk personeel volledige rechtsbescherming krijgt en de uitsluiting van de werknemersverzekeringen wordt opgeheven.<sup>16</sup> Uiteraard komen in de rapportages over de naleving van het VN-vrouwenverdrag nog tal van andere onderwerpen aan de orde waarover CEDAW eveneens aanbevelingen heeft gedaan. Ook de CGB heeft een actieve rol vervuld bij

10 *Kamerstukken II* 2009/10, 26 447, nr. 45.

11 *Kamerstukken II* 2009/10, 26 447, nr. 53.

12 *Kamerstukken II* 2007/08, 27 017, nr. 34, nr. 40.

13 *Kamerstukken II* 2008/09, 28 481, nr. 5, p. 5; *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 6, p. 2.

14 <http://cedawschaduwrapportage.blogspot.com>.

15 *Kamerstukken II* 2009/10, 30 420, nr. 152.

16 Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Forty-fifth session, Concluding comments 38 en 39; zie: [www.vrouwenverdrag.nl](http://www.vrouwenverdrag.nl).

de hoorzitting van januari 2010 en tevens een advies gebracht over de naleving van het VN-vrouwenverdrag.<sup>17</sup>

Als nieuws uit Europa valt erop te wijzen dat in de loop van 2009 een politiek akkoord is bereikt over de ouderschapsverlofrichtlijn en dat de consequenties voor Nederlands nog worden onderzocht.<sup>18</sup> Over de herziening van de Zelfstandigenrichtlijn (86/613/EEG) is eveneens een politiek akkoord bereikt.<sup>19</sup> Deze vernieuwde richtlijn creëert voor zelfstandigen en meewerkende partners het recht op zwangerschapsverlof met een adequate uitkering gedurende de verlofperiode. Over het voorstel tot wijziging van de Zwangerschapsrichtlijn (92/85/EEG) is nog geen akkoord bereikt.<sup>20</sup> De verlenging van de duur van het zwangerschaps- en bevallingsverlof tot achttien weken is een belangrijk bespreekpunt. Nederland is een van de landen die hier negatief tegenover staat omdat de noodzaak in verband met de veiligheid en gezondheid van moeder en kind onvoldoende zou zijn aangetoond.<sup>21</sup>

Afsluitend nog een opmerking over de vervanging tijdens het zwangerschaps- en bevallingsverlof van politieke ambtsdragers. Het wetgevingsproces dat hierin voorziet is nog steeds niet afgerond. Thans ligt een wetsvoorstel dat voorziet in een regeling voor wethouders en leden van Gedeputeerde Staten bij de Tweede Kamer.<sup>22</sup>

### 1.3 *Rechtspraak in 2009*

#### *Rechtspraak in zaken waarin ook de CGB een oordeel heeft gegeven*

Voor zover bekend zijn er in 2009 vier rechterlijke uitspraken gedaan in zaken over onderscheid naar geslacht, waarin eerder een oordeel is gegeven door de CGB. In drie van die vier zaken is het oordeel van de Commissie niet gevolgd. Naar onze mening is op twee van deze drie uitspraken, beide gewezen door de rechtbank 's-Gravenhage, juridisch gezien het nodige aan te merken. Eén van de uitspraken van de rechtbank 's-Gravenhage is op 3 februari 2010 deels door de Raad van State bevestigd en deels vernietigd.

Het Hof Leeuwarden boog zich over ongelijke behandeling op pensioengebied.<sup>23</sup> De zaak betreft een docente, werkzaam op de internationale afdeling van een middelbare school. Zij en enkele vrouwelijke collega's konden van 1984 tot 1991 niet deelnemen aan een pensioenregeling, terwijl deelname wel openstond voor drie mannelijke docenten. De school heeft ter verklaring aangevoerd dat twee van de drie mannen als onderdeel van hun contract bij de Nederlandse afdeling een aantal uren bij de internationale afdeling werkten en daarom – en dat zou ook hebben gegolden voor vrouwelijke docenten in dezelfde positie – wel pensioen hadden opgebouwd. Voor één man zou een uitzondering zijn gemaakt.

De Commissie oordeelde, op basis van een statistische analyse, dat er een vermoeden was van indirect onderscheid naar geslacht.<sup>24</sup> De school heeft dit vermoeden niet kunnen weerleggen. Weliswaar was sprake van een legitiem doel – het was nog niet

17 CGB, Comments on the fifth Dutch report on the implementation of the convention on the elimination of all forms of discrimination against women, CGB-advies/2009/01.

18 *Kamerstukken II* 2009/10, 26 447, nr. 52.

19 Op 30-11-2009; COM 2008 (636) def., 2008/0192 COD.; <http://ec.europa.eu/prelex>; zie ook *Kamerstukken I* 2008/09, 22 112, C.J.

20 COM (2008) 637 def., 2008/0193 (COD); <http://ec.europa.eu/> stand van zaken december 2009.

21 *Kamerstukken I* 2008/09, 22 112 en 31 732, CH.

22 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 209.

23 Hof Leeuwarden 27 januari 2009, *LJN* BH3143.

24 Oordeel 2004-27.

duidelijk of de internationale afdeling levensvatbaar zou zijn en daarom moest zoveel mogelijk op kosten, waaronder pensioen, bespaard worden – maar het gekozen middel om het doel te bereiken, is niet consequent toegepast, nu in elk geval voor één mannelijke docent een uitzondering is gemaakt.<sup>25</sup>

Het Hof Leeuwarden oordeelt anders. Het gaat er veronderstellenderwijs vanuit dat een aanzienlijk groter percentage vrouwen dan mannen geen pensioen heeft opgebouwd. Het indirecte onderscheid waarvan dan sprake is, acht het hof echter gerechtvaardigd. Het feit dat voor één mannelijke docent een uitzondering is gemaakt, brengt volgens het hof niet mee dat geen sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Uiteindelijk hangt de uitkomst van de zaak dus af van de vraag hoeveel gewicht moet worden gehecht aan een uitzondering die is gemaakt ten voordele van één mannelijke docent. De beeldvorming lijkt hierbij bepalend. De Commissie heeft mede gekeken naar de onduidelijke antwoorden die de vrouwelijke docenten kregen als zij vragen over de pensioenopbouw stelden en naar het feit dat de school heeft overwogen nog een uitzondering te maken voor een mannelijke docent (maar dat uiteindelijk niet heeft gedaan). Het hof kijkt louter naar de feiten en constateert dat het bij één uitzondering is gebleven. Dit oordeel lijkt ons wel te billijken. Hoewel niet uitgesloten kan worden dat de school een iets andere mening heeft gehad over pensioenopbouw van mannen dan over die van vrouwen, komt het uiteindelijk aan op de feiten. Het feit dat één keer van een bepaald beleid is afgeweken, kan dan niet het oordeel rechtvaardigen dat sprake is van onderscheid naar geslacht.

Twijfelachtiger vinden wij de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, sector bestuursrecht, over de verlenging van de advocatenstage in geval van deeltijdwerk.<sup>26</sup> De Commissie heeft zich over deze problematiek uitgesproken in oordeel 2001-68.<sup>27</sup> Daarin overwoog de Commissie dat het zonder meer verlengen van de advocatenstage wegens deeltijdwerk onderscheid naar arbeidsduur en indirect onderscheid naar geslacht oplevert. Op grond van de arresten *Nimz* en *Kording* van het Europese Hof van Justitie<sup>28</sup> moet een individuele toets plaatsvinden, waarbij gekeken moet worden naar de persoonlijke ervaring van de advocaat-stagiaire en haar omstandigheden. De Commissie heeft vervolgens vastgesteld dat in het desbetreffende geval een dergelijke individuele toets had plaatsgevonden.

De rechtbank 's-Gravenhage ziet geen noodzaak voor een individuele toets. Volgens de rechtbank heeft de wetgever geen ruimte gelaten voor een individuele beoordeling van de kennis en ervaring en de persoonlijke omstandigheden van de in deeltijd werkende advocaat-stagiaire, “nu (...) op grond van het enkele feit van het werkzaam zijn in deeltijd moet worden besloten tot evenredige verlenging van de stage.” De rechtbank leidt dit af uit de Advocatenwet, waarin dit inderdaad met zoveel woorden staat. In de Advocatenwet is echter ook bepaald dat de Raad van Toezicht van de Orde van Advocaten de stage kan verkorten. De Raad van Toezicht heeft dus wel enige beleidsvrijheid. Bovendien dient een wettelijke bepaling die in strijd is met een EG-richtlijn zoveel mogelijk richtlijnconform te worden uitgelegd. Nu de Advocatenwet ook ruimte biedt voor verkorting, lijkt een richtlijnconforme uitleg, waarbij een individuele toets wordt ingebouwd, mogelijk. Het standpunt van de rechtbank op dit punt is naar onze mening dus niet juist. Inmiddels is het standpunt

25 Van de in totaal vier mannelijke docenten in 1984 (zes vrouwen) en veertien mannelijke docenten in 1991 (twaalf vrouwen).

26 Rb 's-Gravenhage 3 juni 2009, *LJN* BI8206. Deze uitspraak is ook besproken door Baltussen in paragraaf 3.2 van haar bijdrage in deze bundel over het verbod tot onderscheid naar arbeidsduur.

27 Daarin betrof het overigens een andere verzoekster dan in de zaak bij de rechtbank.

28 HvJEG C-184/89, *Jurispr. EG* 1991, p. I-297 (*Nimz*); HvJ EG 2 oktober 1997, *JAR* 1997/251 (*Kording*).

van de rechtbank echter bevestigd door de Raad van State.<sup>29</sup> Ook de Raad van State is van oordeel dat de Raad van Toezicht geen beleidsvrijheid heeft waar het gaat om het verlenen van de stage van drie jaar wegens deeltijdwerk.<sup>30</sup>

Achtergrond van het oordeel van de rechtbank, zo blijkt uit de volgende alinea, is dat zij het volkomen terecht vindt dat een advocatenstage wordt verlengd bij deeltijdwerk. Het verlengen wordt volgens de rechtbank gerechtvaardigd door het belang van het waarborgen van de kwaliteit van de beroepsopleiding door advocaat-stagiaires gedurende een wettelijk vastgestelde periode werkzaam te laten zijn onder toezicht van een patroon en onder diens leiding praktijkervaring te laten opdoen. Dit zou een algemeen maatschappelijk belang zijn.

Naar ons oordeel gaat de rechtbank hiermee voorbij aan het feit dat het standaard verlengen van de advocatenstage bij deeltijdwerk vrouwelijke advocaten benadeelt. Als vrouwelijke advocaten in deeltijd werken, is dat in de regel vanwege de zorg voor kinderen. Dat kinderen verzorgd worden, en überhaupt dat er een volgende generatie opgroeit, is echter niet alleen een belang van individuele vrouwen, maar van de maatschappij als geheel. Daarom moeten de nadelige gevolgen van de zorg voor kinderen niet alleen op vrouwen worden afgewenteld. Er moet dus voor gezorgd worden dat vrouwen op gelijke voet als mannen deel kunnen nemen aan het arbeidsproces. Dit gebeurt niet als aan het werken in deeltijd zondermeer nadelige consequenties worden verbonden. Uiteraard moeten advocaten een goede opleiding krijgen. Zoals iedere advocaat weet, komt het daarbij echter niet aan op een stage van enkele maanden meer of minder. Sommige advocaten hebben het vak na een jaar onder de knie en anderen na vijf jaar nog niet. Het is dus geen wet van Meden en Perzen dat drie jaar precies de juiste periode is.<sup>31</sup> Het is praktisch om uit te gaan van een vaste termijn, maar niets staat eraan in de weg om in geval van deeltijdwerk een meer individuele toets toe te passen. Helaas zal dit er voorlopig wel niet van komen, gelet op de hiervoor besproken uitspraak van de Raad van State.

Oordeel 2008-20 werd terzijde gelegd door de Kantonrechter 's-Gravenhage in zijn vonnis van 20 mei 2009.<sup>32</sup> De CGB had geoordeeld dat een school voor voortgezet onderwijs onderscheid naar geslacht had gemaakt door een docente (ingeschaald in een B-functie) lager te belonen dan een mannelijke collega die werk van gelijke waarde verrichtte, maar in een hogere salarisschaal, een C-functie, was ingedeeld. Tevens had de Commissie vastgesteld dat sprake was van indirecte discriminatie op grond van geslacht, omdat bij de inschaling van docenten in een nieuw functiewaarderingsysteem aan docenten met een HOS-garantie vrijwel automatisch een C-functie was toegekend in plaats van een B-functie. Dat had gemiddeld genomen in het nadeel van vrouwelijke docenten gewerkt, omdat zij minder vaak vanuit het verleden een HOS-garantie hadden en dus minder kans hadden in de hogere C-functie terecht te komen. De school had namelijk een beperkt aantal C-functies opengesteld.

De kantonrechter volgde het oordeel van de Commissie niet. Volgens de kantonrechter had de docente niet aangetoond dat zij werk deed op het niveau van een C-functie. Van indirecte discriminatie zou geen sprake zijn, omdat niet vast zou staan dat de docente hoe dan ook in de C-functie zou zijn benoemd als er formatieruim-

29 Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 3 februari 2010, *IJN* BL1839.

30 Die beleidsvrijheid is er volgens de Raad van State wel waar het gaat om het meewegen van eerder opgedane werkervaring buiten de advocatuur bij het vaststellen van de duur van een verlengde stage, maar dat is voor ons onderwerp minder relevant.

31 Zie verder M.S.A. Vegter, 'Verlenging stageperiode advocaten: nog steeds geen gelijke behandeling m/v', *NJB* 2006, nr. 27, p. 1499-1500.

32 Nog niet gepubliceerd.



te was geweest. Het feit dat zij niet benoemd was, zou daarom niet het gevolg zijn van indirect onderscheid.

Door de docente is hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis. Wordt vervolgd dus.

De kantonrechter volgde de Commissie wel in een andere zaak. In die zaak met oordeelnummer 2006-33 had de Commissie geoordeeld dat een werkgever onderscheid naar geslacht had gemaakt door de transseksualiteit van de werknemster herhaaldelijk aan de orde te stellen in gesprekken over haar functioneren en door hieraan te refereren in het ontbindingsverzoek dat de werkgever had ingediend en aldus de transseksualiteit een rol te laten spelen bij de beslissing tot beëindiging van de arbeidsverhouding. De kantonrechter oordeelde in gelijke zin.<sup>33</sup> Naar het oordeel van de kantonrechter viel reeds het feit dat de transseksualiteit van de werknemster voor de werkgever een 'hot item' was geweest als discriminatoir aan te merken. De kantonrechter kende de gevraagde vergoeding van € 10.000,- voor immateriële schade toe alsmede € 2.000,- aan buitengerechtelijke kosten ter vergoeding van de kosten gemaakt voor de procedure bij de CGB.

### *Rechtspraak in zaken die niet aan de CGB zijn voorgelegd*

Het Hof van Justitie EG deed in 2009 twee uitspraken die het vermelden waard zijn in deze bijdrage. In de eerste uitspraak oordeelde het hof dat, als een werknemster tijdens ouderschapsverlof wordt ontslagen, haar salaris over de periode waarin zij nog voltijd werkte uitgangspunt moet vormen voor de berekening van een vergoeding ter compensatie van het niet in acht nemen van de opzegtermijn.<sup>34</sup> Doel van de richtlijn inzake ouderschapsverlof is om het verlies of de beperking te voorkomen van rechten waarop de werknemer op de datum van ingang van het ouderschapsverlof aanspraak kan maken, en te verzekeren dat hij/zij zich, na afloop van het verlof, in dezelfde situatie bevindt als voorafgaand aan het verlof, waar het die rechten betreft. Tot die rechten behoren ook het recht op een opzegtermijn en/of op een vergoeding die daarvoor in de plaats komt.

Het Europese Hof kreeg ook een vraag voorgelegd over de vervaltermijnen bij ontslag tijdens zwangerschap.<sup>35</sup> Op grond van de Luxemburgse wetgeving moet een werknemster (althans dat was de situatie in 2007) een vordering tot nietigverklaring van tijdens zwangerschap gegeven ontslag indienen binnen twee weken na het ontslag en kan zij geen aanspraak maken op schadevergoeding, omdat die mogelijkheid niet openstaat bij zwangerschapsontslag. Het Europese Hof oordeelt dat het Luxemburgse recht op beide punten in strijd is met het EG-recht. Bij andere vorderingen uit hoofde van nietig ontslag geldt een vervaltermijn van twee tot drie maanden, dus mag bij zwangerschap niet een veel kortere termijn gelden. Bovendien kunnen werknemers die om een andere reden zijn ontslagen dan wegens/tijdens zwangerschap wel schadevergoeding vorderen, dus moet dit bij zwangerschapsontslag ook kunnen.

Wellicht kan uit dit arrest worden afgeleid dat ook de Nederlandse wetgeving moet worden aangepast. In artikel 7:677, vijfde lid, BW is namelijk bepaald dat schending van, onder meer, het opzegverbod tijdens en wegens zwangerschap een werkgever niet schadelijkt maakt. De werknemer kan in dat geval een beroep doen op de vernietigbaarheid van het ontslag. Geeft een werkgever ten onrechte ontslag wegens

33 Nog niet gepubliceerd.

34 HvJEG 22 oktober 2009, JAR 2009/289 (Meerts/Proost NV).

35 HvJEG 29 oktober 2009, JAR 2009/309 (Pontin/T-Comalux SA).

een dringende reden, dan kan wel schadevergoeding gevorderd worden, evenals bij een ontslag waarbij de opzegtermijn niet correct in acht is genomen. Het is dan de vraag of de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen niet ook bij een zwangerschapsontslag zou moeten gelden. Aan de andere kant is artikel 7:677, vijfde lid, BW van toepassing op (vrijwel) alle opzegverboden, dus kan in die zin niet gezegd worden dat voor zwangerschapsontslag een minder gunstige regeling geldt dan voor vergelijkbare vorderingen, een eis die door het Europese recht wordt gesteld. Bovendien wordt in de literatuur en rechtspraak aangenomen dat een ontslag in strijd met een opzegverbod wel kennelijk onredelijk kan zijn en in die zin recht kan geven op schadevergoeding.<sup>36</sup>

Wat het Nederlandse recht betreft, is met name het arrest van de Hoge Raad van 10 juli 2009 over seksuele intimidatie opvallend.<sup>37</sup> Het gaat in deze zaak om een vordering tot schadevergoeding van een werknemer die door zijn directeur in de billen is geknepen, waarbij het woord 'dark room' is gebruikt. De directeur heeft naderhand zijn excuses aangeboden en aangegeven dat het bepaald niet zijn bedoeling was de werknemer te kwetsen. Het gerechtshof Amsterdam heeft geoordeeld dat geen sprake was van seksuele intimidatie. Wel achtte het hof de 'grap' van de directeur misplaatst. Om die reden heeft het hof aan de werknemer een (symbolische) vergoeding voor immateriële schade toegekend van € 500,-.

De Hoge Raad laat dit oordeel in stand en overweegt dat de opvatting 'dat een gedraging zonder meer als seksuele intimidatie moet worden aangemerkt indien degene jegens wie die gedraging is gericht zich seksueel geïntimideerd voelt' niet juist is. Het hof kon volgens de Hoge Raad bij zijn beoordeling van de ernst van de gedraging van de directeur zonder enige rechtsregel te schenden 'rekening houden met de omstandigheid dat die gedraging voor [de directeur] geen seksuele lading had.'

In de literatuur is over dit arrest terecht opgemerkt dat het juist is dat niet doorslaggevend is hoe het 'slachtoffer' een bepaalde gedraging ervaart, maar dat het er evenmin toe doet wat de intentie van de pleger is.<sup>38</sup> Van seksuele intimidatie is sprake als het gaat om gedrag dat 'als doel of gevolg' heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd. De rechter moet zich dus afvragen wat naar objectieve maatstaven in Nederland heeft te gelden als seksuele intimidatie. Daarbij dient niet te worden afgegaan op de puur subjectieve ervaring van het slachtoffer, maar moet evenmin waarde worden gehecht aan de bedoelingen van de pleger.

Opvallend is ook een arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 12 mei 2009,<sup>39</sup> waarin het hof, in navolging van de Kantonrechter te Amsterdam, het ontslag op staande voet van een assistent-bedrijfsleider in een supermarkt wegens seksuele intimidatie nietig achtte. De assistent-bedrijfsleider had tegen verschillende vrouwelijke medewerkers seksuele opmerkingen gemaakt, had een medewerkster gevraagd hoeveel seks zij in de week had en had geprobeerd een getrouwde medewerkster in de nek te zoenen. De rayonmanager had hem voor dit gedrag een mondelinge waarschuwing gegeven maar nadien hadden zich weer incidenten voorgedaan. De werkgever vond één en ander voldoende grond voor een ontslag op staande voet. De kantonrechter en het hof oordeelden echter dat de assistent-bedrijfsleider eerst dui-

36 Zie Luttmer-Kat 2008 (T&C Arbeidsrecht), artikel 7:677, vijfde lid, BW, aant. 7 en de daar genoemde verwijzingen.

37 HR 10 juli 2009, JAR 2009/202 (Olsthoorn/Leprabestrijding).

38 Zie met name R. Holtmaat, 'Voelen of bedoelen', TRA 2009, nr. 10.

39 JAR 2010/11.

delijk schriftelijk gewaarschuwd had moeten worden dat bij een volgende overtreding ontslag op staande voet zou volgen. Zonder een schriftelijke waarschuwing had hij niet hoeven te begrijpen dat dit de sanctie zou zijn. Het lijkt ons dat hier te lage eisen worden gesteld aan het begripsvermogen van de assistent-bedrijfsleider. Ook zonder schriftelijke waarschuwing (maar mét mondelinge) moet duidelijk zijn dat bepaald gedrag niet acceptabel is en tot ontslag, al dan niet op staande voet, kan leiden.

Als we naar deze beide uitspraken kijken, rijst de indruk dat de ernst van seksuele intimidatie door de rechterlijke macht onvoldoende wordt onderkend. De pleger wordt ons inziens iets teveel in bescherming genomen als zijn intenties gaan meewegen en/of als wordt verondersteld dat hij niet in staat is om te begrijpen dat seksuele opmerkingen en het aanraken van vrouwelijke ondergeschikten zo uit den boze zijn dat ontslag op staande voet kan volgen. Hopelijk vormen deze uitspraken echter een momentopname en ziet het beeld er volgend jaar weer anders uit.

#### 1.4 Overig nieuws

Tegen het einde van 2009 zijn twee boeken verschenen over seksuele intimidatie die - onder andere voor de rechterlijke macht - nuttige naslagwerken zullen zijn. Het betreft een praktijkgids en een juridisch handboek die beide tot stand zijn gebracht in het kader van een project dat geïnitieerd is door de Vereniging voor Vrouw en Recht en gesubsidieerd door het ministerie van SZW en de Stichting Clara Wichmann Instituut. Riek Vilters is de auteur van '*Omgaan met seksuele intimidatie, Juridische praktijkgids ongewenst gedrag*' en Rikki Holtmaat van '*Seksuele intimidatie: de Juridische gids*'.<sup>40</sup>

Arbeidsongeschiktheidsverzekeraar Movir is om gegaan. Zwangere zelfstandigen konden zich lange tijd bij Movir alleen onder voorwaarden verzekeren voor het risico van inkomensderving vanwege arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap en bevalling in de periode rond de bevalling. Movir hanteerde als voorwaarde dat geen uitkering zou worden verstrekt als deze vorm van arbeidsongeschiktheid zich gedurende de eerste twee verzekeringsjaren voerde. In de afgelopen jaren is in deze bijdrage verslag gedaan van verschillende procedures die over deze kwestie zijn gevoerd. De zwangere zelfstandigen zijn diverse keren en tot in hoogste instantie in het ongelijk gesteld door de rechter. In 2009 heeft Movir desalniettemin de omstrede voorwaarde geschrapt uit de polis.

## 2 BEVOEGDHEID, ONTVANKELIJKHEID, INTERNE VERENIGINGSVRIJHEID EN EENZIJDIG OVERHEIDSHANDELEN

In oordeel 2009-55 concludeert de Commissie dat zij niet bevoegd is om een oordeel te geven over de vraag of het verstrekken van subsidie door de gemeente Utrecht aan een informatiepunt voor, onder meer, vragen over wonen, werk, inkomen en zorg, in strijd is met de Awgb. Het informatiepunt is opgericht door twee stichtingen, bevindt zich in een moskee en zou volgens de verzoekster in deze zaak verschillende openingstijden kennen voor mannelijke en vrouwelijke bezoekers. Dit laatste wordt door de stichtingen betwist. De Commissie stelt vast dat het verstrekken van subsidie eenzijdig

<sup>40</sup> R. Vilters, *Omgaan met seksuele intimidatie, Juridische praktijkgids ongewenst gedrag*, Den Haag: uitgeverij Boom 2009; R. Holtmaat, *Seksuele intimidatie: de Juridische gids*, Ars Aequi Libri 2009.

overheidshandelen is en dat zij derhalve niet bevoegd is daarover een oordeel te geven. Ten overvloede merkt de Commissie op dat verzoekster hoe dan ook niet-ontvanke-lijk zou zijn in haar verzoek, nu zij in Haarlem woont en het niet duidelijk is gewor- den hoe de informatievoorziening in de gemeente Utrecht haar raakt of benadeelt. In oordeel 2009-51 verklaart de CGB zich niet bevoegd om te oordelen over de klacht van een man die geen lid kan worden van het bestuur van een vereniging. Het bestuurslidmaatschap is voorbehouden aan de leden van de vereniging die alleen uit Marokkaanse vrouwen bestaat omdat de vereniging tot doel heeft de maatschappelijke en sociale positie van Marokkaanse vrouwen die in Nederland wonen te verbeteren. Het verenigingsleven is voor een deel uitgesloten van het bereik van de artikelen 5, 6 en 7 Awgb. Dit is niet expliciet in de wet bepaald maar vloeit voort uit de vrijheid van vereniging. Tijdens de parlementaire behandeling van de Awgb is diverse malen gespro- ken over de verhouding tussen het discriminatieverbod en de vrijheid van vereniging van artikel 8 Grondwet. In het oordeel verwijst de CGB naar deze wetsgeschiedenis. Het is belangrijk dat de Commissie benadrukt dat de bescherming van de verenigings- vrijheid primair gericht is op het doel van de vereniging. Beperkende lidmaat- schapseisen die botsen met de gelijkebehandelingswetgeving en geen verband houden met het doel, worden niet beschermd door de verenigingsvrijheid en in dat geval is de Commissie wel bevoegd. Omdat de beperking van het bestuurslidmaatschap verband hield met het doel van de vereniging, achtte de CGB zich niet bevoegd te oordelen. In het kader van de tweede externe evaluatie van de Awgb heeft Zoontjens de argu- menten voor en tegen de uitsluiting van eenzijdig overheidshandelen en van de interne verenigingsvrijheid van de werkingsfeer van de Awgb, uitgebreid besproken. Op deze plaats willen we volstaan met een verwijzing naar zijn beschouwing.<sup>41</sup>

De bevoegdheid van de Commissie komt voorts aan de orde in oordeel 2009-2 dat betrekking heeft op de informatievoorziening door een school aan een gescheiden vader over zijn kinderen. De Commissie overweegt, onder verwijzing naar oudere oordelen, dat het verstrekken van informatie over de gang van zaken op school en over de ontwikkeling van kinderen een dienst is in de zin van artikel 7 Awgb. Ditzelfde geldt voor het al dan niet bieden van toegang tot de school en de ouder- avonden en voor het houden van een klanttevredenheidsonderzoek, waarbij ouders hun mening kunnen geven over de gang van zaken op school. Niet binnen het bereik van artikel 7 Awgb valt de eventuele medewerking door de school aan een strafrech- telijk onderzoek tegen de vader dat is opgestart na aangifte van belaging door zijn ex-echtgenote. Dit oordeel komt in paragraaf 9 weer aan de orde.

### 3 ZWANGERSCHAP

#### 3.1 *Zwangerschap en arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*

Drie oordelen betreffen het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst voor bepaal- de tijd van een zwangere werknemster. Zoals vaker geconstateerd is het aanleveren van voldoende feitenmateriaal en vervolgens de waardering van de feiten door de CGB niet altijd eenvoudig. Oordeel 2009-6 betreft een verzoekster die in januari 2008 als senior inkoper is gaan werken bij een delicatessenzaak. Dit bedrijf is in 2007

41 P.J.J. Zoontjens, 'Onderdeel 2, Eenzijdig overheidshandelen'; 'Onderdeel 3, Gelijkheid, verenigingsvrijheid en privacy', in: M.L.M. Hertogh, P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken*, Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 117-216.

uit een faillissement gekocht en moet de financiële positie extra goed in de gaten houden. Daarom worden met nieuwe medewerkers eerst tijdelijke contracten gesloten die alleen na gebleken geschiktheid worden verlengd danwel omgezet in contracten voor onbepaalde tijd. Verzoekster is van mening dat zij geen verdere verlenging van haar contract krijgt vanwege haar zwangerschap. De werkgever voert daarentegen als reden aan dat verzoekster nog niet het niveau van senior inkoper had en niet zeer goed functioneerde. Omdat verzoekster stukken kan overleggen die verboden onderscheid naar geslacht doen vermoeden, verschuift de CGB de bewijslast naar de werkgever. Deze slaagt niet in het leveren van het tegenbewijs. Omdat de werkgever geen enkele (zichtbare) poging heeft gedaan om het functioneren met verzoekster te bespreken of op het gewenste niveau te brengen, acht de CGB diens verklaring niet overtuigend dat uitsluitend het niet bijzonder goede functioneren reden zou zijn geweest voor het niet verlengen van het contract.

In oordeel 2009-18 gaat een derde verlenging van de arbeidsovereenkomst niet door omdat werkneemster een verplicht gestelde opleiding niet zal kunnen afronden vanwege afwezigheid in verband met zwangerschap. Op het moment dat deze beslissing speelt is verzoekster arbeidsongeschikt en niet aanwezig op het werk. Verzoekster heeft de opleiding niet eerder kunnen volgen omdat de eerste cursus vol zat en de volgende cursus niet doorging vanwege onvoldoende aanmeldingen. Verzoekster beschikt over de notulen van een teamoverleg waarin staat dat het contract niet wordt verlengd omdat zij vanwege de zwangerschap de opleiding niet zal kunnen doen. Ook heeft zij verklaringen waaruit dit blijkt. Ter zitting bevestigt de werkgever dat de notulen een juiste weergave zijn van hetgeen besproken is. De CGB concludeert dat er sprake is van direct onderscheid op grond van geslacht met verwijzing naar de vaste jurisprudentie van het HvJEG dat afwezigheid vanwege zwangerschaps- en bevalingsverlof als een direct en onlosmakelijk gevolg van zwangerschap wordt gezien en daarom op één lijn wordt gesteld met de zwangerschap zelf. In een overweging ten overvloede (r.o. 3.13) geeft de CGB aan dat de werkgever terecht eisen stelt aan opleiding en kwaliteitsborging maar dat deze ook bij tijdelijke afwezigheid vanwege zwangerschap goed moeten worden georganiseerd. Voorts stelt de CGB vast dat gebleken is dat een latere voortzetting van de opleiding mogelijk is, dat de periode dat verzoekster zonder de gewenste kwalificaties zou werken zeer beperkt zou zijn, en dat een opvolgster evenmin gekwalificeerd aan de slag is gegaan.

In oordeel 2009-114 concludeert de Commissie dat de werkgever niet in strijd met de wet heeft gehandeld omdat verzoekster geen feiten heeft aangevoerd die onderscheid naar geslacht doen vermoeden. Verzoekster heeft een jaarcontract en heeft zich binnen vier maanden ziek gemeld wegens zwangerschapsgerelateerde klachten (bekeninstabiliteit). Drie maanden later wordt haar telefonisch meegedeeld dat het dienstverband niet zal worden verlengd bij einde van het jaarcontract. Volgens verzoekster is daarbij gezegd dat haar zwangerschapsklachten een rol hebben gespeeld bij de beslissing en dit zou later nog weer zijn herhaald. De werkgever voert aan dat verzoekster eerst anderhalve maand een opleidingstraject heeft gevolgd en dat zij vrij snel na de start van de feitelijke werkzaamheden een niet te accepteren conflict kreeg met een collega en dat voorts was gebleken dat zij niet was opgewassen tegen de druk die de werkzaamheden meebrachten. Dit zouden de redenen zijn voor het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst. De CGB stelt vast dat verzoekster door haar leidinggevende is aangesproken op haar functioneren inzake de samenwerking met haar collega. De Commissie acht het begrijpelijk dat er nog geen officieel functioneringsgesprek heeft plaatsgevonden gezien de korte tijd dat verzoeksters haar feitelijke werkzaamheden heeft verricht na afronding van het opleidingstraject. Daarom acht de CGB het aannemelijk dat de werkgever twijfelde aan de geschiktheid van verzoekster.

### 3.2 *Benadeling wegens zwangerschap tijdens de opleiding*

In verband met haar vermoedelijke bevallingsdatum wil een zwangere studente een vak herkansen buiten de reguliere herkansingsmogelijkheden. Het gaat om het laatste tentamen van haar bachelor. Tijdens de eerste ronde heeft zij dit tentamen niet kunnen afmaken vanwege benauwdheid als gevolg van haar zwangerschap. De eerste reguliere herkansing heeft ze moeten missen omdat ze in die tijd vanwege de zwangerschap dagelijks voor controle naar het ziekenhuis moest. Zij dient een verzoek in om het vak te herkansen op een datum gelegen vóór haar uitgerekende datum. De Examencommissie wijst dit verzoek af omdat de commissie verwacht dat de studente aan het begin van het volgende studiejaar aan de voorwaarden zal voldoen voor voorwaardelijke doorstroming naar de masteropleiding van haar keuze. Haar beroep bij het College van Beroep voor de Examens wordt ongegrond verklaard. Zij zou geen studievertraging hoeven op te lopen als zij na haar masteropleiding nog een verzoek zou doen voor een extra herkansing of als ze het tentamen zou halen naast de mastertentamens. Vervolgens vraagt de studente de CGB om hierover te oordelen. Op haar verzoek heeft de Commissie de zaak versneld behandeld (oordeel 2009-71). Volgens verweerder – de betrokken Universiteit – wordt met de toepasselijke Onderwijs- en Examenregeling geen onderscheid op grond van geslacht gemaakt. De regeling biedt in bijzondere gevallen – zoals ziekte, zwangerschap en bijzondere familieomstandigheden – de mogelijkheid een herkansing buiten de vastgestelde tentamenperiodes toe te wijzen. Hiervan kan alleen gebruik worden gemaakt als de student anders ‘aanmerkelijke studievertraging’ oploopt. Bij de toepassing worden de regeling en de voorwaarden restrictief uitgelegd om docenten niet onnodig zwaar te belasten met het maken, afnemen en beoordelen van extra tentamens. Ook moet rechtsongelijkheid tussen studenten worden voorkomen. Volgens verweerder zou het honoreren van het verzoek van de zwangere studente uitsluitend omdat zij zwanger is tot rechtsongelijkheid leiden omdat een student die in de reguliere tentamenperiode op vakantie gaat hiervoor niet in aanmerking kan komen. Bovendien kan de studente voorwaardelijk doorstromen naar de masteropleiding en is haar daarmee een voorziening geboden.

De CGB stelt vast dat het verweerder vrij staat om verzoeken om herkansing restrictief te toetsen maar dat dit anders is als het verzoek verband houdt met zwangerschap. Het eventuele nadeel van een restrictieve toetsing dat een studente in dat geval lijdt, is dan te beschouwen als nadeel dat rechtstreeks verband houdt met zwangerschap. De Commissie zet uiteen dat verzoekster nadeel zal lijden en dat dit nadeel een rechtstreeks gevolg is van de zwangerschap (r.o. 3.10) en tevens dat uit de jurisprudentie van het HvJEG voortvloeit dat verzoekster gedurende de hele periode van zwangerschap bescherming wordt geboden (r.o. 3.11). De situatie van verzoekster is niet vergelijkbaar met die van andere studenten. Verweerder miskent dat zwangerschap een eigensoortige seksegebonden omstandigheid is waarmee rekening moet worden gehouden los van de vraag of studievertraging wordt opgelopen. De geboden voorziening neemt het nadeel van verzoekster niet weg (r.o. 12). De CGB concludeert dat de Universiteit jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht in verband met zwangerschap, hetgeen direct onderscheid op grond van geslacht is omdat zwangerschap alleen vrouwen kan treffen (standaard-arrest *Dekker*). Ten overvloede doet de Commissie de aanbeveling de Onderwijs- en Examenregeling zo aan te passen dat het recht op herkansing van een tentamen wordt toegekend op een zodanig moment dat nadeel vanwege zwangerschap zoveel mogelijk wordt voorkomen. Ook doet de Commissie de aanbeveling om het probleem van verzoekster op te lossen. Bij voorkeur zou haar een herkansingsmogelijkheid moeten worden

geboden voor het begin van haar masteropleiding maar in ieder geval voordat het vak van start gaat.

De CGB heeft hiermee een helder en duidelijk oordeel gewezen dat in overeenstemming is met de vaste zwangerschapsrechtspraak van het HvJEG. Deze jurisprudentie betreft in hoofdzaak de deelname aan het arbeidsproces maar moet ook toepassing vinden bij het aanbieden van onderwijs en onderwijsvoorzieningen als vorm van het aanbieden van goederen en diensten. In een opiniërende bijdrage aan het NJB heeft Warmelink vernietigend afgerekend met dit oordeel van de CGB. Hij geeft er echter blijk van niet bekend te zijn met de betekenis van het gelijkheidsbeginsel, namelijk 'gelijke gevallen gelijk behandelen en ongelijke gevallen ongelijk naar rato van hun ongelijkheid'. Dat blijkt uit zijn verwijt dat de CGB overweegt dat ook sprake kan zijn van discriminatie als 'dezelfde regels worden toegepast op verschillende situaties'. Zijns inziens zou het eveneens onjuist zijn om de Awgb te laten wijken voor een EG-richtlijn en de interpretatie daarvan door het HvJ EG en dat zou zeker niet de taak van de CGB kunnen zijn. Hij ziet daarbij de verhouding tussen de Awgb en de Europese gelijkebehandelingsrichtlijnen (waaronder Richtlijn 2004/113/EG inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij het aanbieden van goederen en diensten) over het hoofd.<sup>42</sup>

## 4 AANGAAN ARBEIDSVERHOUDING

### 4.1 *Personeelsadvertenties*

In drie oordelen speelt de vraag of een personeelsadvertentie in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving. Het gaat om een advertentie waarin 'een apotheekmedewerkster (20 – 30 jaar)' wordt gevraagd (oordeel 2009-7) en om advertenties met de vraag naar 'begeleidsters' en 'verkoopsters' (resp. oordelen 2009-119 en 2009-126). Deze oordelen zijn door een enkelvoudige kamer behandeld en er is beslist op basis van de schriftelijke stukken zonder zitting (vereenvoudigde afdoening). In de eerste zaak is klager een man van 40 jaar en in de twee andere zaken is de klacht afkomstig van een stichting die zich richt op het voorkomen en bestrijden van alle vormen van discriminatie. De CGB oordeelt in deze drie zaken dat in strijd met de wet is gehandeld.

In oordeel 2009-7 wordt getoetst aan het verbod van onderscheid op grond van leeftijd en op grond van geslacht. Alleen bij deze twee gronden stelt de gelijkebehandelingswetgeving expliciet eisen aan de vacaturetekst. Voor de grond leeftijd wordt verwezen naar de bijdrage aan deze bundel van Van Leeuwen en De Witte-Van den Haak. In dit overzicht is artikel 3 Wgb relevant. Daar is in het eerste lid bepaald dat bij het aanbieden van een betrekking onderscheid tussen mannen en vrouwen niet is toegestaan. Het derde lid vereist dat een functie qua tekst en vorm zo moet worden aangeboden dat het duidelijk is dat mannen en vrouwen in aanmerking kunnen komen en het vierde lid stelt als eis dat of zowel de mannelijke als vrouwelijke vorm van een functiebenaming wordt gebruikt of uitdrukkelijk wordt vermeld dat mannen en vrouwen in aanmerking komen. De genoemde advertenties voldoen duidelijk niet aan deze eisen. In oordeel 2009-119 heeft de CGB verweerster nog uitdrukkelijk om informatie gevraagd om vast te kunnen stellen of er mogelijk sprake was van een geslachtsbepaalde functie. Die informatie is niet verschaft en de Commissie moet

---

42 Zie H. Warmelink, 'CGB: zwangere student meer gelijk dan anderen', *NJB* 2009, p. 2351, 2352, de auteur is nota bene werkzaam als UHD Staatsrecht en Internationaal Recht RUG.

daarom aannemen dat het bij de gevraagde 'begeleidster' niet gaat om een geslachtsbepaalde functie. Omdat deze uitzondering op het verbod van onderscheid niet aan de orde is, is in strijd met de wet gehandeld.

#### 4.2 *Selectie van kandidaten*

##### *Vrouwendiscriminatie aan de universiteit*

Oordeel 2009-96 betreft de klacht van een vrouw die meent dat haar geslacht en/of leeftijd een rol hebben gespeeld bij de besluitvorming over haar kandidatuur voor de functie bij een economische faculteit. Het oordeel gaat vrijwel uitsluitend over het onderscheid op grond van geslacht omdat voor het onderscheid naar leeftijd onvoldoende feiten zijn aangevoerd (o. 3.45). Het is een spannend en zeer uitgebreid oordeel.

Verzoekster was sinds november 2000 werkzaam aan de betrokken economische faculteit en afwisselend aan buitenlandse faculteiten. In 2001 is zij gepromoveerd en in 2004 kent de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) haar een driejarige Venibeurs toe, een persoonsgebonden subsidie voor het verrichten van wetenschappelijk onderzoek. Haar vaste aanstelling van dat moment wordt op verzoek van de faculteit omgezet in een tijdelijke aanstelling. Na afloop van deze periode werkt ze bij de onderzoeksgroep Geschiedenis en Methodologie van de Economie, daarna een half jaar als visiting professor aan een universiteit in Italië en vervolgens als onbezoldigd gastonderzoeker bij de juist genoemde onderzoeksgroep. De vacature waarnaar verzoekster heeft gesolliciteerd, is bij deze onderzoeksgroep. De selectiecommissie bestond uit drie leden, de voorzitter en twee leden van de wetenschappelijke staf van de onderzoeksgroep, allen man. Bij de selectieprocedure was geen P&O-medewerker aanwezig voor de bewaking van de kwaliteit. In totaal hebben 25 personen gesolliciteerd, 7 vrouwen en 18 mannen. De leden van de selectiecommissie hebben eerst individueel geselecteerd op geschiktheid voor de functie. Op basis daarvan is een shortlist gemaakt met vier kandidaten. Verzoekster zat daar niet bij. De vier kandidaten van de shortlist waren mannen. Er zijn geen sollicitatiegesprekken gevoerd.

Verzoekster klaagt bij de Commissie over de vrouwenonvriendelijkheid in de wetenschap in het algemeen, de economische discipline in het bijzonder en de situatie bij de economische faculteit waar zij heeft gesolliciteerd meer in het bijzonder. Het feit dat haar sollicitatie meteen terzijde is gelegd, is hiervan zowel een illustratie als een gevolg, aldus verzoekster. Zij heeft haar stellingen uitvoerig onderbouwd met een literatuurstudie van wetenschappelijk onderzoek naar de positie van vrouwen aan universiteiten, en in het bijzonder in de economische wetenschap en dit aangevuld met eigen cijfers en berekeningen. Volgens de CGB valt deze onderbouwing in drie delen uiteen: 1) de ondervertegenwoordiging van vrouwen, 2) gebreken in de gevolgde sollicitatieprocedure, en 3) een betwisting van verzoeksters (beweerdelijke) ongeschiktheid in vergelijking met de (beweerdelijke) geschiktheid van de vier geselecteerde kandidaten. De Commissie behandelt deze drie punten uitgebreid in r.o. 3.11 - 3.37. Essentiële overwegingen komen in het navolgende terug.

De CGB bespreekt daarna de hamvraag of de aangevoerde feiten voldoende zijn voor een vermoeden van onderscheid op grond van geslacht (r.o. 3.38 - 3.40). Kernpunt bij de beantwoording van deze vraag is dat weliswaar vaststaat dat vrouwen in Nederland in de wetenschap, en in de economische wetenschap in het bijzonder, zijn ondervertegenwoordigd, maar dat algemene cijfers of andere algemene gegevens als zodanig niet bewijzen dat die algemene situatie zich ook in het concrete geval voor-



doet. Het feit dat vrouwen onder (economische) wetenschappers zijn ondervertegenwoordigd zou – volgens de Commissie – op zichzelf nog niet zeggen dat de mechanismen die deze ondervertegenwoordiging veroorzaken, ook een rol hebben gespeeld bij de afwijzing van een vrouwelijke wetenschapper in een concreet, individueel geval. Deze algemene gegevens kunnen echter wel bijdragen aan het vestigen van een vermoeden van onderscheid. In een situatie van ondervertegenwoordiging kan sneller worden aangenomen dat voldoende feiten zijn aangedragen die onderscheid in het individuele geval kunnen doen vermoeden. Gezien de *in concreto* gehanteerde vage en schuivende selectiecriteria en de ondoorzichtigheid van de sollicitatieprocedure kunnen – volgens de CGB – in het licht van de ondervertegenwoordiging van vrouwen en het zelfs afnemende aantal vrouwelijke wetenschappers bij de betreffende afdeling doen vermoeden dat het feit dat verzoekster een vrouw is, in de sollicitatieprocedure een rol heeft gespeeld. Ook valt niet uit te sluiten dat sekstereotiepe vooronderstellingen de beoordeling van de kwalificaties van verzoekster en/of de invulling van de selectiecriteria hebben beïnvloed. De Commissie laat hierbij meewegen dat verzoekster een hoge waardering heeft voor haar Vidi-onderzoeksvoorstel, haar aanbevelingsbrieven en steunbetuigingen van internationale collega-wetenschappers en het feit dat het cv van verzoekster niet apert afwijkt van die van de vier kandidaten die wel geselecteerd zijn.

In r.o. 3.41 tot en met 3.44 stelt de CGB vast dat verweerder het vermoeden van onderscheid niet heeft kunnen weerleggen. De omstrede sollicitatieprocedure bezit kenmerken die door wetenschappers zijn geïdentificeerd als belangrijke oorzaken voor het voortduren van de ondervertegenwoordiging van vrouwen in de wetenschap, namelijk informele en ondoorzichtige selectieprocedures en het gebruik van persoonlijke netwerken. Met verwijzing naar het arrest *Danfoss (HvJ EG van 11 december 2008, nr. C-371-07)* overweegt de CGB dat dit voor rekening van verweerder komt. Het eindoordeel luidt dat verweerder onderscheid heeft gemaakt bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking.

Op zich is dit een mooi oordeel. De vraag is vervolgens wel wat in dit soort situaties de sanctionering zal moeten of kunnen zijn. De CGB kan geen sancties opleggen en heeft zich hierover ook niet uitgelaten in een overweging ten overvloede. In een gerechtelijke procedure kan de sanctie in geval van gebleken discriminatoir handelen wel aan de orde worden gesteld. In dit geval zou klagster en/of een belangenorganisatie met gebruikmaking van het oordeel van de CGB een procedure kunnen starten. Klagster kan een verklaring voor recht vragen dat zij op discriminatoire gronden de baan niet heeft gekregen en tevens schadevergoeding vorderen. In 2004 heeft de Rechtbank Assen een behoorlijke schadevergoeding toegekend aan een vrouw die op discriminatoire gronden een baan niet had gekregen. De rechter nam voor de begroting van de vergoeding het loon van de tijdelijke baan als uitgangspunt.<sup>43</sup> Klagster kan voorts wellicht vorderen dat ze alsnog de beoogde aanstelling krijgt, maar de toewijsbaarheid van die vordering hangt mede af van de vraag of de man in kwestie al is aangesteld en of, als dat zo is, de klagster daartegen formeel bezwaar heeft gemaakt.

Klagster kan voor haar vordering tot schadevergoeding steun vinden in het arrest *Opuz t. Turkije* van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).<sup>44</sup> Volgens het EHRM kon in deze zaak – waarin sprake was van vrouwendiscriminatie

43 Rb. Assen 1 december 2004, *LJN*AR8103, *JAR* 2005/62; dat was destijds nieuws omdat in eerdere procedures alleen kosten in verband met het sollicitatiegesprek (zoals reiskosten) als schadevergoeding waren toegekend.

44 EHRM 9 juni 2009, nr. 33401/02, (*Opuz t. Turkije*), *NJCM-Bulletin* 2009, p. 758-780 (m.nt. I. Boerefijn & T. Loenen).

omdat Turkije onvoldoende maatregelen had getroffen om de betrokken vrouwen te beschermen tegen huiselijk geweld, niet worden volstaan met de enkele vaststelling van het bestaan van discriminatie, omdat daarmee niet voldoende genoegdoening zou worden gegeven. Er diende tevens schadevergoeding te worden toegekend.

Een andere denkbare optie is een vordering waarbij gevraagd wordt de betrokken universiteit te verplichten tot het voeren van voorkeursbeleid en/of andere positieve actiemaatregelen. Vanwege het beleidsmatige karakter van deze vordering kan een belangenorganisatie deze wellicht beter instellen dan klaagster. Een kleine twintig jaar geleden is ook al verdedigd dat een dergelijke vordering als sanctie wegens discriminatoir handelen toewijsbaar moet zijn.<sup>45</sup> De belangenorganisatie kan hiervoor ook aansluiting zoeken bij het arrest *Feryn* van het HvJEG waarin het Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding als eisende partij optrad.<sup>46</sup> In dit arrest overwoog het Hof dat de doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties die moeten worden getroffen als de rechter discriminatie vaststelt, kunnen bestaan uit: - het geven van voldoende bekendheid aan deze discriminatie; - het gelasten van de werkgever om (op straffe van dwangsom) de discriminerende praktijk te beëindigen; - of het toekennen van een schadevergoeding aan de belangenorganisatie die de procedure heeft gevoerd. Ons inziens biedt het arrest *Feryn* aanknopingspunten om positieve actiemaatregelen, waaronder voorkeursbeleid, te vorderen om daarmee de discriminerende praktijk aan de universiteit te beëindigen.

Discriminatie van vrouwen aan de Nederlandse universiteiten als verklaring van hun ondervertegenwoordiging op diverse niveaus is vaker aangetoond. In paragraaf 1.2 is al gewezen op het proefschrift van Marieke van den Brink over de gang van zaken rond de benoeming van hoogleraren aan Nederlandse universiteiten. Gezien de hardnekkigheid van het probleem is er alle reden om proefprocedures in gang te zetten. Hierbij is het oordeel van de CGB zeer bruikbaar.

### *Balans op de afdeling/teamsamenstelling*

Een vrouw solliciteert naar de functie medewerker handelsregister bij een Kamer van Koophandel. Zij wordt afgewezen en dient een klacht in bij de CGB omdat er sprake zou zijn van onderscheid naar afkomst, godsdienst en geslacht (oordeel 2009-103). Voor wat de grond geslacht betreft voert zij aan dat tijdens het sollicitatiegesprek is gezegd dat het voor de balans op de afdeling goed zou zijn als een man zou worden aangenomen. Dit wordt bevestigd door verweerder en de CGB is van oordeel dat sprake is van feiten die onderscheid op grond van geslacht doen vermoeden. Verweerder kan dit vermoeden weerleggen met de verklaring dat het weliswaar voor de balans beter zou zijn dat een man zou worden aangenomen maar dat dit geen selectie criterium is geweest. Er zou gezocht zijn naar de beste kandidaat. Er waren geschiktere kandidaten en verweerder heeft daaruit gekozen en twee personen voor de functie aangenomen, een man en vrouw. De CGB laat ook de keuze voor mannen en vrouwen bij de uitnodigingen voor de sollicitatiegesprekken meewegen. De 33 sollicitaties zijn afkomstig van achttien vrouwen en vijftien mannen; voor een eerste gesprek zijn zeven vrouwen en vier mannen uitgenodigd en voor een tweede gesprek één man en twee vrouwen. De conclusie luidt dat verweerder geen onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.

45 E. Cremers-Hartman, 'Voorkeursbehandeling van vrouwen bij werving en selectie', *NJB*, afl. 31, 10 september 1992, p. 1006-1012.

46 HvJEG 10 juli 2008, zaak C-54/07, *EHRC* 2008/107 (*Feryn*), m. nt. Gijzen, *JAR* 2008/207.

De oordelen 2009-120 en 121 betreffen de sollicitatie en afwijzing van een vrouw voor de functie van planner/coördinator bij een uitvaartonderneming met als op schrift gestelde afwijzingsgrond 'teamsamenstelling'. De procedure is als volgt. Belangstellenden solliciteren bij een uitzendbureau om daar in dienst te treden en vervolgens te worden uitgeleend aan de uitvaartonderneming. Het uitzendbureau voert intakegesprekken met de sollicitanten, selecteert kandidaten en draagt deze voor bij de uitvaartonderneming. Deze uitvaartonderneming beslist met wie van de geselecteerde kandidaten zal worden gesproken, voert deze sollicitatiegesprekken en neemt de beslissing wie zal worden ingeleend. De vrouw wordt hiervoor afgewezen en krijgt deze uitslag via het uitzendbureau te horen. Zij wil de reden weten en na aandringen krijgt ze een schriftelijke mededeling dat de teamsamenstelling reden voor afwijzing is geweest. De CGB komt desondanks tot de conclusie dat verzoekster geen feiten heeft aangevoerd die onderscheid op grond van geslacht doen vermoeden en dat uitvaartonderneming en uitzendbureau geen onderscheid op grond van geslacht hebben gemaakt.

Doorslaggevend is de context dat naast een man ook vrouwen zijn geselecteerd en uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek, dat de mannelijke kandidaat die in eerste instantie was aangenomen wel over relevante en recente werkervaring beschikte terwijl dit niet voor verzoekster gold en dat onlangs op de betreffende afdeling nog twee vrouwen zijn komen werken. Oordeel 2009-121 van deze gevoegde zaken betreft het handelen van het uitzendbureau. De CGB doet in dit oordeel een aanbeveling omdat de genoemde afwijzingsgrond 'teamsamenstelling' voor meerdere interpretaties vatbaar is. Het uitzendbureau wordt aanbevolen voortaan een duidelijker toelichting van de opdrachtgever te vragen en helder te communiceren met de afgewezen kandidaat. Ook beveelt de Commissie het uitzendbureau aan een inlener aan te spreken als blijkt dat deze een kandidaat om een discriminatoire reden afwijst.

### *Niet opnieuw aanbieden freelance opdracht*

Een docent inburgering werkzaam als freelancer bij een Regionaal Opleidingscentrum (ROC) krijgt tegen het einde van zijn opdracht in een gesprek met de opleidingscoördinator te horen dat hij geen nieuwe opdracht zal krijgen. Daarbij is aan de orde gesteld dat een vrouwelijke leerkracht nodig is of wenselijk zou zijn voor het geven van onderwijs aan bepaalde groepen die vooral uit vrouwen bestaan. Sommige echtgenoten zouden hun vrouw niet laten deelnemen aan een inburgeringscursus als ze weten dat zij les krijgen van mannelijke docenten. De CGB is van oordeel dat het ROC direct onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt (2009-105). Volgens het ROC zou de verklaring van de opleidingscoördinator op een misverstand berusten. Een voorkeur voor vrouwelijke docenten zou juist indruisen tegen het beleid van het ROC, die deelnemers in haar opleidingen juist wil begeleiden in het leven naar de Nederlandse waarden en normen. Het ROC stelt tevens dat verzoeker geen nieuwe opdracht kreeg in verband met de kwaliteit van zijn werk. De CGB acht dit onvoldoende als bewijs dat geen onderscheid is gemaakt omdat de verklaringen van verzoeker en opleidingscoördinator op het punt van het alleen inzetten van vrouwelijk docenten sterk overeen stemmen. De Commissie tikt het ROC op de vingers omdat de klacht van verzoeker niet correct in behandeling is genomen. Er is geen sprake geweest van hoor en wederhoor en verzoeker heeft geen enkele reactie op zijn klacht gehad.

Van belang in dit oordeel is ook dat de Commissie naar analogie de vaste oordelenlijn inzake het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd toepast op het besluit om niet opnieuw een opdracht tot dienstverlening te verstrekken (r.o. 3.3).

Dit zou een besluit betreffende het niet-aangaan van een freelance-overeenkomst zijn tenzij tevoren duidelijk vaststaat dat er sprake is geweest van een eenmalige opdracht. Ook moet vaststaan dat de werkzaamheden na afloop zijn blijven bestaan.

## 5 DISCRIMINATOIRE BEJEGENING

In 2009 is geen enkel oordeel uitgesproken over seksuele intimidatie. Het lijkt niet aannemelijk dat seksuele intimidatie minder voorkomt.<sup>47</sup> Mogelijk wendden slachtoffers zich sneller dan voorheen rechtstreeks tot de rechter of zijn werkgevers adequatere maatregelen gaan nemen?

Over een discriminatoire bejegening onder meer vanwege geslacht werd één oordeel uitgesproken (oordeel 2009-19). In de bewuste zaak lijkt echter vooral sprake te zijn geweest van misplaatste opmerkingen over ras en etnische afkomst en minder over het vrouw-zijn van de betrokkene. De Commissie oordeelt dat de klacht van de werkneemster over de wijze waarop zij is bejegend, niet goed is behandeld. De leidinggevende wist niet goed wat te doen en had daarom, kort na het einde van een emotioneel gesprek tussen hem, de werkneemster en een andere leidinggevende, de werkneemster onverwacht geconfronteerd met de collega over wie zij geklaagd had. Dit leek hem goed vanuit de gedachte van hoor en wederhoor. De Commissie overweegt dat de werkgever de leidinggevende meer handvatten had moeten bieden om de klacht zorgvuldig te behandelen en zo nodig door te verwijzen. Verder was niet aan de werkneemster teruggesproken wat er was gebeurd naar aanleiding van haar eerdere klachten. Ten slotte was de vertrouwenspersoon niet goed bereikbaar en bleek, toen hij uiteindelijk terugbelde, dat hij de werkneemster niet kon helpen, omdat hij net was toegetreden tot de directie. De werkneemster werkte bij het Ministerie van Justitie. Je zou toch verwachten dat de zaken daar beter op orde zouden zijn dan uit deze uitspraak blijkt, maar helaas.

## 6 BELONING

Evenals in 2008 sprak de Commissie in 2009 drie oordelen uit over mogelijke ongelijke beloning. Twee daarvan hebben betrekking op hetzelfde bedrijf en zijn aangevraagd door twee collega's (oordelen 2009-85 en 86). Bij het bedrijf, een verkooponderneming in de agrarische sector, werken tien werknemers, acht mannen en twee vrouwen. De mannen werken voltijd, de vrouwen in deeltijd. De mannen nemen deel aan de bonusregeling, de vrouwen niet. De vrouwen stellen dat hun werkgever onderscheid maakt naar arbeidsduur en/of geslacht door hen niet te laten deelnemen aan de bonusregeling en door hen lager te belonen dan hun mannelijke collega's. De Commissie stelt vast dat er geen sprake is van onderscheid naar arbeidsduur. Toen de werkneemsters nog voltijd werkten, ontvingen zij ook geen bonus. Wel is er sprake van een vermoeden van onderscheid naar geslacht. De werkgever kan dit vermoeden niet weerleggen. Hij stelt dat de werkneemsters typische back-office functies vervullen, anders dan hun mannelijke collega's, en daarom geen invloed hebben op omzet, kosten en marges. De door de Commissie ingeschakelde functiewaarderingsdeskundige heeft echter geconcludeerd dat de functie van de ene werkneemster

---

<sup>47</sup> Zie voor cijfers op dit vlak de Nationale enquête arbeidsomstandigheden 2009. Daaruit blijkt dat ongeveer net zoveel werknemers last ondervinden van (seksuele) intimidatie als in de voorgaande jaren.

(management assistent) een aantal commerciële aspecten bevat, waardoor zij wel degelijk enige invloed heeft op de verkoopresultaten. Verder vervullen sommige mannelijke werknemers een functie zonder commerciële aspecten, zodat aan de andere werknemer (financial administrator), wiens functie geen commerciële aspecten heeft, niet op die grond een bonus geweigerd kan worden. Toekenning van de bonus is bovendien ook afhankelijk van het behalen van groepstargets, waaronder targets met betrekking tot de kosten. Beide werknemers leveren een bijdrage aan het behalen van die groepstargets. Ook daarom ligt uitsluiting van de bonusregeling niet voor de hand. De conclusie is dan ook dat er onderscheid naar geslacht is gemaakt. Waar het gaat om de lagere beloning is er naar het oordeel van de Commissie geen sprake van onderscheid naar geslacht. De werkgever heeft voldoende duidelijk aangetoond dat de werknemers, in tegenstelling tot hun mannelijke collega's, geen eindverantwoordelijkheid hebben en dat er dus sprake is van een voor de beloning relevant niveauverschil tussen hun functies en die van hun mannelijke collega's. De oordelen zijn wat ons betreft overtuigend. De vraag rijst alleen of het wel noodzakelijk was om, zoals de Commissie heeft gedaan, het vermoeden van onderscheid naar geslacht vast te stellen aan de hand van de correlatie- en chikwadraattoets. Ook zonder die toets lijkt het ons evident dat, als in een bedrijf alle acht mannelijke werknemers een bonus (kunnen) krijgen en de twee vrouwelijke niet, er sprake is van een vermoeden van onderscheid naar geslacht.

Interessant is oordeel 2009-67. Het gaat in die zaak om een vrouw van Chinese afkomst die bij de Belastingdienst in dienst treedt als accountant. Tegelijk met haar treedt een mannelijke autochtone medewerker in dienst in dezelfde functie. Deze mannelijke medewerker wordt zeven treden hoger ingeschaald dan verzoekster en verdient aldus ongeveer € 1.200,- bruto per maand meer. Verzoekster stelt dat er sprake is van ongelijke beloning, hetzij vanwege geslacht hetzij vanwege ras.

De Commissie laat een loontechnisch onderzoek verrichten. Daaruit komen als mogelijke oorzaken van het beloningsverschil naar voren dat de mannelijke collega steviger heeft onderhandeld (waartoe ruimte was vanwege krapte op de arbeidsmarkt), dat de Belastingdienst hem op basis van zijn cv een sterkere kandidaat vond en dat is aangesloten bij zijn laatstgenoten salaris bij zijn vorige werkgever. De Commissie stelt echter vast dat geen van deze factoren volledig het beloningsverschil van zeven treden verklaart en dat zij hiervoor overigens ook geen rechtvaardiging kunnen vormen. Het is namelijk niet inzichtelijk geworden hoe het beloningsverschil precies tot stand is gekomen. Krapte op de arbeidsmarkt kan er op zich toe leiden dat een hoger salaris wordt betaald, maar dan moet wel inzichtelijk zijn in welke mate dat is gebeurd. Is dat niet inzichtelijk, dan valt niet uit te sluiten dat vooroordelen over sekse of ras een rol hebben gespeeld. Hetzelfde geldt voor het criterium van het laatstgenoten salaris. Dit kan een relevante maatstaf zijn, maar dan moet wel duidelijk worden gemaakt waarom de bij een vorige werkgever opgedane ervaring een hoger loon bij de nieuwe werkgever rechtvaardigt. In onderhavig geval is dat niet duidelijk geworden. De Commissie concludeert dan ook dat er sprake is van onderscheid naar geslacht en/of ras.

Een aardig aspect is dat uit het onderzoek door de functiewaarderingsdeskundige naar voren komt dat verzoekster waarschijnlijk niet te laag is ingeschaald, maar dat de maatman te hoog is ingeschaald. Uit de cijfers blijkt namelijk dat verzoekster gecorrigeerd naar anciënniteit gemiddeld 4,22% meer verdient dan de mannen in haar functiegroep. De Commissie oordeelt dat er niettemin sprake is van onderscheid in de verhouding tussen verzoekster en haar maatman. Mogelijk is er ook sprake van

onderscheid in andere verhoudingen (wellicht tussen verzoekster en een andere mannelijke collega, maar dan ten nadele van die collega) maar dat is nu niet aan de orde. Het oordeel van de Commissie lijkt ons in beginsel juist. Er wordt een vergelijking gemaakt tussen verzoekster en haar maatman en de conclusie daarvan kan niet anders zijn dan dat de ene anders is behandeld dan de andere, zonder dat daarvoor een afdoende verklaring bestaat. Het is echter de vraag of de verzoekster met dit oordeel in de hand bij de rechter aanspraak kan maken op betaling aan haar van hetzelfde salaris als haar mannelijke collega. Als puur naar de tekst van de gelijke behandelingswetgeving wordt gekeken, zou een dergelijke vordering moeten worden toegewezen. Het valt echter niet uit te sluiten dat de rechter een andere insteek kiest en oordeelt dat, gelet op het functiewaarderingssysteem en op hetgeen de overige werknemers verdienen, aan de verzoekster geen hoger salaris toekomt. Het feit dat de maatman meer verdient, zou dan gezien kunnen worden als een uitzondering die niet meebrengt dat ook andere werknemers dit salaris kunnen claimen. In de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, die is besproken in §1.3, werd een dergelijke redenering gevolgd. De rechtbank wees de loonvordering van de werknemster, die was gebaseerd op het feit dat zij minder verdiende dan haar maatman, af op de grond dat zij niet zou hebben aangetoond dat zij werkzaamheden verrichtte die behoorden bij een bepaalde salarisschaal. De rechter keek dus naar de functie-indeling en niet naar hetgeen de maatman verdiende.

Beide benaderingen lijken ons in beginsel valide. Het voordeel van de benadering van de Commissie is uiteraard dat onderscheid naar geslacht (of een andere grond) sneller wordt blootgelegd. Aan de andere kant is er wat voor te zeggen om pas tot discriminatie op grond van geslacht te concluderen als sprake is van een patroon. Als er ten gunste van één man een uitzondering wordt gemaakt, is er niet direct sprake van een patroon. Gaat het om meerdere mannen, dan komt dit anders te liggen. Het is de vraag of het in het systeem van de wet past, maar het zou te overwegen zijn om ook bij maatmanvergelijkingen pas tot ongelijke beloning te concluderen als aannemelijk is dat sprake is van een systematisch verschil en niet van een min of meer toevallige ongelijke beloning.<sup>48</sup>

## 7 PENSIOENEN

Maar liefst zes oordelen over de grond geslacht in 2009 hebben betrekking op pensioenkwesities. In 2008 was dat slechts één oordeel. In één van deze oordelen (2009-53) wordt de verzoekster zonder veel omhaal niet-ontvankelijk verklaard, omdat zij haar klacht had gericht tegen de administrateur van het pensioenfonds en deze geen adressaat is van de gelijkebehandelingswetgeving. Haar klacht wordt wel inhoudelijk beoordeeld in de zaak tegen het pensioenfonds zelf (2009-54).

Van de vijf inhoudelijke oordelen over pensioenen gaan er drie over het korten van nabestaandenpensioen vanwege het leeftijdsverschil tussen een vrouw en haar overleden, oudere, partner.<sup>49</sup> Opvallend is dat niet steeds tot hetzelfde oordeel wordt gekomen. In één zaak concludeert de Commissie dat sprake is van een verboden onderscheid naar geslacht (oordeel 2009-54), terwijl in de twee andere zaken geen discriminatie wordt vastgesteld. De oorzaak hiervan is dat het deelnemersbestand van

---

<sup>48</sup> Zie voor een enigszins vergelijkbare zaak op pensioengebied oordeel 2004-27, waarin de Commissie concludeert dat sprake is van onderscheid naar geslacht, en Hof Leeuwarden 27 januari 2009, *LJN* BH3143, waarin het hof oordeelt dat één uitzondering op een bepaald beleid ten gunste van een mannelijke werknemer niet tot discriminatie leidt. Zie verder §1.3 van dit hoofdstuk.

<sup>49</sup> Zie hierover ook de noot van E. Lutjens in deze bundel.

de pensioenregelingen verschillend is (oordelen 2009-78 en 2009-101). Binnen het ene bestand leidt het toepassen van een korting vanwege leeftijdsverschil tot significante benadeling van vrouwelijke deelnemers, terwijl dit binnen het andere bestand niet het geval is. Het is dus uiteindelijk een puur statistische kwestie. De Commissie gebruikt hierbij de zogeheten correlatie- en chikwadraattoetsen. Om er zeker van te zijn dat deze toetsen adequaat zijn, heeft de Commissie in zaak 2009-78 de toets voorgelegd aan een deskundige. Deze heeft geoordeeld dat de toetsen geschikt zijn om vast te stellen of de in het geding zijnde kortingsregeling vrouwen in het bijzonder treft.

In oordeel 2009-101 merkt de Commissie nog op dat, als het deelnemersbestand van samenstelling wijzigt, er op enig moment wel weer sprake kan zijn van indirecte discriminatie. De samenstelling van het bestand is dus, het zij herhaald, bepalend. Dat komt ons logisch voor. Er is geen goede andere manier om te bepalen of sprake is van een regeling die vrouwen in het bijzonder treft. Toch heeft het wat arbitrairs dat een paar procent meer of minder vrouwelijke of mannelijke deelnemers het verschil kan uitmaken tussen het wel of niet in strijd met de Awgb handelen. Het recht op gelijke behandeling is zo bezien weinig principieel; meer een kwestie van cijfertjes. Een alternatieve aanpak van dit 'probleem' is er echter niet. Het is nu eenmaal eigen aan indirect onderscheid dat er met statistische gegevens gewerkt wordt en het is eigen aan het werken met statistische gegevens dat ergens een omslagpunt moet liggen tussen wel en geen ongelijke behandeling.<sup>50</sup>

Oordeel 2009-44 heeft betrekking op het niet kunnen ruilen van partnerpensioen tegen ouderdomspensioen door deelnemers die zijn geboren na 1 januari 1950. Dit oordeel is integraal opgenomen in deze oordelenbundel en geannoteerd door A.M. Veldman. Volgens de verzoekster heeft het pensioenfonds door de mogelijkheid van uitruil niet te bieden, onderscheid gemaakt op grond van leeftijd, burgerlijke staat en/of geslacht. Zij voert in dit opzicht onder meer aan dat zij een bewust alleenstaande moeder is en dat zij is benadeeld ten opzichte van verschillende andere groepen, waaronder een jongere generatie vrouwen (zij is zelf uit 1943) en mannelijke kostwinners. In feite wil zij de maatschappelijke positie van oudere, alleenstaande, echters bewust ongehouden, moeders/vrouwen aan de kaak stellen. De Commissie kan echter niet veel met deze zaak. De vergelijking met een jongere generatie vrouwen levert geen onderscheid naar geslacht op: daarvoor is een vergelijking met 'het andere geslacht' vereist. De verwijzing naar het kostwinnersbeginsel is te algemeen om daaruit concrete aanwijzingen voor een vorm van ongelijke behandeling te kunnen putten. De Commissie beperkt zich daarom tot de overweging dat het waarschijnlijk is dat vooral gehuwde mannelijke kostwinners hebben geprofiteerd van het pensioenstelsel zoals dit de afgelopen 50 jaar heeft bestaan, maar dat dit het gevolg is geweest van keuzes van de wetgever die niet op het conto van het pensioenfonds geschreven kunnen worden. Geen ongelijke behandeling dus.

In oordeel 2009-61 stelt de verzoekster dat een pensioenfonds onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door de manier waarop zij per 1 januari 1995 de pensioenregeling heeft aangepast aan de *Barber*-jurisprudentie.<sup>51</sup> Het pensioenfonds is toen overgestapt op een nieuwe pensioenregeling. De aanspraken onder de oude regeling zijn blijven bestaan, maar zijn niet overgedragen naar de nieuwe regeling.

<sup>50</sup> Zie over dit onderwerp ook: C. Waaldijk, 'Wanneer telt (on)gelijke behandeling van (on)gelijke gevallen als indirect onderscheid?' in: S.D. Burri (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004*, Deventer: Kluwer 2005, p. 154 en 155.

<sup>51</sup> HvJEG, 17 mei 1990, C-292/88, *Barber*, Jurispr. 1990, blz. I-1889.

.....

Hiervoor is compensatie geboden. De vrouw heeft ervoor gekozen om het recht om op haar 60<sup>e</sup> met pensioen te gaan – een recht dat bestond in de oude regeling – te handhaven en heeft niet geopteerd voor uitstel tot 65 jaar. De vrouw stelt nu dat zij bij de wijziging in 1995 is benadeeld ten opzichte van mannen. Verder zou haar pensioen vanaf haar 60<sup>e</sup> jaar ten onrechte in mindering zijn gebracht op haar wachtgelduitkering. Het feit dat zij op haar 60<sup>e</sup> met pensioen kon, heeft in die zin dus tegen haar gewerkt.

De Commissie acht beide klachten ongegrond. Voor zover de aanspraken van de vrouw zijn verslechterd door het gelijk trekken van de pensioenleeftijden in 1995, levert dit geen onderscheid naar geslacht op, omdat het pensioenfonds op grond van de *Barber*-jurisprudentie het recht had dit te doen. Bij de wijze van aanpassing is geen onderscheid gemaakt tussen mannen en vrouwen. Integendeel, de vrouw profiteert ervan, dit in tegenstelling tot mannelijke pensioendeelnemers, dat door haarzelf en haar werkgever meer premies zijn betaald voor haar pensioen, vanwege de 60-jarige pensioenleeftijd in de oude regeling. Het in mindering brengen van het pensioen op de wachtgelduitkering is niet toe te rekenen aan het pensioenfonds. Het fonds is niet verantwoordelijk voor de uitvoering van de wachtgeldregeling. Van ongelijke behandeling is geen sprake, omdat het ingaan van het pensioen op 60-jarige leeftijd op zichzelf niet ongunstig is voor vrouwen.

Zowel in deze als in voorgaande zaak is sprake van wijzigingen in de pensioenregeling als gevolg van de vele veranderingen die zich op pensioengebied hebben voorgedaan in de afgelopen jaren, waaronder het gelijktrekken van de pensioenleeftijden van mannen en vrouwen, het ongedaan maken van discriminatie van gehuwde vrouwen en deeltijdwerkers, en het afschaffen van de VUT. Daarbij is vaak niet duidelijk één bepaalde, benadeelde groep aan te wijzen. Waar oude rechten verloren zijn gegaan, zijn verschillende vormen van compensatie geboden. Deze compensatie heeft verschillende effecten gehad, afhankelijk van de levenssituatie van de betrokkenen. Er is een lappendeken ontstaan van verschillende pensioensituaties waarin het soms moeilijk is om door de bomen nog het bos te zien. De Commissie lijkt er inmiddels toe over te zijn gegaan om te beoordelen of een pensioenfonds bij wijziging van een pensioenregeling een redelijke (overgangs)regeling heeft getroffen voor alle betrokkenen (zie oordelen 2009-44 en 2009-61 en ook verschillende oordelen over leeftijdscriminatie). Daarmee raakt zij enigszins buiten het gebied van de gelijke behandeling, omdat niet zozeer meer wordt gekeken of verschillende groepen gelijk zijn behandeld, maar of een bepaalde overgangsregeling aanvaardbaar is. Bovendien geeft de Commissie soms meer uitleg dan noodzakelijk zou zijn ter onderbouwing van het oordeel dat geen sprake is van ongelijke behandeling. Dit is overigens wel begrijpelijk. Het maakt het oordeel beter te accepteren. Dit is geen overbodige luxe, nu de Commissie in de meeste gevallen concludeert dat geen sprake is van ongelijke behandeling. Slechts in één van de zes oordelen uit 2009 over pensioen en onderscheid naar geslacht werd de verzoekster in het gelijk gesteld. Ook dat heeft ermee te maken dat de wijzigingen van de pensioenregelingen van de laatste jaren dan weer eens voor de één en dan weer eens voor de ander nadelig zijn geweest (of voordelig), maar vrouwen er niet in het bijzonder door zijn getroffen. Voor zover dat wel zo is – bijvoorbeeld omdat zij tegenwoordig ook tot hun 65<sup>e</sup> moeten doorwerken in plaats van tot hun 60<sup>e</sup> (en straks tot 67) – wordt dat niet gezien als ongelijke behandeling, omdat de rechtspositie van vrouwen in dit opzicht gelijk is getrokken met die van mannen.



## 8 OVERIGE OORDELEN INZAKE DEELNAME AAN HET ARBEIDSPROCES

### *Fysieke functie-eis indirecte discriminatie van vrouwen?*

Oordeel 2009-128 betreft de klacht van een vrouw die vanaf november 1987 bij de Koninklijke Luchtmacht werkt en daar sinds 2001 de functie van Onderbrandmeester vervult. Het gaat om een relatief zware functie waarvoor periodiek een medische keuring plaatsvindt. Vast onderdeel van deze keuring is een conditietest waarbij de hoeveelheid zuurstof wordt gemeten die het lichaam per minuut kan opnemen bij maximale inspanning (VO<sub>2</sub>max-waarde). Als norm voor de uitoefening van de betrokken functie geldt dat tenminste een waarde van 39/ml/kg/min moet worden behaald. Deze norm geldt ongeacht het geslacht en/of de leeftijd van de keurling. Bij periodieke keuringen in 2007 en 2008 blijkt de vrouw deze waarden niet te halen. Op grond van geldende regelgeving krijgt een medewerker die bij de periodieke keuring niet aan de eisen voldoet, de gelegenheid zich op te werken naar het vereiste niveau met vervolgens een herkeuring. Als betrokkene dan opnieuw wordt afgekeurd, volgt een geneeskundig onderzoek. Uit dat onderzoek kan blijken dat de medewerker niet of slechts voor bepaalde militaire functies geschikt is. Als daarvan sprake is, wordt een andere passende functie binnen Defensie gezocht.

De vrouw dient een klacht in en vraagt de CGB te beoordelen of de Koninklijke Luchtmacht jegens haar verboden onderscheid op grond van geslacht en leeftijd heeft gemaakt door de genoemde fysieke eis te stellen. Later vraagt zij de Commissie ook om te beoordelen of de werkgever in strijd met het verbod van victimisatie heeft gehandeld omdat haar na indiening van de klacht ontslag is aangezegd.

De CGB vat de klacht over leeftijds onderscheid op als onderdeel van de klacht over sekse onderscheid en concentreert zich daarom op de grond geslacht (r.o. 3.9). Uit de informatie verkregen tijdens de procedure blijkt dat vrouwen moeilijker dan mannen kunnen voldoen aan de genoemde fysieke functie-eis tijdens het periodiek geneeskundig onderzoek. Daarmee staat vast dat er sprake is van indirect onderscheid van vrouwen. De CGB onderzoekt vervolgens of hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Het *doel* van het stellen van de fysieke functie-eis is volgens de Commissie legitiem. De omstreden functie-eis geldt alleen voor militaire brandweerm medewerkers die repressieve taken uitvoeren (brandblussen) en de reden is dat zij een fysiek zwaar beroep uitoefenen met extreme piekbelastingen. De kwaliteit van de uitvoering van dergelijke taken mag niet afhankelijk zijn van het geslacht of de leeftijd van het brandweerpersoneel. Alle medewerkers moeten gelijkelijk inzetbaar zijn voor alle taken. Het *middel* van de omstreden fysieke functie-eis is een *geschikt* middel. De CGB leidt dit af uit de wetenschappelijke onderbouwing die de werkgever heeft gegeven. De vraag of de fysieke functie-eis een *noodzakelijk middel* is, (r.o. 3.16 - 3.29) vergt volgens de CGB een uitgebreide beantwoording. Bij het eindresultaat hiervan plaatsen wij vraagtekens. De CGB bespreekt het argument van verzoekster dat er geen sprake is van systematische controle en toepassing van de norm door de Koninklijke Luchtmacht. Zo is verzoekster uitgezonden naar Afghanistan terwijl zij de norm niet haalde. Ook zijn enkele oud-medewerkers weer op tijdelijke basis ingezet, terwijl een van hen geen periodieke keuring had ondergaan toen hij nog als militair werkzaam was. Tevens maakt de Koninklijke Luchtmacht gebruik van burgerbrandweerpersoneel dat aan een minder zware norm hoeft te voldoen. Verweerder rechtvaardigt deze inconsequenties met een verwijzing naar personeelstekorten. Ten aanzien van het burgerpersoneel stelt verweerder dat dit personeel niet bij hem in dienst is en hij van hen niet kan verlangen dat zij aan alle eisen voldoen. In r.o. 3.21 overweegt de

Commissie dat in het algemeen geldt dat een niet-consequente handhaving van een bepaalde eis een aanwijzing kan opleveren dat het middel niet noodzakelijk is. Het streven naar een zo optimaal mogelijke functie-uitoefening is echter legitiem en begrijpelijk en daarom zou de gestelde norm in deze situatie noodzakelijk zijn. De Commissie voegt daar wel aan toe dat verweerder ook het burgerpersoneel aan dezelfde strenge eisen zal moeten onderwerpen. Die inconsequentie zal moeten worden weggelaten.

Vervolgens bespreekt de CGB het bezwaar van verzoekster tegen het gebruik van de looptest. Verzoekster stelt dat bij de aanstellingskeuring van nieuwe brandweerm medewerkers een fietstest wordt gebruikt om de VO<sub>2</sub>max-waarde te bepalen. Haar waarde is bepaald bij een looptest terwijl zij mede vanwege haar lengte met de fietstest een betere score zou halen. Verweerder is van mening dat de looptest de beste en meest betrouwbare test is maar dat deze te bewerkelijk is voor de aanstellingskeuring. De CGB oordeelt dat de meest betrouwbare methode de voorkeur geniet en dat verweerder daarvoor moet kunnen kiezen (r.o. 3.25).

Tot slot wordt ingegaan op de stelling dat voor vrouwen een lagere fysieke eis kan worden gesteld. De CGB wijst dit terecht van de hand. Een verlaging van de norm voor vrouwen met als doel meer vrouwen toe te kunnen laten tot de militaire brandweer is niet aanvaardbaar omdat het niet zo kan zijn dat de veiligheid van slachtoffers, de omgeving en collega's afhankelijk kan worden gemaakt van het geslacht van de brandweerm medewerker (r.o. 3.28).

De uitgebreid gemotiveerde bezwaren van verzoekster leveren aanwijzingen op dat de gehanteerde norm geen noodzakelijk middel is. De overwegingen van de CGB hebben ons niet voldoende overtuigd van het tegendeel. De niet-consequente handhaving van de norm door verweerder is een zwak punt. Ook een eventuele keuze voor de fietstest als alternatief middel wordt van de hand gewezen omdat de looptest de meest betrouwbare methode zou zijn om de VO<sub>2</sub>max-waarde te bepalen. De Commissie schenkt daarbij echter geen aandacht aan het gegeven dat het brandweerpersoneel dat alleen een aanstellingskeuring heeft ondergaan, mogelijk niet aan de veiligheidseisen voldoet omdat zij slechts een fietstest hebben gedaan. Ook op dit punt is de Koninklijke Luchtmacht inconsequent. Of is de fietstest toch een alternatief middel omdat het kennelijk voor de aanstellingskeuring wel als een valide onderzoeksmethode wordt beschouwd?

De CGB had bij de toetsing consequent gebruik kunnen maken van de normstelling van de Wet op de medische keuringen (Wmk). Functie-eisen die een bijzonder beroep doen op de medische geschiktheid met het oog op de veiligheid en gezondheid van de werknemer zelf of van derden, mogen worden gesteld en daarop mag worden gekeurd bij een aanstellingskeuring. Dat is alleen anders als de werkgever door het treffen van arbomaatregelen de gevaren voor de gezondheid en veiligheid kan wegnemen. Bij het onderzoek naar de medische geschiktheid moet gebruik worden gemaakt van valide onderzoeksmethoden. Uit de argumenten van de verweerder blijkt dat niet alle brandweerpersoneel aan de norm hoeft te doen en dat de norm feitelijk met behulp van twee verschillende onderzoeksmethoden wordt vastgesteld. De vraag komt dan op of de veiligheid en gezondheid van de brandweerm medewerkers zelf of van derden kan worden geschaad door een lagere norm toe te staan. Als dat niet het geval is, ligt bijstelling van de zwaardere norm voor de hand. Het lijkt erop dat de CGB ervan uitgaat dat verweerder mag kiezen voor de zwaarste norm als verweerder dat goed dunkt. Ons inziens moet vast komen te staan wat wel/niet nodig is binnen de norm 'veiligheid en gezondheid van de medewerkers zelf of van derden'. Wellicht had de CGB een extern deskundige bedrijfsarts moeten inschakelen om deze normen toe te lichten en toe te passen op de voorliggende vragen.

Omtrent de ontslaanzaegging – die overigens tijdens de zitting is ingetrokken – acht de CGB het bewijs niet geleverd dat sprake is van een victimisatieontslag. De CGB wijst erop dat bij victimisatie de hoofdregel voor bewijs van het civiele recht geldt en niet de regel van verschuiving van de bewijslast die geldt bij het bewijs van discriminatie. Ten overvloede constateert de CGB wel dat getwijfeld kan worden aan de zorgvuldigheid van verweerder bij de ontslaanzaegging. De Commissie heeft daarbij geen aandacht geschonken aan het gegeven dat verweerder slechts een periode van twee maanden na het geneeskundig onderzoek had gebruikt voor het zoeken naar passende functies. Ook dat is onzorgvuldig. Wellicht had de Commissie dit geheel toch kunnen opvatten als victimisatie vanwege de keten van gebeurtenissen rondom het ontslag.

### *Einde arbeidsovereenkomst tijdens proeftijd*

Twee oordelen betreffen een opzegging tijdens proeftijd door een inlener. Het is een onduidelijke klacht waaruit de CGB met enige moeite enkele vraagstellingen kan destilleren. Verzoekster heeft onvoldoende feiten aangedragen voor een vermoeden van onderscheid. De inlener heeft geen onderscheid gemaakt (2009-11) en de klacht tegen het detacheringsbureau is niet-ontvankelijk (2009-12).

### *Duo-banenbeleid bij de politie*

In verschillende oordelen is sprake van een samenloop van gronden. Oordeel 2009-90 is hiervan een voorbeeld. Dit oordeel betreft het duo-banenbeleid bij de politie. Het bevoegd gezag vroeg de CGB zelf om te oordelen of dit beleid juridisch toelaatbaar was. De Commissie verklaart zich onbevoegd voor wat betreft de toetsing aan het verbod van onderscheid naar arbeidsduur omdat het beleid niet de arbeidsvoorwaarden betreft en daarom niet onder de reikwijdte van deze verbodsnorm valt (zie hierover de bijdrage van Baltussen). De CGB toetste het duo-banenbeleid vervolgens wel aan het verbod van indirect onderscheid op grond van geslacht. De conclusie is dat het beleid van de politie, inhoudende dat functies waarvoor continue bezetting noodzakelijk is, ook in duoschap vervuld kunnen worden, in zijn algemeenheid niet in strijd is met de wet. In bijzondere individuele situaties kan het stellen van eisen aan de functie-omvang mogelijk belemmerend werken voor de toegang tot de arbeid en zou er wel sprake kunnen zijn van indirect onderscheid op grond van geslacht.

## **9 HET AANBIEDEN VAN GOEDEREN EN DIENSTEN**

In deze paragraaf komen vijf oordelen aan de orde. Drie daarvan hebben betrekking op mogelijke discriminatie door een verzekeraar, één op het aanbieden van bepaalde voordelen door een bank bij het openen van een rekening en één op de informatievoorziening door een school aan een gescheiden vader. We beginnen met de verzekeraars.

Oordeel 2009-117 is een oordeel dat voor de letselschadepraktijk van aanzienlijk belang kan zijn.<sup>52</sup> De Commissie overweegt dat de verzekeraar niet het vermoeden heeft kunnen weerleggen dat bij de schadebegroting rekening is gehouden met een hypothetische kindervens van de vrouwelijke verzekerde. Derhalve is onderscheid

<sup>52</sup> Zie over dit oordeel ook de noot van A.S. Oude Hergelink & S.D. Lindenberg in deze bundel.

naar geslacht gemaakt. Interessant in deze zaak is dat de verzekeraar verschillende gegevens had overgelegd, met name afkomstig van het CBS, waaruit volgt dat vrouwen veel vaker inkomensverlies ondervinden wanneer zij een kind krijgen dan mannen. De helft van de vrouwen met een voltijd baan gaat in deeltijd werken na de geboorte van het eerste kind, terwijl de arbeidsparticipatie van mannen nauwelijks verandert. In die zin is het voor een verzekeraar relevant om te weten of een vrouw een kinderwens heeft, terwijl dat er bij een mannelijk slachtoffer minder toe doet. De Commissie is kort over dit argument: 'In de wet is (...) geen uitzondering opgenomen, waardoor het verbod op onderscheid niet van toepassing zou zijn op de bepaling van inkomensschade.' Ergo, er is in strijd gehandeld met de gelijke behandelingswetgeving.

In de wet is wel een uitzondering gemaakt voor het gebruik van actuariële factoren bij het berekenen van het pensioen van mannen en vrouwen, in het geval een pensioen niet wordt berekend op basis van een geldelijke bijdrage van de werkgever, maar aan de hand van sterftetabellen (artikel 12c Wgb). Daarbij mag een statistisch verschil tussen mannen en vrouwen dus wel meewegen. In gevallen waarin niet is voorzien op grond van de wet mag het niet, zelfs al is er statistisch gezien een duidelijk verschil tussen mannen en vrouwen. Vanuit het oogpunt van gelijke behandeling is dit logisch. Immers niet elke vrouw heeft een kinderwens en niet elke vrouw gaat minder werken als zij kinderen krijgt. Wordt dat toch verondersteld, dan worden vrouwelijke slachtoffers van letselschade ongelijk behandeld ten opzichte van mannelijke. Een verzekeraar zal dus moeten uitgaan van de informatie die concreet in een bepaalde situatie beschikbaar is en mag zich niet baseren op algemene veronderstellingen als deze onderscheid naar geslacht opleveren, zelfs niet als deze veronderstellingen worden ondersteund door statistische informatie.

De twee andere oordelen over verzekeraars hebben betrekking op het al dan niet vergoeden aan transseksuelen van de kosten van het plaatsen van een inwendige borstprothese.<sup>53</sup> De oordelen betreffen dezelfde situatie en zijn ook gelijklopend. In beide gevallen gaat het om de weigering van een zorgverzekeraar om aan een transseksueel (van man naar vrouw) de kosten te vergoeden van een inwendige borstprothese. Het enige verschil tussen beide zaken is dat de ene verzoeker in de basisadministratie al geregistreerd stond als vrouw (oordeel 2009-107), terwijl dit in de andere zaak nog niet het geval was (oordeel 2009-108).

In beide zaken komen, alvorens de Commissie aan de inhoudelijke vraag toekomt, een aantal formele aspecten aan de orde. Zo stelt de Commissie allereerst vast dat zij bevoegd is de verzoeken te beoordelen, nu de zorgverzekeraars private partijen zijn en de zorgverzekering een schadeverzekering in civiele zin is. Dit was anders, toen de kosten van zorg nog rechtstreeks door de overheid werden vergoed, maar die situatie is gewijzigd met het inwerkingtreden van de Zorgverzekeringswet in 2006. Vervolgens overweegt de Commissie, onder verwijzing naar haar vaste oordelenlijn, dat transseksualiteit onder de grond 'geslacht' valt, dus dat onderscheid tussen twee groepen transseksuelen, te weten die van man naar vrouw en die van vrouw naar man, aan de Awgb kan worden getoetst. In onderhavige zaken hanteerden de verzekeraars het beleid dat het plaatsen van inwendige borstprothesen alleen wordt vergoed na amputatie. De CGB stelt vast dat aldus een neutraal criterium wordt gehanteerd, maar dat hierdoor in de praktijk indirect onderscheid ontstaat, omdat het plaatsen van inwendige borstprothesen, anders dan na amputatie, veel minder gangbaar is bij mannen dan bij vrouwen, en omdat door dit beleid een correctie van de borsten niet wordt ver-

<sup>53</sup> Zie ook de noot van J.H. Gerards in deze bundel.

goed bij transseksuelen die een geslachtsverandering van man naar vrouw ondergaan, terwijl een amputatie wel wordt bekostigd bij een geslachtsverandering van vrouw naar man.

Waar het dan uiteindelijk om gaat, is of het onderscheid objectief gerechtvaardigd is. De Commissie oordeelt dat dit, waar het de basisverzekering betreft, het geval is, nu de wettelijke voorschriften met betrekking tot de te verzekeren prestaties op grond van de Zorgverzekeringswet verzekeraars verbieden om in de basisverzekering de kosten van het plaatsen van inwendige protheses op te nemen. De verzekeraars kan niet verweten worden dat zij de wet naleven. De Commissie stuurt haar oordeel wel door naar de Minister, omdat zij het niet goed uit te leggen vindt waarom borstamputaties wel worden vergoed en inwendige borstprotheses niet. Van onderscheid in de aanvullende verzekering is geen sprake, nu deze verzekering geheel geen regeling bevat voor de vergoeding van kosten van geslachtsverandering. De zorgverzekeraars zijn niet verplicht een dergelijke regeling op te nemen. Zij hebben op dit punt contractsvrijheid.

Wat ons betreft zijn beide oordelen duidelijk en goed gemotiveerd.<sup>54</sup> Verzoek(st)ers hadden op zichzelf gelijk met hun standpunt dat sprake is van ongelijke behandeling, alleen kan dit de verzekeraars niet worden tegengeworpen, omdat zij een wettelijk voorschrift uitvoeren. Het is daarom aan de wetgever om de wet- en regelgeving op dit punt zorg aan te passen.

Oordeel 2009-58 betreft het soort discriminatie waarvan je zou verwachten dat die anno 2009 niet meer voorkomt. Een jonge vrouw opent een spaarrekening bij een bank – afgaand op informatie op internet zal dit de ABN AMRO zijn – als onderdeel van een door haar afgesloten Young Professional Pakket. Dit pakket staat, blijkens de informatie op de website van ABN AMRO, open voor afgestudeerde hbo'ers en academici tot en met 33 jaar (leeftijdsdiscriminatie?), die minimaal € 900,- per maand op hun betaalrekening binnenkrijgen. Bij het pakket horen een aantal voordelen. Eén daarvan is 10% korting op kleding bij een herenmodezaak bij besteding van minimaal € 250,-. Een alternatief in de vorm van korting op kleding bij een damesmodezaak wordt niet geboden. Terecht concludeert de verzoekster daaruit mijns inziens dat het Young Professional Pakket meer op mannelijke dan op vrouwelijke professionals gericht lijkt te zijn. De andere voordelen zijn voor mannen én vrouwen interessant. De Commissie concludeert dat er geen sprake is van een door de Awgb verboden onderscheid. De gelijkebehandelingswetgeving brengt volgens haar niet mee dat een dienst of product slechts mag worden aangeboden wanneer iedereen er evenveel gebruik van kan maken of er een gelijkwaardig alternatief wordt aangeboden. Een andere uitleg zou onwerkbaar effecten tot gevolg hebben, omdat bijna elke combinatie van artikelen of diensten voor de ene groep aantrekkelijker zal zijn dan voor de andere.

Wij vragen ons af of dit oordeel niet wat kort door de bocht is. Natuurlijk brengt de gelijke behandelingswetgeving niet mee dat elke dienst of elk product in gelijke mate aan elke groep personen moet worden aangeboden. De Commissie heeft dat al herhaaldelijk geoordeeld. Een fabrikant van fietsen kan niet worden gedwongen om zowel heren- als damesfietsen te produceren, een verzekeraar mag zich op een specifiek marktsegment richten (oordeel 2006-5) en een producent van geneesmiddelen hoeft bij de samenstelling van de proefpersonenpopulatie voor onderzoek niet alle mogelijke toekomstige typen gebruikers te betrekken (oordeel 2007-76). Toch wringt er iets in de hier besproken zaak. Waarschijnlijk heeft dat te maken met de stereotype

<sup>54</sup> Zie anders J.H. Gerards in haar noot in deze bundel.

beeldvorming die ten grondslag lijkt te liggen aan het pakket dat de bank aanbiedt, namelijk dat de Young Professional iemand is die strak in het pak naar het werk gaat, een man dus. Op grond van artikel 5, onder a van het VN Vrouwenverdrag worden lidstaten geacht dergelijke vooroordelen, die zijn gebaseerd op de stereotype rollen van mannen en vrouwen, uit te bannen. De CGB is weliswaar niet ingesteld op grond van het Vrouwenverdrag, maar niets belet haar om in artikel 7 van de Awgb een wat verdergaande positieve verplichting te lezen dan zij momenteel doet. Dan nog hoeft niet elke aanbieder verplicht te worden om zijn producten gelijkelijk aan iedereen aan te bieden, maar wel kan van hem verlangd worden dat hij er zich rekenschap van geeft waarom hij een bepaalde groep uitsluit. Liggen aan die uitsluiting stereotype ideeën over mannen en vrouwen (of ouderen en jongeren, personen van een bepaalde etnische afkomst, godsdienst etc.) ten grondslag, dan kan dat reden zijn om te concluderen dat sprake is van strijd met de gelijke behandelingswetgeving. In onderhavige zaak was daartoe zeker aanleiding geweest, temeer nu ABN AMRO niet eens zelf kleding aanbiedt, maar slechts korting geeft op door anderen aangeboden kleding. Minimaal had de Commissie ABN AMRO kunnen aanbevelen om ook korting te geven op dameskleding. Dat had de bank wellicht in beweging gebracht. Een onderzoekje op internet in januari 2010 leert dat het Young Professional Pakket nu in ongewijzigde vorm voortbestaat, inclusief de korting op kleding bij Suit Supply herenkleding.

Oordeel 2009-2, welk oordeel reeds aan de orde kwam in de paragraaf over de bevoegdheid van de Commissie, heeft betrekking op de informatievoorziening door een basisschool aan een gescheiden vader.<sup>55</sup> De Commissie stelt vast dat het meegeven van een klanttevredenheidsonderzoek aan het oudste kind van een gezin in plaats van het op te sturen aan de ouders, ertoe leidt dat meer gescheiden moeders dan vaders dit onderzoek kunnen invullen, omdat kinderen na een scheiding vaker bij de moeder wonen dan bij de vader. Dit indirecte onderscheid is echter gerechtvaardigd, omdat doel van het klanttevredenheidsonderzoek was om het oordeel te verkrijgen van de ouder/verzorger die belast is met de dagelijkse zorg voor het kind, dus degene bij wie het kind woont. De Commissie overweegt verder dat de school de vader alle informatie heeft verstrekt die zij moest verstrekken, hem meerdere keren heeft uitgenodigd voor gesprekken en hem heeft verwezen naar de landelijke klachtenregeling die in het basisonderwijs geldt. Dat de vader op enig moment de toegang is ontzegd tot de school en de ouderavonden heeft niets te maken met zijn geslacht of burgerlijke staat, maar met zijn houding en opstelling.

Over het oordeel valt verder weinig te zeggen. De feiten spreken eigenlijk voor zich. Het lijkt ons dat de CGB niet het juiste forum is om conflicten uit te vechten die betrekking hebben op de relatie tussen twee ouders en in feite niets van doen hebben met gelijke behandeling op grond van geslacht. In soortgelijke zin schrijven ook Wortmann en Strijkers in deze bundel. Voor wie zich achtergesteld voelt, is echter elk forum er één. Het is in dit opzicht tekenend dat in de zes zaken die inmiddels aan de Commissie zijn voorgelegd over dit soort kwesties, slechts één keer is geoordeeld dat sprake was van strijd met de wet en één keer gedeeltelijk. Kennelijk doen de meeste scholen wel zo ongeveer wat ze moeten doen.

---

<sup>55</sup> Zie over dit oordeel ook de noot van S.F.M. Wortmann in deze bundel. Het oordeel is ook besproken door Strijkers in zijn commentaar over de grond seksuele gerichtheid in deze bundel.

## 10 TOT SLOT

Het jaar 2009 heeft weer een aantal mooie oordelen opgeleverd. In veel oordelen spelen interessante vraagpunten en dit heeft de nodige bespreekstof opgeleverd. Bijzonder vermeldenswaard zijn het oordeel over het moeten bieden van een reële herkansingsmogelijkheid voor één of meerdere tentamens aan een zwangere studente (oordeel 2009-71), het oordeel over onderscheid naar geslacht bij de vervulling van een wetenschappelijke functie aan de Universiteit (oordeel 2009-96) en het oordeel over discriminatie door een verzekeraar door het rekening houden met een mogelijke kindervens bij vrouwelijke slachtoffers en niet bij mannelijke (oordeel 2009-117). Sommige oordelen roepen echter vragen op. Dit geldt bijvoorbeeld voor het oordeel over de fysieke test bij de luchtmacht (oordeel 2009-128). Het oordeel heeft ons er niet van overtuigd dat de veiligheid en gezondheid van de brandweermedewerkers of van derden zal worden geschaad door een lagere fysieke eis toe te staan. Het lijkt erop dat de CGB ervan uitgaat dat verweerder mag kiezen voor de zwaarste norm als verweerder dat goed dunkt. Wij hebben ons afgevraagd of de normstelling van de Wet op de medische keuringen in dit oordeel geen grotere rol had moeten spelen. Het inschakelen van een extern deskundige bedrijfsarts om deze normen toe te lichten en toe te passen op de voorliggende vragen zou nuttig zijn geweest. Ook de vrij beperkte toets die de Commissie hanteert in het geval een product of dienst wordt aangeboden waar alleen mannen of alleen vrouwen iets aan hebben, verdient naar onze mening heroverweging. Er zou in elk geval gekeken moeten worden of de aanbieder van het product of de dienst zich niet laat leiden door stereotype ideeën over mannen of vrouwen. Tot slot verdienen de maatmanvergelijkingen bij ongelijke beloning, inclusief pensioen, de aandacht. Is er wel sprake van onderscheid als één maatman een hogere beloning ontvangt, maar er geen sprake is van een meer systematische vorm van benadeling? CGB en rechter blijken hier verschillend over te denken. Wellicht is enige afstemming mogelijk, ook om te voorkomen dat het recht voor verzoekende partijen onbegrijpelijk wordt.

# Overzicht van oordelen 2009 over de grond geslacht

2009-2

**Grond:** geslacht; burgerlijke staat  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** geen verboden onderscheid;  
 geen onderscheid; geen strijd met de wet

**Samenvatting:**  
**School handelt niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving jegens gescheiden vader.**

Een gescheiden man klaagt over het beleid van de school van zijn kinderen. Hij stelt dat de school onderscheid jegens hem maakt op grond van zijn geslacht en burgerlijke staat bij de uitvoering van het klanttevredenheidsonderzoek, de informatieverstrekking over zijn kinderen en het besluit hem de toegang te ontzeggen tot de school en de ouderavonden. Tot slot klaagt hij over de wijze waarop de school zijn klachten heeft behandeld. De Commissie oordeelt dat de wijze waarop de school uitvoering geeft aan het klanttevredenheidsonderzoek leidt tot indirect onderscheid op grond van geslacht en burgerlijke staat. Dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd en dus niet verboden. Met betrekking tot de klacht van de man over de informatieverstrekking aan hem over zijn kinderen oordeelt de Commissie dat de man geen feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat onderscheid is gemaakt op grond van zijn geslacht en/of zijn burgerlijke staat. Dit geldt ook met betrekking tot de klacht van de man dat hem de toegang tot de school en de ouderavonden is ontzegd. Tot slot oordeelt de Commissie dat de school niet in strijd heeft gehandeld met de wet door de wijze waarop zij de klachten van de man heeft behandeld.

2009-6

**Grond:** geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Verboden onderscheid op grond van geslacht door arbeidsovereenkomst niet te verlengen.**

Een vrouw was senior inkoper bij een delicatessenwinkel. Nadat zij had verteld dat zij zwanger was, heeft de werkgever op haar verzoek de arbeidsovereenkomst verlengd tot aan het begin van haar zwangerschapsverlof. Nadien is de arbeidsovereenkomst niet opnieuw verlengd. De werkgever heeft voorts een getuigschrift afgegeven waarin wordt gerefereerd aan de zwangerschap van de vrouw. De Commissie oordeelt dat hiermee het vermoeden is komen vast te staan dat de arbeidsovereenkomst niet is verlengd vanwege haar zwangerschap. De werkgever noemt als reden dat de arbeidsovereenkomst was verlengd tot aan het begin van haar zwangerschapsverlof, dat de vrouw kort nadat zij in dienst was getreden uitsluitel wenste over de verlenging van haar arbeidsovereenkomst. Aangezien hierover nog geen duidelijkheid kon worden gegeven is de arbeidsovereenkomst op verzoek van de vrouw verlengd met één maand. Nadien is de arbeidsovereenkomst niet opnieuw verlengd, omdat zij nog niet op het gewenste senior niveau functioneerde. De Commissie acht het niet onvoorstelbaar dat de werkgever op het moment dat verzoekster duidelijkheid wenste over de verlenging van haar arbeidsovereenkomst nog onvoldoende zicht had op haar functioneren. Een dergelijke verlenging kan echter even goed worden begrepen als een vanzelfsprekende verlenging tot de ingangsdatum van het verlof, geheel los van het functioneren van verzoekster. De werkgever heeft twee voorbeelden genoemd waaruit zou blijken dat de vrouw nog niet het gewenste senior niveau had. De vrouw heeft dit deels betwist. Voorts heeft de werkgever geen enkele (zichtbare) poging gedaan om het functione-



ren van verzoekster met haar te bespreken, of op het gewenste niveau te brengen. De Commissie oordeelt dat de werkgever er niet in is geslaagd te bewijzen dat de zwangerschap van de vrouw niet (mede) redengevend is geweest voor het besluit haar arbeidsovereenkomst niet te verlengen.

### 2009-7

**Grond:** geslacht; leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid en strijd met de wet

#### Samenvatting:

**Een bedrijf maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd en geslacht door in een personeelsadvertentie te vragen naar een apotheekmedewerkster (20-30 jaar). Tevens onderscheid op grond van leeftijd bij de behandeling van een sollicitatie en strijd met de wet.**

In de personeelsadvertentie van een apotheek is een leeftijdsgrens genoemd (20-30 jaar). Ook heeft het bedrijf in reactie op een sollicitatie op deze functie aangegeven een jong team te hebben en dat graag zo te willen houden. Hiermee heeft het bedrijf onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. Het bedrijf heeft de handelwijze niet objectief kunnen rechtvaardigen. Daarom is sprake van verboden onderscheid zowel bij de aanbieding van de betrekking, als bij de behandeling van de vervulling van de betrekking. Daarnaast handelt het bedrijf in strijd met artikel 9 WGBL omdat de leeftijds eis in de advertentie niet is gemotiveerd.

Omdat in dezelfde personeelsadvertentie om een apotheekmedewerkster is gevraagd, maakt het bedrijf tevens direct onderscheid op grond van geslacht. Er is geen wettelijke uitzondering van toepassing. Daarom is sprake van verboden onderscheid op grond van geslacht. Het bedrijf handelt tot slot ook in strijd met de WGB door in de personeelsadvertentie de vrouwelijke functiebenaming te hanteren en niet te vermelden dat ook mannen in aanmerking komen.

### 2009-11

**Grond:** geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** niet ontvankelijk

#### Samenvatting:

**Detacheringsbureau geen bemoeienis met vervulling vacature. Klacht niet ontvankelijk.**

Een werkgever zegt de arbeidsverhouding met een gedetacheerde kracht op binnen de proeftijd. De vrouw stelt dat tegen haar is gezegd dat men liever een man wilde en wijst erop dat de werkgever inderdaad een man in dienst heeft genomen. De werkgever verklaart onweersproken dat de nieuwe medewerker een heel andere functie bekleedt dan de tijdelijke functie waarvoor de vrouw was ingeleend. Het detacheringsbureau stelt onweersproken geen enkele bemoeienis te hebben gehad met de werving en selectie voor de functie bij de inlener. Er zijn geen aanwijzingen dat dat anders zou zijn. Omdat het detacheringsbureau op geen enkele wijze betrokken is geweest bij de vervulling van de vacature bij de inlener, is het verzoek niet ontvankelijk.

### 2009-12

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

#### Samenvatting:

**Geen feiten die onderscheid naar geslacht kunnen doen vermoeden.**

Een werkgever zegt de arbeidsverhouding met een gedetacheerde kracht op binnen de proeftijd. De vrouw stelt dat tegen haar is gezegd dat men liever een man wilde en wijst erop dat de werkgever inderdaad een man in dienst heeft genomen. De werkgever bestrijdt dat het geslacht van de vrouw een rol heeft gespeeld bij de beëindiging van de arbeidsverhouding, alsook dat het geslacht van de nieuwe medewerker bij zijn benoeming van invloed zou zijn geweest. De werkgever licht toe dat het ging om twee verschillende functies. Geen feiten die onderscheid kunnen doen vermoeden

**2009-18**

**Grond:** geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zwangere vrouw onterecht niet verlengd.**

Een vrouw werkt als verzorgende B bij een zorginstelling op grond van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Haar arbeidsovereenkomst wordt verlengd, waarna een volgende verlenging zou volgen. Wel geldt als voorwaarde dat zij de opleiding voor verzorgende C af gaat ronden. Voordat verzoeksters arbeidsovereenkomst wederom verlengd wordt, wordt zij zwanger. Het volgen van de opleiding is al twee maal verschoven, eenmaal omdat de cursus vol zat en eenmaal omdat er onvoldoende aanmeldingen waren. De zorginstelling besluit de arbeidsverhouding met de vrouw niet voort te zetten omdat zij door afwezigheid in verband met de zwangerschap de opleiding niet zal kunnen afronden. Direct onderscheid op grond van geslacht. Hiervoor is geen objectieve rechtvaardiging mogelijk.

**2009-19**

**Grond:** ras; geslacht; arbeidsduur; vaste en tijdelijke arbeidscontracten  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** strijd met de wet; geen verboden onderscheid; geen victimisatie

**Samenvatting:**

**Strijd met de wet door klachten over discriminatoire bejegening onvoldoende zorgvuldig te behandelen. Geen onderscheid op grond van arbeidsduur en tijdelijke aard arbeidsovereenkomst. Geen victimisatie.**

Een werknemer werkte op detacheringsbasis bij een onderdeel van het Ministerie van Justitie. Zij heeft bij deze feitelijk werkgever geklaagd over discriminatoire bejegening door collega's. De Commissie oordeelt dat de werkgever in strijd met de wet heeft gehandeld door haar klachten onvoldoende zorgvuldig te behandelen. De stelling dat sprake is van onderscheid op grond van arbeidsduur en tijdelijke aard arbeidsovereenkomst heeft de werknemer niet onderbouwd. Er is daarom geen sprake van onderscheid. De werknemer heeft verder niet kunnen bewijzen dat zij het slachtoffer is geworden van victimisatie.

**2009-44**

**Grond:** leeftijd; burgerlijke staat; geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen (verboden) onderscheid

**Samenvatting:**

**Geen onderscheid op grond van leeftijd, geslacht en/of burgerlijke staat door bewust ongehuwde moeder, geboren voor 1950, uit te sluiten van mogelijkheid uitruil partnerpensioen.**

Een pensioenfonds hanteert de regel dat uitruilen van (opgebouwd) partnerpensioen voor een (hoger) ouderdompensioen alleen mogelijk is voor deelnemers die zijn geboren na 1 januari 1950. Een vrouw, geboren in 1943 en een bewust alleenstaande moeder, is 22 jaar deelnemer geweest bij dit pensioenfonds. Zij klaagt erover dat zij een relatief laag ouderdompensioen heeft, vanwege deze knip naar geboortjaar en/of omdat haar beroep op de hardheidsclausule niet is gehonoreerd. De vrouw vraagt de Commissie te onderzoeken of het nadeel dat zij ondervindt te wijten is aan verboden onderscheid op grond van leeftijd (haar generatie vrouwen in vergelijking met de jongere generatie vrouwen), geslacht en/of burgerlijke staat (uitgangspunt van de mannelijke kostwinner). Zij vraagt de Commissie om daarbij tevens de maatschappelijke context in aanmerking te nemen. Naar het oordeel van de Commissie is geen sprake van (verboden) onderscheid op grond van leeftijd, geslacht en/of burgerlijke staat, noch afzonderlijk noch in onderling verband bezien.

Voorts concludeert de Commissie dat de vrouw niet een zodanig uitzonderlijke positie heeft dat daarop de hardheidsclausule van toepassing zou moeten zijn.

Geen (verboden) onderscheid.

**2009-51**

**Grond:** geslacht  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** niet bevoegd

**Samenvatting:**

**Handelen van vereniging betreft intern verenigingsrecht en valt daarom buiten de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving. Commissie niet bevoegd.**

Een sollicitant klaagt erover dat de vereniging jegens hem onderscheid op grond van geslacht maakt door haar bestuurslidmaatschap voor te behouden aan vrouwelijke leden.

De beperking, dat het bestuurslidmaatschap van de vereniging is voorbehouden aan Marokkaanse vrouwen, houdt verband met het doel van de vereniging, zoals verwoord in haar statuten. Nu het bestuur op grond van de statuten van de vereniging wordt gekozen uit haar leden en het lidmaatschap vanwege het verenigingsdoel is voorbehouden aan de Marokkaanse vrouwen, betekent dit dat de verenigingsvrijheid in het geding is. De Commissie is daarom niet bevoegd een oordeel te geven over dit handelen.

### 2009-53

**Grond:** geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** niet ontvankelijkheid

**Samenvatting:**  
**Gelijkebehandelingswetgeving richt zich niet tot administrateur van pensioenfond.**

Een vrouw wordt gekort op haar nabestaandenpensioen voor elk jaar dat ze meer dan tien jaar jonger is dan haar overleden echtgenoot. Het gaat om een totaal van zes jaar. Zij meent dat sprake is van onderscheid op grond van geslacht, omdat meer vrouwen dan mannen door deze regeling worden getroffen. Zij richt haar klacht tegen de administrateur van het pensioenfonds dat de regeling uitvoert. Niet ontvankelijk in haar verzoek, nu de administrateur slechts uitvoerder is van het pensioenfonds en geen enkele beleidsvrijheid in de uitvoering heeft. Daardoor is de administrateur geen normadressaat van de gelijkebehandelingswetgeving.

### 2009-54

**Grond:** geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Vrouw onterecht gekort in nabestaandenpensioen vanwege leeftijdsverschil.**

Een vrouw wordt gekort op haar nabestaandenpensioen voor elk jaar dat ze meer dan tien jaar jonger is dan haar overleden echtgenoot. Het gaat om een totaal van zes jaar. Zij meent dat sprake is van onderscheid op grond van geslacht, omdat meer vrouwen dan mannen door deze regeling worden getroffen. De Commissie overweegt dat zij op grond van de zogenaamde Barber-richtlijn het verbod van onderscheid op grond van geslacht bij pen-

sioenopbouw vanaf 17 mei 1990 kan toetsen. Tussen partijen staat vast dat sprake is van indirect onderscheid: meer vrouwen dan mannen worden getroffen. Het pensioenfonds in kwestie acht de korting objectief gerechtvaardigd omdat zij als 'dood fonds' anders de hoogte en indexering van de uitkeringen aan de andere deelnemers niet zou kunnen handhaven. Naar echter uit berekeningen is gebleken tast de niet-toepassing van de kortingsregeling deze uitkeringen slechts in geringe mate aan. Het effect van de niet-toepassing van de kortingsregeling op het pensioen van verzoekster is, hoewel ook gering, groter. De Commissie oordeelt dat het pensioenfonds daarom niet voor de meer onderscheid makende oplossing van haar financiële probleem had mogen kiezen. Verboden onderscheid.

### 2009-55

**Grond:** geslacht; godsdienst  
**Terrein:** geen  
**Dictum:** niet bevoegd

**Samenvatting:**  
**Commissie niet bevoegd te oordelen over subsidiering van informatieloketten door gemeente.**

Een vrouw stelt dat zij zich ongelijk behandeld voelt op grond van geslacht en godsdienst door de overheid, omdat de gemeente een subsidie verstrekt aan een informatiepunt. Het informatiepunt is gevestigd bij een moskee en volgens de vrouw zijn er voor mannen en vrouwen aparte loketten. De Commissie stelt vast dat het informatiepunt in kwestie geen gemeenteloket is. De rol van de gemeente met betrekking tot het informatiepunt is beperkt tot het verstrekken van een subsidie. Het verstrekken van subsidies is een typische overheidstaak en moet worden aangemerkt als zogenaamd 'eenzijdig overheidshandelen'. Eenzijdig overheidshandelen valt buiten de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving, hetgeen leidt tot het oordeel dat de Commissie niet bevoegd is te oordelen over het handelen van de gemeente.

**2009-58**

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

**Samenvatting:**  
**Young Professional Pakket is niet in strijd met de wet.**

Een vrouw is klant bij een bank. Zij heeft eind vorig jaar een zogenoemd Young Professional Pakket afgesloten. Afnemers van dit pakket kunnen van een aantal bancaire diensten gebruik maken en van bepaalde - wisselende - voordelen. Deze voordelen bestonden onder meer uit een korting van € 40,- op een jaarabonnement op een landelijk dagblad en 10% korting op kleding bij een herenmodezaak. Volgens de vrouw handelt de bank in strijd met de wet door een korting aan te bieden bij een kledingzaak die enkel herenkleding verkoopt en geen vergelijkbare korting aan te bieden bij een winkel die (ook) dameskleding verkoopt. De Commissie stelt vast dat zowel mannen als vrouwen in aanmerking kunnen komen voor het Young Professional Pakket. De vrouw stelt niettemin dat de inhoud van het pakket voordeliger is voor mannen dan voor vrouwen. De Commissie oordeelt dat de gelijkbehandelingswetgeving niet de verplichting met zich brengt dat een goed of dienst slechts mag worden aangeboden wanneer iedereen er evenveel gebruik van kan maken, of er althans een gelijkwaardig alternatief wordt aangeboden. Dat het Young Professional Pakket inclusief de daarbij behorende voordelen mogelijk aantrekkelijker is voor mannen dan voor vrouwen betekent dus nog niet dat daarmee verboden onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt in de zin van artikel 7 AWGB. De vrouw meent voorts dat de bank door uitsluitend korting op herenkleding te bieden, zich met het Young Professional Pakket richt op mannen. De Commissie oordeelt dat de gelijkbehandelingswetgeving het niet verbiedt een doelgroepenbeleid te voeren, mits personen niet worden uitgesloten vanwege door de gelijkbehandelingswetgeving beschermde gronden. De bank heeft geen verboden onderscheid op grond van geslacht gemaakt met het Young Professional Pakket. Wel handelt de bank in strijd met de gelijkbehandelingswetgeving, door de wijze waarop zij de klacht van de vrouw over discriminatie heeft behandeld.

**2009-61**

**Grond:** geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen onderscheid; niet ontvankelijk

**Samenvatting:**  
**Vrouw lijdt geen nadeel door opvolgende pensioenregelingen; niet ontvankelijk bij toepassing wachtgeldregeling.**

Een pensioenfonds past verschillende opvolgende pensioenregelingen toe op een vrouw die in 1942 geboren is. Aanvankelijk had zij recht op een pensioen op zestigjarige leeftijd. Vanaf 1974 gold voor mannen en vrouwen dezelfde pensioenleeftijd van 65 jaar, maar de vrouw maakte gebruik van een overgangsregeling, op grond waarvan zij nog steeds op zestigjarige leeftijd met pensioen kon gaan. Op 1 januari 1995 is deze regeling ingetrokken in verband met het Barber-arrest van het Europese Hof van Justitie, dat een gelijke pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen verplicht stelde. De daarop volgende nieuwe regeling, die de oude aanvulde, ging uit van 65 jaar voor beide groeperingen. De vrouw stelt in het nadeel te zijn ten opzichte van mannen, omdat de waarde van haar pensioen, opgebouwd vóór 1995, niet is overgedragen naar de opvolgende pensioenregeling en zij ook niet anderszins voor het wegvallen van dit voordeel is gecompenseerd. De vrouw is per 1 juli 1996 ontslagen en ging akkoord met een wachtgeldregeling die zou duren tot 1 oktober 2007, de maand volgend op die waarop zij 65 jaar zou worden. Met ingang van 1 oktober 2002 kwam zij in aanmerking voor een ouderdomspensioen. Vanaf dit moment werd haar wachtgeld gekort met een bedrag ter hoogte van haar pensioenuitkering. De vrouw klaagt over nadeel door toepassing van de verschillende pensioenregelingen en nadeel door toepassing van de wachtgeldregeling. De Commissie oordeelt dat de ontwikkelingen in de pensioenregelingen het gevolg zijn van de noodzaak mannen en vrouwen op grond van het Barber-arrest gelijk te behandelen. Het EG-recht verzet zich er niet tegen dat de pensioengerechtigde leeftijd van de bevoordeelde groep wordt gebracht op het hogere niveau van de benadeelde groep ('levelling-down'). De Commissie stelt voorts vast dat de vrouw op de leeftijd van 65 jaar recht had op een hoger pensioen dan een man die in een gelijke positie als de vrouw zou hebben verkeerd, afgezien van de onmogelijkheid het pensioen op zestigjarige leeftijd te laten ingaan. De vrouw profiteert in tegenstelling tot de man van de vroegere inleg van een hogere premie

voor de pensioenvoorziening zowel door haarzelf als door de werkgever. Geen verboden onderscheid. Met betrekking tot de toepassing van de kortingsclausule in de wachtgeldregeling, is de vrouw niet ontvankelijk in haar verzoek, omdat het pensioenfonds haar de mogelijkheid heeft geboden haar pensioen tot 65 jaar uit te stellen en omdat het pensioenfonds geen invloed heeft op het feit dat de wachtgeldregeling dat niet toelaat.

## 2009-67

**Grond:** ras; geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Ondoorzichtige toepassing van beloningsmaatstaven leidt tot ongerechtvaardigd beloningsverschil op. Verboden onderscheid op grond van ras en geslacht.**

Een vrouw van Chinese afkomst klaagt over ongelijke beloning ten opzichte van een autochtone mannelijke collega. Hij is in dezelfde periode als zij aangenomen door de werkgever, maar hij is zeven treden hoger ingeschaald. De werkgever stelt dat bij de inschaling van deze collega de opleiding, de eerder opgedane relevante ervaring en het laatstgenoten salaris, in combinatie met salarisonderhandelingen, een rol hebben gespeeld. De Commissie heeft het verschil in beloning onderzocht en concludeert dat het verschil niet gerechtvaardigd is. Het verschil in werkervaring tussen de vrouw en haar collega is te gering om een verschil van zeven treden te verklaren. Zowel de vrouw als haar collega hadden de vereiste opleiding niet afgerond. De Commissie heeft uit het onderzoek niet kunnen afleiden dat hierdoor een verschil in beloning is opgetreden. De werkgever denkt dat de collega van de vrouw de arbeidsmarktsituatie beter benut heeft bij zijn salarisonderhandelingen. De Commissie concludeert echter dat de werkgever niet inzichtelijk heeft kunnen maken welk systeem of beleid hij hanteert bij de toepassing van de beloningsmaatstaven 'arbeidsmarkt' en 'onderhandelingsvaardigheden', anders dan dat hij stelt dat deze maatstaven het mogelijk maken aan te sluiten bij het laatstverdiende loon van een kandidaat. Omdat beiden in dezelfde periode zijn aangenomen, is niet in te zien waarom dezelfde arbeidsmarktsituatie tot een verschil in salaris zou moeten leiden.

## 2009-71

**Grond:** geslacht  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Universiteit houdt onvoldoende rekening met zwangerschap student.**

Een student vraagt de universiteit een herkansing te mogen doen buiten de reguliere herkansingsmogelijkheid in verband met haar vermoedelijke bevallingsdatum. De universiteit wijst het verzoek van de student af. Dergelijke verzoeken worden restrictief getoetst, om onnodige extra belasting van docenten te voorkomen. Een student komt hiervoor enkel in aanmerking indien hij een aanmerkelijke studievertraging oploopt. Daarnaast moet sprake zijn van een bijzondere omstandigheid, zoals bijvoorbeeld ziekte of zwangerschap. In de onderhavige situatie is weliswaar sprake van een bijzondere omstandigheid, maar hoeft de student geen studievertraging op te lopen, omdat zij voorwaardelijk kan doorstromen naar de masteropleiding. De student meent dat zij wel degelijk nadeel ondervindt, omdat zij door haar verzoek om een herkansing af te wijzen, gedwongen is het vak opnieuw te volgen, en daardoor tijdens haar masteropleiding wordt geconfronteerd met een zwaardere studielast.

Voorop staat dat de universiteit het verzoek om een herkansing restrictief mag toetsen. Alleen vrouwen kunnen echter zwanger worden. Daarom wordt nadeel ten gevolge van zwangerschap beschouwd als onderscheid op grond van geslacht. In dit geval staat vast dat de student het vak niet heeft kunnen herkanssen in verband met haar zwangerschap. Dit betekent dat de universiteit door de afwijzing van het verzoek direct onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt. Dit is verboden, behoudens in de wet genoemde uitzonderingen. Daarvan is in dit geval geen sprake. De Commissie beveelt de universiteit aan de Onderwijs- en Examenregeling aan te passen en om de student nog voor de start van de masteropleiding in de gelegenheid te stellen het vak te herkansen.

**2009-78**

**Grond:** geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Pensioenverzekeraar maakt geen onderscheid op grond van geslacht door nabestaandenpensioen te korten in verband met een groot leeftijdsverschil. Evenmin onderscheid op grond van geslacht door nabestaandenpensioen niet te indexeren.**

Een antidiscriminatiebureau stelt dat een pensioenverzekeraar verboden onderscheid op grond van geslacht maakt door het nabestaandenpensioen te korten als de nabestaande meer dan tien jaar jonger is dan de deelnemer aan de pensioenregeling. De algemene landelijke CBS-cijfers lijken te wijzen op indirect onderscheid op grond van geslacht. Echter, statistisch onderzoek van de specifieke personeelsgegevens van de werkgever wijst uit dat geen significante samenhang bestaat tussen geslacht en het ondervinden van nadeel uit de bestreden regeling. Uit het deskundigenadvies dat de Commissie in deze zaak heeft laten uitvoeren blijkt dat de correlatie- en chikwadaattoets in deze zaak een adequate toets is om vast te stellen of er al dan niet indirect onderscheid is gemaakt. Een en ander leidt tot het oordeel dat de pensioenverzekeraar geen onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt. Het antidiscriminatiebureau stelt tevens dat onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt jegens vrouwelijke nabestaanden door het nabestaandenpensioen wel met 3% te indexeren als de deelnemer overlijdt voor diens pensioendatum, maar deze indexatie niet toe te passen als de deelnemer overlijdt na zijn pensioendatum. De Commissie oordeelt dat het gezien de langere levensverwachting van vrouwen aannemelijker is dat mannen hiervan nadeel ondervinden dan vrouwen. Daarom is er jegens vrouwelijke nabestaanden geen sprake van indirect onderscheid op grond van geslacht.

**2009-85**

**Grond:** geslacht; arbeidsduur  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid; geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Verboden onderscheid op grond van geslacht bij uitsluiting voor bonusregeling. Geen onderscheid op grond van geslacht bij de beloning. Geen onderscheid op grond van arbeidsduur.**

Een vrouw werkt als Management Assistent bij een verkooponderneming. Bij het bedrijf werken tien werknemers, acht mannen en twee vrouwen. De acht mannelijke werknemers werken op basis van een voltijd dienstverband, beide vrouwen op basis van een deeltijd dienstverband. Het bedrijf kent een bonusregeling. De vrouwen komen niet voor de bonusregeling in aanmerking, alle mannelijke collega's wel. De vrouw stelt dat sprake is van onderscheid op grond van geslacht en/of arbeidsduur doordat zij niet in aanmerking komt voor de bonusregeling en doordat zij lager wordt beloond dan de door haar aangewezen maatmannen.

Uit de tekst van de bonusregeling of uit andere stukken blijkt niet dat deeltijders worden uitgesloten van deelname aan de bonusregeling. Ook toen de vrouw nog voltijdwerknemer was, kwam zij niet in aanmerking voor de bonusregeling. Hetzelfde geldt voor de collega-deeltijder van de vrouw. Ten aanzien van de beloning is evenmin gebleken van onderscheid op grond van arbeidsduur.

Op basis van de aangeleverde cijfers wordt geconcludeerd dat er een sterke samenhang bestaat tussen de deelname aan de bonusregeling en het geslacht, welke samenhang significant is. Daarom wordt aangenomen dat de geconstateerde samenhang niet toevallig is. Daarmee is het bewijsvermoeden gevestigd. De onderneming slaagt er niet in te bewijzen dat het feit dat de beide vrouwelijke werknemers niet en alle mannelijke werknemers wel in aanmerking komen uitsluitend zijn oorzaak vindt in verschillen tussen de betrokken functies. De onderneming maakt daarom verboden onderscheid op grond van geslacht bij de toegang tot de bonusregeling. Wel is overtuigend aangevoerd dat er een voor de functiewaardering, en dus voor de beloning, relevant niveauverschil bestaat tussen de taken die de vrouw uitvoert en de taken van de maatmannen met wie zij zich vergelijkt. Daarom is er onvoldoende aanleiding tot het instellen van een maatmanonderzoek. Geen verboden onderscheid op grond van geslacht bij de beloning.

**2009-86**

**Grond:** geslacht; arbeidsduur  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid; geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Verboden onderscheid op grond van geslacht bij uitsluiting voor bonusregeling. Geen onderscheid op grond van geslacht bij de beloning. Geen onderscheid op grond van arbeidsduur.**

Een vrouw werkt als Financial Administrator bij een verkooponderneming. Bij het bedrijf werken tien werknemers, acht mannen en twee vrouwen. De acht mannelijke werknemers werken op basis van een voltijd dienstverband, beide vrouwen op basis van een deeltijd dienstverband. Het bedrijf kent een bonusregeling. De vrouwen komen niet voor de bonusregeling in aanmerking, alle mannelijke collega's wel. De vrouw stelt dat sprake is van onderscheid op grond van geslacht en/of arbeidsduur doordat zij niet in aanmerking komt voor de bonusregeling en doordat zij lager wordt beloond dan de door haar aangevoerde maatmannen.

Uit de tekst van de bonusregeling of uit andere stukken blijkt niet dat deeltijders worden uitgesloten van deelname aan de bonusregeling. Ook toen de vrouw nog voltijdwerknemer was, kwam zij niet in aanmerking voor de bonusregeling. Hetzelfde geldt voor de collega-deeltijder van de vrouw. Ten aanzien van de beloning is evenmin gebleken van onderscheid op grond van arbeidsduur.

Op basis van de aangeleverde cijfers wordt geconcludeerd dat er een sterke samenhang bestaat tussen de deelname aan de bonusregeling en het geslacht, welke samenhang significant is. Daarom wordt aangenomen dat de geconstateerde samenhang niet toevallig is. Daarmee is het bewijsvermoeden gevestigd. De onderneming slaagt er niet in te bewijzen dat het feit dat de beide vrouwelijke werknemers niet en alle mannelijke werknemers wel in aanmerking komen uitsluitend zijn oorzaak vindt in verschillen tussen de betrokken functies. De onderneming maakt daarom verboden onderscheid op grond van geslacht bij de toegang tot de bonusregeling. Wel is overtuigend aangevoerd dat er een voor de functiewaardering, en dus voor de beloning, relevant niveauverschil bestaat tussen de taken die de vrouw uitvoert en de taken van de maatmannen met wie zij zich vergelijkt. Daarom is er onvoldoende aanleiding tot het instellen van een maatmanonderzoek. Geen verboden onderscheid op grond van geslacht bij de beloning.

**2009-90**

**Grond:** arbeidsduur; geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** niet bevoegd; geen onderscheid

**Samenvatting:**

**Duobanenbeleid is niet in strijd met de wet.**

Een politie-organisatie legt aan de Commissie de vraag voor of het door haar ontwikkelde duobanenbeleid mogelijk verboden onderscheid op grond van geslacht en/of arbeidsduur oplevert.

Dit beleid houdt - kort gezegd - in dat functies waarvoor continue bezetting noodzakelijk is, openstaan om ook in duoschap vervuld te worden. De Commissie is niet bevoegd te beoordelen of er sprake is van onderscheid naar arbeidsduur. De wet op dit gebied is namelijk beperkt tot arbeidsvoorwaarden.

Onder de werkingsfeer van deze wet valt dus niet het aanbieden van een aanstelling en het aangaan van een aanstelling. In het algemeen valt niet goed in te zien dat met het duobanenbeleid onderscheid naar geslacht wordt gemaakt. Want ook deze wet laat onverlet dat het een werkgever in principe vrijstaat de omvang van de functies binnen zijn organisatie te bepalen. Maar in bijzondere, individuele situaties is het niet uit te sluiten dat het stellen van eisen aan de functie-omvang belemmerend werkt voor de toegang tot de arbeid en er sprake zou kunnen zijn van indirect onderscheid op grond van geslacht. Indirect onderscheid op grond van geslacht is verboden behalve als hiervoor een objectieve rechtvaardiging wordt gegeven.

**2009-96**

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

**Samenvatting:**

**Onderscheid op grond van geslacht bij werving en selectie voor wetenschappelijke functie. Geen vermoeden van onderscheid op grond van leeftijd.**

Een vrouw meent dat haar geslacht en/of leeftijd een rol hebben gespeeld bij de besluitvorming over haar kandidatuur voor de functie universitair docent bij een economische faculteit. Zij klaagt met name over het 'glazen plafond' in de wetenschap in het algemeen, de economische discipline in het bijzonder en de

situatie bij deze economische faculteit meer in het bijzonder. Het feit dat haar sollicitatie met een terzijde is gelegd, is volgens haar daarvan zowel een illustratie als een gevolg.

De Commissie stelt vast dat bij de gevolgde sollicitatieprocedure sprake was van vage, zelfs tegenstrijdige en schuivende selectiecriteria. Ook overigens was de procedure ondoorzichtig; zo zijn er geen sollicitatiegesprekken gevoerd. Tezamen met het feit dat sprake is van een ondervertegenwoordiging van vrouwen in Nederland in de (economische) wetenschap en het afnemende aantal vrouwelijke wetenschappers bij de betreffende afdeling, leidt dit tot een vermoeden van onderscheid op grond van geslacht. De universiteit slaagt er niet in dit vermoeden te weerleggen. Onderscheid op grond van geslacht. Onvoldoende feiten om onderscheid op grond van leeftijd te kunnen doen vermoeden.

## 2009-101

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

**Samenvatting:**  
**Pensioenfonds maakt geen onderscheid op grond van geslacht door nabestaandenpensioen te korten in verband met een groot leeftijdsverschil.**

Een vrouw stelt dat het pensioenfonds verboden onderscheid op grond van geslacht maakt door het nabestaandenpensioen te korten, omdat zij als nabestaande meer dan tien jaar jonger is dan de deelnemer aan de pensioenregeling, te weten haar echtgenoot. De algemene landelijke Centraal Bureau voor de Statistiek cijfers lijken te wijzen op indirect onderscheid op grond van geslacht. Echter, het toepassen van statistische toetsen op de specifieke personeelsgegevens van de werkgever wijst uit dat er onvoldoende significante samenhang bestaat tussen geslacht en het ondervinden van nadeel uit de bestreden regeling. Uit het deskundigenadvies dat de Commissie in een soortgelijke zaak heeft laten uitvoeren blijkt dat de door de Commissie gehanteerde toetsen adequaat zijn om vast te stellen of er al dan niet indirect onderscheid is gemaakt. Een en ander leidt tot het oordeel dat het pensioenfonds geen onderscheid op grond van geslacht maakt.

De Commissie merkt hierbij op dat niet uitgesloten is dat, nu het pensioenfonds niet heeft besloten de kortingregeling af te schaffen, door een gewijzigde samenstelling van het deelnemersbestand en (de leeftijd van) hun partners, in de toekomst wel indirect onderscheid op

grond van geslacht kan maken door het toepassen van de kortingsregel.

## 2009-103

**Grond:** ras; godsdienst; geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen onderscheid; geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Afwijzing vrouw houdt geen verband met haar afkomst, godsdienst en/of geslacht.**

Een vrouw is afgewezen voor de functie medewerker handelsregister bij een zelfstandig bestuursorgaan. Volgens de vrouw houdt de reden van de afwijzing verband met haar afkomst, godsdienst en/of geslacht. De vrouw stelt dat tijdens het sollicitatiegesprek is gezegd dat sprake is van een witte organisatie, dat er opmerkingen zijn gemaakt over haar hoofddoek en dat is gezegd dat er een voorkeur is voor een man. De werkgever betwist dat is gezegd dat de organisatie wit is. Er is juist gezegd dat de organisatie niet als 'witte organisatie' gekenschetst kan worden.

De werkgever bevestigt dat vragen zijn gesteld over de hoofddoek van de vrouw. Dit was echter louter uit interesse. De werkgever betwist voorts dat is gezegd dat de organisatie een voorkeur zou hebben voor een man. Wel is gezegd dat de afdeling voornamelijk bestaat uit vrouwelijke werknemers en dat het voor de balans goed zou zijn als er een man zou worden aangenomen.

De Commissie oordeelt dat geen sprake is van feiten die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden. Voorts overweegt de Commissie dat het stellen van vragen over een hoofddoek op zichzelf nog geen discriminatoire bejegening met zich brengt. Van belang is dat niet is komen vast te staan dat verweerder aan het dragen van een hoofddoek een negatieve connotatie heeft gegeven. De Commissie oordeelt dat verzoekster geen feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat zij tijdens het sollicitatiegesprek discriminatoir is bejegend in verband met haar godsdienst. Evenmin is komen vast te staan dat zij is afgewezen (mede) omdat zij een hoofddoek draagt. De Commissie oordeelt dat, gelet op de mededeling van de werkgever dat het voor de balans goed zou zijn als er een man zou worden aangenomen, sprake is van feiten die onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden bij de afwijzing. Verweerder heeft echter overtuigend beargumenteerd dat gezocht is naar de beste kandidaat en dat het geslacht van de kandidaat geen selectiecriteria



um was. Er waren twee andere kandidaten, een man en een vrouw, die de werkgever geschikter vond. Om die reden is verzoekster niet uitgenodigd voor een tweede gesprek. De Commissie oordeelt dat de werkgever heeft bewezen dat de vrouw niet is afgewezen op grond van haar geslacht. Geen onderscheid op grond van ras, godsdienst en of geslacht bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking.

## 2009-105

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

### Samenvatting:

**Onderscheid op grond van geslacht nu een man geweigerd wordt als docent voor inburgeringstrajecten met voornamelijk vrouwelijke leerlingen.**

Een man was als freelancer werkzaam als docent inburgering op een Regionaal Opleidingscentrum. Tegen het einde van zijn opdracht vertelde de opleidingscoördinator hem dat hij geen nieuwe opdracht zou krijgen. Vaststaat dat gesproken is over het slechts inzetten van vrouwelijke docenten voor bepaalde inburgeringstrajecten met voornamelijk vrouwelijke leerlingen. Hoewel dit indruist tegen het beleid van de school, is niet uitgesloten dat de opleidingscoördinator het feit dat de freelancer een man was, mee heeft laten wegen bij het niet opnieuw verlenen van een opdracht voor dienstverlening. Onderscheid op grond van geslacht. Hoewel de school een klachtenregeling heeft, is op een klacht van de docent niet ingegaan. Strijd met de wet.

## 2009-107

**Grond:** geslacht  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** geen onderscheid

### Samenvatting:

**Zorgverzekeraar maakt jegens een transseksuele vrouw geen verboden onderscheid door de kosten van het plaatsen van inwendige borstprotheses zowel in het kader van de basisverzekering als de aanvullende verzekering niet te vergoeden.**

Een transseksuele vrouw heeft gesteld dat de zorgverzekeraar jegens haar onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door de ver-

goeding van de kosten voor het plaatsen van inwendige borstprotheses in het kader van de geslachtsverandering van man naar vrouw af te wijzen, terwijl de zorgverzekeraar wel de kosten vergoedt van een borstamputatie bij een geslachtsverandering van vrouw naar man. De zorgverzekeraar stelt zich op het standpunt dat zij die kosten op grond van de Zorgverzekeringwet niet mag vergoeden. De Commissie is van oordeel dat het niet vergoeden van de kosten voor het plaatsen van inwendige borstprotheses in het kader van de geslachtsverandering van man naar vrouw bij de basisverzekering leidt tot indirect onderscheid op grond van geslacht. Dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd omdat de Zorgverzekeringwet en de daarop gebaseerde regelgeving geen ruimte bieden om in de basisverzekering de vergoeding van het plaatsen van inwendige borstprotheses op te nemen. In de aanvullende verzekeringen van de zorgverzekeraar is geen bepaling opgenomen die direct of indirect onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft. Geen onderscheid.

## 2009-108

**Grond:** geslacht  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** geen onderscheid

### Samenvatting:

**Zorgverzekeraar maakt jegens een transseksuele man geen verboden onderscheid door de kosten van het plaatsen van inwendige borstprotheses zowel in het kader van de basisverzekering als de aanvullende verzekering niet te vergoeden.**

Een transseksuele man heeft gesteld dat de zorgverzekeraar jegens hem onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door de vergoeding van de kosten voor het plaatsen van inwendige borstprotheses in het kader van de geslachtsverandering van man naar vrouw af te wijzen, terwijl de zorgverzekeraar wel de kosten vergoedt van een borstamputatie bij een geslachtsverandering van vrouw naar man. De zorgverzekeraar stelt zich op het standpunt dat zij die kosten op grond van de Zorgverzekeringwet niet mag vergoeden. De Commissie is van oordeel dat het niet vergoeden van de kosten voor het plaatsen van inwendige borstprotheses in het kader van de geslachtsverandering van man naar vrouw bij de basisverzekering leidt tot indirect onderscheid op grond van geslacht. Dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd omdat de Zorgverzekeringwet en de daarop gebaseerde regelgeving geen ruimte bieden om in de

basisverzekering de vergoeding van het plaatsen van inwendige borstprotheses op te nemen. In de aanvullende verzekeringen van de zorgverzekeraar is geen bepaling opgenomen die direct of indirect onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft. Geen onderscheid.

### 2009-114

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

#### Samenvatting:

**Geen onderscheid op grond van geslacht omdat niet is gebleken dat zwangerschap een rol heeft gespeeld bij beslissing om geen arbeidsovereenkomst aan te gaan.**

Een vrouw is op 1 september 2008 voor de duur van een jaar in dienst getreden bij een logistieke dienstverlener. Zij heeft zich vanaf 23 december 2008 ziek gemeld in verband met zwangerschapsgerelateerde gezondheidsklachten en is niet meer teruggekeerd op de werkvloer voor haar zwangerschapsverlof. De vrouw meent dat de werkgever haar met ingang van 1 september 2009 geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft aangeboden, vanwege onduidelijkheid over haar zwangerschapsgerelateerde klachten. De Commissie oordeelt dat de vrouw geen feiten heeft aangevoerd die onderscheid op grond van zwangerschap(sgerelateerde) kunnen doen vermoeden. Geen onderscheid.

### 2009-117

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

#### Samenvatting:

**Onderscheid op grond van geslacht; vermoeden dat (hypothetische) kinderwens een rol heeft gespeeld bij bepaling inkomensschade niet weerlegd.**

Een vrouw die tengevolge van een ongeval geïnvalideerd is geraakt, heeft van de verzekeraar een brief ontvangen waarin een voorstel wordt gedaan voor de vergoeding van een gedeelte van de door de vrouw geleden (inkomens)schade. In de brief is opgenomen dat het schadebedrag om een aantal redenen, waaronder een hypothetische kinderwens, is gematigd. Dit feit, in combinatie met hetgeen de verzekeraar heeft verklaard over de wijze waarop de hoogte van de inkomensschade wordt inge-

schat, kan direct onderscheid op grond van geslacht doen vermoeden. De verzekeraar heeft dit vermoeden niet kunnen weerleggen en heeft daarom verboden onderscheid op grond van geslacht gemaakt.

### 2009-119

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

#### Samenvatting:

**Onderscheid op grond van geslacht door in personeelsadvertentie vrouwelijke functiebenaming te hanteren zonder te vermelden dat ook mannen in aanmerking komen.**

Een stichting die opvang biedt aan kinderen met een beperking werft in een personeelsadvertentie 'Begeleidsters'. Nu niet gebleken is dat de functie geslachtsbepaald is of dat er een andere wettelijke uitzondering van toepassing is, oordeelt de Commissie dat de stichting verboden onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt bij de aanbidding van een betrekking. Voorts is de vacaturetekst in strijd met de wet, omdat de vrouwelijke functiebenaming is gehanteerd, zonder te vermelden dat ook mannen in aanmerking komen voor de functie.

### 2009-120

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

#### Samenvatting:

**Afwijzing uitvaartonderneming houdt geen verband met geslacht.**

Een vrouw solliciteert via een uitzendbureau naar de functie van planner/coördinator bij een uitvaartonderneming. Volgens de vrouw heeft de intercedent van het uitzendbureau tegen haar gezegd dat zij is afgewezen, omdat zij een vrouw is. Schriftelijk is als reden 'teamsamenstelling' genoemd.

Zowel het uitzendbureau als de uitvaartonderneming zijn gedurende de procedure niet eenduidig geweest over de reden van de afwijzing en verklaren dat teamsamenstelling is genoemd in verband met de verschillen in werkervaring en/of persoonlijkheid.

De Commissie overweegt dat hoewel de verklaring van de intercedent, die verklaart dat zij zich niet kan herinneren wat zij wel/niet heeft

gezegd, afwijkt van hetgeen de uitvaartonderneming stelt te hebben besproken met de intercedent, beide lezingen niet de stelling van verzoekster bevestigen dat zij is afgewezen, omdat zij een vrouw is. De stelling van de vrouw wordt bovendien weersproken door de uitvaartonderneming. Voorts geldt dat de enkele omstandigheid dat zowel de uitvaartonderneming als het uitzendbureau niet eenduidig zijn geweest over de precieze reden van de afwijzing, nog niet kan gelden als feit dat kan doen vermoeden dat de vrouw is afgewezen, omdat zij een vrouw is dan wel dat dit mede een rol heeft gespeeld. Hierbij is tevens van belang dat een en ander moet worden bezien in de context dat de uitvaartonderneming naast een man tevens twee vrouwen had uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek. Voorts beschikte de kandidaat die was aangenomen, anders dan verzoekster, over relevante en recente werkervaring en zijn onlangs nog twee vrouwen op de betreffende afdeling komen werken. Geen feiten die onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden.

### 2009-121

**Grond:** geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** Geen onderscheid

#### **Samenvatting:**

**Uitzendbureau maakt geen onderscheid op grond van geslacht bij de arbeidsbemiddeling.**

Een vrouw solliciteert via een uitzendbureau naar de functie van planner/coördinator bij een uitvaartonderneming. Volgens de vrouw heeft de intercedent van het uitzendbureau tegen haar gezegd dat zij is afgewezen, omdat zij een vrouw is. Bij de schriftelijke reden van de afwijzing is genoemd 'teamsamenstelling'. Zowel het uitzendbureau als de uitvaartonderneming zijn gedurende de procedure niet eenduidig geweest over de reden van de afwijzing en verklaren dat teamsamenstelling is genoemd in verband met werkervaring en/of persoonlijkheid.

Het uitzendbureau betwist dat tegen de vrouw is gezegd dat zij is afgewezen, omdat zij een vrouw is. Deze ontkenning roept vragen op, nu de intercedent heeft verklaard zich niet te kunnen herinneren wat zij heeft gezegd. Dit bevestigt echter nog niet de stelling van de vrouw dat de intercedent tegen haar heeft gezegd dat zij is afgewezen omdat zij een vrouw is. Voorts geldt dat de omstandigheid dat zowel het uitzendbureau als de uitvaartonderneming niet eenduidig zijn geweest over de reden van de afwijzing en de rol die de team-

samenstelling hierin heeft gespeeld, evenmin als feit kan gelden dat onderscheid op grond van geslacht kan doen vermoeden. Geen onderscheid op grond van geslacht bij de arbeidsbemiddeling. Nu de afwijzingsgrond teamsamenstelling voor meerdere interpretatie vatbaar is, doet de Commissie aan het uitzendbureau de aanbeveling in dat geval te vragen om een toelichting op de afwijzing en deze vervolgens helder te communiceren naar de afgewezen kandidaat. Indien uit de toelichting blijkt dat de gehanteerde reden voor afwijzing discriminatoir is, beveelt de Commissie het uitzendbureau aan de inlener daarop aan te spreken.

### 2009-126

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

#### **Samenvatting:**

**Onderscheid op grond van geslacht door in personeelsadvertentie vrouwelijke functiebenaming te hanteren zonder te vermelden dat ook mannen in aanmerking komen.**

Een bedrijf op het gebied van bedtextiel werft in een personeelsadvertentie naar parttime-verkoopsters. Nu niet gebleken is dat de functie geslachtsbepaald is, of dat er een andere wettelijke uitzondering van toepassing is, oordeelt de Commissie dat het bedrijf verboden onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt bij de aanbidding van een betrekking. Voorts is de vacaturetekst in strijd met de wet, omdat de vrouwelijke functiebenaming is gehanteerd, zonder te vermelden dat ook mannen in aanmerking komen voor de functie.

### 2009-128

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

#### **Samenvatting:**

**Fysieke test voor brandweermedewerkers bij Koninklijke Luchtmacht. Geen verboden onderscheid op grond van geslacht.**

Een vrouw werkt bij de Koninklijke Luchtmacht als Onderbrandweermeester. Militaire brandweermedewerkers die blussende handelingen uitvoeren worden periodiek gekeurd. Onderdeel van deze keuring is een

conditietest waarbij de VO<sub>2</sub>max-waarde wordt bepaald. Dit is de hoeveelheid zuurstof die het lichaam per minuut kan opnemen bij maximale inspanning. Als norm geldt dat tenminste een VO<sub>2</sub>max-waarde van 39/ml/kg/min moet worden behaald. De vrouw heeft bij herhaling niet voldaan aan deze eis. Om die reden acht de Staatssecretaris van Defensie haar niet langer geschikt haar functie uit te voeren. Omdat vrouwen moeilijker dan mannen aan deze fysieke functie-eis kunnen voldoen, maakt de staatssecretaris indirect onderscheid op grond van geslacht. De Commissie oordeelt dat het indirecte onderscheid niet verboden is. Het gaat hier om specifieke functies met extreme piekbelastingen. Onder zware omstandigheden moeten de brandweermedewerkers blussen en levensreddende handelingen verrichten. In geval van uitzendingen geldt dat de omstandigheden nog extremer kunnen zijn door bijvoorbeeld temperatuur, lucht- en terreinomstandigheden, en dreigingsfactoren. De staatssecretaris heeft toegelicht dat zowel mannen en vrouwen gelijkelijk voor alle taken inzetbaar moeten zijn, teneinde de veiligheid van slachtoffers, de omgeving, de brandweermedewerkers zelf en hun collega's zo goed mogelijk te waarborgen.

Om de prestaties van de brandweermedewerkers te kunnen voorspellen, wordt de hoogte van de VO<sub>2</sub>max-waarde van de brandweermedewerkers bepaald. De staatssecretaris baseert zich hierbij op wetenschappelijke studies. De Commissie oordeelt dat de staatssecretaris afdoende heeft gemotiveerd dat de VO<sub>2</sub>max-waarde een goede voorspeller is van de te verwachten prestaties en dat, gelet op de door de onderzoekers aanbevolen normen, de gekozen norm niet onredelijk voorkomt. Voorts oordeelt de Commissie dat de gekozen norm noodzakelijk is. Vooralsnog is geen alternatief voor handen. De Commissie oordeelt gelet op het bovenstaande dat het indirecte onderscheid op grond van geslacht niet verboden is. De vrouw heeft daarnaast aangevoerd dat de staatssecretaris voornemens is de arbeidsverhouding met haar te beëindigen, omdat zij al enige tijd uitzoekt wat haar rechten zijn. De vrouw heeft echter niet bewezen dat dit dreigende ontslag verband houdt met haar klachten over discriminatie op grond van geslacht, zodat ook in dit opzicht niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving is gehandeld.

# Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid

*Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen & dr. lic. A.J. Overbeek*

## 1 INLEIDING

De plaats die godsdienst en levensovertuiging in de Nederlandse samenleving toekomt – of dat nu vanuit politiek-maatschappelijk, moreel of juridisch gezichtspunt wordt gezien – is en blijft een gevoelige kwestie. De aanwezigheid van de islam en de daaraan verbonden specifieke kwesties van discriminatie en integratie vormen daarin sinds een jaar of tien verreweg de belangrijkste aanjagers van het debat, maar het is duidelijk dat daarmee ook de bredere discussie over de plaats van religie in de publieke sfeer een niet te onderschatten stimulans heeft gekregen. De hoeveelheid aan deze thematiek gewijde geschriften ligt er niet om.

Als de toon van het debat de maat der dingen is, dan lijkt het erop dat Marcel ten Hooven in een recent essay in *NRC Handelsblad* de stand van zaken raak onder woorden brengt: 'Nederland begint (...) een beetje op Frankrijk te lijken. Ook hier groeit de druk op levensbeschouwelijke en religieuze minderheden om zich te conformeren. In de kroniek van 2009 kunnen diverse voorbeelden worden opgetekend van afwijkende opvattingen en gedragingen die de politieke meerderheid tot ongewenst heeft verklaard en wenst te bestraffen. Altijd is een religie in het geding, de ene keer het christendom, de andere keer de islam, of het nu om kleine kwesties gaat zoals het ontbreken van een kruis op de mijter van Sinterklaas, of om een grote zoals het ontslag van Tariq Ramadan, de uitspraak van de Kamer om de eed van Allah uit het publieke domein te weren, of de Amsterdamse raadsmotie tegen organisaties die van hun personeel instemming met de levensbeschouwelijke grondslag verlangen.'<sup>1</sup>

Overigens zijn er het afgelopen jaar ook enkele geschriften aan de thema's van godsdienst, pluriformiteit, gelijkheid en discriminatie gewijd waarvan de toon gematigd en beschouwend is. Voor de in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) geïnteresseerde juristen noemen we er vier. Ten eerste is er het conceptueel-analytische boek van T. Loenen, *Gelijkheid als juridisch beginsel* (Den Haag 2009), dat onder andere een hoofdstuk bevat over botsing van het recht op gelijke behandeling met andere grondrechten, geplaatst tegen de achtergrond van de multiculturele samenleving. Daarnaast verscheen, onder redactie van P. Huisman en P. Zoontjens, *Selectie bij toegang tot het onderwijs* (Deventer 2009), waarin de thematiek van toelating en verwijdering in het onderwijs per onderwijssector inclusief de relevantie van de Awgb grondig behandeld wordt. F.T. Oldenhuis (red.), *Een neutrale staat: kreet of credo?*, Heerenveen 2009, beziet de verhouding godsdienstvrijheid en gelijkheid met name vanuit de modellen van scheiding van kerk en staat. Ten slotte noemen we A.J. Nieuwenhuis en C.M. Zoethout, *Rechtsstaat en religie* (Nijmegen 2009), met veel bijdragen waarin de

---

<sup>1</sup> M. ten Hooven, 'De Nederlandse politiek tendeeft naar een inperking van de ruimte om af te wijken', *NRC Handelsblad*, Opinie en Debat, 13-14 februari 2010.

verhouding tussen godsdienstvrijheid en andere fundamentele rechten en beginselen aan de orde gesteld wordt.

Achtereenvolgens behandelen we in deze bijdrage eerst kort een aantal wetsvoorstellen waarin de hierboven geschetste thematiek aan de orde is, stippen we een tweetal recente rechterlijke uitspraken aan waarin godsdienst(vrijheid) en gelijke behandeling aan de orde zijn en behandelen, behandelen we de actuele kwesties inzake de verhouding van de kaderrichtlijn gelijke behandeling ten opzichte van de Awgb en het Hoge Raad-arrest inzake de SGP en de relevante jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (paragrafen 2-4). Vervolgens bespreken we de in 2009 gegeven oordelen van de Commissie inzake de gronden godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid (paragraaf 5).

## 2 WETSVOORSTELLEN, RECHTERLIJKE OORDELEN

*Wetsvoorstellen: over burka's (weer), ritueel slachten, godslastering en toelating tot het bijzonder onderwijs*

Enkele conflictpunten inzake godsdienstvrijheid en gelijke behandeling belandden de afgelopen jaren in het middelpunt van het politieke debat, en mondden soms zelfs uit in wetsvoorstellen, die we hier kort de revue laten passeren.

Tot nu toe vlot het met de behandeling van sommige van deze wetsvoorstellen nog niet erg. Er zit sinds vorig jaar nog geen enkel schot in wat betreft het eerder al in deze kroniek gememoreerde wetsvoorstel van Wilders/Fritsma<sup>2</sup> (PVV), dat beoogt een specifiek op de burka gericht verbod in te voeren, en het wetsvoorstel Kamp<sup>3</sup> (VVD), dat beoogt alle gezichtsbedekkende kleding te verbieden – maar materieel toch vooral zal uitwerken als een burkaverbod. Het wachten is verder op een wetsontwerp van de regering, dat een verbod op gezichtsbedekkende kleding in het onderwijs zal voorstellen.<sup>4</sup>

Overigens zijn ook elders wetgevingsinitiatieven als die in Nederland in behandeling of in voorbereiding. Zo kreeg in België een initiatiefwetsvoorstel dat ertoe moet leiden de burka (en de niqaab) in “de voor het publiek toegankelijke plaatsen” geheel te verbieden onlangs in de parlementaire commissie voor Binnenlandse Zaken unanieme steun.<sup>5</sup> En in Frankrijk pleitte de parlementaire commissie-Gérin voor een specifiek burkaverbod in overheidsgebouwen, ziekenhuizen en het openbaar vervoer. De Franse Conseil d'État, gevraagd om de marges af te tasten binnen welke een burkaverbod aanvaardbaar zou zijn, oordeelde overigens dat een algemeen verbod in strijd zou zijn met de scheiding van kerk en staat, welk principe het niet toe staat in louter algemene termen te verbieden dat iemand zijn geloof belijdt.<sup>6</sup>

2 Meest recente stuk: *Kamerstukken II 2007/08*, 31 108, nr. 7.

3 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 331.

4 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 200 VII, nr. 209; *Kamerstukken II 2008/09*, 31 700 VIII, nr. 12 en nr. 127.

5 Wetsvoorstel tot instelling van een verbod op het dragen van kleding die het gezicht volledig dan wel grotendeels verbergt. (door de commissie aangenomen tekst: *Parlementaire stukken Kamer 2009-2010*, nr. 2289/006, te vinden op [www.dekamer.be](http://www.dekamer.be).)

6 Conseil d'État, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral* (maart 2010), te vinden op [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr).

Interessant is daarnaast het initiatiefwetsvoorstel van het Tweede Kamerlid Thieme,<sup>7</sup> dat beoogt de uitzondering op het verbod om dieren zonder voorafgaande bedwelmeling te slachten op te heffen. Deze uitzondering (artikel 44, derde lid, Gezondheids- en welzijnswet voor dieren) luidt: 'Het slachten van dieren zonder voorafgaande bedwelmeling volgens de israëlitische of de islamitische ritus is toegestaan'. Het moge alleen al uit de tekst van deze te schrappen bepaling blijken, dat de consequentie met name als gevolg zal hebben dat het religieuze minderheden – (orthodoxe) joden en moslims – verboden zal worden dieren volgens hun traditionele ritus te slachten. De Raad van State was van oordeel dat dit verbod stuit op de grenzen van de vrijheid van godsdienst als neergelegd in artikel 6 Grondwet en artikel 9 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).<sup>8</sup> Dat is overigens in lijn met het kabinet, dat zich op het standpunt heeft gesteld dat het, vanwege de vrijheid van godsdienst, niet bereid is om ritueel slachten te verbieden.<sup>9</sup>

Wellicht interessant is, dat de Raad van State in artikel 6, eerste lid, Grondwet niet alleen het vereiste leest dat beperkingen op de godsdienstvrijheid bij formele wet gesteld moeten worden, maar ook dat deze beperkingen aan bepaalde materiële, deels aan het EVRM ontleende criteria moeten voldoen: specificiteit, proportionaliteit en eerbiediging van de kern. Aldus lijkt de Raad van State eenzelfde weg in te slaan als het Belgisch Grondwettelijk Hof (voorheen: Arbitragehof), dat reeds langer de materiële maatstaven van het EVRM in equivalente nationale grondrechtenbepalingen 'inleest'.

De initiatiefneemster heeft zich overigens door de kritiek van de Raad van State niet uit het veld laten slaan. Zij erkent weliswaar dat het verbod op slachten van onbedwelmde dieren een beperking van de vrijheid van godsdienst vormt, maar meent onder meer met een beroep op de 'margin of appreciation' dat sprake is van een legitieme, door de goede zeden – dierenwelzijn – gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van godsdienst als bedoeld in het tweede lid van artikel 9 EVRM. Daartoe voert zij tevens aan dat ritueel slachten niet als een 'necessary expression' van godsdienst gezien kan worden, zodat het verbod de vrijheid van godsdienst slechts marginaal raakt.<sup>10</sup>

Vanuit principieel-politiek perspectief een onbetwist interessant wetsvoorstel is het initiatiefvoorstel van de Kamerleden Van der Ham, De Wit en Teeven tot het laten vervallen van het verbod op godslastering (de artikelen 147, 147a en 429bis van het Wetboek van Strafrecht).<sup>11</sup> De Memorie van toelichting geeft naast een interessante historische achtergrondschets een aantal principiële en pragmatische argumenten pro afschaffing. Afschaffing van het verbod wordt bepleit op grond van de vrijheid van meningsuiting en het belang van een zo vrij mogelijk maatschappelijk debat, gelijke behandeling van levensbeschouwingen ten opzichte van godsdiensten, de 'slapende toestand' van het verbod en de overbodigheid ervan gezien de generieke strafbepalingen inzake discriminatoire belediging (artikelen 137c e.v. Sr).<sup>12</sup>

Tot hoever de generieke strafbepalingen strekken zal de komende periode mogelijk duidelijker worden in de procedure gericht tegen het Tweede Kamerlid Wilders, onder andere vanwege zijn *Fitna*. Wilders wordt op dit moment vervolgd, op grond van een bevel van het Amsterdamse hof (in een artikel 12 Sv-procedure) aan de

7 *Kamerstukken II* 2007/08–, 31 571.

8 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 571, nr. 4.

9 *Kamerstukken II* 2008/09, 28 286, nr. 250.

10 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 571, nr. 4. Zie daarnaast *Kamerstukken II* 2009/10, 31 571, nr. 6 voor het (nu en dan kritische) verslag van de Vaste commissie voor LNV.

11 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 303.

12 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 303, nr. 3.

Officier van Justitie te Amsterdam om Wilders te dagvaarden ter zake van groepsbelediging van en aanzetten tot haat en discriminatie jegens moslims (artikelen 137c en 137d Sr).<sup>13</sup>

De Hoge Raad heeft overigens in een andere zaak geoordeeld over een poster met de tekst 'Stop het gezwel dat Islam heet' geoordeeld dat daarbij geen sprake was van groepsbelediging als bedoeld in artikel 137c Sr. Deze bepaling vereist 'dat de uitlating onmiskenbaar betrekking heeft op een bepaalde groep mensen die door hun godsdienst worden gekenmerkt en zich daardoor onderscheidt van anderen. De enkele omstandigheid dat grievende uitlatingen over een godsdienst ook de aanhangers van die godsdienst krenken, is niet voldoende om die uitlatingen te kunnen gelijkstellen met uitlatingen over die aanhangers, dus over een groep mensen wegens hun godsdienst in de zin van artikel 137c Sr.'<sup>14</sup> Aldus is de werkingssfeer van artikel 137c Sr nader gepreciseerd. Anderzijds is daarmee de reikwijdte van andere bepalingen zoals de artikelen 137d (aanzetten tot haat en discriminatie) en 137e (openbaarmaking van discriminerende uitlatingen) Sr, die niet aan de orde waren, nog niet verhelderd.

Tenslotte zijn er twee wetsvoorstellen die relevant zijn voor enerzijds de vrijheid van (het bijzonder) onderwijs om een eigen leerlingenbeleid te voeren, en anderzijds de aanspraak op gelijke toelating tot dit onderwijs. Inperking van de vrijheid van richting en inrichting van het bijzonder onderwijs met betrekking tot de aanname van leerlingen wordt beoogd met het wetsvoorstel-Hamer c.s. inzake een *regeling toelatingsrecht bijzonder onderwijs*.<sup>15</sup> Een leerling kan ingevolge dit voorstel op grond van de richting in principe slechts geweerd worden indien zijn ouders weigeren te verklaren de grondslag te respecteren. Afwijzing omdat de ouders de grondslag niet onderschrijven zal slechts mogelijk zijn als het beleid terzake in de schoolgids is neergelegd, en voldoet aan de eisen zoals vervat in artikel 7, tweede lid, Awgb. Voor een afwijzing op grond van inrichtingsmotieven geldt dat deze niet in strijd mag zijn met de Awgb. Tegen een weigering tot toelating zal beroep openstaan bij een door de minister benoemde Commissie beoordeling toelating leerlingen. Vergaand is, dat de leerling hangende het beroep bij deze Commissie niet geweerd kan worden en dus toegelaten moet worden. Het is met name de vraag of dat met de vrijheid van richting verenigbaar is.

Opvallend is, dat de indieners van het wetsvoorstel vooronderstellen dat met deze versterking van het ouderlijk keuzerecht de tweedeling in witte en zwarte scholen verminderd zal worden, alsof ouderlijke keuzepatronen als vanzelf een maatschappelijk gewenst eindresultaat zullen opleveren. Enkel een vluchtige blik in de literatuur en de adviezen ter zake had evenwel het inzicht opgeleverd, dat versterking van het keuzerecht de integratie niet bevordert, maar de segregatie juist versterkt.<sup>16</sup> Vanwege het regeerakkoord-Balkenende IV<sup>17</sup> is het wetsvoorstel in de ijskast gezet. Nu het kabinet door het vertrek van de Partij van de Arbeid demissionair is geworden heeft het kamerlid Hamer – niet meer door het akkoord gebonden – zich weer voluit achter het wetsvoorstel geschaard.<sup>18</sup>

13 Hof Amsterdam 21 januari 2009, NJ 2009, 191.

14 HR 10 maart 2009, NJ 2010, 19 m.nt. P.A.M. Mevis.

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

16 Vgl. B.P. Vermeulen, 'De toelaatbaarheid van spreidingsbeleid en aanverwante maatregelen in het onderwijs', *Oordelenbundel* 2005, p. 219-221.

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

18 *Kamerstukken II* 2009/10, 30 417, nr. 7.



Een tweede relevant wetsvoorstel ziet op wijzigingen inzake het gemeentelijk onderwijsachterstandenbeleid.<sup>19</sup> Het voorgestelde artikel 167 van de Wet op het primair onderwijs (Wpo) verplicht gemeentebesturen in het kader van hun onderwijsachterstandenbeleid om afspraken te maken met bijzondere basisscholen over onder meer de toeleiding van kinderen naar voor- en vroegschoolse educatie. Het voorgestelde artikel 168 Wpo maakt het mogelijk dat gemeentebesturen de afspraken die met de bereidwillige scholen gemaakt zijn ook op te leggen aan de scholen die niet mee willen doen. Onduidelijk is in hoeverre deze bepalingen een min of meer dwingend gemeentelijk spreidingsbeleid mogelijk maken.<sup>20</sup>

### *Rechterlijke oordelen : over advocaten en tramconducteurs.*

Ten eerste is er een tuchtrechtelijke uitspraak, waarin de conclusie werd getrokken dat een islamitische advocaat, die op grond van zijn religieuze overtuiging weigerde bij binnenkomst van de rechters in de rechtszaal op te gaan staan, niet handelde in strijd met de Advocatenwet. Het Hof woog met name mee dat aan het gebruik om op te staan niet meer strikt de hand gehouden wordt en wees daarnaast op de gewijzigde opvattingen in het licht van de multiculturele samenleving, op grond waarvan ook andere culturele en godsdienstige opvattingen en uitingen dan de eertijds gebruikelijke gerespecteerd dienen te worden.<sup>21</sup> Een soortgelijke redenering volgde de tuchtrechter ten aanzien van het dragen van de islamitische muts. Tenslotte meende het Hof dat betrokkene zich gezien de vrijheid van meningsuiting in een tv-uitzending niet zodanig kwetsend had uitgelaten over rechters en het Rotterdamse College van B en W dat ook daarbij geen sprake was van uitingen in strijd met de Advocatenwet.

Beduidend minder begripvol toonde zich de Amsterdamse rechtbank, die moest oordelen of het Gemeentelijk Vervoerbedrijf Amsterdam (GVB) medewerkers mag verbieden tijdens werktijd zichtbaar kettingen over het uniform te dragen.<sup>22</sup> Of daar een (religieus) symbool aan hangt doet daarbij niet ter zake. De rechter achtte dit kledingvoorschrift niet onredelijk met het oog op de vereiste veiligheidsmaatregelen en de wens van een uniforme en professionele uitstraling. Volgens de rechter was discriminatie naar geloof in deze zaak niet aan de orde, omdat het gaat om een algemeen verbod om kettingen over het uniform te dragen en het medewerkers van het GVB vrij staat om op andere gepaste wijze uiting te geven aan hun geloofsovertuiging, bijvoorbeeld door middel van een armband of ring met kruis. Opvallend is, dat de rechtbank in het gegeven dat het vervoerbedrijf de islamitische hoofddoek (voorzien van het GVB-logo) wel toestaat, geen grond ziet om ook aan eiser in kwestie (een Egyptisch christen die als tramconductor een ketting met een kruisje droeg) zijn geloofsuiting toe te staan.

Al met al twee interessante zaken met nogal controversiële uitspraken, die indicatief zijn voor de huidige juridische stand van zaken.

19 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 989, A.

20 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 989, nr. 4, p. 19 en *Kamerstukken II* 2009/10, 31 989, nr. 24.

21 Hof van Discipline 11 december 2009, no. 5499.

22 Rechtbank Amsterdam 14 december 2009, LJN BK6378.

### 3 DE AWGB EN EU-RICHTLIJN 2000/78; DE SGP EN DE HOGE RAAD

Meer nog dan de hiervoor in paragraaf 2 genoemde kwesties zullen de komende tijd twee andere thema's de gemoederen bezig houden. In de vorige bundels zijn we al ingegaan op de inbreukprocedure van de Europese Commissie tegen Nederland. De Kaderrichtlijn (2000/78), welke beoogt een algemeen kader te geven voor gelijke behandeling in arbeid en beroep op grond van godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zou onvoldoende in de Awgb geïmplementeerd zijn. Met name de enkele feitconstructie in artikel 5, tweede lid Awgb zou niet voldoen. De Europese Commissie meent dat deze bepaling, die (onder meer) aan het bijzonder onderwijs een marge biedt om op grond van de eigen richting leerkrachten te werven die naar het oordeel van de school niet aan richtingseisen voldoen, een te ruime uitzondering maakt op het vereiste van gelijke behandeling.

De Raad van State, daartoe door de regering om advies gevraagd, oordeelde evenwel dat aanpassing van de Awgb aan de terminologie van de richtlijn mogelijk is, zonder dat de bestaande grondrechtenbalans wijzigt.<sup>23</sup> Dat oordeel heeft felle kritische reacties opgeroepen,<sup>24</sup> maar is door de regering onderschreven. Zij heeft het voornemen geuit om in lijn met het advies van de Raad de Awgb aan de richtlijnterminologie aan te passen.<sup>25</sup>

Een andere kwestie waarin godsdienstvrijheid en gelijkheidsnormen centraal staan betreft de reeds in de bundel over 2007 aangestipte rechtszaken in verband met (onder meer) de stopzetting van de overheidssubsidie aan de Staatkundig Gereformeerde Partij (SGP). Deze stopzetting is gelegen in de overweging dat het beleid van deze partij om vrouwen niet voor een volwaardig lidmaatschap (inclusief vertegenwoordigende functies in politieke organen) in aanmerking te laten komen in strijd zou zijn met het discriminatieverbod in artikel 7 sub c van het Vrouwenverdrag. Deze zaken hebben enerzijds geleid tot een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, inhoudend dat artikel 7 sub c van het Vrouwenverdrag de wetgever een afwegingsruimte biedt om acht te slaan op fundamentele vrijheden als de voor de politieke pluriformiteit zo relevante vrijheid van vereniging en godsdienst. Van deze ruimte – door subsidieverstreking alleen uit te sluiten wanneer daaraan een strafrechtelijke veroordeling aan ten grondslag ligt – is in redelijkheid gebruik gemaakt, aldus de Afdeling.<sup>26</sup> Kortom: het Vrouwenverdrag verplicht niet tot intrekking van de subsidie aan de SGP.

In een kort daarna gewezen uitspraak liet het Hof Den Haag het oordeel van de Afdeling inzake de subsidieverstreking weliswaar ongemoeid, maar het meende niettemin dat het discriminatieverbod in artikel 7 sub c Vrouwenverdrag met zich brengt dat de staat (andere) maatregelen zal moeten inzetten die er toe zullen leiden dat de SGP het 'passief' kiesrecht aan vrouwen toekent.<sup>27</sup> Anders dan de Afdeling meende het hof dat de politieke vrijheden van de SGP door zulke maatregelen slechts *en marge* beperkt worden. Wijselijk liet het hof overigens in het midden te specificeren welke maatregelen door de staat – anders dan een subsidiestop (deze is gezien de Afdelings-

23 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481, nr. 7.

24 Zie bijvoorbeeld A.C. Hendriks & A.B. Terlouw, 'Raad van State helpt regering Europese anti-discriminatie-richtlijn te ontduiken', *NJB* 2009, p. 1636-1637.

25 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 6.

26 ABRvS 5 december 2007, *AB* 2008, 35 m.nt. Schutgens en Sillen, *JB* 2008/24 m.nt. R. Nehmelman en M.J. Kanne, *NJCM-Bulletin* 2008, p. 203 e.v. m.nt. H.M.Th.D. Ten Napel en A.G. Castermans.

27 Hof Den Haag 20 december 2007, *JB* 2008/37 m.nt. Schlössels in *JB* 2008/24, *NJCM-Bulletin* 2008, p. 203 e.v. m.nt. H.M.Th.D. Ten Napel en A.G. Castermans.

uitspraak niet meer aan de orde) en een partijverbod (dat blijkbaar het Hof te ver gaat) – genomen zouden moeten worden.

Zojuist, op 9 april 2010, heeft de Hoge Raad in cassatie geoordeeld, en het arrest van het hof in stand gelaten.<sup>28</sup> De Hoge Raad meent dat artikel 7 sub c Vrouwenverdrag de staat verplicht er effectief voor te zorgen dat vrouwen volwaardig aan politieke partijen kunnen deelnemen, en er dus ook voor heeft te zorgen dat vrouwen zich via politieke partijen kandidaat kunnen stellen. De staat heeft daarbij geen ruimte voor een eigen belangenafweging, ook al baseert de SGP zich op haar godsdienstige overtuiging. Weliswaar mag de SGP haar vrouwenstandpunt blijven uitdragen, maar moet dat doen binnen de grenzen die wetten en verdragen stellen. Nu het actief en passief kiesrecht essentieel is voor het democratische gehalte van de vertegenwoordigende organen, is het onaanvaardbaar als een politieke groepering zoals de SGP bij het samenstellen van de kandidatenlijsten in strijd handelt met deze grondrechten. De staat moet derhalve maatregelen nemen die er daadwerkelijk toe leiden dat de SGP het passief kiesrecht aan vrouwen toekent, doch die tegelijkertijd de minste inbreuk maken op de grondrechten van de SGP. Daarbij geeft de Hoge Raad net als het hof niet aan welke maatregelen genomen zouden moeten worden; de rechter is niet bevoegd aan de wetgever op te dragen bepaalde specifieke maatregelen te nemen.

Dit belangrijke arrest bevat een aantal interessante overwegingen en roept een aantal complexe kwesties op, die we slechts kunnen aanstippen; zij zullen de komende tijd ongetwijfeld grondig in de verschillende media en wetenschappelijke gremia aan de orde komen.

Wat ten eerste opvalt is de stelling dat de SGP inbreuk maakt op door Grondwet en verdragen gewaarborgde aanspraken op gelijk kiesrecht (overweging 4.5.5). De betreffende aanspraken op gelijk kiesrecht zijn geschreven voor de verticale relatie jegens de staat. De vraag rijst in hoeverre deze aanspraken ook rechtstreeks van toepassing zijn op de horizontale relaties tussen kiezers en politieke partijen (die toch geacht moeten worden geen onderdeel van de staat te zijn) en of de Hoge Raad beoogt die vraag bevestigend te beantwoorden.

Daarnaast is er het gestelde in overweging 4.5.3, dat in een democratische rechtsstaat aan beginselen en programma's – waarmee bedoeld wordt uitingen van de in wetten en verdragen neergelegde vrijheid van godsdienst en vereniging – slechts praktische uitvoering gegeven mag worden met inachtneming van de grenzen die hieraan worden gesteld door de wetten en verdragen. Maar is het niet tevens zo, dat die wetten en verdragen slechts toepassing mogen vinden binnen de grenzen die hieraan worden gesteld door de evenzeer in wetten en verdragen gegarandeerde vrijheid van godsdienst en vereniging? Het lijkt er op, dat de Hoge Raad in zoverre onverkort voorrang geeft aan het recht op gelijk kiesrecht, nu dat recht de maatstaf is waarbinnen de vrijheid van godsdienst en vereniging moeten blijven. Aldus is er dan – zoals de Hoge Raad overweegt – geen ruimte meer voor belangenafweging tussen het recht op gelijk kiesrecht en de klassieke vrijheidsrechten.

Interessant is overweging 4.5.5, ingevolge welke de SGP wel mag blijven verkondigen dat vrouwen niet op de kieslijst dienen te staan, maar die verkondiging niet daadwerkelijk in beleid – dat wel zeggen in haar kandidaatstelling – om mag zetten. Je mag het menen, je mag het uitdragen, maar je mag het niet doen. Een dergelijk onderscheid wordt wel vaker gemaakt, in de zin dat de vrijheid van meningsuiting en godsdienst – zolang het puur gaat om verbale uitingen – verder strekt dan de vrijheid om de betreffende mening of godsdienst in handelen om te zetten.

---

28 HR 9 april 2010, LJN BK4549 en LJN BK4547.

Tenslotte is er de praktische maar lastige vraag die op het bord van de regering ligt: wat zijn effectieve maatregelen (waartoe subsidie-intrekking blijkens de door de HR onderschreven uitspraak van de Afdeling niet behoort), die tegelijkertijd de minste inbreuk maken op de grondrechten van de SGP?

#### 4 JURISPRUDENTIE VAN HET EUROPESE HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

De Straatsburgse jurisprudentie op het terrein van godsdienst en levensovertuiging (artikel 9 EVRM) was in 2009 omvangrijk; in sommige gevallen is zij ook relevant voor de Nederlandse situatie. Enkele uitspraken verdienen het daarom kort aangestipt te worden.

De ruimte die aan moslimvrouwen toekomt om op school (als leerling of als onderwijzer), in publieke functies (politieambtenaar) of in een commerciële instellingen een hoofddoek te dragen is vaak onderwerp van de CGB-oordelen. Daarbij voegde zich in de oordelenproductie van 2009 de kwestie van het dragen van de burkini in openbare zwembaden. In december 2008 wees het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) twee arresten die op deze aangelegenheid zien. Het betrof toen de toepassing van het hoofddoekverbod voor leerlingen tijdens sportlessen in openbare onderwijsinstellingen (*Kervanci* en *Dogru*<sup>29</sup>). Deze arresten over het uitsluiten van een leerling uit een school voor voortgezet onderwijs omdat deze een hoofddoek wenst te dragen bij het sportonderwijs vormden de Franse pendant van de arresten in de zaak *Sahin tegen Turkije*.<sup>30</sup> Het eindoordeel van het EHRM in de twee Franse zaken vormde de echo van die Turkse jurisprudentie, maar dan toegespitst op de Franse versie van overheidsneutraliteit, de *laïcité*. De in 2008 ingezette koers is in het afgelopen jaar resoluut doorgezet in zes eensluidende niet-ontvankelijkheids-beslissingen over dezelfde kwestie (*Aktas*, *Bayrak*, *Gamaleddin*, *Ghazal*, *Singh* en *Singh*<sup>31</sup>), waarbij het verschil met de eerdere jurisprudentie is dat de nieuwe uitspraken betrekking hebben op de op het 'laïcité'-beginsel gebaseerde wet van 15 maart 2004, die beoogt ostantatieve religieuze tekenen (zoals islamitische hoofdbedekking) geheel uit de openbare school te weren.

Net als bij het beoordelen van de proportionaliteit van de maatregel in de in de vorige Oordelenbundel besproken zaken *Kervanci* en *Dogru t. Frankrijk* in het licht van de daarbij aan de nationale staat toekomende *margin of appreciation*, wordt door het EHRM opnieuw een belangrijk gewicht toegekend aan het in Frankrijk als constitutioneel principe beschouwde *laïcité*-concept, dat gestalte geeft aan de Franse verhoudingen tussen kerk en staat, religie en overheid. Relevant is wel dat het in de zes recente beslissingen anders dan in de arresten *Kervanci* en *Dogru* niet uitsluitend ging om het verbod om tijdens het sportonderwijs een hoofddoek te dragen, een verbod dat het EHRM redelijk achtte. Doordat het in de eerdere arresten uitsluitend om die beperkte context ging, zou gesteld kunnen worden dat het EHRM in 2008 nog geen

29 EHRM 4 december 2008, *Kervanci t. Frankrijk*, nr. 31645/04; EHRM 4 december 2008, *Dogru t. Frankrijk*, nr. 27058/05, *EHRC* 2009/9 m.nt. A.J.Th. Woltjer. Zie *Oordelenbundel 2008*, p. 97.

30 EHRM 29 juni 2004, *Sahin t. Turkije*, AB 2004/338 m.nt. B.P.Vermeulen, *EHRC* 2004/80 m.nt. L.F.M.Verhey, *NJCM-Bull.* 2005, p. 172 m.nt. Hirsch Ballin; EHRM 10 november 2005 (Grote Kamer), *Sahin t. Turkije*, NJ 2006/170 (m.nt. E.A. Alkema), *EHRC* 2006/15 m.nt. L.F.M. Verhey.

31 EHRM 30 juni 2009, *Bayrak t. Frankrijk*, nr. 14308/08, *EHRC* 2009/114 (m.nt. Henrard); EHRM 30 juni 2009, *Gamaleddin t. Frankrijk*, nr. 18527/08; EHRM 30 juni 2009, *Singh t. Frankrijk*, nr. 25463/08; EHRM 30 juni 2009, *Singh t. Frankrijk*, nr. 27561/08; EHRM 30 juni 2009, *Ghazal t. Frankrijk*, nr. 29134/08; EHRM 30 juni 2009, *Aktas t. Frankrijk*, nr. 43563/08.

antwoord gaf op de vraag of een hoofddoekverbod in het onderwijs *tout court*, waar motieven van veiligheid en gezondheid, anders dan bij gymnastiekles, geen rol spelen, met artikel 9 EVRM verenigbaar zou zijn. Vorig jaar schreven we dat het, gezien de nadruk die het EHRM legde op de legitimiteit van het *laïcité*-beginsel, voor de hand lag te veronderstellen dat het hoofddoekverbod in zijn geheel, zoals vastgelegd in de nieuwe Franse wetgeving van 2004, ook door de Straatsburgse beugel kan.<sup>32</sup> Deze veronderstelling is blijkens de nieuwe reeks beslissingen juist gebleken.

In een aantal arresten tegen Oostenrijk (*Gütl, Löffelmann, Lang*<sup>33</sup>) concludeert het EHRM dat een regeling waarbij geestelijke bedienaren van een bevoorrechte categorie van erkende geloofsgemeenschappen<sup>34</sup> vrijgesteld kan worden van vervangende dienstplicht maar een vergelijkbare categorie personen behorend tot de Jehovah's getuigen niet, schending oplevert van artikel 14 j° 9 EVRM. Ingevolge *Koppi*<sup>35</sup> is echter wel toelaatbaar een regeling die geestelijke bedienaren van erkende geloofsgemeenschappen privilegieert wanneer er een eerlijke mogelijkheid is voor alle religieuze groepen om voor die speciale status in aanmerking te komen.

Een oordeel over een verschillende behandeling van geestelijk dienaren van deze of gene religieuze gemeenschap lijkt op het eerste gezicht van geringe betekenis voor de Nederlandse situatie. Sinds het slaken van 'de zilveren koorden' (waardoor elk spoor van staatsbezoldiging van geestelijk dienaren verdween) wordt immers geen onderscheid meer gemaakt tussen geestelijk dienaren van de verschillende genootschappen. Volstrekt onbelangrijk is deze aangelegenheid niet, met name als de mogelijkheid van het betrekken door religieuze minderheden van geestelijk dienaren uit het buitenland aan de orde is: in die situatie kan dit als gevolg hebben dat bijvoorbeeld door een moskee-organisatie in Straatsburg heil gezocht wordt op grond van de artikelen 9 en 14 EVRM.<sup>36</sup>

Een laatste hier te noemen uitspraak is het arrest *Lautsi tegen Italië*,<sup>37</sup> waarin het EHRM oordeelde dat kruisbeelden in openbare scholen niet passen, nu dat niet verenigbaar is met de levensbeschouwelijke neutraliteit die in het openbaar onderwijs vereist is, en kwam het tot de conclusie dat de betreffende Italiaanse praktijk met artikel 2 Protocol 1 EVRM (vrijheid van onderwijs) in samenhang met artikel 9 EVRM in strijd is. De zaak is onlangs voorgelegd aan de Grote Kamer.

## 5 DE OORDELEN

De grond 'politieke gezindheid' leverde in 2009 één oordeel op. Dat is een toename, nu de voorafgaande jaren geen enkele maal een oordeel ter zake gegeven werd. Daarnaast werden door de Commissie slechts negen oordelen uitgesproken over klachten inzake onderscheid op grond van godsdienst: meer dan een halvering in vergelijking met de voorafgaande jaren. Verder was er een zaak waarin om een oordeel werd verzocht omtrent eigen handelen. Bij één verzoek, over het subsidiëren van

32 Zie ons commentaar in *Oordelenbundel 2008*, p. 97.

33 EHRM 12 maart 2009, *Gütl t. Oostenrijk*, nr. 49686/99; EHRM 12 maart 2009, *Löffelmann t. Oostenrijk*, nr. 42967/98; EHRM 19 maart 2009, *Lang t. Oostenrijk*, nr. 28648/03.

34 Deze categorie werd besproken in ons vorige commentaar, *Oordelenbundel 2008*, p. 98 (zie EHRM 31 juli 2008, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas t. Oostenrijk*, nr. 40825/98, EHRC 2008/125).

35 EHRM 10 december 2009, *Koppi t. Oostenrijk*, nr. 33001/03, EHRC 2010/15 m.nt. J.H. Gerards.

36 Zie EHRM 20 december 2007, *El Majaoui en Stichting ToubahMoskee*, EHRC 2008/36, AB 2008, 123 m.nt. B. Aarrass, alsook ons commentaar in *Oordelenbundel 2007*, p. 100. Vgl. verder EHRM 12 februari 2009, *Nolan t. Rusland*, nr. 2512/04, EHRC 2009/43 m.nt. A.J.Th. Woltjer.

37 EHRM 3 november 2009, *Lautsi t. Italië*, nr. 30814/06, EHRC 2010/8 m.nt. A.J.Th. Woltjer.

een informatiepunt in een moskee, kwam de Commissie tot het oordeel dat zij niet bevoegd is. Slechts in twee gevallen kwam de Commissie tot het oordeel dat er sprake was van verboden onderscheid wegens godsdienst. Uit hetgeen in het inleidende deel van deze bijdrage aan de orde kwam mag wel duidelijk zijn dat deze terugloop in oordelental allerminst wijst op het uitdoven van de conflicten en discussies over religie in de samenleving en meer in het bijzonder de ruimte die individuen en gemeenschappen op dit punt gelaten moet worden.

Op één punt is er geen verschil met de oordelenproductie van de voorgaande jaren: het overgrote deel van de oordelen had van doen met religieuze voorschriften met betrekking tot lichaamscontact en kleding, met als nieuwigheid een oordeel over het dragen van de *burkini* in het zwembad. Het dragen van de hoofddoek en ook de kwestie van het handenschudden kwam weer aan bod. De islamitische geloofsovertuiging domineerde derhalve wederom in de procedures voor de Commissie: zij lag ten grondslag aan alle oordelen over klachten waarin de discriminatiegrond godsdienst aan de orde is. Bij het oordeel over eigen handelen was de katholieke geloofsovertuiging aan de orde. Deze oordelen worden hierna besproken.

### 5.1 *Handen schudden*

Driemaal zijn de Commissie zaken voorgelegd in verband met de op het islamitisch geloof gebaseerde weigering de hand te schudden van een persoon van het andere geslacht. De drie gevallen deden zich voor in de context van het onderwijs (2009-01) en in die van arbeid (2009-10, 2009-129).

De weigering handen te schudden wordt door de Commissie, net als in haar eerdere oordelen, aangemerkt als een gedraging waarmee iemand gestalte kan geven aan zijn islamitische geloofsovertuiging. Telkens komt de Commissie tot het oordeel dat de aangevoerde feiten toch geen onderscheid op grond van godsdienst doen vermoeden en dat daarmee geen sprake is van een verboden onderscheid. Hierbij past de kanttekening dat verzoekers in deze zaken niet ter zitting verschenen en/of geen verweerschrift indienden, zodat de door de respectieve verweerders ingebrachte weergave van de feiten onweersproken bleef.

Bij de eerst voorgelegde zaak (oordeel 2009-01), waarin een aankomend moslimstudent de toegang tot een hbo-opleiding is ontzegd, wordt door de hbo-instelling verklaard dat studenten die fysiek contact met studenten van het andere geslacht vermijden worden toegelaten en ook daadwerkelijk aanwezig zijn in de opleiding. Er is dus geen sprake van strijd met de Awgb. De wijze waarop de onderwijsinstelling deze studenten tegemoet treedt gaat, zo signaleert de Commissie echter (in een *obiter dictum*, 3.15), in bepaalde gevallen verder dan de gelijkebehandelingswetgeving vergt. Dit geldt met name voor de inspanningen van de zijde van de onderwijsinstelling om een andere kandidaat-student, die eveneens fysiek contact met vrouwen meed, tegemoet te komen door hem uitsluitend toetsen te laten afleggen bij mannelijke docenten. De Commissie wijst erop dat dergelijke maatregelen in de praktijk neerkomen op het scheppen van *geslachtsbepaalde functietaken*, hetgeen onwenselijk is en strijdig wordt geacht met de doelen en uitwerking van de gelijkebehandelingswetgeving.<sup>38</sup>

Interessant is voorts de afweging in oordeel 2009-129 van de klacht van een verzoeker die afgewezen werd voor de functie van islamitisch geestelijk verzorger (imam) in

<sup>38</sup> Zie ook de annotatie van G.Th. Terpstra bij oordeel 2008-102 over de vrouwen-taxi in *Oordelenbundel 2008*, p. 319.

een TBS-kliniek. Zowel de afwijzing voor de functie als de bejegening tijdens de sollicitatieprocedure stonden ter beoordeling. Noch de afwijzing van verzoeker noch de wijze waarop de sollicitatie verliep geven de Commissie aanleiding om tot een onderscheid op grond van godsdienst te kunnen concluderen. De onduidelijke manier waarop de sollicitant tijdens de procedure uiting gaf aan zijn godsdienstige principes ten aanzien van het handen schudden speelde weliswaar een betekenisvolle rol bij de afwijzing voor de functie van imam, maar de geloofsmanifestatie als zodanig vormde daarvoor niet de grond. Doorslaggevend was het niet in de gevoerde gesprekken weggenomen gevoel dat de sollicitant zich niet integer opstelde, zodat er in de optiek van de TBS-kliniek onvoldoende vertrouwen was voor een vruchtbare samenwerking binnen het team van geestelijk verzorgers.

De Commissie volgt verweerster in haar verantwoording van de afwijzing (3.12). Gezien de aard van de functie en de context waarin deze vervuld moet worden (in teamverband, in een TBS-kliniek) mag van de verzoeker verwacht worden dat hij een helder beeld geeft van zijn gedragingen en van de overtuiging die daaraan ten grondslag ligt. De gang van zaken tijdens de sollicitatieprocedure (het door sollicitatiecommissie en directeur doorvragen over het al dan niet handen schudden en over de omgang met vrouwen) acht de Commissie aanvaardbaar in het licht van de specifieke taakstelling als imam in een TBS-kliniek (3.18).

De imam meende dat er bij de sollicitatie sprake was van discriminatoire bejegening. Hem werd gevraagd naar de achtergrond van zijn weigering tot handen schudden, maar ook 'tot welke stroming binnen de Islam hij behoorde en of hij ook anderen doceerde of aanmoedigde om geen handen te geven aan personen van het andere geslacht' (3.14). De Commissie benadrukte in haar overwegingen dat een sollicitatiegesprek een zakelijk karakter moet hebben. Daarin moet 'door de werkgever grote terughoudendheid (...) worden betracht met het aan de orde stellen van voor het vervullen van de functie niet relevante zaken, in het bijzonder indien deze zaken verband houden met door de wetgeving gelijke behandeling beschermde persoonlijke kenmerken. Dit mede ter voorkoming van onopzettelijk onderscheid. Het stellen van vragen die betrekking hebben op de godsdienst, dan wel de beleving daarvan (...) kan de indruk wekken dat hieraan gewicht wordt toegekend bij de selectie. Er kan echter niet op voorhand uit worden afgeleid dat sprake is van discriminerende bejegening. Dat is afhankelijk van de feiten en omstandigheden in het concrete geval' (3.16).<sup>39</sup> De Commissie oordeelde evenwel dat het enkele vragen naar de religieuze achtergrond en naar de reden voor het niet willen schudden van handen op zich zelf nog niet aannemelijk maakt dat sprake is van onderscheid op godsdienst.

We kunnen deze uitkomst zeker onderschrijven. Het komt ons voor dat juist de feiten en omstandigheden van het concrete geval aanleiding mochten zijn voor een grotere speelruimte voor de werkgever dan gebruikelijk. Het algemene uitgangspunt van terughoudendheid in de sollicitatieprocedure bij het vragen naar de religieuze achtergrond dient immers niet te gelden in dit specifieke geval waarin de godsdienstige opvattingen van de sollicitant direct relevant kunnen zijn voor de functievervulling, nu het gaat om de godsdienstig-geestelijke verzorging van TBS-cliënten.

Volledigheidshalve wijzen we nog op een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep. Daarin werd definitief beslist in de zaak van de moslim-docente aan een openbare vmbo-school, die na terugkeer van vakantie niet meer bereid was om haar mannelijke collega's de hand te schudden. Het bestuur accepteerde dat niet, vond dat strijdig met de op de school geldende gedragsregels en ging over tot schorsing en vervolgens

39 Verwijzend naar oordelen 2009-73, 2007-137 en 2007-44.

ontslag. De rechter achtte het ontslag niet in strijd met de Awgb, nu sprake was van indirect onderscheid dat door zwaarwegende motieven (de belangen van interne orde, sfeer, voorbeeldfunctie) gerechtvaardigd was.<sup>40</sup>

## 5.2 *Kleding*

Driemaal boog de Commissie zich over klachten betreffende op godsdienst gegronde kledingvoorschriften: de hoofddoek (2009-103), de gezichtssluier (2009-36) en de burkini (2009-15) kwamen in beeld. Daarnaast was er nog een andere aan religieuze kleding gerelateerde klacht (2009-42).

In twee gevallen, waarbij de afwijzing voor een functie bij een zelfstandig bestuursorgaan toegeschreven werd aan het dragen van een *hoofddoek* (2009-103) resp. waarin het een ouder niet onverkort werd toegestaan een *gezichtssluier* te dragen in een peuterspeelzaal (2009-36) oordeelde de Commissie dat geen verboden onderscheid op grond van godsdienst kon worden vastgesteld.

In de in oordeel 2009-103 behandelde klacht betreffende afwijzing voor een functie van medewerker handelsregister bij een Kamer van Koophandel ontbraken volgens de Commissie aanwijzingen voor een discriminerende bejegening: het enkele feit van het stellen van vragen over het dragen van een hoofddoek brengt dergelijk bejegening nog niet mee. Of van een discriminerende bejegening sprake is hangt af van aard, toon en intentie van de vragen en van de aanleiding voor en de context waarin dergelijke vragen worden gesteld. In het voorgelegde geval waren geen elementen voorhanden die zouden kunnen doen vermoeden dat er sprake was van een discriminerende bejegening of afwijzing op grond van het dragen van een hoofddoek.

In oordeel 2009-36 wordt de klacht van een vrouw over discriminatie in verband met het dragen van een gezichtssluier - een hoofdbedekking die alleen de ogen vrij laat (niqaab) - ongegrond geacht. De vrouw kon haar kind niet bij een (met een islamitische school samenwerkende) peuterspeelzaal aanmelden omdat ze een gezichtssluier droeg. De vrouw wees het voorstel af om de sluiertijdens het inloopkwartiertje in de speelzaal af te doen en met de rug naar de deur te gaan zitten, waarbij het haar zou worden toegestaan deze weer op te doen als een vader zou binnenkomen. Het was volgens de vrouw immers denkbaar dat haar gezicht door de ramen door mannelijke passanten waargenomen zou kunnen worden.

De speelzaal achtte het verbod op het dragen van de sluiert nodig omdat dat het belang dient van het overbrengen van onder meer non-verbale communicatie. Aansluitend op het eerste bezoek van de verzoekster werden de gedragsregels van de speelzaal op het punt van gezichtsbedekkende kleding gepreciseerd, zodanig dat gezichtsbedekking niet werd toegestaan binnen de muren van de peuterspeelzalen. Verzoekster meende dat er sprake was van onderscheid op grond van godsdienst, zowel door de bejegening die haar ten deel viel (een onwelwillende houding vanwege het peuterspeelzaalpersoneel) als door de gedragsregel die het haar onmogelijk maakte de sluiert te dragen.

Voor de beweerde discriminerende bejegening vindt de Commissie echter geen grond in de aangedragen feiten. De in de gedragsregels opgenomen verbodsbepaling leidt weliswaar tot indirect onderscheid naar godsdienst, maar dit onderscheid kan worden gerechtvaardigd. De Commissie toetst de door de verweerder aangedragen

---

40 CRvB 7 mei 2009, AB 2009, 280 m.nt. J. Groen en B.P.Vermeulen. Zie voor een andere uitspraak in dezelfde richting: Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, LJN BD9643.



rechtvaardiging voor het verbod op gezichtsbedekkende kleding en sluit in haar afwegingen omtrent de noodzakelijkheid van het middel aan bij haar eerdere oordeel 2003-40<sup>41</sup>, dat van overeenkomstige toepassing wordt geacht op het didactische proces in peuterspeelzalen: dat het voor het onderwijsleerproces noodzakelijk kan worden geacht dat de gezichtsuitdrukking van de betrokkenen waar te nemen is. De Commissie oordeelt dat het waarnemen van de gezichtsuitdrukking door kleuters, gelet op het didactische klimaat dat door de peuterspeelzaal wordt nagestreefd, van zodanig belang is dat het middel (het verbod) in evenredige verhouding staat tot het doel (in casu het overbrengen van kennis en vaardigheden door de personen in kwestie bij het inloopkwartiertje en andere peutergebonden activiteiten).

De in oordeel 2009-15 uitgevoerde toetsing van de aangevoerde rechtvaardiging van indirect onderscheid naar godsdienst pakt anders uit. Ook daar is de vraag aan de orde of een kledingverbod, dat een indirect onderscheid naar godsdienst meebrengt, gerechtvaardigd kan worden. Het betreft het in een gemeentelijk zwembad geldend kledingvoorschrift dat onder meer inhoudt dat lichaamsbedekkende zwemkleding niet is toegestaan tijdens de uren dat het zwembad voor alle publiek geopend is. Het dragen van een *burkini*, een fenomeen dat in een Tweede Kamervraag gekwalificeerd is als 'islamisering van de sport'<sup>42</sup>, wordt daardoor uitgesloten. De Commissie oordeelt dat sprake is van indirect onderscheid dat een objectieve rechtvaardiging behoeft. De daartoe uitgevoerde toets (is er een legitiem, d.w.z. voldoende zwaarwegend of aan een werkelijke behoefte voldoende, doel? is het doel niet-discriminerend? is het met het oog op het bereiken van dat doel gebruikte middel passend en noodzakelijk?) leidt tot de conclusie dat het gaat om een niet-noodzakelijk middel, dat het niet proportioneel is omdat er alternatieven zijn.

Het oogmerk van de maatregel is gelegen in het bewaken van de veiligheid en de goede sfeer in het zwembad. Dit doel wordt door de Commissie aangemerkt als beantwoordend aan een werkelijke behoefte en als niet-discriminatoire. Dat het middel, het verbod op lichaamsbedekkende zwemkleding tijdens de uren dat het zwembad voor alle publiek geopend is, geschikt is om het doel te bereiken laat de Commissie in het midden, omdat zij oordeelt dat het een niet-noodzakelijk middel betreft (3.22). Zij acht het middel, dat resulteert in het weigeren van een categorie zwemmers (tijdens de uren dat het zwembad voor alle publiek is geopend) omwille van hun geloofsovertuiging te zwaar, omdat de gemeente het tot zijn taak rekent de algemene toegankelijkheid van het zwembad te waarborgen. Als het erom gaat 'ongemakkelijke gevoelens' tussen zwemmers onderling te voorkomen acht de Commissie het middel niet in evenredige verhouding met het doel.

Verweerster acht het kledingsvoorschrift nodig voor de handhaving van de veiligheid en goede sfeer. Met name jongemannen met lange zwemshorts en/of petjes en/of T-shirts vormen een bedreiging voor de veiligheid. Bij het toelaten van de *burkini* is het niet goed mogelijk het verbod op het dragen van zwemshorts e.d. te handhaven. Hierin gaat de Commissie niet mee en suggereert (geëxpliciteerd in een aanbeveling, punt 5) het opnemen van een extra pictogram, waaruit duidelijk wordt dat zwemmen in een lichaamsbedekkend zwempak wel toegestaan is. Kortom, het ingestelde verbod is niet noodzakelijk, omdat er andere middelen zijn om de veiligheid en goede sfeer te garanderen.

Een punt verdient nog afzonderlijke aandacht: de klacht in deze zaak betrof een testpersoon, die optrad voor een stichting als bedoeld in artikel 12, tweede lid, onder e,

41 Oordeel 2003-40, AB 2003, 233 m.nt. B.P.Vermeulen. Zie commentaar in *Oordelenbundel 2003*, p. 79-80.

42 Vragen van Agema (PVV), *Aanhangsel Kamerstukken II 2007/08*, nr. 1035.

Awgb. In dat geval is het niet noodzakelijk, zo kan worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis<sup>43</sup>, dat aan een klacht een concreet voorbeeld van ongelijke behandeling ten grondslag ligt. Wel moet kunnen worden vastgesteld dat de aangevallen bepaling, maatstaf of handelwijze de belangen schaadt van diegene in wiens bescherming de wet voorziet. De Commissie meent dat zulks het geval was. Ze verwijst in dit verband (3.5) naar de recente zaak van het Belgische Centrum voor Gelijke Kansen en Racismebestrijding (CGKR)/Firma Feryn. In die zaak oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dat een klager, hier het CGKR, ook ontvankelijk kan zijn indien bepaalde publiekelijk gedane uitlatingen aan zijn klacht ten grondslag liggen, ook al ontbreekt een identificeerbare klager.<sup>44</sup>

De feitelijke context waarin een mogelijk discriminatoire situatie voorhanden zou zijn is vaak onduidelijk. In sommige gevallen moet de Commissie bij het oordelen over de achterliggende situatie terugvallen op de feitenweergave van de verweerder omdat de verzoeker niet de gelegenheid te baat neemt om de stellingname van verweerder te weerspreken (zie bijv. oordeel 2009-01, overweging 3.13; oordeel 2009-10, overweging 3.12) of omdat de feiten in een verder verleden liggen en door de verzoeker onvoldoende gedocumenteerd werden (zie oordeel 2009-94, overweging 3.19). Soms is het materiaal zeer precies en overtuigend, zoals in oordeel 2009-42, over een door een rechtenstudente ingediende klacht over het niet-verkrijgen van een stageplaats. De verweerder voorzag daar zelf ongewild in een volledige en omstandige documentatie. De rechtenstudente solliciteerde naar de plaats voor een stage bij een Zwols advocatenkantoor en ontving een week later per abuis een voor intern gebruik bedoelde e-mail, waarin een geraadpleegde compagnon schrijft: 'Ik heb haar niet gezien (toch geen burka) dus kan er niet over oordelen. Cijfers zeggen niet alles. Als we een student-stagiaire willen aannemen moet het mijns inziens wel op voorhand iemand zijn die we dus bij verdere gebleken geschiktheid, gebleken tijdens de stage, in beginsel als er ruimte zou zijn, ook wel in dienst zouden willen nemen. Kortom zouden we haar wel willen en hebben we plek, tijd en ruimte voor stagiaire' (2.3). Enkele dagen later wordt haar gemeld dat zij niet wordt uitgenodigd voor een gesprek waarbij haar wordt meegedeeld: 'U hebt verschillende zaken naast uw studie gedaan en enkele goede cijfers gehaald, maar toch ook enkele cijfers op de rand gehaald. Dat laatste is voor ons uiteindelijk reden voor onze beslissing geweest. (...) Afhankelijk van uw verdere cijfers en scriptieonderwerp kunt u uiteraard te zijner tijd altijd nog trachten bij ons te solliciteren als advocaat-stagiaire'.

De Commissie komt ten aanzien van de vraag of de *afwijzing* van de studente een onderscheid op grond van godsdienst inhoudt weliswaar tot het standpunt dat de studente er niet in slaagt feiten aan te voeren die kunnen doen concluderen tot een vermoeden van onderscheid. Maar anders ligt het op het punt van de *bejegening*. De per abuis verzonden e-mail met daarin de opmerking 'toch geen burka' heeft in de beoordeling een centrale plaats. De mail en de bevestiging van de betrokken compagnon met de studente dat hij was afgegaan op haar Arabisch klinkende achternaam leiden tot het vermoeden dat onderscheid is gemaakt op grond van godsdienst en ras<sup>45</sup> in de wijze waarop ze is bejegend. In het verweer werd erop gewezen dat de toevoeging "toch geen burka" begrepen moest worden in de context dat in de periode waarin de mail verstuurd is in de Tweede Kamer werd gediscussieerd over een

43 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 25.

44 HvJEG 10 juli 2008, *Centrum voor gelijke kansen en racismebestrijding/Firma Feryn*, nr. C-54/07, *EHRC* 2008, 107 m.nt. M. Gijzen.

45 Zie de kritische bespreking van dit oordeel door S.K. Van Walsum en M. Davidović in paragraaf 3.1 van hun commentaar in deze bundel over de gronden ras en nationaliteit.

burkaverbod voor bepaalde functionarissen en er van een persoonlijke aanval of een gebrek aan respect geen sprake was. De Commissie stelt echter vast dat de achternaam van de studente de aanleiding vormde een opmerking te maken over het dragen van een burka en dat uit de wijze waarop de opmerking is geformuleerd blijkt dat aan de islamitische geloofsuiting een negatieve connotatie is gegeven, en komt tot de conclusie dat bij de bejegening discriminatoir is gehandeld op grond van de godsdienstige overtuiging en afkomst van de verzoekster.

### 5.3 *Beleid katholieke school*

In Oordeel 2009-29 werd de Commissie door een stichting, bevoegd gezag van elf katholieke basisscholen, verzocht om een beoordeling van haar personeelsbeleid, haar toelatingbeleid en haar concept-kledingprotocol. Van medewerkers wordt gevergd dat ze de katholieke grondslag van de school onderschrijven en daaraan loyaal meewerken; van de ouders dat ze de grondslag onderschrijven en respecteren. Uit het kledingprotocol volgt dat geen kleding kan worden gedragen die aan een andere dan de katholieke godsdienst refereert en dat (ook gedeeltelijk) gezichtsbedekkende kleding evenmin is toegestaan. Bij gymlessen zijn hoofddeksels verboden.

In het personeels- en toelatingsbeleid wordt derhalve direct onderscheid gemaakt op grond van godsdienst, een onderscheid dat niet met de Awgb in strijd is indien de eisen gelet op het doel van de instelling noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de grondslag. Het verbod op (gedeeltelijk) gezichtsbedekkende kleding en het hoofddekselverbod houdt indirect onderscheid in, dat gerechtvaardigd kan worden.

De stichting beroept zich op haar katholieke grondslag en daarmee op de uitzonderingsbepalingen in de Awgb (artikel 5 lid 2c, artikel 7, tweede lid). Het verschil in de uitzonderingsbepalingen is te vinden in de koppeling aan functie-eisen bij de personeelsleden, hetgeen het toelaatbaar maakt dat aan hen strengere voorwaarden gesteld worden dan aan leerlingen/ouders. In beide gevallen is echter vereist dat de gestelde eisen niet tot onderscheid mogen leiden op het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, of burgerlijke staat, de ‘enkele feitconstructie’.

Bij deze toetsing komen vier vragen aan de orde, namelijk:

- of de grondslag waarop de school zich beroept niet alleen op papier bestaat, in statuten en reglementen, maar ook of die grondslag daadwerkelijk beleefd en uitgedragen wordt;
- of de gestelde eisen waardoor het onderscheid naar godsdienst veroorzaakt wordt noodzakelijk zijn in het licht van die grondslag;
- of de gestelde eisen consequent gehandhaafd worden; en tenslotte
- of deze niet tot onderscheid leiden op het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, of burgerlijke staat.

In het oordeel van de Commissie wordt omstandig aandacht besteed aan de wijze waarop de stichting de katholieke grondslag uitwerkt in de verschillende aspecten van het schoolleven. Zij concludeert ten slotte dat er sprake is van een consistent beleid. De sterkste band met de grondslag wordt van leerkrachten gevergd, omdat die loyaal moeten meewerken aan het bevorderen van katholiek onderwijs en van hen verwacht wordt dat ze een ‘godsdienstdiploma’ hebben. De precieze betekenis die aan het van ouders gevergde ‘onderschrijven en respecteren’ van de grondslag moet worden toegekend wijkt af van de betekenis die veelal aan het woord ‘onderschrijven’ wordt

gegeven en lijkt eigenlijk neer te komen op een vorm van verregaand respect. Ouders en kinderen hoeven niet zelf katholiek te zijn; er wordt echter niet geaccepteerd dat leerlingen zich aan de binnen de school ondernomen religieuze activiteiten onttrekken.<sup>46</sup>

Is het voor het vervullen van de betrokken functies noodzakelijk dat van medewerkers gevergd wordt dat ze de katholieke grondslag van de school actief onderschrijven en voldoen aan de kledingsvoorschriften? De Commissie is hiervan overtuigd, omdat van de medewerkers daadwerkelijk verwacht wordt dat ze uitvoering geven aan de doelstelling van de school, het *uitdragen* van de katholieke grondslag van de school. Deze opdracht vergt een hoge mate van betrokkenheid, zodat de eis van onderschrijven van de grondslag als uitgangspunt voor een goede taakvervulling nodig is (3.16). ‘Onderschrijven’ moet hier dan vermoedelijk begrepen worden als ‘zich verenigen met’, d.w.z. dat de medewerkers zelf ook katholiek zijn.

Is het daarnaast, gelet op het doel van de stichting, nodig voor het verwezenlijken van de katholieke grondslag dat van de ouders van leerlingen wordt gevraagd dat ze de grondslag van de school respecteren dat de leerlingen de kledingsvoorschriften naleven? Het onderwijscurriculum van de scholen geeft uitvoerig invulling aan de katholieke grondslag en het is voor de leerlingen onmogelijk zich te onttrekken aan deelname aan de godsdienstige activiteiten van de school. De Commissie gaat daarom mee in de door de verzoekster aangedragen argumentatie, die erop neerkomt dat ze omwille van de duidelijkheid omtrent het uitdragen van de katholieke grondslag van de school één lijn wil hanteren, waartoe ook eisen worden gesteld aan de (ouders van de) leerlingen: ook van de ouders wordt daarom gevraagd de grondslag van de school te *onderschrijven en respecteren* (lees: voluit respecteren). Dat brengt ook mee dat, zoals vastgelegd in het kledingprotocol, in kleding geen uiting gegeven kan worden aan een andere dan de katholieke godsdienstige overtuiging (3.17). Aan het noodzakelijkheidsvereiste is derhalve voldaan.

Noch de aan de medewerkers noch de aan ouders/leerlingen gestelde eisen leiden tenslotte tot onderscheid op grond van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, of burgerlijke staat.

De in het oordeel betrokken scholen voeren een open toelatingbeleid; tegelijkertijd mogen ze eisen stellen aan het commitment van ouders en leerlingen. Van belang is dus dat confessionele schoolbesturen die daarvoor kiezen ook aan anders-gelovige en niet-gelovige leerlingen nadere eisen kunnen blijven stellen, mits ze daarbij consequent werk maken van hun grondslag en de gestelde eisen op die grondslag terug te voeren zijn. De gelijkebehandelingswetgeving dwingt scholen derhalve niet in het keurslijf van een zeer restrictief toelatingsbeleid: als de eisen maar duidelijk gerelateerd zijn aan de grondslag en consequent toegepast worden, dan zijn ze aanvaardbaar, al laat de school ook andersgelovige en niet-gelovige leerlingen toe.<sup>47</sup>

---

46 Vgl. oordeel 2008-112 over het beleid van een katholieke school waarbij toelating was gekoppeld aan het doopbewijs, becommentarieerd in *Oordelenbundel 2008*, p. 104-106.

47 Zie in deze lijn reeds oordeel 2003-112, *AB* 2003, 375 m.nt. B.P.Vermeulen.

#### 5.4 *Subsidie aan moskee*

Vermeldenswaard is verder oordeel 2009-55, waarin de vraag rijst of een gemeente een onder artikel 7, eerste lid, onder b, Awgb verboden onderscheid maakt door subsidie te verstrekken ten behoeve van de inrichting van een informatiepunt in een moskee.<sup>48</sup> Het informatiepunt beoogt wijkbewoners met vragen over bijvoorbeeld gemeentelijk beleid, opvoeding, zorg, gezondheid, wonen, werken of schulden, gericht door te kunnen verwijzen. De inrichting ervan in een islamitisch gebedshuis leidde onmiddellijk tot kamervragen.<sup>49</sup> De Commissie stelt vast dat het de bedoeling van de wetgever is geweest eenzijdig overheidshandelen (hier: het verstrekken van subsidie ten behoeve van het informatiepunt) buiten de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving te houden en niet is aan te merken als het aanbieden van goederen en diensten in de zin van artikel 7 Awgb, zodat zij zich onbevoegd moet verklaren.<sup>50</sup>

De onderliggende kwestie is die van de mate van 'neutrale uitstraling' die wenselijk zou moeten zijn bij het overheidsoptreden, hier: het informeren van wijkbewoners. Deze kwestie raakt onmiddellijk aan de aanhoudende discussie over het al dan niet betrekken van levensbeschouwelijk gekleurde organisaties bij het uitvoeren van overheidsbeleid.<sup>51</sup> De Commissie komt aan dit soort vragen zoals gezegd niet toe - is niet bevoegd, want de Awgb ziet niet op dit eenzijdig overheidshandelen - maar het zijn wel vragen die ertoe doen: het 'neutraliseren' van het gemeentelijk subsidiebeleid kan immers neerkomen op het ongelijk behandelen van aanbieders op basis van hun levensbeschouwelijke identiteit.<sup>52</sup>

#### 5.5 *Bankrekening weigeren aan politieke jongerenorganisatie*

Tenslotte moet nog gewezen worden op het ene oordeel (2009-47) waarin de discriminatiegrond politieke gezindheid aan de orde was. Van zodanig onderscheid blijkt geen sprake te zijn. Het betrof de weigering van een bank om in te gaan op de wens van een politieke jongerenorganisatie, de onafhankelijke jongerenorganisatie van het Nieuw Republikeins Genootschap, om een zakelijke bankrekening te kunnen openen. De bank slaagt erin het vermoeden te weerleggen dat de weigering een zakelijke bankrekening te openen een onderscheid inhield op grond van de politieke gezindheid. Noch de vraagstelling van de bank aan de aanvragende organisatie noch de wijze waarop de beslissing is genomen doet blijken dat de politieke kleur van de jongerenorganisatie een rol heeft gespeeld.

De zaak is vrijwel identiek aan oordeel 1998-45, waar dezelfde problematiek speelde voor een politieke partij. Interessant in beide zaken is dat er geen klacht voorhanden is van een natuurlijk persoon (artikel 12, tweede lid, onder a, Awgb) en dat de Commissie desalniettemin tot ontvankelijkheid besluit. Strikt genomen valt een vereniging buiten de reikwijdte van artikel 12 Awgb. De Commissie oordeelt, in lijn met de eerdere uitspraak, dat een klacht toch ontvankelijk is vanwege de ongelijke behandeling waardoor een vereniging wordt getroffen, indien die weigering haar individu-

48 Een tweede element in het verzoek betrof een mogelijk ongelijke behandeling naar geslacht: er zou sprake zijn van een afzonderlijk vrouwen- en mannenloket.

49 Over deze moskee-loketten: vragen Wilders en Fritsma (PVV) *Handelingen II* 2008/09, nr. 2200; vragen van De Krom (VVD), *Handelingen II* 2008/09, nr. 2202; vragen van Karabulut (SP), *Handelingen II* 2008/09, nr. 2201.

50 *Kamerstukken II* 1992/1993, 22 014, nr. 29 en *Handelingen II* 1992/93, p. 3567-3570 en 3593-3595.

51 Zie bijvoorbeeld n.a.v. de subsidie voor evangelische hulpverlening aan prostituties de vragen van Karabulut (SP), *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 2454. Over gemeentesubsidie aan een moskeekoepel zijn vragen gesteld door De Krom (VVD), *Handelingen II* 2008/09, nr. 3718.

52 Zie de VNG-nota *Tiveelk religie en publiek domein*, Amsterdam 2009, p. 16.

ele leden evenzeer raakt. De positie van de jongerenorganisatie van het Nieuw Republikeins Genootschap is dan ook vergelijkbaar met die van de politieke partij, waarover de Commissie in 1998 overwoog: 'Deze wordt gevormd door een groep personen die een gemeenschappelijke politieke overtuiging hebben. Daarmee heeft het functioneren van de organisatie per definitie betrekking op het functioneren van een groep personen. De wederpartij heeft geweigerd voor verzoekster een girorekening te openen waardoor deze wordt belemmerd in haar deelname aan het financiële verkeer. Door deze weigering wordt de deelname aan het financiële rechtsverkeer van de leden van verzoekster als groep bemoeilijkt. De weigering van verweerster komt er derhalve op neer dat de leden van verzoekster, ten behoeve van wier gemeenschappelijke overtuiging verzoekster is opgericht, als groep personen worden benadeeld. Mitsdien is sprake van een nadeel van en mogelijk onderscheid van (een verzameling van) natuurlijke personen. Dit leidt tot de conclusie dat de Commissie de onderhavige klacht kan behandelen.'<sup>53</sup> Volgens de Commissie ligt de zaak thans net zo (overweging 3.6), omdat de door de jongerenorganisatie gestelde ongelijke behandeling rechtstreeks betrekking heeft op haar mogelijkheden om te functioneren en te handelen en haar eigen doelstellingen na te streven, en daarmee ook op de mogelijkheden van haar leden om uiting te geven aan hun politieke overtuiging. Derhalve is de jongerenorganisatie ontvankelijk.

## 6 TEN SLOTTE

We ronden af. Het jaar 2009 was wat betreft de oordelenproductie van de Commissie mager; het aantal uitspraken over de grond godsdienst en levensovertuiging bleef beperkt. Hieruit kan niet worden afgeleid dat er sprake is van grote rust op dit terrein: elders levert de lastige en soms conflictueuze verhouding tussen godsdienst(vrijheid) en gelijkheid een interessant beeld op (zie paragrafen 1-4). Kwesties waarin ongelijkheid binnen religieuze context centraal staat (men denke aan de jurisprudentie inzake het SGP-vrouwenstandpunt) of waar de ongelijke behandeling van verschillende levensovertuigingen aan de orde is (jurisprudentie omtrent de kledingregels in het Amsterdamse GVB) blijven aanhoudend onderwerp van publieke discussie. Het zelfde geldt onverminderd voor de vraag of orthodoxe religieuze uitingen niet uit het openbare leven moeten worden geweerd. Er is grond voor de verwachting dat de Commissie op het terrein van godsdienst en levensovertuiging geen rust gelaten zal worden.

Wederom zijn wij er gerust op dat we ook volgend jaar voldoende stof voor deze kroniek zullen hebben.

---

53 Oordeel 1998-45, ov. 4.3, herhaald in oordeel 2009-47, ov. 3.5.

# Overzicht van oordelen 2009 over de gronden godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid

2009-1

**Grond:** godsdienst  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** geen onderscheid

**Samenvatting:**

**Hogeschool maakt bij toelating geen onderscheid jegens islamitische man die vrouwen geen hand geeft.**

Een aankomend student is van mening dat een hogeschool hem de toegang tot een opleiding ontzegt omdat hij om geloofsredenen bij het intakegesprek voor de opleiding geweigerd heeft de vrouwelijke opleidingscoördinator de hand te schudden. De hogeschool betwist dat er sprake is van onderscheid naar geloofsovertuiging; de student heeft de voor toelating vereiste toetsonderdelen niet behaald. De

Commissie kan de feitelijke gang van zaken rond het intake gesprek gedeeltelijk vaststellen. Dit is grond voor het vermoeden dat de geloofsuiting van de man de toelating tot de opleiding heeft bemoeilijkt. De hogeschool slaagt echter in de weerlegging van dit vermoeden.

De hogeschool verklaart dat op de opleiding andere studenten zijn toegelaten, die eveneens fysiek contact met mensen van het andere geslacht vermijden. Houding en toon van studenten zijn bepalend en deze student trad kwetsend op. Bij afwezigheid van de student ter zitting zijn deze stellingen van de hogeschool onweersproken gebleven. Geen onderscheid op grond van godsdienst.

2009-10

**Grond:** godsdienst  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Weigering handen te schudden heeft geen rol gespeeld bij besluit analist op eerste werkdag te ontslaan.**

Ziekenhuis ontslaat analist op eerste werkdag in de proeftijd. De analist stelt dat hij is ontslagen omdat hij vanwege zijn geloofsovertuiging personen van het andere geslacht geen hand geeft. Het ziekenhuis heeft dit gemotiveerd betwist. De reden om de analist te ontslaan was dat de analist op de eerste werkdag liet weten zich eerst te willen bekwalen in het bloedprikken terwijl hij in het sollicitatiegesprek had gezegd deze handeling te kunnen verrichten en gelijk inzetbaar te zijn. Door deze discrepantie ging het ziekenhuis twijfelen aan de andere bekwaamheden waarover de analist stelde te beschikken. Nu de analist niet heeft gereageerd op het verweerschrift en niet ter zitting is verschenen, oordeelt de Commissie dat er geen feiten zijn komen vast te staan die onderscheid op grond van godsdienst kunnen doen vermoeden.

2009-15

**Grond:** godsdienst  
**Terrein:** aanbieden goederen en diensten  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Verboden onderscheid door zwemmers in een lichaamsbedekkend zwempak te weigeren.**

Een anti-discriminatievoorziening (adv) heeft bij een gemeentelijk zwembad een praktijktest gedaan. De testpersoon droeg een tweedelig badpak van speciale zwemkledingstof, soortgelijk aan onderstaande illustratie. Een dergelijk zwempak wordt ook wel een burkini genoemd, maar laat in tegenstelling tot een burka, het gezicht, de voeten en handen onbedekt. De testpersoon is op grond van het kledingreglement de toegang tot het zwembad ontzegd.

De kledingvoorschriften houden onder meer in dat lichaamsbedekkende zwemkleding niet is toegestaan tijdens de uren dat het zwembad voor alle publiek geopend is. De adv heeft de Commissie gevraagd dit te beoordelen. De

Commissie oordeelt dat hierdoor vrouwen worden getroffen die vanwege hun godsdienstige overtuiging willen zwemmen in een lichaamsbedekkend badpak. Hierdoor maakt de gemeente als beheerder van het zwembad indirect onderscheid op grond van godsdienst. De gemeente heeft aangevoerd dat een verbod op lichaamsbedekkende zwemkleding wordt gehanteerd om de goede sfeer en de veiligheid in het zwembad te kunnen handhaven. De Commissie oordeelt dat er alternatieven zijn waarmee dit ook kan worden bereikt en waarmee geen onderscheid op grond van godsdienst wordt gemaakt. Ten aanzien van het argument dat een verbod op lichaamsbedekkende zwemkleding nodig is om te voorkomen dat tussen de zwemmers onderling ongemakkelijke gevoelens ontstaan door het verschil van meer en minder gekleed zijn, overweegt de Commissie het volgende. De Commissie acht het weigeren van zwemmers tijdens de uren dat het zwembad voor ale publiek is geopend een zwaar middel, juist omdat de gemeente het tot zijn taak rekent om de algemene toegankelijkheid van het zwembad te waarborgen. Een middel is echter, ongeacht de zwaarte, noodzakelijk als het in redelijke verhouding staat tot het doel en er geen alternatief voorhanden is waarmee geen onderscheid wordt gemaakt. Hoe zeer begrijpelijk ook dat de gemeente nastreeft om mogelijk ongemakkelijke gevoelens bij zwemmers te voorkomen, staat het middel om zwemmers in lichaamsbedekkende zwemkleding de toegang te weigeren niet in evenredige verhouding tot dit doel.

De gemeente als beheerder van het zwembad maakt dan ook verboden indirect onderscheid op grond van godsdienst, door zwemmers in een lichaamsbedekkend badpak de toegang tot het zwembad te ontzeggen gedurende de uren dat het zwembad voor alle publiek geopend is.

## 2009-29

**Grond:** godsdienst  
**Terrein:** aanbieden van goederen en diensten  
**Dictum:** geen verboden onderscheid op grond van godsdienst

**Samenvatting:**  
**Personeelsbeleid, toelatingsbeleid en kledingvoorschriften basisschool niet in strijd met gelijkebehandelingswetgeving.**

Een stichting die het bevoegd gezag is van elf katholieke basisscholen heeft de Commissie gevraagd om te beoordelen of haar personeelsbeleid, haar toelatingsbeleid en haar concept

kledingprotocol in overeenstemming zijn met de gelijkebehandelingswetgeving. De stichting stelt ten aanzien van haar medewerkers en de ouders van de leerlingen de eis dat zij de katholieke grondslag van de stichting onderschrijven. Daarnaast heeft de stichting in haar kledingprotocol de bepalingen opgenomen dat geen kleding mag worden gedragen die expliciet refereert aan een andere godsdienst dan de katholieke, dat (gedeeltelijk) gezichtsbedekkende kleding niet is toegestaan en dat tijdens de gymles geen hoofddekseel mag worden gedragen. De Commissie oordeelt dat de stichting hierdoor onderscheid maakt op grond van godsdienst. In de wet is voor bijzondere scholen een uitzondering opgenomen op het verbod van onderscheid op grond van godsdienst. Dit verbod geldt niet indien de eisen – gelet op het doel van de instelling – noodzakelijk zijn voor de functie, of ter verwezenlijking van de grondslag. De eisen mogen daarnaast niet leiden tot onderscheid vanwege één van de overige door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden. De Commissie oordeelt dat de stichting met succes een beroep kan doen op deze uitzondering. Zowel het personeels- en toelatingsbeleid, als het kledingprotocol zijn in overeenstemming met de gelijkebehandelingswetgeving.

## 2009-36

**Grond:** godsdienst  
**Terrein:** aanbieden van goederen en diensten  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Klacht van vrouw over discriminatoire bejegening in verband met haar gezichtssluier ongegrond; geen verboden onderscheid bij het verbod in een peuterspeelzaal een gezichtssluier te dragen.**

Een vrouw wil haar kind bij een peuterspeelzaal aanmelden, maar haar verzoek wordt door de peuterleidsters afhoudend aangehoord, omdat zij een gezichtssluier draagt die alleen haar ogen vrijlaat. Drie weken later volgt naar aanleiding hiervan een gesprek, waarin de peuterspeelzaal voorstelt dat de vrouw haar gezichtssluier in de peuterspeelzaal afdoet en met haar rug naar de deur gaat zitten tijdens een standaard inloopkwartiertje, waarin de ouders even met hun kind spelen. Mocht een vader binnenkomen, dan mag zij alsnog haar gezichtssluier op doen. De vrouw wijst dit voorstel af omdat de desbetreffende ruimte ramen heeft, zodat passerende mannen haar gezicht zouden kunnen zien. De vrouw meent dat zij zeer onwelwillend tegemoet getreden



wordt. Zij onderbouwt dit onvoldoende, zodat er geen feiten zijn komen vast te staan die kunnen doen vermoeden dat sprake was van discriminatoire bejegening. Het verbod op het dragen van een gezichtssluier dient het belang van het overbrengen, door o.a. non-verbale communicatie, van kennis en vaardigheden bij het inloopkwartiertje door de ouders. Dit doel is legitiem; het middel is geschikt en het staat in evenredige verhouding tot het doel. Geen verboden onderscheid.

## 2009-42

**Grond:** godsdienst en ras  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** Verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Advocatenkantoor maakt verboden onderscheid door de wijze waarop sollicitant is bejegend.**

Een vrouw heeft gesolliciteerd naar een studentstage bij een advocatenkantoor. Eén van de compagnons heeft een voor intern gebruik bedoelde e-mail per ongeluk aan de vrouw gestuurd, waarin de opmerking staat 'toch geen burka?'. Vanwege de Arabisch klinkende achternaam van de vrouw is de compagnon er vanuit gegaan dat zij Islamitisch is, op grond waarvan hij de bewuste opmerking heeft gemaakt. De compagnon heeft hieraan - gezien de wijze waarop de opmerking is geformuleerd - een negatieve connotatie gegeven. De Commissie oordeelt dat het advocatenkantoor onderscheid heeft gemaakt op grond van godsdienst en ras door de wijze waarop de vrouw is bejegend tijdens de sollicitatieprocedure. De Commissie is van oordeel dat echter geen sprake is van feiten die kunnen doen vermoeden dat het advocatenkantoor de vrouw heeft afgewezen vanwege haar godsdienstige overtuiging, of haar afkomst. In de bewuste e-mail worden, na de opmerking 'toch geen burka?', objectieve criteria genoemd waaraan een student moet voldoen om in aanmerking te komen voor een studentstage. Bovendien staat vast dat het advocatenkantoor reeds op de hoogte was van de achternaam van de vrouw alvorens zij werd uitgenodigd te solliciteren naar de studentstage. Ook is aan de vrouw kenbaar gemaakt dat zij in de toekomst kan solliciteren naar de functie van advocaatstagiaire. Verboden onderscheid door de wijze waarop de vrouw is bejegend gedurende de sollicitatieprocedure. Geen onderscheid door de vrouw af te wijzen voor de studentstage.

## 2009-47

**Grond:** politieke gezindheid  
**Terrein:** aanbieden goederen en diensten  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Bank maakt geen verboden onderscheid op grond van politieke gezindheid jegens een politieke jongerenorganisatie.**

Een politieke jongerenorganisatie, hierna: de organisatie, wilde een zakelijke bankrekening openen bij de bank. De bank heeft dit geweigerd. Medewerkers van de bank hebben tegen de organisatie onder meer gezegd dat de politieke activiteiten van de organisatie niet in overeenstemming zouden zijn met het beleid van de bank en dat de politieke activiteiten van verzoekster een verhoogd risico met zich meebrengen. Hiermee heeft de organisatie voldoende feiten aangevoerd om te kunnen doen vermoeden dat er sprake is van onderscheid op grond van politieke gezindheid. De bank is echter erin geslaagd te bewijzen dat zij geen onderscheid heeft gemaakt op grond van politieke gezindheid. Immers uit de stukken en uit hetgeen de organisatie ter zitting heeft verklaard, is vast komen te staan dat de organisatie aan de bank weinig informatie over haar geldstroom en inkomsten heeft verstrekt. De bank heeft haar verwachting dat het aangaan van een zakelijke relatie met de organisatie verliesgevend zou zijn hierop kunnen baseren. Voorts heeft de bank overtuigend toegelicht in welk kader zij over de 'branche' van de organisatie, haar activiteiten en geldstroom heeft gesproken. Hiermee heeft de bank overtuigend aangetoond dat haar weigering om een zakelijke rekening voor de organisatie te openen, uitsluitend berust op haar verwachtingen dat een dergelijke rekening voor de bank verliesgevend zou zijn. Niet is gebleken dat bij de vraagstelling van de bank dan wel bij de beslissing om een zakelijke rekening te weigeren, de politieke kleur van de organisatie enige rol heeft gespeeld.

**2009-52**

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

**Samenvatting:**

**Oud-werknemer van postkamer van een consultancy bureau voelt zich achtergesteld ten opzichte van zijn niet-allochto- ne en niet-moslim collega's omdat hij niet volledig afdelingsbreed werd ingezet. Er is niet gebleken van onderscheid op grond van afkomst en godsdienst.**

Een man werkte sinds 2001 voor de afdeling Post, Kantoorartikelen en Repro van een consultancy bureau. Zijn werk bestond uit het verzorgen van de post. De man heeft meermaals bij zijn leidinggevende aangegeven dat hij graag, net als zijn (autochtone) collega's, afdelingsbreed of op andere onderdelen van de afdeling ingezet wilde worden. Naar zijn mening werd alleen hij niet afdelingsbreed ingezet. De redenen daarvoor waren volgens de man onder andere gelegen in de volgens zijn werkgever gebrekkige beheersing van het Nederlands en zijn islamitische geloofsovertuiging. Ook kwam hij niet in aanmerking voor een permanente functie op een ander, door hem geprefereerd, onderdeel. Daarnaast meent de man dat hij is achtergesteld ten opzichte van zijn autochtone collega's bij de beoordeling van zijn werk, het volgen van opleidingen en de beloning.

Het consultancy bureau heeft de stellingen van de man evenwel gemotiveerd weerlegd dan wel in een ander daglicht geplaatst. De Commissie oordeelt dat de man geen feiten naar voren heeft gebracht die kunnen doen vermoeden dat zijn afkomst en zijn godsdienst een rol hebben gespeeld.

**2009-55**

**Grond:** geslacht; godsdienst  
**Terrein:** geen  
**Dictum:** niet bevoegd

**Samenvatting:**

**Commissie niet bevoegd te oordelen over subsidiering van informatieloketten door gemeente.**

Een vrouw stelt dat zij zich ongelijk behandeld voelt op grond van geslacht en godsdienst door de overheid, omdat de gemeente een subsidie verstrekt aan een informatiepunt. Het informatiepunt is gevestigd bij een moskee en volgens de vrouw zijn er voor mannen en

vrouwen aparte loketten. De Commissie stelt vast dat het informatiepunt in kwestie geen gemeenteloket is. De rol van de gemeente met betrekking tot het informatiepunt is beperkt tot het verstrekken van een subsidie. Het verstrekken van subsidies is een typische overheidstaak en moet worden aangemerkt als zogenaamd 'eenzijdig overheidshandelen'. Eenzijdig overheidshandelen valt buiten de reikwijdte van de gelijkebehandelingwetgeving, hetgeen leidt tot het oordeel dat de Commissie niet bevoegd is te oordelen over het handelen van de gemeente.

**2009-94**

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

**Samenvatting:**

**Werkgever maakt geen onderscheid naar afkomst of godsdienst bij de bejegening en interne sollicitaties, maar handelt wel in strijd met de wet door klachten hierover onzorgvuldig te behandelen.**

Een man werkt sinds 2002 bij een werkgever als technisch medewerker. Hij heeft de Nederlandse nationaliteit en is van Pakistaanse afkomst. Verzoeker belijdt het Islamitische geloof en draagt een baard. Hij voelt zich discriminerend bejegend door leidinggevenden en door een collega. Verder is hij van mening dat de werkgever hem vanwege zijn afkomst en geloof heeft afgewezen voor drie interne vacatures en hem niet de mogelijkheid heeft geboden door te groeien in de organisatie. De Commissie oordeelt, mede vanwege de ruime periode die sinds de gestelde gebeurtenissen is verstreken, dat ten aanzien van de bejegening onvoldoende feiten zijn aangevoerd die onderscheid kunnen doen vermoeden. Hetzelfde geldt voor de interne sollicitaties en de doorgroeimogelijkheden. Wel is de Commissie van oordeel dat de werkgever tekort is geschoten bij de behandeling van de klachten van de man over discriminatie. Vooral omdat de werkgever verzoeker niet op de hoogte heeft gebracht van wat hij naar aanleiding van de klachten heeft gedaan. Ten aanzien van de klachtbehandeling heeft de werkgever dus in strijd met de wet gehandeld.

**2009-103**

**Grond:** ras; godsdienst; geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen onderscheid; geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Afwijzing vrouw houdt geen verband met haar afkomst, godsdienst en/of geslacht.**

Een vrouw is afgewezen voor de functie medewerker handelsregister bij een zelfstandig bestuursorgaan. Volgens de vrouw houdt de reden van de afwijzing verband met haar afkomst, godsdienst en/of geslacht. De vrouw stelt dat tijdens het sollicitatiegesprek is gezegd dat sprake is van een witte organisatie, dat er opmerkingen zijn gemaakt over haar hoofddoek en dat is gezegd dat er een voorkeur is voor een man. De werkgever betwist dat is gezegd dat de organisatie wit is. Er is juist gezegd dat de organisatie niet als 'witte organisatie' gekenschetst kan worden.

De werkgever bevestigt dat vragen zijn gesteld over de hoofddoek van de vrouw. Dit was echter louter uit interesse. De werkgever betwist voorts dat is gezegd dat de organisatie een voorkeur zou hebben voor een man. Wel is gezegd dat de afdeling voornamelijk bestaat uit vrouwelijke werknemers en dat het voor de balans goed zou zijn als er een man zou worden aangenomen.

De Commissie oordeelt dat geen sprake is van feiten die onderscheid op grond van ras kunnen doen vermoeden. Voorts overweegt de Commissie dat het stellen van vragen over een hoofddoek op zichzelf nog geen discriminatoire bejegening met zich brengt. Van belang is dat niet is komen vast te staan dat verweerder aan het dragen van een hoofddoek een negatieve connotatie heeft gegeven. De Commissie oordeelt dat verzoekster geen feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat zij tijdens het sollicitatiegesprek discriminatoir is bejegend in verband met haar godsdienst.

Evenmin is komen vast te staan dat zij is afgewezen (mede) omdat zij een hoofddoek draagt. De Commissie oordeelt dat, gelet op de mededeling van de werkgever dat het voor de balans goed zou zijn als er een man zou worden aangenomen, sprake is van feiten die onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden bij de afwijzing. Verweerder heeft echter overtuigend beargumenteerd dat gezocht is naar de beste kandidaat en dat het geslacht van de kandidaat geen selectie criterium was. Er waren twee andere kandidaten, een man en een vrouw, die de werkgever geschikter vond. Om die reden is verzoekster niet uit-

genodigd voor een tweede gesprek. De Commissie oordeelt dat de werkgever heeft bewezen dat de vrouw niet is afgewezen op grond van haar geslacht. Geen onderscheid op grond van ras, godsdienst en of geslacht bij de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking.

**2009-129**

**Grond:** godsdienst  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen onderscheid

**Samenvatting:**

**Onduidelijke houding rond hand geven leidt tot afwijzing als imam.**

Sollicitant stelt als imam in een tbs-kliniek te zijn afgewezen en discriminerend bejegend te zijn op grond van zijn islamitisch geloof. De sollicitant heeft in de eerste gesprekken aan het vrouwelijk lid van de sollicitatiecommissie een hand gegeven. Later in de sollicitatieprocedure geeft hij aan om geloofsredenen vrouwen geen hand te willen schudden, verklaart zich vervolgens daartoe toch bereid, maar handelt tenslotte in strijd daarmee. Tegen de achtergrond van de specifieke taakstelling van de kliniek is het niet discriminerend dat de sollicitant indringend is bevraagd over zijn houding ten opzichte van (het niet geven van een hand aan) vrouwen en de daarvoor aangevoerde gronden. Omdat de sollicitant geen helderheid over zijn gedragingen geboden heeft acht de Commissie begrijpelijk dat de wisselende opstelling van de sollicitant geleid heeft tot de afwijzing voor de functie van imam. Geen verboden onderscheid.



# Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat

*Mr. M.J. Strijkers*

## 1 INLEIDING

Na de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie volgt een publiek debat over de enkele feit-constructie dat tot ver in 2009 voortduurt. In het Parlement worden bekende standpunten nog eens herhaald en de Regering vraagt de Raad van State om advies. Juridische *nova* levert dit niet op. De vraag in hoeverre het bijzonder onderwijs met een beroep op naleving van de grondslag eisen kan stellen aan de levenswijze van homoseksuele docenten, is al sinds de parlementaire behandeling van de Awgb onderwerp van discussie.

Opmerkelijk is dat de enkele feit-constructie vooral een principiële discussie oplevert over de vrijheid van inrichting van het onderwijs in relatie tot het discriminatieverbod, maar dat in de praktijk geen zaken aan de Commissie worden voorgelegd. Het verslagjaar levert twee oordelen over seksuele gerichtheid en vier oordelen over burgerlijke staat op. In vijf oordelen wordt geen onderscheid geconstateerd. Slechts één oordeel over uitsluiting van lesbische stellen voor IVF-behandelingen levert indirect onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid op. Deze zaak wordt nader belicht omdat de CGB een kans voorbij laat gaan om direct onderscheid vast te stellen, een onderwerp waarop ook in meer algemene zin wordt ingegaan.

In de vier oordelen over burgerlijke staat volgt zij de vaste jurisprudentielijn. Opvallend is dat in drie oordelen alleenstaanden aanvoeren financieel nadeel te ondervinden van wettelijke regelingen. Dit signaal benadrukt de wenselijkheid om in het wetgevingsproces meer oog te hebben voor diversiteit van leefvormen, waardoor alleenstaanden niet onevenredig (financieel) worden getroffen ten opzichte van gehuwden en samenwonenden. Alvorens de oordelen te bespreken ga ik in op homospecifiek onderzoek (2.1), aankomende of recent in werking getreden wetgeving (2.2; 3.1 en 3.3) en jurisprudentie (3.2). Het commentaar wordt afgesloten met een korte slotbeschouwing (6).

## 2 ONTWIKKELINGEN TEN AANZIEN VAN SEKSUELE GERICHTHEID

### 2.1 *Homospecifieke discriminatie in beeld gebracht*

De CGB krijgt regelmatig signalen dat homo's zich ongelijk behandeld voelen in hun dagelijkse werksituatie terwijl er weinig verzoekschriften op deze grond worden ingediend. Om inzicht te krijgen in de aard, de omvang en de beleving van discriminatie van homoseksuele mannen en lesbische vrouwen op de werkvloer heeft zij

onderzoek laten uitvoeren door het Verwey-Jonker instituut.<sup>1</sup> Daarnaast wil de CGB een handreiking bieden voor organisaties zodat deze discriminatie op basis van seksuele voorkeur met effectievere middelen kan worden tegengegaan. Het onderzoek richtte zich op de sectoren openbaar bestuur, transport- en communicatie en gezondheidszorg. Een belangrijke bevinding is dat de bejegeningproblematiek van homo's veelal voorkomt in bedrijven waar de bespreekbaarheid van homoseksualiteit het geringst is, met als gevolg dat het probleem niet onderkend wordt en er ook geen aanleiding lijkt te bestaan voor specifiek beleid. Concreet gaat het om opmerkingen, aanduidingen, verwijzingen en zogenaamde grapjes die kwetsend kunnen zijn en een alledaags onbehagen tot gevolg hebben. De bejegeningproblemen verschillen per sector en per bedrijfscultuur. De constatering dat homomannen en lesbische vrouwen meer problemen ondervinden in sectoren waar overwegend mannen werken, doet vermoeden dat mannen meer moeite hebben dan vrouwen met collega's die niet voldoen aan de sociaal verwachte sekserol. Het onderzoek richt zich op de onderliggende mechanismen die een rol spelen bij discriminatie van homoseksuele en lesbische werknemers. In een themabijdrage over organisatiecultuur en verholde discriminatie gaat H. Siebers uitvoerig in op de onderliggende mechanismen die bij discriminatie (ook op andere gronden) een rol spelen.

Het onderzoek bevat de aanbeveling dat werkgevers- en werknemersorganisaties beter en meer gegevens moeten verzamelen over bejegening en seksuele voorkeur, bijvoorbeeld door gerichte vragen te stellen in medewerkersbetrokkenheid- en motivatieonderzoek, trainingen voor leidinggevenden en vertrouwenspersonen, of een anonieme meldplaats van bejegeningproblemen op intranet.

In december publiceert het Ministerie van Justitie het onderzoek 'Geweld tegen homoseksuele mannen en lesbische vrouwen'.<sup>2</sup> Aanleiding tot onderzoek zijn signalen dat geweld tegen homo's toeneemt. Het doel van het onderzoek bestaat eruit via een internationaal vergelijkende literatuurstudie inzicht te krijgen in de bestaande kennis over geweld tegen homoseksuele mannen en lesbische vrouwen en de bestrijding daarvan. Daarbij wordt ingegaan op (straf)wetgeving; justitiële praktijk van aangifte; vervolging en berechting; registratie en onderzoek naar kwantiteit van homofoob geweld; onderzoek onder slachtoffers en daders; de context van het delict en bestaande preventieve maatregelen tegen homofoob geweld. Het onderzoek diende als input voor een expertmeeting.

Belangrijke bevindingen zijn dat zeven op de tien homo's wel eens te maken heeft gehad met discriminatie of geweld als gevolg van de homoseksuele gerichtheid. De aangiftebereidheid is laag omdat vertrouwen in de politie ontbreekt, het slachtoffer de gebeurtenis bagatelliseert, niet als homo bekend wil staan of denkt dat de dader toch geen straf krijgt. Ondanks de Aanwijzing Discriminatie<sup>3</sup> leidt aangifte vrijwel nooit tot een strafrechtelijke veroordeling. Dat houdt zowel verband met de lastige bewijsbaarheid als met de lage aangiftebereidheid. Structurele verbeteringen op dit terrein door het Openbaar Ministerie en de politiekorpsen doet hieraan niet af. De delicten worden vooral in groepsverband in de openbare ruimte gepleegd, waarbij zowel de slachtoffers als de daders overwegend jongeren zijn. Relatief vaak blijken dader en slachtoffer bekenden van elkaar. Het onderzoek toont voorts het belang van

---

1 CGB Rapport, *Discriminatie is het woord niet. Lesbische en homoseksuele mannen op de werkvloer: bejegening en beleid*, april 2009. Zie ook: M. van der Kein, W.G.J. Duyvendak, in: J.H. Gerards e.a., *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008*, Nijmegen WLP 2009, p. 263.

2 J. Schuyf, *Geweld tegen homoseksuele mannen en lesbische vrouwen*, Utrecht, Movisie 2009. Het onderzoek werd door Movisie onder auspiciën van het WODC uitgevoerd.

3 *Stert*, 2007, 233. De Aanwijzing stelt regels omtrent de opsporing en vervolging van overtredingen van discriminatiebepalingen.

zorgvuldige registratie aan. Er is vrijwel geen wetenschappelijk verantwoord onderzoek gedaan op het gebied van antihomoseksueel geweld, waardoor de betrouwbaarheid van verzamelde gegevens over aard en omvang van dit geweld ter discussie staat. Uit het onderzoek blijkt ook dat homofob geweld in het onderwijs een probleem is. Een grotere acceptatie van seksuele diversiteit op school is niet los te zien van een veilig schoolklimaat. In de Kabinetsreactie stelt het ministerie van OCW een breed pakket aan maatregelen voor om de scholen te ondersteunen bij het vergroten van de sociale acceptatie van homoseksuele leerlingen en leraren.<sup>4</sup>

In Europees verband wordt onderzoek naar homofobie en discriminatie op grond van seksuele gerichtheid uitgevoerd ter voorbereiding op het debat over de noodzaak voor een gelijkebehandelingsrichtlijn buiten het terrein van de arbeid.<sup>5</sup> In 18 lidstaten is de Kaderrichtlijn omgezet in nationale (gelijkebehandelings)wetgeving. Een aantal staten heeft bij de implementatie niet alleen voorzien in het vereiste minimumniveau van bescherming tegen discriminatie op grond van seksuele gerichtheid bij de arbeid maar ook bij het aanbod van goederen en diensten.<sup>6</sup> Het rapport onderstreept de noodzaak om de gelijke behandeling van paren van gelijk geslacht in overeenstemming te brengen met internationale mensenrechten wat betreft rechtspositie en sociale voordelen die gelden voor echtgenoten en partners in Richtlijn 2004/38/EU inzake vrij verkeer voor burgers van de EU en hun familieleden (*Pb EG L 158 van 29 april 2004*), en Richtlijn 2003/86/EU inzake het recht op gezinshereniging (*Pb EG L 251/12 van 22 september 2003*). Op basis van artikel 45 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*Pb EG L 264/1 van 18 december 2000*) en artikel 6 EU Verdrag (*Pb EG C 115 van 9 mei 2008*) hebben zowel burgers van de Unie, als onderdanen van derde landen die legaal in een lidstaat verblijven de vrijheid van verkeer en verblijf. In de praktijk levert dit verblijfsrecht problemen op omdat elf lidstaten geen huwelijk erkennen dat is gesloten tussen paren van gelijk geslacht en achttien lidstaten niet verplicht zijn om een in een andere lidstaat geregistreerd partnerschap te erkennen. Uitsluiting van de mogelijkheid om te trouwen kan tot gevolg hebben dat partners niet in aanmerking komen voor gezinshereniging omdat lidstaten daarvoor de terminologie ‘echtgenoten’ (spouses) gebruiken. In de meeste lidstaten ontbreken richtlijnen met criteria om aan te tonen dat sprake is van een duurzame relatie of een gezamenlijke huishouding.

## 2.2 De Raad van State herformuleert de enkele feit-constructie

Na de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie volgt een maatschappelijk debat dat zich toespitst op de houdbaarheid van de enkele feit-constructie, die ruimte biedt om homoseksuele leraren in het onderwijs te weigeren.<sup>7</sup> De Regering wil de uitzonderingsbepaling aanvankelijk handhaven. Als gevolg van kritiek uit de Kamer vraagt zij de Raad van State in een adviesaanvraag de mogelijkheden voor een andere formulering te onderzoeken, zonder dat aan de huidige grondenrechtenbalans wordt gemorreld.<sup>8</sup> De Raad van State stelt twee tekstvarianten voor

4 *Kamerstukken II 2009/10, 27017, nr. 58.*

5 O. de Schutter, *Homophobia and Discrimination on grounds of sexual orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, FRA 2009; O. de Schutter, *Homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States Part II – The Social Situation*, FRA 2009.

6 *Developing anti-discrimination law in Europe, The 25 EU Member States compared*, EU mei 2008.

7 Ingebrekestelling inbreuk nr. 2006/2444, Brussel, 31 januari 2008. Zie voor een uiteenzetting van de kritiek M.J. Strijkers, *Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat* in J.H. Gerards e.a. (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008*, Nijmegen: WLP 2009, p. 123–125.

8 Aanvraag om advies, op grond van artikel 15, tweede lid, van de Wet op de Raad van State, inzake de zogenoemde enkele feit-constructie in de Algemene wet gelijke behandeling, *Kamerstukken II 2009/10, 28 481, nr. 7.*

waarin de term ‘het enkele feit’ niet voorkomt, maar de vage bijkomende omstandigheden die onderdeel uitmaken van het toetsingskader van de constructie, zijn geïntroduceerd met de zinsnede: ‘dat een houding van goede trouw en loyaliteit nodig is voor de verwezenlijking van de grondslag’. Deze vereisten worden met zoveel woorden in artikel 4, tweede lid Kaderrichtlijn, genoemd. Ik meen echter dat de Raad van State een beoordelingsfout maakt door deze geloofwaardigheidsvereisten als kernelementen te beschouwen, met als gevolg dat er hetzelfde belang aan wordt toegekend als aan de ‘bijzondere omstandigheden’ in de enkele feit-constructie. De Raad van State noemt dat ook andere gedragselementen dan die in het functionele verband (lees: het privéleven) ertoe kunnen bijdragen dat geen sprake is van de gevraagde loyaliteit. Maar dat staat niet in de Kaderrichtlijn. Het verschil in behandeling mag volgens de Richtlijn uitsluitend gebaseerd zijn op de *godsdiens of overtuiging van een persoon* in de beroepscontext.<sup>9</sup> Het kunnen derhalve uitsluitend zuiver godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen van de werknemer zijn, die er toe kunnen leiden dat instelling en werknemer of onderwijsinstelling en docent niet bij elkaar passen. Het advies ontvangt forse kritiek:

- De tekstvoorstellen gaan uit van een nog ruimere interpretatie van de uitzonderingsbepaling in de Kaderrichtlijn dan met artikel 5, tweede lid, sub c Awgb al het geval is. Instellingen met een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag krijgen meer mogelijkheden om homoseksuele medewerkers te ontslaan, indien zij volgens de school niet loyaal zijn aan de grondslag.<sup>10</sup>
- De Regering vroeg in de adviesaanvraag naar mogelijkheden om de enkele feit-constructie te schrappen en tegelijkertijd de strekking te laten blijven bestaan. Deze gesloten vraagstelling heeft de Raad van State beperkt in zijn mogelijkheden een juridisch objectief advies te geven.<sup>11</sup>
- Het advies is een verlagening van het reeds bestaande niveau van bescherming tegen discriminatie en dat is in strijd met de *stand-still* bepaling van artikel 8, tweede lid, van de Kaderrichtlijn.<sup>12</sup>

Het Kabinet geeft in reactie op het advies te kennen voor de volgende tekstvariant te kiezen die het meest aansluit bij de Kaderrichtlijn:

*Een verschil in behandeling op grond van eisen die verband houden met godsdiens of levensovertuiging door:*

*a. instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag;*

*b. scholen voor bijzonder onderwijs op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag vormt geen discriminatie indien deze eisen vanwege de aard van de onderscheiden specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling en de houding van goede trouw en loyaliteit die nodig zijn voor de verwezenlijking daarvan.*

Frappant is dat zowel de Raad van State als de Regering in het geheel niet doordrongen zijn van de strekking van de ingebrekestelling, namelijk dat de huidige grondrechtenbalans wijziging behoeft in het licht van de Kaderrichtlijn en derhalve de *noodzaak* om de enkele feit-constructie te schrappen. De insteek van de Regering bestaat enkel uit het uitvoeren van een *cosmetische behandeling* van artikel 5, tweede lid,

9 Kamerstukken II 2009/10, 28 481, nr. 7 p. 25.

10 A.C. Hendriks, A.B. Terlouw ‘Raad van State helpt Regering Europese anti-discriminerichtlijn te ontduiken’, NJB 2009, nr. 26.

11 NJCM-Bulletin 2009, nr. 5, p. 491.

12 Factsheet enkele feit-constructie, Europese Richtlijnen en de AWGB, Platform artikel 13, september 2009.



sub c Awgb, waarmee beoogd wordt de onduidelijkheid over de taalkundige formulering weg te nemen, zonder dat de inhoud veranderd. De wijziging wordt opgenomen in het wetsvoorstel tot integratie van verschillende gelijke behandelingswetten in de Awgb (de Integratiewet Awgb) dat in het voorjaar van 2010 aan de Raad voor State voor consultatie wordt gegeven.<sup>13</sup>

### 3 ONTWIKKELINGEN TEN AANZIEN VAN BURGERLIJKE STAAT

#### 3.1 Concept-wetsvoorstel lesbische duomoeder

De Regering heeft het concept-wetsvoorstel lesbische duomoeder in consultatie gegeven.<sup>14</sup> Voorgesteld wordt dat het duomoederschap van rechtswege ontstaat door huwelijk, als de moeder gebruik heeft gemaakt van een *onbekende zaaddonor* in de zin van artikel 1, onder c, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting. In overige situaties kan de duomoeder – zonder tussenkomst van de rechter – het kind voortaan erkennen in plaats van adopteren.

In de oordelenbundel 2008 vroeg ik me af hoe de duomoeder, anders dan via adoptie, ouder kan worden van een kind dat is geboren binnen een lesbisch huwelijk met een *bekende biologische vader* (vaak een vriend of bekende).<sup>15</sup> De Regering opent in deze situatie alleen de mogelijkheid van erkenning. De hoofdregel is echter dat de echtgeno(o)t(e) van de moeder die het kind baart ouder van rechtswege wordt van een kind dat binnen het huwelijk is geboren. Van deze regel wordt dus een uitzondering gemaakt ten aanzien van lesbische paren. Een dergelijke uitzondering bestaat echter niet voor heteroparen.<sup>16</sup> Het COC kondigt aan het verschil in ouderschap van rechtswege (bij een bekende donor) tussen heteroparen en lesbische stellen tijdens de consultatieprocedure in te brengen. De Regering rechtvaardigt dit verschil in rechtsgevolg met het argument dat in een lesbische relatie betrokkenheid van een derde (de biologische vader) regel is. Die betrokkenheid veronderstelt afspraken met de biologische vader over zijn rol in het leven van het kind. De Regering acht het wenselijk aan de moeder, de duomoeder en de biologische vader de keuze te laten, dat hij juridische ouder van het kind zal zijn.

Met de introductie van erkenning (bij een bekende biologische vader) in plaats van ouderschap van rechtswege, maakt de Regering een begrijpelijke keuze in een lastig dilemma. Vanuit gelijk behandelingsperspectief valt er iets voor te zeggen dat de mogelijkheid van ouderschap van rechtswege ook bij een bekende biologische vader voor de duomoeder mogelijk zou moeten zijn. Te denken valt aan de situatie waarbij de moeders met de biologische vader overeenkomen dat hij enkel behulpzaam is bij de totstandkoming van de zwangerschap, maar dat hij geen rol van betekenis zal spelen in het leven van het kind. Voor de geboorte staat dan al vast dat hij geen vaderschapsrol wil en deze ook niet opeist.<sup>17</sup> Zijn 'afwezigheid' is dan vergelijkbaar met die

13 *Kamerstukken II*, 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 6, p. 3.

14 Wijziging van Boek I van het Burgerlijk wetboek in verband met het ontstaan van het moederschap van rechtswege van en de mogelijkheid van erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder, Voorstel van wet, consultatieversie 14 december 2009, [www.justitie.nl](http://www.justitie.nl).

15 De *biologische vader* is *verwekker* wanneer sprake was van geslachtsgemeenschap met de moeder en *zaaddonor* wanneer hij het sperma levert dat door middel van een handeling van een ander in de baarmoeder wordt gebracht. De moeder kan kiezen tussen een anonieme of een bekende zaaddonor.

16 *Wetsvoorstel is mijlpaal voor lesbische duomoeder*, COC 14 december 2009, [www.COC.nl](http://www.COC.nl).

17 De kwetsbaarheid van een dergelijke afspraak wordt geïllustreerd in een zaak waarin een bekende biologische vader omgangsrecht wordt toegekend, hoewel hij voor de geboorte een verklaring tekent dat hij niet de vaderrol zal opeisen en slechts een *favourite uncle* zal zijn. Na de geboorte bedenkt hij zich en verzoekt om voogdij en omgangsrecht, *The Supreme Court of Ireland*, 10 december 2009, zaak 186/2008, *McD. v. L.*, [www.supremecourt.ie](http://www.supremecourt.ie).

van een onbekende zaaddonor, met als verschil dat laatstgenoemde niet identificeerbaar is. Vraag is evenwel of het bekend zijn een relevant verschil is voor de beoordeling van de vraag of aan de duomoeder ouderschap van rechtswege moet worden onthouden. Ik ben geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden omdat ouderschap van rechtswege de wilsovereenstemming van de drie betrokken partijen beter uitdrukt. Daarnaast kan het kind dat verwekt is met anoniem donorzaad vanaf de leeftijd van 12 jaar om belangrijke fysieke en sociale gegevens van de donor vragen.<sup>18</sup> Vergelijkbare informatie is voor het kind dat is verwekt door een bekende vader die geen rol speelt in de opvoeding vanaf het moment van geboorte beschikbaar. Alleen het moment waarop die informatie beschikbaar komt is anders. Het probleem is dat deze variant niet uitvoerbaar is omdat de bekende biologische vader geen juridische mogelijkheden heeft om afstand te doen van zijn vaderschapsrechten die hij aan artikel 8 EVRM kan ontnemen.<sup>19</sup> Op grond van vaste rechtspraak van het Europees Hof moet de Staat, wanneer er een familieband (*family tie*) tussen een volwassene en een kind bestaat, de ontwikkeling van de familieband mogelijk maken en moeten er juridische mechanismen aanwezig zijn om het kind bij de geboorte of zo snel mogelijk daarna in het gezin van de verwekker te integreren. Om die reden kan de wetgever de biologische vader niet volledig uitsluiten.<sup>20</sup> Ouderschap van rechtswege is wel mogelijk indien de wetgever de mogelijkheid introduceert om afstand te doen van vaderschapsrechten. Met afstand van deze rechten is helder dat de man geen familie- en gezinsleven met het kind kan hebben. Daarom kan hij op dezelfde manier worden behandeld als de anonieme donoren.

Het wetsvoorstel versterkt de positie van de bekende biologische vader die al family life met het kind heeft.<sup>21</sup> Hij kan aan de rechter verzoeken om vervangende toestemming voor erkenning omdat hij de biologische vader is, en met het kind een ouder-kind relatie heeft. Ten slotte is niet onbelangrijk dat het wetsvoorstel kiest voor de term 'moeder'. De echtgenote van de vrouw waaruit het kind is geboren krijgt daarmee niet de tweederangs positie die met de taalkundige gedrochten 'meemoeder, geboortemoeder, duomoeder of sociale moeder' wordt uitgedrukt.

### 3.2 HvJ EG – Maruko case

In een arrest van 1 april 2008 spreekt het HvJ EG zich voor het eerst – in het kader van prejudiciële vragen – uit over het verbod van discriminatie op grond van seksuele gerichtheid in Richtlijn 2000/78/EG.<sup>22</sup> In de zaak *Maruko* stelt het Hof vast dat ongelijke behandeling van gehuwden van verschillend geslacht en geregistreerde partners van hetzelfde geslacht directe discriminatie op grond van seksuele gerichtheid kan opleveren. Verzoeker, de heer Maruko, was met een andere man een geregistreerd partnerschap aangegaan. Na diens overlijden vraagt Maruko weduwnaarspensioen aan bij de Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (Vddb). Zijn aanvraag

18 Zie voor verstrekking van gegevens van de donor artikel 3, eerste lid, onder b in combinatie met artikel 2, eerste lid onder b Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting en artikel 3 Besluit donorgegevens kunstmatige bevruchting, *Sib* 2002, 240.

19 Zie over de mate waarin de biologische vader het recht heeft het kind te erkennen het Advies van C. Forder 'Erkenning door de vrouwelijke partner van de moeder', 29 mei 2009, Bijlage bij *Kamerstukken II*, 2008/09 30551, nr. 24, p. 57.

20 Opmerkelijk is dat de Commissie Kalsbeek niet ingaat op het spanningsveld dat uitsluiting van de biologische vader van de mogelijkheid tot ouderschap van rechtswege met zich meebrengt bij een lesbisch huwelijk. *Rapport Lesbisch Ouderschap*, Commissie Kalsbeek, oktober 2007, p. 34, [www.justitie.nl](http://www.justitie.nl)

21 Artikel 204, derde lid, onder b, Voorstel van Wet, consultatieversie 14 december 2009, [www.justitie.nl](http://www.justitie.nl).

22 HvJ EG 1 april 2008, zaak C-267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*. Hoewel dit een arrest uit 2008 is, wordt het hier besproken vanwege de competentieverdeling tussen de EU en de lidstaten in relatie tot burgerlijke staat en directe en indirecte discriminatie. Dit laatste aspect komt aan bod in oordeel 2009-31, waarop in onder 4.1. wordt ingegaan.

wordt afgewezen omdat het pensioenreglement enkel voorziet in een uitkering voor *echtgenoten*, maar niet voor nabestaande *partners*.

De nationale rechter, het Bayerische Verwaltungsgericht München, vraagt het Hof of de nabestaandenuitkering binnen het toepassingsgebied van artikel 3 Kaderrichtlijn valt.<sup>23</sup> Het Hof beantwoordt die vraag bevestigend door de nabestaandenuitkering als beloning in het kader van een arbeidsverhouding aan te merken. De vervolgvraag is of het discriminatieverbod van de Kaderrichtlijn is geschonden. Nu alleen echtgenoten aanspraak kunnen maken op de nabestaandenuitkering worden geregistreerde levenspartners benadeeld. Indirect onderscheid ligt voor de hand, maar het Hof kwalificeert het nadeel als direct onderscheid. Dat is opmerkelijk omdat een rechtstreeks verband tussen niet-toekenning van het pensioen en de seksuele geaardheid van de betrokkene ontbreekt. Het Hof stelt de ongelijke behandeling van het geregistreerd partnerschap gelijk met ongelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid. Die mogelijkheid wordt geopend doordat de Duitse wetgeving het geregistreerd partnerschap enkel openstelt voor personen van hetzelfde geslacht. Om vast te stellen of direct onderscheid discriminatie oplevert, moet de vraag worden beantwoord of nabestaande echtgenoten en nabestaande geregistreerde levenspartners in relatie tot de nabestaandenuitkering in een vergelijkbare situatie verkeren. Het is aan de nationale rechter om na te gaan of aan die vergelijking is voldaan, aldus het Hof.<sup>24</sup>

In de vakliteratuur wordt het belang van het arrest als volgt samengevat: De kwalificatie directe discriminatie is 'gunstig' voor benadeelden omdat de mogelijkheid van een objectieve rechtvaardiging ontbreekt. Daar staat tegenover dat bij directe discriminatie volgens artikel 2 Kaderrichtlijn wel sprake moet zijn van een 'vergelijkbare situatie': iemand moet op basis van een discriminatiegrond in de Richtlijn ongunstiger behandeld worden dan een ander 'in een vergelijkbare situatie' wordt behandeld. Door deze extra eis, die in artikel 1 Awgb ontbreekt, is het verbod van directe discriminatie van de Richtlijn beperkter dan het Nederlandse verbod van direct onderscheid.<sup>25</sup> Denkbaar is dat het Hof heeft willen vermijden dat via de redenering gebaseerd op indirect onderscheid, de deur wordt opengezet om lidstaten te verplichten de voordelen die traditioneel aan het huwelijk zijn verbonden, ook toe te kennen aan geregistreerde partners van hetzelfde geslacht.<sup>26</sup> Door de keuze voor directe discriminatie worden enkel die lidstaten die al een geregistreerd partnerschapstelsel kennen, dat in grote mate vergelijkbaar is met het huwelijk, aan het discriminatieverbod onderworpen. Lidstaten die niet voorzien in een geregistreerd partnerschapstelsel hoeven op basis van dit arrest niets te vrezen.<sup>27</sup>

Het Hof legt de vraag over de voor directe discriminatie vereiste mate van vergelijkbaarheid van geregistreerde partners met echtgenoten geheel in handen van de natio-

23 Artikel 3 Kaderrichtlijn is van toepassing op 'werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning' (artikel lid 1 sub c), maar vervolgt dat 'uitkeringen van welke aard dan ook die worden verstrekt door wettelijke of daarmee gelijkgestelde stelsels, met inbegrip van de stelsels voor sociale zekerheid of voor sociale bescherming van het toepassingsgebied zijn uitgesloten' (artikel 3 lid 3).

24 De verwijzende rechter had al te kennen gegeven dat naar zijn oordeel sprake was van een vergelijkbare situatie omdat het huwelijk en het partnerschap in toenemende mate op elkaar aansluiten. De regeling levert dan directe discriminatie op.

25 C. Waaldijk, Annotatie bij HvJ EG 1 april 2008, nr. C-267/06, *EHRC* 2008, 65; C. Tobler, C. Waaldijk, *Case C-267/06*, *CML Rev.* 2009 nr. 46, p. 723-746.

26 In landen waar het burgerlijk huwelijk en het geregistreerd partnerschap zijn opengesteld voor paren van gelijk geslacht (Nederland, België, Spanje, Zweden) heeft het discriminatieverbod uit de Maruko zaak geen gevolgen omdat deze systemen vergelijkbaar zijn. In Zweden is gelijktijdig met de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht het geregistreerd partnerschap afgeschaft.

27 S. Sottiaux, annotatie bij *Tadao Maruko t. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Universitair centrum voor discriminatie en diversiteitsrecht, www.ucddr.be Publicaties 2008.

nale rechters. Dat brengt het risico van verschillende interpretaties met zich mee.<sup>28</sup> Bell wijst in dit verband op de aanhangige zaak *Römer*, waarin het Duitse Federale Gerechtshof gezinstoelagen voor ambtenaren alleen aan echtparen toekent op grond van de overweging dat 'het aannemelijker is dat echtgenoten kinderen hebben'.<sup>29</sup> Een ruime interpretatie veronderstelt een vergelijking van alle aspecten van de rechten en plichten van geregistreerde partners van gelijk geslacht met die van echtgenoten. Dat kan nadelig zijn voor de geregistreerde partners van gelijk geslacht omdat verschillen kunnen worden meegewogen, bijvoorbeeld adoptiewetgeving, die er in de context van de te vergelijken situatie: weduwnaar - nabestaande partner in relatie tot nabestaandenpensioen, niet toe doen. Een beperkte interpretatie verdient derhalve de voorkeur. De Maruko argumentatie wordt gevolgd in *D -g- Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder* waarin de positie van nabestaande echtgenoten en nabestaande geregistreerde partners wat betreft de aanspraken op nabestaandenuitkering als gelijkwaardig wordt vastgesteld.<sup>30</sup>

Voor aanspraak op bepaalde voorzieningen is niet vereist dat het niet-huwelijks partnerschap altijd gelijk kan worden gesteld aan een huwelijk. In *Europese commissie t. Roodhuijzen* heeft het Gerecht van eerste aanleg vastgesteld dat de ongehuwd samenwonende partner van een EU-ambtenaar zich bij het EU-ziekteverzekeringsstelsel kan aansluiten op basis van een Nederlandse samenlevingsovereenkomst, zonder dat sprake is van een geregistreerd partnerschap dat vergelijkbaar is met een huwelijk.<sup>31</sup> Hoewel het Gerecht van eerste aanleg zich alleen over intern EG-recht uitspreekt, met als gevolg dat de reikwijdte beperkt is tot EG-ambtenaren, heeft de uitspraak wel een bredere betekenis als voorbeeld.

## 4 OORDELEN (HOMO)SEKSUELE GERICHTHEID

### 4.1 IVF-wetgeving (in vitro fertilisatie) sluit lesbische paren uit

In 2000 stelt de CGB in een onderzoek uit eigen beweging vast dat ziekenhuizen stelselmatig onderscheid maken op grond van homoseksuele gerichtheid door lesbische paren uit te sluiten bij de toelating tot IVF-voorzieningen.<sup>32</sup> Het oordeel werd gegeven voordat de IVF-wetgeving met (anoniem) donorzaad ingrijpend werd gewijzigd.

De huidige wetgeving laat in principe zowel heterostellen als lesbische stellen vrij om zelf een zaaddonor mee te nemen bij een in-vitrofertilisatie (IVF-)procedure. Op het te gebruiken donorzaad is altijd de Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal (Wvkl) van toepassing, zoals deze luidt na de implementatie van de Europese Richtlijn 2004/23/EG van 31 maart 2004 (*PbEG* L 102/48). De Wvkl voorziet erin dat beoordeeld wordt of een (potentiële) donor voldoet aan de donorselectie- criteria

28 M. Bell 'Equal access to workplace benefits for same-sex couples: reflections on the *Maruko* case', *European Anti-Discrimination Law Review*, 2009 nr. 8, p. 14.

29 HvJ van 5 juli 2008, C-147/08 *OJ* C-171/15 (*Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*). De prejudiciële vraag wordt gesteld of pensioenreglementen die gehuwden bevoordelen t.o.v. geregistreerde partners 'wetgevingen inzake burgerlijke staat en de daaraan verbonden voordelen zijn' in de zin van de 22<sup>e</sup> overweging van de Richtlijn. In de zaak *Maruko* hebben verschillende lidstaten in punt 22 een rechtvaardiging gezocht om op het verbod van homodiscriminatie een uitzondering te maken voor onderscheid ten voordele van gehuwden.

30 Bundesverfassungsgericht, 7 juli 2009, zaak 1 BvR 1164/07, (*D -g- Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder* (VBL)).

31 Gerecht van eerste aanleg 5 oktober 2009, zaak T-58/08, O J C 282 of 21 november 2009, p. 43 (*Europese Commissie t. Roodhuijzen*).

32 Oordeel 2000-4.

en dat beoordeling plaatsvindt van de vereiste laboratoriumtests. In Nederland geschiedt dit onder verantwoordelijkheid van een orgaanbank, in casu een spermabank. De vereisten van de Wvkl hebben als doel het beschermen van de gezondheid van de vrouw, bijvoorbeeld tegen besmetting met het hiv-virus. Daarbij is het zo dat de Wvkl verschillende gevolgen heeft voor de situatie waarbij een derde fungeert als spermadonor en de situatie waarbij in een vruchtbaarheidprocedure van een heteropaar gebruik wordt gemaakt van het eigen zaad van de man. Alleen in die laatste situatie bestaat er géén verplichting tot het aanbieden van het zaad aan een orgaanbank, omdat er dan geen noodzaak is tot bescherming van de vrouw bij het inbrengen van zulk sperma of van een daarmee via een IVF-procedure tot stand gebracht embryo. De wetgever gaat ervan uit dat er dan immers geen sprake is van een risico dat groter is dan dat verbonden aan intiem seksueel verkeer van het heteropaar dat gericht is op het tot stand brengen van een zwangerschap.

In oordeel 2009-31 weigert een ziekenhuis een IVF-behandeling aan een lesbisch (echt)paar. Het ziekenhuis heeft geen erkende spermabank meer, en is geen samenwerkingsverband aangegaan met een erkende spermabank. Het ziekenhuis beroept zich op bovengenoemde wettelijke voorschriften die een IVF-behandeling met donorzaad verbieden en maakt geen uitzondering op deze regel voor bekende, door een paar zelf meegenomen donoren.

In de redenering waarmee de CGB indirect onderscheid vaststelt schuilt een contradictie. In overweging 3.6 overweegt zij dat sprake is van indirect onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid dat objectief wordt gerechtvaardigd door (aangescherpte) wettelijke voorschriften en noemt zij in één adem dat door dit beleid lesbische paren in het bijzonder worden getroffen omdat ze *altijd* zijn aangewezen op donorzaad. Indirect onderscheid veronderstelt een verder afgelegen verband. Het feit dat lesbische stellen altijd op donorzaad zijn aangewezen duidt juist op een rechtstreeks verband. Het oordeel roept de vraag op of de CGB *indirect onderscheid* op grond van homoseksuele gerichtheid op juiste gronden heeft kunnen vaststellen. In een annotatie in deze bundel concludeert C. Forder op grond van geheel andere argumenten dat sprake is van indirect onderscheid.

### *Gelijke gevallen?*

Lesbische en heteroseksuele paren met eenzelfde medische indicatie voor IVF-behandeling hebben een vergelijkbaar vruchtbaarheidsprobleem. Een medische indicatie of een sociale indicatie (de afwezigheid van een man) doet hier niet aan af.<sup>33</sup> Er is derhalve sprake van gelijke gevallen en dient te worden getoetst of deze gelijke gevallen gelijk worden behandeld. De vrouw in casu was al diverse malen met hetzelfde zaad geïnsemineerd, en voldeed daarmee *feitelijk* wel (geen besmettingsrisico), maar juridisch niet aan de wettelijke uitzondering die alleen voor het eigen zaad van echtgenoten, geregistreerde partners of andere 'levensgezellen' geldt. Het wettelijk voorschrift dat donorzaad, anders dan dat van de eigen vaste partner, verbiedt heeft tot gevolg dat gelijke gevallen ongelijk worden behandeld.

---

33 T.Veerman, A. Hendriks, 'Recht op toegang tot IVF', *Nemesis*, 1996 nr. 5, p. 143.

### *Direct of indirect onderscheid?*

Niet alleen de IVF-wetgeving is gewijzigd. Ook de CGB heeft een jurisprudentieelijn ontwikkeld waarin zij is 'omgegaan' van indirect naar direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid in relatie tot wettelijke voorschriften. Illustratief zijn de oordelen 1998-137 en 1999-36 (uitsluiting van homoseksuelen als bloeddonor op basis van de Richtlijn Donorkeuring door bloedbanken) ten opzichte van de oordelen 2007-85 (bloeddonoren) en oordeel 2006-20 (vaccinatiebeleid).<sup>34</sup> Bij de beantwoording van de vraag of het IVF-beleid direct of indirect onderscheid tot gevolg heeft moeten de overwegingen uit bovengenoemde oordelen worden betrokken.

De oordelen over bloeddonatie en het vaccinatieprogramma hebben met elkaar gemeen dat de uitsluiting respectievelijk insluiting rechtstreeks verband houdt met homoseksueel *gedrag*.<sup>35</sup> Hiermee wordt de vraag opgeworpen of er niet een 'verdacht' aspect schuilt in de kwalificatie dat homoseksueel gedrag met negatieve gevolgen (besmettingsrisico) direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid oplevert, en homoseksueel gedrag dat positief uitpakt (een vrouw als partnerkeuze) geen rechtstreeks verband houdt met die gerichtheid? Seksuele gerichtheid is niet alleen een kenmerk van personen, maar ook een kenmerk van relaties tussen personen.<sup>36</sup> Juist het feit dat lesbische paren *altijd* zijn aangewezen op donorzaad, houdt onlosmakelijk verband met de partnerkeuze van de vrouw die behandeld wordt. Anders gezegd: Het gesignaleerde verschil tussen het lesbische paar en het heteropaar (dat gebruik kan maken van eigen zaad), is niet de afwezigheid van een man waarmee de lesbische vrouw een vaste partnerrelatie heeft, maar de aanwezigheid van een lesbische vrouw als vaste partner.

In het oordeel valt op dat de wettelijke voorschriften het onderscheid al snel rechtvaardigen. Mogelijk heeft de CGB op indirect onderscheid aangestuurd omdat het beleid neutraal oogt. De complexe IVF-wetgeving kan aanleiding geven om de uitsluiting in relatie tot seksuele gerichtheid als een verder verwijderd verband te kwalificeren. De CGB had hier aansluiting moeten zoeken bij ontwikkelingen in de jurisprudentie van het HvJ EG, waarin tot directe discriminatie nu ook zaken worden gerekend waarin een formeel neutraal criterium tot gevolg heeft dat één groep wordt benadeeld op basis van regelgeving die een wettelijke basis heeft (zie ook HvJ Maruko *case* onder 3.2).<sup>37</sup>

De CGB heropent het onderzoek wanneer als gevolg van de publiciteit rond de zitting een duidelijke aanwijzing aan het licht komt dat het ziekenhuis een heteropaar dat donorzaad gebruikt, wel behandeld zou hebben. Het ziekenhuis ontkent de uitzondering en beroept zich op het medisch beroepsgeheim (artikel 19, tweede lid Awgb). Ingevolge de systematiek van de Awgb (artikel 10 Awgb) leidt de conclusie dat een vermoeden van onderscheid niet gemotiveerd is weerlegd tot het oordeel dat het ziekenhuis direct onderscheid maakt op grond van seksuele gerichtheid bij de uitvoering van haar beleid. De feitelijke onmogelijkheid om te onderzoeken of dit daadwerkelijk het geval is doet daar niet aan af. Het gesloten systeem lijkt hier nade-

34 Beide oordelen werden van een noot voorzien door J.H. Gerards in de CGB oordelenbundels 2006 resp. 2007.

35 Zie oordeel 2007-85, r.o. 3.12; oordeel 2006-20 r.o. 5.8 en 5.9.

36 Vergelijk oordeel 2004-116. Direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid en geslacht door ongemengde paren uit te sluiten van deelname aan reguliere danswedstrijden.

37 C. Tobler, *Limits and potential of the concept of indirect discrimination*, Rapport Europese Commissie, september 2008, p. 48-50.

lig voor verzoeksters, maar ook de rechter zal in een vergelijkbare situatie een beroep op het verschoningsrecht erkennen.<sup>38</sup>

De CGB brengt het oordeel onder de aandacht van de minister van VWS. In antwoord op Kamervragen deelt de minister mee de Wvkl niet te wijzigen omdat het door de CGB geconstateerde onderscheid niet het gevolg is van genoemde wet, maar van een beleidskeuze van de instelling zelf.<sup>39</sup> Hij stelt dat de betrokken zorginstellingen de Wvkl te beperkt uitleggen. De regelgeving maakt het wel degelijk mogelijk dat indien een instelling bevoegd is om IVF-behandelingen uit te voeren, deze zo'n behandeling in principe ook met gedoneerd zaad (dus afkomstig van een ander dan van de levenspartner) uit kan voeren, ook als de instelling zelf niet over een erkende spermabank beschikt. Hiertoe dient de instelling afspraken te maken met een spermabank. De minister zal de betrokken instellingen en beroepsgroep(en) op de bestaande regelgeving attenderen.

#### 4.2 *Miscommunicatie over seksuele geaardheid*

Met enige regelmaat geeft miscommunicatie aanleiding tot problemen op de werkvloer. Daarvan kan sprake zijn bij grappig bedoelde opmerkingen die niet als zodanig door een collega worden ervaren, of bij dubbelzinnig taalgebruik, zoals in oordeel 2009-91.

Tijdens een onaangekondigd functioneringsgesprek bekritiseert een leidinggevende het werk en de houding van een administratief medewerkster. De volgende ochtend maakt de leidinggevende een opmerking over haar *geaardheid* en 's middags wordt haar inleen-overeenkomst per direct beëindigd. De medewerkster is lesbisch en stelt dat het ontslag met haar seksuele gerichtheid verband houdt. Na het ontslag dient ze via een anti-discriminatiebureau een klacht in bij het bedrijf. Tijdens de zitting wordt duidelijk dat de leidinggevende met *geaardheid* niet haar seksuele gerichtheid bedoelde, maar haar aard, haar karakter. De CGB ziet geen aanleiding aan die uitleg te twijfelen. Partijen verschillen van mening of er al eerder opmerkingen over haar functioneren zijn gemaakt.

Het oordeel toont het belang aan van schriftelijke verslaglegging van beoordelingsgesprekken. Bij kritiek is het gebruikelijk dat de werkgever een verbetertraject inzet met eveneens schriftelijke verslaglegging. In vergelijkbare zaken werd het ontbreken van dergelijk bewijs de werkgever aangerekend omdat daarmee niet onomstotelijk vaststaat dat de werknemer niet goed functioneerde.<sup>40</sup> Nu de functioneringsverslagen ontbreken, gaat de CGB er gemakshalve vanuit dat verzoekster uit het onaangekondigde functioneringsgesprek had kunnen opmaken dat er kritiek was. Dat is op zichzelf juist, maar dit gesprek vond echter plaats één dag voorafgaand aan het beëindigen van haar inleenovereenkomst. De stelling van verzoekster dat zij nooit eerder kritiek kreeg is dan net zo geloofwaardig. In het oordeel wordt expliciet vermeld dat de verplichting tot zorgvuldige klachtbehandeling ook de behandeling van klachten omvat die zijn ingediend door gewezen werknemers na het ontslag over discriminatoire bejegening en / of de redenen van dat ontslag.

38 Alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden moet het beroepsgeheim wijken voor het belang van de waarheidsvinding, zie: HR 9 mei 2006 LjN AV2386.

39 *Kamerstukken II*, 2008/09 Aanhangsel Handelingen nr. 3715.

40 Oordeel 2004-43 r.o. 5.13; oordeel 2004-113 r.o. 6.22.

## 5 OORDELEN BURGERLIJKE STAAT

### 5.1 *Onderscheid ten nadele van gescheiden man*

Oordeel 2009-2 gaat over de regelmatig terugkerende problematiek van de gescheiden vader die stelt dat de school van zijn kinderen hem onvoldoende informeert.<sup>41</sup> De niet met het gezag belaste ouder heeft op grond van artikel 1:377c BW het recht om door de school geïnformeerd te worden over belangrijke informatie inzake het kind of diens verzorging of opvoeding.

Alleen zijn klacht over een klanttevredenheidsonderzoek leidt tot indirect onderscheid op grond van geslacht en burgerlijke staat. Dit houdt verband met het gegeven dat 82% van de kinderen van gescheiden ouders bij de moeder woont en de enquête wordt ingevuld door de ouder(s) of verzorger(s) die belast zijn met de dagelijkse zorg over het kind. Het onderscheid is objectief gerechtvaardigd, mede omdat verzoeker, hoewel deugdelijk opgeroepen, niet ter zitting is verschenen en daarmee niet als betwist is komen vast te staan dat de school alle informatie heeft verstrekt waartoe zij op grond van artikel 1:377c BW is gehouden.

Soortgelijke zaken roepen de vraag op of dergelijke verzoeken wel bij de CGB thuis horen omdat ruzie tussen ouders het twistpunt is en niet de burgerlijke staat als zodanig. De wetgever probeert het nijpend probleem van de vechtscheidingen – zoals in dit geval aan de orde was – aan te pakken met de op 1 maart 2009 in werking getreden Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding.<sup>42</sup> Bij echtscheiding, beëindiging van geregistreerd partnerschap of scheiding van tafel en bed, worden ouders verplicht afspraken vast te leggen over hun kinderen in een zogeheten ouderschapsplan. Deze verplichting geldt ook voor samenwonende ouders die gezamenlijk het gezag over hun kinderen uitoefenen.<sup>43</sup>

### 5.2 *Onderscheid ten nadele van gescheiden vrouw*

Een vrouw solliciteert naar de functie van sociaal cultureel werker als intermediair ten behoeve van de lokale Turkse gemeenschap (oordeel 2009-95). Zij heeft eerder bij deze welzijnsinstelling gewerkt, is destijds gescheiden en die scheiding heeft in de Turkse gemeenschap commotie veroorzaakt. Tijdens het sollicitatiegesprek vraagt de werkgever of de verstandhouding met de Turkse gemeenschap voldoende is hersteld. Volgens de organisatie leidde dit tot spanningen tussen de vrouw en de doelgroep, met als gevolg dat de organisatie in de vrouw onvoldoende de vertrouwenspersoon zag voor de Turkse gemeenschap. Gelet hierop is een andere kandidaat benoemd, die overigens eveneens gescheiden en van Turkse afkomst is. Verzoekster stelt dat zij is afgewezen, omdat zij is gescheiden. De CGB is overtuigd dat de gescheiden status van de vrouw als zodanig niet de reden was hierover vragen te stellen, maar de commotie die de scheiding in het verleden had veroorzaakt in de Turkse gemeenschap.

In deze casus is opmerkelijk dat verzoekster aannemelijk moet maken dat haar relatie met de Turkse gemeenschap voldoende is hersteld. Daarmee wordt op haar een (mede)verantwoordelijkheid gelegd voor het ontstaan dan wel voortduren van de commotie rondom haar echtscheiding. Het oordeel maakt niet duidelijk waar de

41 Zie de annotatie van S. EM. Wortmann in deze oordelenbundel. Eerdere oordelen 2006-69; 2005-84; 2004-60; 2001-45; 1997-131.

42 *Sth.* 2008, 500. Zie artikel 1:247a BW; artikel 815, tweede lid, Rv.

43 De rechtspraak toont aan dat de rechter zelf beslist wanneer het vereiste ouderschapsplan bij het verzoek tot echtscheiding niet aanwezig is, zie: RB Utrecht, sectorciviel, 2 september 2009, *LJN* BJ6994.



commotie inhoudelijk uit bestond. Echter, in combinatie met de opmerking van de werkgever dat (Turkse) ouderen moeite kunnen hebben met haar echtscheiding, is niet denkbeeldig dat de commotie haar oorsprong vindt in (culturele) denkbeelden binnen de doelgroep over gescheiden Turkse vrouwen. Wanneer verzoekster aannemelijk moet maken dat haar relatie met de Turkse gemeenschap voldoende is hersteld, dan speelt haar scheiding in combinatie met haar afkomst indirect wel een factor bij de vaststelling van de geschiktheid voor de functie van vrouwenspersoon.

Het is niet aan de CGB om te beoordelen of een sollicitant de meest geschikte kandidaat voor een functie is, zij heeft wel een taak wanneer bij de beoordeling van de geschiktheid culturele (waarde)oordelen meespelen ten aanzien van vrouwen (geslacht).

Het argument van verweerster dat zij geen onderscheid maakt op grond van burgerlijke staat door een kandidaat van Turkse afkomst aan te nemen die eveneens gescheiden is en goede contacten heeft met de Turkse gemeenschap, kan aannemelijk maken dat de burgerlijke staat *als zodanig* voor de werkgever niet uitmaakt. Bij de beoordeling van de geschiktheid voor de functie kan daarvan *in casu* wel sprake zijn geweest, hetgeen in strijd is met de Awgb.

### 5.3 *Onderscheid ten nadele van alleenstaanden*

In oordeel 2009-65 meent een alleenstaande vrouw die rijksambtenaar is dat haar werkgever jegens haar onderscheid op grond van burgerlijke staat maakt in de arbeidsvoorwaarden. Zij stelt vast dat zij geen overlijdensuitkering nalaat aan haar nabestaanden (haar moeder en haar broer), terwijl gehuwden, geregistreerde partners, rijksambtenaren met een samenlevingscontract, of degenen die minderjarige (pleeg) kinderen hebben, dat aan deze groepen nabestaanden wel doen (artikel 4, vierde lid en artikel 102 Algemeen Rijksambtenarenreglement).<sup>44</sup> Het onderscheid is objectief gerechtvaardigd, omdat het doel van de arbeidsvoorwaarde is de nabestaanden die financieel afhankelijk zijn van de rijksambtenaar te doen wennen aan de nieuwe situatie, waarbij de werkgever uitgaat van een wettelijke zorgplicht van de rijksambtenaar voor de nabestaanden in kwestie (artikelen 1:80a e.v. en 81 e.v. BW). Zou aan iedereen een overlijdensuitkering worden toegekend, dan zou dit disproportioneel zijn.

In oordeel 2006-261 speelde vergelijkbare problematiek met een andere uitkomst. Daar werd de kring van gerechtigden die aanspraak kon maken op een eenmalige uitkering na overlijden van de pensioengerechtigde deelnemer (slotuitkering) beperkt tot de partner en wezen, met als doel aansluiting bij de belastingwetgeving. Dit doel was niet langer legitiem omdat de fiscale wetgeving was gewijzigd en er geen belemmeringen meer waren voor uitbreiding van de kring van gerechtigden. De CGB merkt daarbij op (r.o. 3.11) dat ook indien het doel wel als legitiem had kunnen worden aangemerkt, het middel noch als passend noch als noodzakelijk had kunnen worden beschouwd. Immers, met de (te) beperkte kring van gerechtigden kan het doel niet worden bereikt. Met deze opmerking in oordeel 2006-261 lijkt de CGB oog te hebben voor de onredelijkheid van uitsluiting van derden die kosten hebben gemaakt in verband met het overlijden. In oordeel 2009-65 komt ze hierop terug door te stellen dat het toekennen van een overlijdensuitkering aan iedereen disproportioneel zou zijn. Gelet op de uit de gelijkebehandelingswetgeving voortvloeiende noodzaak om willekeur te voorkomen, had zij ook kunnen overwegen dat er geen sprake is van disproportionaliteit wanneer de werkgever de kring van gerechtigden

<sup>44</sup> In oordeel 2009-65 is de werkgever van verzoekster, de minister van SZW de wederpartij. In (gevoegd) oordeel 2009-66 is de Minister van BZK, verantwoordelijk voor het arbeidsvoorwaardenbeleid, de wederpartij.

uitbreidt met een neutrale formulering zoals derden die kosten hebben gemaakt, in casus haar moeder en haar broer.

De CGB volgt in oordeel 2009-44 de vaste oordelenlijn ten aanzien van het uitruilen van (opgebouwd) partnerpensioen voor een (hoger) ouderdomspensioen.<sup>45</sup> Een pensioenfonds hanteert de regel dat uitruilen van (opgebouwd) partnerpensioen voor een (hoger) ouderdomspensioen alleen mogelijk is voor deelnemers die zijn geboren na 1 januari 1950. Een vrouw, geboren in 1943 en een bewust alleenstaande moeder, is 22 jaar deelnemer geweest bij dit pensioenfonds. Zij klaagt erover dat zij een relatief laag ouderdomspensioen heeft, vanwege deze knip naar geboortjaar en/of omdat haar beroep op de hardheidsclausule niet is gehonoreerd. De vrouw vraagt de CGB te onderzoeken of het nadeel dat zij ondervindt te wijten is aan – voor zover hier van belang – verboden onderscheid op grond van burgerlijke staat (uitgangspunt van de mannelijke kostwinner).

De CGB is niet bevoegd de zaak inhoudelijk te beoordelen omdat artikel 5, zesde lid Awgb van toepassing is, waarin een wettelijke uitzondering op het verbod van onderscheid naar burgerlijke staat voor (nabestaanden)pensioen is neergelegd. De vrouw had gevraagd bij de beoordeling tevens de maatschappelijke context in aanmerking te nemen. De CGB overweegt dat de wetgever de onevenwichtige solidariteit die werd gevraagd van alleenstaanden met betrekking tot nabestaandenpensioen heeft rechtgezet door artikel 60 Pensioenwet. Dit artikel heeft geen terugwerkende kracht in verband met de anders te grote financiële gevolgen. Daarnaast acht de wetgever een beperkte solidariteit van alleenstaanden met niet-alleenstaanden bij een in risicodekking verzekerd partnerpensioen aanvaardbaar. Deze door de wetgever getrokken grens met betrekking tot de beperking van de gevraagde solidariteit van alleenstaanden komt de CGB niet onredelijk voor.

## 6 TOT SLOT

De kleine oordelenoogst van 2009 maakt inzichtelijk hoe vaak de gronden homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat verband houden met wetgeving die niet homoen ‘single proof’ is. In dit commentaar werd uitvoerig stilgestaan bij HvJ EG rechtspraak over direct onderscheid en het oordeel over de weigering van een IVF behandeling aan een lesbisch paar. Wanneer de CGB onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid constateert dat gebaseerd is op wetgeving of beleid, dan kan zij een actieve rol spelen door het niveau van rechtsbescherming te bieden dat vanuit gelijkebehandelingsperspectief wenselijk is. Geconstateerd werd dat de eerder ingezette oordelenlijn waarin *direct onderscheid* werd vastgesteld moet worden voortgezet omdat homoseksuele gerichtheid en homoseksueel gedrag synoniemen zijn. Dat de wetgever bij de totstandkoming van wetgeving niet altijd bedacht is op nadelige effecten ten aanzien van bepaalde groepen is nog daaraan toe, het is echter niet de taak van de CGB om dergelijke omissies via de rechtvaardigingstoets recht te breien. Aansluiting moet worden gezocht bij Europese rechtspraak, waarin tot directe discriminatie nu ook zaken worden gerekend waarin een formeel neutraal criterium tot gevolg heeft dat één groep wordt benadeeld op basis van regelgeving die een wettelijke basis heeft. Recente arresten van het HvJ EG nodigen daartoe uit.

---

45 Zie de annotatie van A.Veldman in deze oordelenbundel. Eerder oordeel 2003-78 (wettelijke uitzonderingsbepaling voor (nabestaanden)pensioenvoorzieningen).

# Overzicht van oordelen 2009 over de gronden seksuele gerichtheid en burgerlijke staat

2009-2

**Grond:** geslacht; burgerlijke staat  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** geen verboden onderscheid;  
geen onderscheid; geen strijd  
met de wet

**Samenvatting:**  
**School handelt niet in strijd met de  
gelijkebehandelingswetgeving jegens  
gescheiden vader.**

Een gescheiden man klaagt over het beleid van de school van zijn kinderen. Hij stelt dat de school onderscheid jegens hem maakt op grond van zijn geslacht en burgerlijke staat bij de uitvoering van het klanttevredenheidsonderzoek, de informatieverstrekking over zijn kinderen en het besluit hem de toegang te ontzeggen tot de school en de ouderavonden. Tot slot klaagt hij over de wijze waarop de school zijn klachten heeft behandeld. De Commissie oordeelt dat de wijze waarop de school uitvoering geeft aan het klanttevredenheidsonderzoek leidt tot indirect onderscheid op grond van geslacht en burgerlijke staat. Dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd en dus niet verboden. Met betrekking tot de klacht van de man over de informatieverstrekking aan hem over zijn kinderen oordeelt de Commissie dat de man geen feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat onderscheid is gemaakt op grond van zijn geslacht en/of zijn burgerlijke staat. Dit geldt ook met betrekking tot de klacht van de man dat hem de toegang tot de school en de ouderavonden is ontzegd. Tot slot oordeelt de Commissie dat de school niet in strijd heeft gehandeld met de wet door de wijze waarop zij de klachten van de man heeft behandeld.

2009-31

**Grond:** hetero- of homoseksuele  
gerichtheid  
**Terrein:** goederen en diensten  
**Dictum:** geen onderscheid en onder-  
scheid

**Samenvatting:**  
**Ziekenhuis biedt geen IVF-  
behandelingen aan lesbisch paar. Indirect  
onderscheid op grond van seksuele  
gerichtheid, objectief gerechtvaardigd  
door beroep op wetgeving inzake  
gebruik van donorsperma. Mogelijk wel  
onderscheid op grond van seksuele  
gerichtheid in de dagelijkse praktijk:  
onderscheid bij de uitvoering van het  
beleid.**

De Commissie beoordeelt in deze zaak eerst het beleid van een ziekenhuis om geen IVF-behandelingen te bieden aan paren die gebruik moeten maken van een spermadonor. De zaak volgt op het verzoek van een vrouw/vrouwpaar. Het beleid leidt tot indirect onderscheid op grond van seksuele gerichtheid. Dit onderscheid is objectief gerechtvaardigd. Het ziekenhuis biedt geen behandelingen aan waarbij donorsperma wordt gebruikt en maakt geen uitzondering op deze regel voor bekende, door een paar zelf meegenomen donoren. Daarmee leeft zij wettelijke regels na omtrent het gebruik en de behandeling van donorsperma voor IVF-behandelingen. Deze wettelijke regels geven aanleiding om het oordeel onder de aandacht van de verantwoordelijke minister te brengen. Vervolgens beoordeelt de Commissie de uitvoering van het beleid in de praktijk, naar aanleiding van na de zitting door het paar ingebrachte informatie. Omdat het ziekenhuis zich met een beroep op het medisch beroepsgeheim verschoont van het geven van een inhoudelijke reactie, kan de Commissie niet onderzoeken of het vermoeden van onderscheid dat door de nieuwe informatie is gewekt, is gevestigd. Het (proces) risico daarvan dient bij het ziekenhuis te liggen. De systematiek van de gelijkebehande-

lingswetgeving noopt tot de conclusie dat het ziekenhuis in de praktijk onderscheid maakt op grond van seksuele gerichtheid.

### 2009-44

**Grond:** leeftijd; burgerlijke staat; geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen (verboden) onderscheid

**Samenvatting:**  
**Geen onderscheid op grond van leeftijd, geslacht en/of burgerlijke staat door bewust ongehuwde moeder, geboren voor 1950, uit te sluiten van mogelijkheid uitrust partnerpensioen.**

Een pensioenfonds hanteert de regel dat uitrusten van (opgebouwd) partnerpensioen voor een (hoger) ouderdomspensioen alleen mogelijk is voor deelnemers die zijn geboren na 1 januari 1950. Een vrouw, geboren in 1943 en een bewust alleenstaande moeder, is 22 jaar deelnemer geweest bij dit pensioenfonds. Zij klaagt erover dat zij een relatief laag ouderdomspensioen heeft, vanwege deze knip naar geboortjaar en/of omdat haar beroep op de hardheidsclausule niet is gehonoreerd. De vrouw vraagt de Commissie te onderzoeken of het nadeel dat zij ondervindt te wijten is aan verboden onderscheid op grond van leeftijd (haar generatie vrouwen in vergelijking met de jongere generatie vrouwen), geslacht en/of burgerlijke staat (uitgangspunt van de mannelijke kostwinner). Zij vraagt de Commissie om daarbij tevens de maatschappelijke context in aanmerking te nemen.

Naar het oordeel van de Commissie is geen sprake van (verboden) onderscheid op grond van leeftijd, geslacht en/of burgerlijke staat, noch afzonderlijk noch in onderling verband bezien.

Voorts concludeert de Commissie dat de vrouw niet een zodanig uitzonderlijke positie heeft dat daarop de hardheidsclausule van toepassing zou moeten zijn.

Geen (verboden) onderscheid.

### 2009-65

**Grond:** burgerlijke staat  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen onderscheid

**Samenvatting:**  
**Alleenstaande vrouw laat geen overlijdensuitkering aan nabestaanden na; geen onderscheid.**

Een alleenstaande vrouw die rijksambtenaar is, stelt vast dat zij volgens de arbeidsvoorwaarden van haar werkgever geen overlijdensuitkering nalaat aan haar nabestaanden, terwijl gehuwden, geregistreerde partners, rijksambtenaren met een samenlevingscontract, of degenen die minderjarige (pleeg)kinderen hebben, dat aan deze groepen nabestaanden wel doen. Aangenomen kan worden dat alleenstaanden in de regel niet voldoen aan de status die de werkgever definieert, zodat zij in overwegende mate worden benadeeld. Indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat. Objectieve rechtvaardiging, omdat het doel van de arbeidsvoorwaarde is de nabestaanden die financieel afhankelijk zijn van de rijksambtenaar te doen wennen aan de nieuwe situatie, waarbij de werkgever uitgaat van een wettelijke zorgplicht van de rijksambtenaar voor de nabestaanden in kwestie. Zou aan iedereen een overlijdensuitkering worden toegekend, dan zou dit disproportioneel zijn. Geen onderscheid.

### 2009-66

**Grond:** burgerlijke staat  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen onderscheid

**Samenvatting:**  
**Alleenstaande vrouw laat geen overlijdensuitkering aan nabestaanden na; geen onderscheid.**

Een alleenstaande vrouw die rijksambtenaar is, stelt vast dat zij volgens de arbeidsvoorwaarden die door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties vastgesteld worden geen overlijdensuitkering nalaat aan haar nabestaanden, terwijl gehuwden, geregistreerde partners, rijksambtenaren met een samenlevingscontract, of degenen die minderjarige (pleeg)kinderen hebben, dat aan deze groepen nabestaanden wel doen. Aangenomen kan worden dat alleenstaanden in de regel niet voldoen aan de status die de werkgever definieert, zodat zij in overwegende mate worden benadeeld. Indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat.

Objectieve rechtvaardiging, omdat het doel van de arbeidsvoorwaarde is de nabestaanden die financieel afhankelijk zijn van de rijksambtenaar te doen wennen aan de nieuwe situatie, waarbij de werkgever uitgaat van een wettelijke zorgplicht van de rijksambtenaar voor de nabestaanden in kwestie. Zou aan iedereen een overlijdensuitkering worden toegekend, dan zou dit disproportioneel zijn. Geen onderscheid.

## 2009-91

**Grond:** seksuele gerichtheid  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen onderscheid

### Samenvatting:

**Vrouw meent dat het einde van haar inleenperiode is ingegeven door haar seksuele gerichtheid, gelet op de opmerking die een leidinggevende maakte over haar geaardheid.**

Een vrouw werkt via een uitzendbureau voor een bedrijf dat actief is op de waterzuiveringsmarkt. Na ongeveer een half jaar wordt de inleenperiode per direct beëindigd. De vrouw heeft kort daarvoor een gesprek gehad met een leidinggevende, waarin deze een opmerking maakte over haar geaardheid. Zij meent daarom, en omdat zij overigens geen reden zag voor een beëindiging van de inleenperiode, dat haar seksuele gerichtheid aan het ontslag ten grondslag lag. Daarnaast voelt zij zich door de opmerking van de leidinggevende op discriminatoire wijze bejegend. De leidinggevende heeft de opmerking evenwel in een ander daglicht geplaatst: hij sprak niet over haar seksuele gerichtheid, maar over haar aard, haar karakter. De Commissie ziet geen aanleiding aan die uitleg te twijfelen. Nu daarnaast is komen vast te staan dat er wel degelijk kritiek was op het functioneren van de vrouw – hoewel deze niet als zodanig op haar is overgekomen – is de Commissie van oordeel dat geen feiten zijn aangedragen die kunnen doen vermoeden dat sprake was van onderscheid op grond van seksuele gerichtheid.

De vrouw heeft nadat zij was ontslagen via een anti-discriminatiebureau een klacht ingediend bij het bedrijf. De wijze waarop het bedrijf de klacht van de vrouw heeft behandeld, acht de Commissie niet in strijd met de wet.

## 2009-95

**Grond:** burgerlijke staat; ras  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid;  
 geen verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Geen onderscheid op grond van burgerlijke staat of ras bij afwijzing sollicitant.**

Een vrouw solliciteert bij een welzijnsorganisatie naar de functie van sociaal cultureel werker. De medewerker zal worden ingezet als intermediair ten behoeve van de lokale Turkse gemeenschap. Omdat tijdens een oriënterend gesprek vragen zijn gesteld over haar scheiding vermoedt de vrouw dat zij is afgewezen, omdat zij is gescheiden.

Vast staat dat tijdens het oriënterend gesprek is gesproken over de scheiding. De organisatie heeft echter overtuigend beargumenteerd dat niet de gescheiden status als zodanig de reden was hierover vragen te stellen, maar de commotie die de scheiding in het verleden had veroorzaakt in de Turkse gemeenschap. Volgens de organisatie leidde dit tot spanningen tussen de vrouw en de doelgroep waarmee zij zou moeten werken. De organisatie zag in de vrouw onvoldoende de vrouwenspersoon voor de Turkse gemeenschap waarnaar zij op zoek was. Gelet hierop is een andere kandidaat benoemd, die overigens eveneens gescheiden en van Turkse afkomst is. De Commissie oordeelt dat er geen feiten zijn die kunnen doen vermoeden dat het besluit tot afwijzing (mede) is genomen op grond van burgerlijke staat. De vrouw meent dat uit de afwijzing blijkt dat de organisatie er kennelijk vanuit gaat dat Turkse mensen problemen hebben met Turkse gescheiden vrouwen. Zij voelt zich hierdoor discriminatoir bejegend in verband met haar Turkse afkomst. Deze indruk strookt echter niet met het feit dat de organisatie een kandidaat heeft aangenomen die ook gescheiden en van Turkse afkomst is. Geen feiten die onderscheid kunnen doen vermoeden.



# Arbeidsduur en aard van de Arbeidsovereenkomst

Mr. M.F. Baltussen

## 1 INLEIDING

De Commissie Gelijke Behandeling bracht in 2009 acht oordelen uit met betrekking tot het verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur en drie oordelen in zaken waarin een beroep werd gedaan op het verbod van onderscheid wegens het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. In één oordeel zijn beide verbodsgronden aan de orde, zodat er feitelijk sprake is van totaal tien oordelen. Twee oordelen betreffen eenzelfde zaak waarin door twee collega's werd geklaagd.<sup>1</sup> Drie oordelen zijn uitgebracht op verzoek van de 'regelgever' zelf.<sup>2</sup> Opmerkelijk is dat vijf van de tien oordelen betrekking hebben op een ambtelijke arbeidsverhouding. Aan de bespreking van de oordelen zal een weergave vooraf gaan van in 2009 verschenen jurisprudentie en enige beleidsontwikkelingen.

## 2 WETGEVING EN BELEID IN 2009

Per brief van 9 oktober 2009 informeerde de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de Tweede Kamer over het vervolg op de *Beleidsverkenning modernisering regelingen voor verlof en arbeidstijden*, die op 21 november 2008 aan de Kamer werd toegezonden. In deze beleidsverkenning kondigt het Kabinet een consultatie aan van sociale partners en andere maatschappelijke organisaties over de in de notitie naar voren gebrachte denkrichtingen voor aanpassing van de arbeidstijden en zorgregelingen, ten behoeve van een betere combinatie van arbeid en zorg. Inmiddels heeft deze consultatie plaatsgevonden. Op basis hiervan worden in de brief van 9 oktober 2009 een aantal voorstellen gedaan tot wijziging van de Wet Aanpassing Arbeidsduur (WAA) en van de Wet Arbeid en Zorg. Wat betreft de WAA voorziet de Minister in de volgende aanpassingen:

- Verkorting van de minimumtermijn van twee jaar alvorens een werknemer een nieuw verzoek mag doen voor vermeerdering of vermindering van de arbeidsduur;
- Opname van de mogelijkheid dat een verzoek om aanpassing betrekking kan hebben op een bepaalde periode;
- Wijziging van procedurele bepalingen in de WAA teneinde een verzoek om wijziging beter mogelijk te maken bij onvoorziene omstandigheden.

1 Oordelen 2009-85 en 2009-86.

2 Oordelen 2009-41, 2009-90 en 2009-97. Oordeel 2009-97 betrof een verzoek van CAO partijen.

Het Kabinet kondigt aan om de wetsvoorstellen in het voorjaar van 2010 naar de Tweede Kamer te sturen. Gelet op de recente val van het Kabinet zal dit traject waarschijnlijk wel enige vertraging oplopen.<sup>3</sup>

Verder is op 14 september 2009 een wetsvoorstel ingediend tot aanpassing van artikel 7:668a BW. Het strekt er toe een verruiming aan te brengen in de mogelijkheden tijdelijke arbeidsovereenkomsten aan te gaan met jongeren beneden de zeventwintig jaar.<sup>4</sup> In het voorstel wordt de maximale termijn waarbinnen tijdelijke arbeidsovereenkomsten elkaar kunnen opvolgen, zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat, bepaald op achtenveertig maanden, in plaats van de in artikel 7:668a lid 1a BW genoemde termijn van zesentwintig maanden. Daarnaast wordt het maximale aantal tijdelijke arbeidsovereenkomsten waarna krachtens artikel 7:688a lid 1b BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat, vastgesteld op vier in plaats van de huidige drie arbeidsovereenkomsten. Overigens gaat het hier om een tijdelijke maatregel, bedoeld om de arbeidsparticipatie van jongeren te bevorderen, die eindigt per 1 januari 2012. Het voorstel wordt verder uitgebreider besproken in deze bundel in de bijdrage van Van Leeuwen en de Witte-Van den Haak.

### 3 RECHTSPRAAK IN 2009

#### 3.1 *Onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijk karakter van de arbeidsovereenkomst*

In 2009 zijn twee gerechtelijke uitspraken gedaan over de toepassing van artikel 7:668a BW, welk artikel ziet op de bescherming van werknemers tegen het ongebreidelde gebruik van tijdelijke contracten. Gelet op de relatie met het benadelingsverbod, hoort een weergave van deze uitspraken hier zeker thuis.

De eerste zaak betreft een werkneemster met een deeltijdcontract van vierentwintig uur per week, wiens arbeidsuren telkens voor een bepaalde tijd waren uitgebreid naar vierendertig uur.<sup>5</sup> Tijdens de vierde verlenging werd werkneemster ziek. Op dat moment was zij al ruim drie jaar werkzaam voor vierendertig uur. Werkgeefster stelt zich echter op het standpunt dat na afloop van de laatst overeengekomen uitbreiding van de arbeidsuren, slechts recht op loonbetaling bestaat over vierentwintig uur, zijnde de overeengekomen contractsduur. In artikel 7:668a lid 1b BW is vastgelegd dat, indien meer dan drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, de vierde overeenkomst geacht wordt te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd. Artikel 7:688a BW regelt echter niets over een opeenvolging van *tijdelijke uitbreidingen van de arbeidsuren*. In deze zaak werd aan de Kantonrechter te Zwolle de vraag voorgelegd in hoeverre de tijdelijke uitbreidingen van de arbeidsduur als zelfstandige overeenkomsten kunnen worden aangemerkt, zodat werkneemster ook wat de uitbreiding betreft aanspraak kan maken op de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De kantonrechter beslist ten voordele van de werkneemster en stelt vast dat de opeenvolgende verlen-

3 Deze beleidsverkenning wordt ook besproken in paragraaf 1.2. van de bijdrage van Cremers en Vegter in deze bundel.

4 Wetsvoorstel tot tijdelijke verruiming van de mogelijkheid in artikel 668a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan in verband met het bevorderen van de arbeidsparticipatie van jongeren. *Kamerstukken II*, 2009/10 32058.

5 Kantonrechter Zwolle 3 maart 2009, *JAR* 2009/102.



gingen inderdaad dienen te worden beschouwd als zelfstandige overeenkomsten. Aldus kan werkneemster met toepassing van artikel 7:668a BW aanspraak maken op de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd voor in totaal vierendertig uur per week, en is de werkgever gehouden tijdens ziekte het loon over de volle arbeidsduur te betalen. Naar het oordeel van de kantonrechter doet deze interpretatie het meest recht aan de bedoeling van de wetgever om de werknemer met artikel 1 7:668a BW na drie jaar zekerheid te bieden over de vraag of de op dat moment uitgeoefende functie qua inhoud en omvang blijvend zal zijn.<sup>6</sup>

De tweede zaak speelt voor het Gerechtshof 's-Gravenhage<sup>7</sup> en betreft de vraag naar de verhouding tussen de artikel 7:667 lid 4 en 5 en 7:668a lid 2 BW. In artikel 677 lid 4 is vastgelegd dat, indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd anders dan door opzegging of door ontbinding door de rechter is geëindigd, en deze overeenkomst is voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, voor de beëindiging van die laatste overeenkomst voorafgaande opzegging noodzakelijk is<sup>8</sup>. In zoverre is dit een uitzondering op de hoofdregel van artikel 7:667 lid 1, dat bepaalt dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van rechtswege eindigen na het verstrijken van de bepaalde tijd. Artikel 7:688a lid 2 BW verklaart de ketenregeling van artikel 7:668a lid 1 BW van toepassing op opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid geacht kunnen worden elkaars opvolger te zijn. Deze ketenregeling houdt in dat indien elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten een periode van 36 maanden hebben overschreden, de laatste overeenkomst met ingang van de dag van overschrijding geacht wordt te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd. Daarnaast geldt een vergelijkbare ketenregeling indien er sprake is van vier achtereenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met tussenpozen van maximaal drie maanden. Anders dan lid 1, wordt in de tekst van artikel 7:688a lid 2 BW de ketenregeling niet beperkt tot elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor *bepaalde* tijd. Dat wil zeggen dat, indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is opgevolgd door een overeenkomst voor bepaalde tijd met een opvolgend werkgever, deze laatste dient te worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, indien betrokkene op het moment van opvolging minstens zesendertig maanden bij de vorige werkgever in dienst was. Deze uitleg van artikel 7:668a lid 2 BW maakt echter artikel 7:677 tot een dode letter in de gevallen waarin een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door opzegging of ontbinding door de rechter is geëindigd en deze aansluitend wordt voortgezet door een overeenkomst voor bepaalde tijd. In andere gevallen dan die genoemd in lid 4 en 5 zou de opvolgende overeenkomst voor bepaalde tijd ingevolge artikel 7:667 BW immers van rechtswege eindigen. Toepassing van artikel 7:688a lid 2 BW in die situatie leidt er echter toe dat de opvolgende arbeidsovereenkomst geacht moet worden voor onbepaalde tijd te zijn aangegaan, indien er op het tijdstip van de opvolging meer dan 36 maanden zijn verstreken. Onder andere vanwege het feit dat artikel 7:677 lid 4 en 5 BW later is ingevoerd dan artikel 7:688a lid 2 BW, bestond er discussie in de literatuur over de verhouding tussen beide artikelen.

In deze uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage oordeelt het Hof ten gunste van een werknemer die zich beroept op de beschermende werking van artikel 7:668a lid 2 BW. Deze werknemer was ruim 27 jaar in dienst van zijn werkgever toen het bedrijf failliet werd verklaard. De arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werd opgezegd door de curator. Het failliete bedrijf maakte een doorstart waarbij de werknemer

6 Kantonrechter Zwolle d.d. 3 maart 2009, *JAR* 2009/102.

7 Hof 's-Gravenhage d.d. 3 maart 2009, *JAR* 2009/108.

8 Dit in tegenstelling tot de in artikel 7:677 lid 1 neergelegde hoofdregel dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt, zodat geen voorafgaande opzegging nodig is.

weliswaar in dienst kon komen bij de opvolgend werkgever, maar op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De werknemer kwam op tegen de door werkgever voorgestane uitleg van artikel 7:668a BW, volgens welke de opvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomst van rechtswege zou zijn geëindigd na afloop van de overeengekomen termijn. De werkgever betwistte deze uitleg, met een beroep op artikel 7:667 BW. Het Gerechtshof beslist ten voordele van de werknemer en stelde dat zij in de wetgeschiedenis geen aanwijzing kan vinden dat de wetgever op de beschermende werking van artikel 668a een beperking heeft willen aanbrengen, ook niet in verband met het naderhand toegevoegde artikel 667, vierde en vijfde lid BW.

### 3.1.2 HvJ EG – de zaak *Angelidaki*

Op 23 april 2009 deed het HvJ EG voor de derde maal een uitspraak over de verenigbaarheid van Griekse wetgeving met de Europese Richtlijn 1999/70 inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. In dit geval ging het om de toepassing van regelgeving op personeel werkzaam in overheidsdienst op basis van een eerste contract voor bepaalde tijd.<sup>9</sup> Deze uitgebreid gemotiveerde en uitvoerige uitspraak betreft een drietal gecombineerde zaken. Uit praktisch oogpunt worden hier slechts de belangrijkste overwegingen van het Hof weergegeven.

De Griekse wetgeving bevatte voorafgaand aan de implementatie van de Richtlijn een conversieregeling die een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die voorziet in een permanente behoefte, rechtens kwalificeerde als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Deze regeling was zowel van toepassing op overheidspersoneel als op personeel werkzaam in de private sector. Een aantal werknemers in overheidsdienst beriep zich op toepassing van deze conversieregeling, toen de betrokken overheidsdiensten hun tijdelijke overeenkomst niet wilden verlengen. Zij menen dat hun arbeidsovereenkomst als voor onbepaalde tijd moet worden beschouwd nu met hun aanstelling is voorzien in een permanente personeelsbehoefte. De Griekse overheid stelt zich op het standpunt dat deze regeling voor overheidspersoneel niet meer van toepassing is, als gevolg van nieuwe regelgeving die is ingevoerd ter implementatie van Richtlijn 1999/70. Bij presidentieel besluit nummer 164/2004 is voor overheidspersoneel een aparte regeling ingevoerd, welke regeling voorziet in regels ter voorkoming van misbruik van opeenvolgende contracten, maar geen bepaling kent ter voorkoming van misbruik van eerste contracten voor bepaalde tijd in situaties dat feitelijk met het contract wordt voorzien in een permanente personeelsbehoefte. Daarnaast is in de Griekse Grondwet een verbod opgenomen om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in de overheidssector om te zetten naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Naar het oordeel van de betreffende overheidsinstanties kunnen betrokkenen aldus geen aanspraak meer maken op de beschermende werking van de algemene conversieregeling. De verwijzende rechters stellen een aantal prejudiciële vragen, samengevat als de vraag of de Griekse wetgever de Richtlijn 1999/70 wel correct in Grieks recht heeft omgezet door personen die slechts een enkele arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hebben uit te zonderen van de bescherming van het presidentieel besluit en hen de voormalige bescherming van de conversieregeling te ontfengen.

---

<sup>9</sup> HvJ EG 23 april 2009, *JAR* 2009/148, waarin uitspraak wordt gedaan in een drietal gecombineerde zaken met de nrs.

Allereerst is de vraag aan de orde of clause 5 punt 1 van de Richtlijn, welke de lidstaten verplicht maatregelen te nemen ter voorkoming van misbruik indien de nationale wetgeving niet al voorziet in *gelijkwaardige wettelijke maatregelen* ter bescherming van misbruik, zich niet tegen nieuwe regelgeving verzet, nu er voor de implementatie al sprake was van een gelijkwaardige wettelijke maatregel in de zin van clause 5 punt 1, namelijk de conversieregeling. Het Hof stelt echter dat de lidstaat bij het bestaan van een gelijkwaardige regeling de bevoegdheid blijft houden om nieuwe, in clause 5 genoemde, maatregelen, te nemen maar dat dit niet mag afdoen aan de werking van die beschermende maatregel ter voorkoming van misbruik en anderzijds het gemeenschapsrecht, en met name clause 8 punt 3 in acht wordt genomen.

Het Hof stelt voorts vast dat clause 8 lid 3, dat de lidstaten verbiedt om maatregelen ter uitvoering van de richtlijn te nemen die leiden tot een lager beschermingsniveau, ook ziet op de handhaving van het beschermingsniveau van werknemers met een eerste contract voor bepaalde tijd. Het Hof voegt daar wel aan toe dat alleen een verlaging die de bescherming globaal aantast, valt onder clause 8 punt 3. Clause 8 punt 3 verbiedt volgens het Hof niet dat een regeling zoals 164/2004 werknemers met een eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van bescherming uitzondert, mits het gaat om een kleine groep werknemers of er een andere maatregel ter voorkoming van misbruik geldt. Of de betrokken werknemers zich aldus kunnen beroepen op de voormalige conversieregeling is maar zeer de vraag, nu dit met name zal afhangen van de vraag welk percentage werknemers met een contract voor bepaalde tijd door de wijziging van regelgeving worden getroffen. Volgens het Hof kan er sprake zijn van een ongeoorloofde verlaging van het beschermingsniveau indien de getroffen een significant percentage van de in de betrokken lidstaat voor bepaalde tijd tewerkgestelde werknemers vormen. Daartoe dient het aantal werknemers met een contract voor bepaalde tijd die werkzaam zijn in overheidsdienst en wier contract niet wordt verlengd, te worden afgezet tegen het totale aantal werknemers die in Griekenland werkzaam zijn op basis van een contract voor bepaalde tijd. Op voorhand lijkt het mij aannemelijk dat de betrokken groep niet aan deze eis zal voldoen. In deze uitspraak geeft het Hof een beperking aan de toepassing van Clause 8, derde lid, in dier voege dat een “globale verlaging” van het beschermingsniveau welke een relatief kleine groep treft niet valt onder de beschermende werking van deze clause. Door het gebruiken van dergelijke vage normen is het helaas niet duidelijk hoe ver de bevoegdheid reikt van de lidstaten om het in clause 8 beoogde beschermingsniveau te beperken. Wellicht dat de actieve Griekse magistratuur opnieuw zal zorgen voor een volgend oordeel van het Hof op dit punt.

### 3.2 *Verbod tot onderscheid naar arbeidsduur*

Tot slot een uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, sector bestuursrecht, van 3 juni 2009.<sup>10</sup> In deze zaak stonden twee besluiten van de Raad van Toezicht van de Orde van Advocaten ter discussie. Bij het eerste besluit was de wettelijk vastgestelde stageperiode van drie jaar van een advocate verlengd naar evenredigheid van de omvang van haar deeltijdaanstelling. Bij het tweede besluit was het verzoek van deze advocate tot verkorting van haar stage afgewezen. De advocate kwam tegen beide besluiten in beroep met de stelling dat de Raad aldus in strijd handelt met het verbod tot onderscheid op grond van arbeidsduur, nu deeltijdwerk leidt tot het automatisch verlengen van de stage, zonder dat andere werkervaring wordt meegewogen.

<sup>10</sup> Rechtbank 's-Gravenhage 3 juni 2009, LJN BI8206.

Betrokkene beriep zich daarbij op oordeel 2001-68 van de Commissie Gelijke Behandeling, waaruit volgens haar blijkt dat de Commissie meent dat bij een beslissing over een mogelijke verlenging van de stageduur vanwege het werken in deeltijd, persoonlijke ervaring en omstandigheden van de stagiaire behoren te worden gewogen ter voorkoming van een verlenging van de stage. De Rechtbank verwerpt deze zienswijze en stelt dat de Advocatenwet bij een besluit tot verlenging van een stageperiode geen ruimte biedt voor een individuele toetsing van relevante persoonlijke werkervaring en omstandigheden, en dat zij zich op dit punt niet kan verenigen met het aangehaalde oordeel van de Commissie. Inzake het verzoek tot verkorting van de stage overweegt de Rechtbank dat het beleid van de Raad van Toezicht om de stage slechts te verkorten bij eerdere werkervaring die is opgedaan in de advocatuur, de toets der redelijkheid kan doorstaan.

Zowel betrokkene alsook de rechtbank blijken echter de uitspraak van de Commissie verkeerd te hebben gelezen. De Commissie overweegt in haar oordeel dat uit arresten van het HvJ EG in de zaken *Bilka Kaufhaus* en *Nimz*<sup>11</sup> valt af te leiden dat bij verlenging van de stageduur vanwege het werken in deeltijd, er in alle gevallen een beroep moet kunnen worden gedaan op persoonlijke ervaring en omstandigheden van de stagiaire. De Commissie vervolgt echter haar betoog met de vaststelling dat de Advocatenwet in deze individuele toets voorziet doordat in artikel 9b de mogelijkheid is opgenomen dat de duur van de stage door de Raad van Toezicht, met goedkeuring van de Algemene Raad, op verzoek van de stagiaire kan worden *verkort*. In dat kader vindt namelijk wel een toetsing plaats van eerdere persoonlijke werkervaring. Nu de regeling aldus in een individuele toets voorziet, acht de Commissie aldus het onderscheid tussen voltijder en deeltijders gerechtvaardigd. Het feit dat in het kader van die beoordeling van persoonlijke werkervaring slechts rekening wordt gehouden met ervaring die eerder is opgedaan in de advocatuur, doet daar volgens de Commissie niet aan af. De Commissie voegt eraan toe dat het niet aan haar is om te beoordelen of het niet meewegen van die andere ervaring wel redelijk is. De Commissie toetst aldus de integrale regeling van de vaststelling van de duur van de stageperiode, dus zowel de regeling met betrekking tot de verlenging als de regeling met betrekking tot een verzoek tot verkorting.

Daartegenover stelt de rechtbank dat de gelijkebehandelingswetgeving niet verplicht tot een individuele beoordeling van werkervaring in het kader van de toetsing van een besluit tot verlenging van de stageplaats. De besluitvorming rondom het verzoek tot verkorting van de stageduur wordt geheel separaat getoetst. Ten aanzien van dit besluit stelt de rechtbank vast dat in het kader van een verzoek tot verkorting van de stage er een individuele beoordeling kan plaatsvinden van eerdere werkervaring, doch dat deze redelijkerwijs beperkt mag worden tot relevante ervaring opgedaan in de advocatuur. Theoretisch wijkt daarmee het oordeel van de Rechtbank wel af van dat van de Commissie, in die zin dat de beide regelingen omtrent verlenging en verkorting van de stageperiode separaat worden getoetst, maar materieel leiden deze uitspraken tot eenzelfde uitkomst.<sup>12</sup> Aan beide uitspraken ligt immers het oordeel ten grondslag dat de Orde de vrijheid heeft om slechts werkervaring die is opgedaan in de advocatuur te betrekken bij een besluit tot vaststelling van de duur van de stageperiode.

11 HvJ EG, 13 mei 1986, C-170/84, Jur. 1986, p. 1607 (*Bilka-Kaufhaus v. Weber von Hartz*); HvJEG, 7 februari 1991, C-184/89, Jur. 1991, p. I-297 (*Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg*).

12 Overigens had dit ook te maken met het feit dat de besluiten tot verlenging en verkorting ieder een aparte rechtsgang kennen en deze uit bestuursrechtelijk oogpunt daarom ook separaat dienden te worden behandeld.

De uitspraak van de rechtbank is ook becommentarieerd in paragraaf 1.3 van de bijdrage van Vegter en Cremers in deze bundel. Zij menen dat de gelijkebehandelingswetgeving verplicht tot een individuele toets van alle relevante werkervaring. Ik kan mij meer verenigen met het oordeel van de Commissie, waarin het uitgangspunt is besloten dat de gelijkebehandelingswetgeving gebiedt tot een individuele toets van opgedane werkervaring, maar dat de inhoud van die toets behoort tot de beleidsruimte van het betrokken orgaan.

Inmiddels heeft de Raad van State uitspraak gedaan op het door de advocate ingestelde hoger beroep.<sup>13</sup> De Raad oordeelt evenals de rechtbank dat de Advocatenwet geen ruimte biedt voor een individuele toets van individuele werkervaring bij een besluit tot verlenging van de stage. Het beroep inzake de weigering de stage te verkorten acht de Raad echter gegrond, met de overweging dat het hier toegepaste beleid van de Algemene Raad ziet op een verkorting van de reguliere stage van drie jaar en aldus niet zonder meer kan worden toegepast op verzoeken om verkorting van de *verlengde* stage periode. Nu het besluit aldus een daadkrachtige motivering ontbeert, wordt het vernietigd! Wordt dus vervolgd!!

## 4 OORDELEN

### 4.1 *Onderscheid niet aangetoond cq. niet vast te stellen*

In een viertal oordelen komt de Commissie niet toe aan een inhoudelijke toetsing, daar het gestelde onderscheid niet kan worden vastgesteld. Het gaat om de oordelen 2009-19, 2009-80 en de oordelen 2009-85 en 2009-86, welke laatste twee oordelen dezelfde zaak betreffen.

In oordeel 2000-19 klaagt een mevrouw die is gedetacheerd bij een onderdeel van het Ministerie van Justitie over een discriminatoire bejegening op grond van ras, etnische afkomst en geslacht door collega's. En passant klaagt zij ook over een jegens haar gemaakt onderscheid naar arbeidsduur dan wel het tijdelijke karakter van haar contract, zonder dit overigens te concretiseren. Zoals verwacht kon worden wijst de Commissie deze laatste klachten over verboden onderscheid als onvoldoende onderbouwd af. De klachten met betrekking tot de discriminatoire bejegening acht de Commissie overigens deels wel gegrond. Voor een bespreking van dit onderdeel van het oordeel kan worden verwezen naar paragraaf 5 van de bijdrage van Cremers en Vegter elders in deze bundel.

Ook in oordeel 2009-80, waarin een werkneemster van de Raad voor de Kinderbescherming klaagt dat haar verzoek om vermindering van de arbeidsduur is afgewezen wegens de tijdelijkheid van haar contract, komt de Commissie niet toe aan een inhoudelijke toetsing van het gestelde onderscheid. De Commissie constateert dat de afwijzing zijn grondslag niet vond in de tijdelijkheid van haar contract, maar in het feit dat verzoekster werkzaam was als raadsonderzoeker in opleiding, voor wie volgens regulier beleid een minimale arbeidsduur van tweeëndertig uur per week is voorgeschreven. In deze zaak klaagde verzoekster ook over een verondersteld onderscheid naar ras bij de beslissing de tijdelijke aanstelling niet in een vaste aanstelling om te zetten. Ook ten aanzien van deze klacht oordeelde de Commissie dat het gestelde onderscheid niet was aangetoond.

<sup>13</sup> Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 3 februari 2010, LJN BI1839.

Eenzelfde lot treft de verzoeken die ten grondslag liggen aan de oordelen 2009-85 en 2009-86. In deze zaak klagen twee vrouwelijke deeltijdwerkneemsters van een verkooponderneming dat alle tien mannelijke collega's deelnemen aan een bonusregeling waar zij als enige twee vrouwelijke medewerkers van zijn uitgesloten. De vrouwen beroepen zich primair op onderscheid naar geslacht en subsidiair op een verboden onderscheid naar arbeidsduur. De Commissie meent dat er geen aanleiding is te veronderstellen dat de bonusregeling onderscheid maakt naar arbeidsduur, nu daarvoor in de regeling geen aanknopingspunten zijn te vinden en een van de twee vrouwen ook niet in aanmerking kwam voor de bonus toen zij nog in voltijd werkte. De Commissie meent overigens wel dat er sprake is van een verboden onderscheid naar geslacht nu er een sterke samenhang is tussen deelname aan de bonusregeling en het geslacht en de werkgever er niet in slaagt aan te tonen dat het onderscheid zijn oorzaak vindt in verschillen in de betrokken functies.<sup>14</sup>

#### 4.2 *Onderscheid naar arbeidsduur: beloningsregelingen, reiskosten en eindejaarsuitkering*

In oordeel 2009-92 staat een reiskostenregeling ter discussie. Zoals de Commissie eerder heeft vastgesteld, vereist de WOA dat een reiskostenregeling is gebaseerd op de werkelijke kosten en dat de verhouding tussen werkelijke reiskosten en de vergoeding voor deeltijders en voltijders gelijk is.<sup>15</sup> Aan dit criterium blijkt deze regeling niet te voldoen. Hoewel aan alle werknemers een vergoeding, gerelateerd aan het aantal kilometers, wordt betaald, kunnen werknemers die op vier dagen of meer werken naar keuze ook opteren voor een OV jaarabonnement. Deze regeling biedt een voordeel voor werknemers die met het openbaar vervoer reizen, omdat de kilometervergoeding de werkelijke kosten van openbaar vervoer niet dekt. Voor verweerster is het voordeliger om deze groep een jaarabonnement te bieden in plaats van een vergoeding van de werkelijk gemaakte kosten.

Verzoekster, werkzaam bij verweerster voor vierentwintig uur per week, reist op drie dagen per week per openbaar vervoer naar haar werk. De kilometerdagvergoeding dekt in haar geval de kosten niet. Zij kan echter volgens de reiskostenregeling geen aanspraak maken op een OV jaarabonnement.

Verweerster stelt dat geen onderscheid wordt gemaakt naar arbeidsduur omdat ook werknemers met een arbeidsduur van vierentwintig uur, namelijk zij die vierentwintig uur verspreid over vier dagen werken, in aanmerking kunnen komen voor de OV-jaarkaart. De Commissie wijst dit verweer, zoals verwacht kon worden, van de hand. Zij stelt dat het doorgaans deeltijders zijn met een kleine(re) betrekkingsomvang die op drie dagen of minder per week zullen werken, en dat voltijders doorgaans op vier of vijf dagen per week werken. Daarmee is het onderscheid gegeven. Ter rechtvaardiging voert verweerster aan dat haar beslissing om een OV jaarabonnement ter beschikking te stellen aan een beperkte groep werknemers, is ingegeven door de wens autogebruik en parkeeroverlast terug te dringen. De Commissie verworpt dit verweer daar zij meent dat onvoldoende is aangetoond dat dit doel het werkelijke doel is van de reiskostenregeling. Ook de aangevoerde financiële argumenten wijst de Commissie, conform haar vaste oordelenlijn van de hand. Wel overweegt zij ten overvloede dat, zo er wel een relatie kan worden aangenomen tussen het aangevoerde

<sup>14</sup> Zie hierover ook paragraaf 6 van de bijdrage van Cremers en Vegter, ten aanzien van de verbodsgrond geslacht in deze bundel.

<sup>15</sup> Zie o.a. oordelen 1997-111, 1997-146 en 2001-82.

doel en de reiskostenregeling, er toch geen sprake kan zijn van een objectieve rechtvaardiging. De Commissie overweegt daartoe dat, hoewel verweerster niet verplicht kan worden ook werknemers die op minder dan 4 dagen reizen een OV jaarabonnement ter beschikking te stellen, er mogelijk alternatieven zijn, zoals het vergoeden van de werkelijk gemaakte kosten van openbaar vervoer aan deze groep werknemers. Verweerster had nader onderzoek moeten doen naar deze alternatieven.

Met deze overweging kon de Commissie volstaan. Feit is wel dat een OV jaarabonnement betrokkene een groter voordeel biedt dan de vergoeding van de werkelijk gemaakte kosten. Zo blijft er ook bij het door de Commissie aangedragen alternatief een onderscheid tussen deeltijders en voltijders bestaan, zij het dat dit alternatief tot een minder groot onderscheid leidt.

In oordeel 2009-97 wordt de Commissie ingeschakeld door cao partijen die voornemens zijn een tijdelijke aanvullingsregeling bij (onvrijwillige) werkloosheid in te voeren. De regeling biedt werknemers van 55 jaar en ouder, die tenminste tien jaar in dienst zijn en die onvrijwillig werkloos worden, vanaf de beëindiging van de WW uitkering tot aan de pensioengerechtigde leeftijd een aanvullende uitkering tot een inkomen gelijk aan die voormalige WW uitkering. Indien echter de werknemer op een eerder tijdstip gebruik kan maken van een zogenaamd vroegpensioen van het ABP, ter hoogte van minimaal de voormalige WW uitkering, eindigt de nawettelijke uitkering, ongeacht of de werknemer dit vroegpensioen wil laten ingaan. Dit betekent voor de betrokkene dat enerzijds, door het laten ingaan van het vroegpensioen voor het bereiken van het vijfenzestigste jaar, de pensioenuitkering wordt verlaagd, en anderzijds dat het recht op de nawettelijke uitkering vervalt op een eerder tijdstip dan het vijfenzestigste jaar. Dit nadeel treft naar het oordeel van verzoekers vooral deeltijders die kort voor het ontstaan van de werkloosheid in voltijd werkzaam waren. Deze zullen immers een WW uitkering genereren gebaseerd op het deeltijd dienstverband, terwijl het pensioen grotendeels is opgebouwd vanuit een voltijd dienstverband. De kans dat vóór het vijfenzestigste jaar aanspraak gemaakt kan worden op een vroegpensioen dat de WW uitkering overtreft, is voor deze groep daarom aanzienlijk.

De Commissie stelt vast dat de regeling aldus een onderscheid maakt naar arbeidsduur, te weten een onderscheid tussen voltijders en een bepaalde categorie deeltijders. De Commissie wijst er daarbij wel op dat er nog een groep is die nadeel ondervindt van deze regeling, namelijk die werknemers die voorafgaand aan het ontslag een hoger inkomen genoten dan het maximum WW dagloon. Ook voor die groep geldt dat het opgebouwde vroegpensioen al snel hoger zal zijn dan het WW-recht, zodat ook voor hen de kans bestaat dat de nawettelijke regeling al voor het bereiken van de vijfenzestigjarige leeftijd vervalt. De Commissie laat dit gegeven buiten beschouwing, nu, zo stelt zij, verzoekers niet de vraag hebben voorgelegd of ook ten aanzien van deze groep een verboden onderscheid wordt gemaakt. De Commissie concludeert dat er geen objectieve rechtvaardiging bestaat voor het onderscheid, omdat er een alternatief middel voorhanden is waarmee geen onderscheid wordt gemaakt, bestaande uit het buiten beschouwing laten van mogelijke aanspraken op vroegpensioen voor de betreffende groep deeltijders.

De vraag is of dit een juiste beoordeling is, hoezeer zij ook sympathiek voorkomt. Is het werkelijk zo dat de regeling in effect vooral (een bepaalde categorie) deeltijders treft? Zoals verzoekers aangeven, is het doel van de regeling om oudere werkloze werknemers tot aan het vijfenzestigste jaar een zeker minimum inkomen te garanderen. In dat licht moet men denk ik ook de voorwaarde zien dat eveneens inkomen

waar men aanspraak op *kan* maken, zoals een vroegpensioen, bij de vaststelling van het recht op uitkering wordt betrokken, ongeacht of die aanspraak ook te gelde wordt gemaakt. Nu alle inkomensbestanddelen die betrokkene uit andere hoofde ontvangt bij de hoogte van de uitkering worden betrokken, zullen er dus meer situaties kunnen voorkomen waarin het recht op uitkering vervalt wegens de beschikbaarheid van andere inkomsten. Daarin ondervindt de betreffende categorie deeltijders dus niet een specifiek nadeel. Wel kleeft er een bijzonder nadeel aan het meetellen van het vroegpensioen nu opname van dit pensioen leidt tot de vaststelling van een lager pensioen. Ook dit nadeel is echter niet specifiek verbonden aan de positie van deeltijders. De Commissie heeft immers zelf al een categorie voltijders aangewezen die eenzelfde nadeel kan ondervinden van de verplichte metelling van het vroegpensioen. Wat wel kan worden gesteld is dat voltijders die kort voor het ontslag in deeltijd zijn gaan werken een grotere *kans* hebben dan andere categorieën werknemers om hun bovenwettelijke uitkering te verliezen. Zolang die kans zich niet realiseert kan het onderscheid echter niet worden vastgesteld. De Commissie had daarom naar mijn mening nader onderzoek moeten verrichten naar de samenstelling van deze kleine groep benadeelde werknemers. Dit klemt temeer daar het nadelig effect volgens verzoekers zelf slechts voor “enkele” van de vijftienhonderd betrokken werknemers zal optreden.

Tot slot wordt in oordeel 2009-106 een oordeel gegeven over de weigering van een zorginstelling om aan een als oproepkracht werkzame verpleegkundige een eindejaarsuitkering te vertrekken. Het recht op deze uitkering is vastgelegd in de cao GGZ en wordt door de werkgever wel uitbetaald aan werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. De betrokken oproepkracht stelde zich op het standpunt dat aldus een onderscheid wordt gemaakt naar arbeidsduur. Verweerster betoogde allereerst dat betrokkene niet werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst maar op basis van een voorovereenkomst, zodat artikel 7: 648 BW toepassing mist. Daarnaast stelde verweerster zich op het standpunt dat zij geen onderscheid naar arbeidsduur maakt, nu zij de eindejaarsuitkering ook uitbetaalt aan deeltijders en dus niet de arbeidsduur maar de aard van het contract de reden van de weigering van de eindejaarsuitkering is. In oordeel 2006-126 overwoog de Commissie eerder al dat een regeling waarin oproepkrachten worden uitgesloten van het recht op een eindejaarsuitkering, een verboden onderscheid maakt naar arbeidsduur als is voorzien in artikel 7:648 BW. Ook in die zaak ging het om een zorginstelling met een vergelijkbare cao-regeling, namelijk de cao Verzorgings- en Verpleeghuizen. Het verschil met de onderhavige zaak bestaat er uit dat in de eerdere zaak ook deeltijders waren uitgesloten van het recht op een eindejaarsuitkering, zodat er minder discussie mogelijk was over de vraag of hier onderscheid naar arbeidsduur werd gemaakt.

Met verwijzing naar het oordeel uit 2006 oordeelt de Commissie in deze zaak opnieuw dat oproepkrachten onder de beschermende werking van de WOA vallen. De Commissie wijst daartoe op artikel 5 van de WOA, waarin artikel 7:648 BW van overeenkomstige toepassing is verklaard ‘in geval een werkgever een ander onder zijn gezag arbeid laat verrichten anders dan krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of ambtelijke aanstelling’ en op de parlementaire geschiedenis waaruit blijkt dat met deze regeling juist is beoogd te voorkomen dat een werkgever zich kan onttrekken aan de wet door te stellen dat de arbeidsverhouding geen dienstbetrekking is. Vervolgens beantwoordt de Commissie de vraag of de oproepkrachten zich in deze kunnen beroepen op een verbod tot onderscheid naar arbeidsduur. De Commissie stelt daartoe vast dat oproepkrachten in deze instelling feitelijk in deeltijd werkzaam



zijn, en zij dus voor wat betreft het recht op de eindejaarsuitkering kunnen worden vergeleken met binnen de instelling werkzame voltijders. Daarmee pareert de Commissie de mening van verweerder dat in casu geen onderscheid op grond van arbeidsduur wordt gemaakt. Mij lijkt dit een juiste zienswijze. Men zou zich nog wel kunnen afvragen of hier niet sprake is van een indirect onderscheid op grond van deeltijdarbeid, nu deeltijd niet het onderscheidend criterium was maar de aard van het contract. Dit is echter een puur theoretische discussie die praktisch van geen betekenis is, nu voor zowel direct als indirect onderscheid geldt dat deze verboden zijn behoudens objectieve rechtvaardiging.

Tot slot stelt de Commissie de stelling van verweerder terzijde dat oproepkrachten niet te vergelijken zijn met voltijders, nu zij de vrijheid hebben de oproep te weigeren. Ook hier herhaalt de Commissie haar zienswijze zoals vastgelegd in oordeel 2006-126, met de overweging dat het verzoek ziet op de toekenning van een eindejaarsuitkering over feitelijk wel gewerkte uren, zodat een eventuele vrijheid om een oproep te weigeren niet relevant is. Hoewel niet met zoveel woorden genoemd, geeft de Commissie hier een uitleg aan het arrest Wippel van het HvJ EG,<sup>16</sup> waar ook de wederpartij zich op beriep. In dit arrest ging het om een oproepkracht die aanspraak maakte op de uitbetaling van loon over een voltijdse arbeidsduur, ondanks het feit dat zij slechts in deeltijd had gewerkt, met als motivering dat de werkgever handelde in strijd met het verbod naar arbeidsduur door in haar contract geen vastgesteld aantal uren op te nemen. Het Hof oordeelde in die zaak dat een oproepkracht onder de werkingssfeer valt van de raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, zoals opgenomen in Richtlijn 97/81/EG, indien de normale arbeidsduur van deze werknemer minder is dan die van een voltijdwerknemer. In dit specifieke geval oordeelde het Hof echter dat de werknemer zich in de gegeven omstandigheden niet kon vergelijken met een voltijdwerknemer, nu voor deze laatste groep juist kenmerkend is dat deze, anders dan de oproepkrachten, niet de vrijheid hebben om werkzaamheden te weigeren. Anders dan in casu werd betoogd door de werkgeefster betekent dit, zoals de Commissie impliciet overweegt, niet dat het Hof van oordeel is dat oproepkrachten zich nooit op het recht op gelijke behandeling op grond van arbeidsduur kunnen beroepen. Daarmee schaarde de Commissie zich achter de in de literatuur ook verdedigde interpretatie van het arrest van het Hof in de zaak Wippel.<sup>17</sup>

### 4.3 *Onderscheid naar arbeidsduur: arbeidsduurverkorting*

Ook in 2009 waren er weer twee zaken waarin een oordeel werd gevraagd over een regeling van arbeidsduurverkorting. In beide zaken gaat het om een regeling waarbij oudere medewerkers na het bereiken van een bepaalde leeftijd aanspraak kunnen maken op werktijdvermindering, zij het dat dit recht is voorbehouden aan werknemers die in voltijd werkzaam waren. Het gaat hier toevalligerwijs om twee ambtelijke rechtspositionele regelingen, te weten die van de Provincie Flevoland en de gemeente Rotterdam. Gedeputeerde Staten van de provincie Flevoland vroeg zelf om een oordeel eigen handelen. Conform haar inmiddels bestendige oordelenlijst,<sup>18</sup> overweegt de Commissie in deze oordelen 2009-41 en 2009-70 dat een dergelijk regeling zowel leidt tot een verboden onderscheid naar leeftijd als tot een onderscheid naar

16 HvJ EG 12 oktober 2004, NJ 2005/357 (*Wippel/Peek&Kloppenburg*).

17 In deze zin M.R. Mok in zijn annotatie bij NJ 2005/357 en S.S.M. Peters, 'Arbeidsduur en aard van de arbeidsovereenkomst' in: *Gelijke Behandeling, Oordelen en commentaar 2006*, Wolff Publishers, Nijmegen 2007.

18 Zie o.a. oordeel 2008-84, alsmede de bespreking daarvan door Baltussen in 'Arbeidsduur en aard van de overeenkomst', in: *Gelijke behandeling, oordelen en commentaar 2008*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2009.

arbeidsduur. In oordeel 2009-41 staat met name de toetsing aan het verbod op onderscheid naar leeftijd centraal, waarbij verzoekster zich beroept op de zogenaamde contextuele toetsing van de regeling, nu de afbouwregeling dient te worden gezien als onderdeel van een zogenaamd samenhangend personeelsbeleid. Het oordeel van de Commissie spitst zich met name op deze vraag toe, temeer daar ook de Provincie zelf van oordeel was dat het onderscheid naar arbeidsduur niet in stand kon blijven. Verbazend is het feit dat de gemeente Rotterdam in oordeel 2009-70, ondanks de duidelijke voorgaande oordelen van de Commissie, zich op het standpunt blijft stellen dat er geen sprake is van strijd met de WOA nu het in de regeling opgenomen onderscheid naar arbeidsduur volgens haar objectief gerechtvaardigd is.<sup>19</sup> De gemeente beroept zich daartoe op de veronderstelling dat voltijds werkende ambtenaren een relatief hogere werkbelasting kennen dan ambtenaren die minder uren per week werken. De Commissie wijst deze veronderstelling van de hand met de overweging dat de gemeente zelfs na uitdrukkelijk verzoek van de Commissie heeft nagelaten deze stelling te onderbouwen. Van een overheidsinstelling mag naar mijn mening toch een andere houding worden verwacht ten opzichte van toepassing van de gelijkebehandelingswetgeving.

#### 4.4 *Commissie niet bevoegd*

In Oordeel 2009-90 acht de Commissie zich niet bevoegd kennis te nemen van een verzoek van een politieorganisatie om een oordeel omtrent eigen handelen, te weten de opzet van een zogenaamd duobanenbeleid. Verzoekster vraagt de Commissie of dit beleid mogelijk in strijd is met het verbod tot onderscheid naar arbeidsduur. De Commissie meent dat zij niet bevoegd is, nu de WOA slechts ziet op een onderscheid in voorwaarden waaronder de aanstelling wordt verleend, en niet op het aanbieden dan wel het aangaan van een aanstelling. De Commissie wijst daarbij tevens op de parlementaire behandeling, waarin expliciet door de Minister is uitgesproken dat “de term aanstelling verlenen niet ziet op het recht om in deeltijd te worden aangesteld, noch op het recht van de ambtenaar om de arbeidsduur eenzijdig te verminderen”. Mij lijkt dat op dit oordeel weinig is af te dingen. De Commissie onderzoekt daarnaast nog of het duobanenbeleid mogelijk nog een verboden onderscheid naar geslacht oplevert, maar beantwoordt deze vraag ontkennend.

#### 4.5 *Onderscheid op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst: beloningsregeling*

In oordeel 2009-39 klaagt een werknemer dat hij als tijdelijke kracht volgens het personeelsreglement geen aanspraak kan maken op een dertiende maand, noch op de jaarlijkse loonsverhoging. Met betrekking tot de eindejaarsuitkering wordt direct onderscheid op grond van het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst gemaakt nu deze krachtens het reglement is voorbehouden aan die werknemers die op 1 november in vaste dienst zijn. Personeel dat op 1 november in tijdelijke dienst is maar nadien een vast contract krijgt aangeboden, kan met terugwerkende kracht eveneens aanspraak maken op de eindejaarsuitkering. Verweerster meent dat het aldus gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd is, nu de eindejaarsuitkering is gekoppeld aan de bijdrage die de werknemer heeft geleverd aan het bedrijfsresultaat en het daarvoor noodzakelijk is dat een werknemer het grootste deel van het jaar in dienst is. De

<sup>19</sup> In deze zaak had verzoekster geen beroep gedaan op toepassing van het verbod op onderscheid naar leeftijd.

Commissie verwerpt dit betoog met de overweging dat dit doel niet lijkt te beantwoorden aan een werkelijke behoefte, nu de onderneming dit doel kennelijk niet nastreeft ten aanzien van haar werknemers in vaste dienst.

Vervolgens toetst de Commissie de regeling met betrekking tot de loonsverhoging. Deze loonsverhoging geldt voor alle werknemers, echter met uitzondering van diegenen die tussentijds in dienst zijn getreden, dan wel een verhoging hebben ontvangen. Hoewel in deze regeling niet rechtstreeks wordt verwezen naar het tijdelijk karakter van de arbeidsovereenkomst, meent de Commissie dat er sprake is van een indirect onderscheid. Daar tussentijds in dienst getreden werknemers volgens beleid van verweerster per definitie eerst een contract voor bepaalde tijd krijgen aangeboden treft namelijk de regeling vooral tijdelijke krachten. Verweerster stelt dat er geen sprake is van onderscheid nu voor tijdelijke krachten het nadeel is verdisconteerd in de hoogte van het salaris dat uit de salarisonderhandelingen is voortgekomen. Dit verweer wordt door de Commissie als onvoldoende onderbouwd terzijde geschoven.

## 5 CONCLUSIE

Ook dit jaar zijn er relatief weinig oordelen op het terrein van het verbod op onderscheid op grond van arbeidsduur en het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. De dalende trend van de voorgaande jaren zet zich echter niet verder voort. Daartegenover zijn de beide verbodsgronden traditiegetrouw het onderwerp van interessante Nederlandse en Europese jurisprudentie, met ook dit jaar voor het derde jaar weer een prominente rol voor de Griekse regeling inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

Opvallend is dat dit jaar de helft van de oordelen betrekking heeft op een ambtelijke rechtsverhouding. Het merendeel van de oordelen zijn geveld conform een bestendige jurisprudentielijn van de Commissie. Hier en daar heeft de Commissie haar oordelenlijn wat kunnen aanvullen dan wel verduidelijken, zoals bijvoorbeeld in oordeel 2009-106 over de oproepkrachten is gebeurd. De Commissie stelt in dat oordeel expliciet vast dat onderscheid op grond van het oproepkarakter van de arbeidsovereenkomst als onderscheid naar arbeidsduur kan worden aangemerkt, indien en voor zover de oproepkrachten in deeltijd werkzaam zijn.

# Overzicht van oordelen 2009 over de gronden arbeidsduur en aard van de overeenkomst

## 2009-19

**Grond:** ras; geslacht; arbeidsduur; vaste en tijdelijke arbeidscontracten  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** strijd met de wet; geen verboden onderscheid; geen victimisatie

### Samenvatting:

**Strijd met de wet door klachten over discriminatoire bejegening onvoldoende zorgvuldig te behandelen. Geen onderscheid op grond van arbeidsduur en tijdelijke aard arbeidsovereenkomst. Geen victimisatie.**

Een werknemer werkte op detacheringbasis bij een onderdeel van het Ministerie van Justitie. Zij heeft bij deze feitelijk werkgever geklaagd over discriminatoire bejegening door collega's. De Commissie oordeelt dat de werkgever in strijd met de wet heeft gehandeld door haar klachten onvoldoende zorgvuldig te behandelen. De stelling dat sprake is van onderscheid op grond van arbeidsduur en tijdelijke aard arbeidsovereenkomst heeft de werknemer niet onderbouwd. Er is daarom geen sprake van onderscheid. De werknemer heeft verder niet kunnen bewijzen dat zij het slachtoffer is geworden van victimisatie.

## 2009-39

**Grond:** vaste en tijdelijke contracten  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Verzekeringsacceptant krijgt onterecht geen dertiende maand, noch jaarlijkse loonsverhoging vanwege zijn arbeids-overeenkomst voor bepaalde tijd.**

Een verzekeringsacceptant, werkend bij een verzekeraar, heeft een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, beginnend op 15 september 2008 en eindigend op 1 juni 2009. De verze-

keraar keert in november een dertiende maand uit, maar niet aan de groep tot wie de acceptant behoort. Mocht hij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krijgen, dan krijgt hij die bonus wel, met terugwerkende kracht. Nu onduidelijk is of zijn arbeidsovereenkomst omgezet wordt in een overeenkomst voor onbepaalde tijd, lijdt hij nadeel. Dit geldt ook voor de loonsverhoging van 1,5% per 1 januari 2009 die hij misloopt. Verboden onderscheid.

## 2009-41

**Grond:** leeftijd; arbeidsduur  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Verboden onderscheid op grond van leeftijd en arbeidsduur omdat de afbouwregeling slechts openstaat voor medewerkers van 60 jaar en ouder die voltijds werken.**

Een provincie vraagt de Commissie of artikel 13 van de werktijdenregeling in strijd is het met verbod van onderscheid op grond van leeftijd en arbeidsduur. Op grond van de in artikel 13 van de werktijdenregeling neergelegde afbouwregeling kan een ambtenaar met een voltijd-arbidsduur vanaf 60 jaar een half uur per dag minder werken en een ambtenaar van 64 jaar een uur per dag.

De Commissie concludeert dat de regeling niet is ingebed in een leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid, zodat er geen aanleiding bestaat voor een contextuele beoordeling en de regeling afzonderlijk dient te worden beoordeeld. Het doel van het leeftijds onderscheid in de afbouwregeling is om rekening te houden met de verminderde belastbaarheid van oudere werknemers en daarmee hun inzetbaarheid te vergroten waardoor zij langer actief aan het arbeidsproces kunnen deelnemen. Het in de regeling gemaakte onderscheid op grond van leeftijd is niet objectief gerechtvaardigd omdat het doel ook kan worden bereikt op een

manier die niet leidt tot onderscheid, althans minder onderscheidmakend is. Binnen de provincie bestaan reeds meerdere maatregelen om rekening te houden met de belastbaarheid van werknemers die eveneens geschikt zijn om een bijdrage te leveren aan het vergroten van de inzetbaarheid van oudere werknemers. Verzoeker heeft de afbouwregeling niet afgevoegen tegen deze binnen de organisatie bestaande alternatieven.

De afbouwregeling is ook in strijd met het verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur. Verweerder heeft niet kunnen verklaren waarom de regeling alleen openstaat voor voltijders zodat het onderscheid op grond van arbeidsduur niet gerechtvaardigd is.

### 2009-70

**Grond:** arbeidsduur  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

#### **Samenvatting:**

**Een gemeente maakt verboden onderscheid door alleen voltijds werkende 60-plussers arbeidstijdverkorting te bieden.**

Een vrouw werkte gedurende zes maanden voor 32 uur per week voor gemeente Rotterdam, verspreid over vier dagen van acht uur. Op het moment dat haar aanstelling inging, was zij 61 jaar oud. Als zij voor een voltijds aanstelling had gekozen, had zij, op grond van haar leeftijd, in aanmerking kunnen komen voor arbeidstijdverkorting. Dit zou tot gevolg hebben gehad dat zij iedere werkdag een uur minder had hoeven werken, met behoud van salaris. Nu de regeling echter alleen voor voltijds werkende ambtenaren geldt, komt de vrouw daar niet voor in aanmerking.

De Commissie overweegt dat de regeling onderscheid maakt tussen ambtenaren op grond van de omvang van hun aanstelling. Hoewel de regeling een legitiem doel dient – het behouden van ouderen voor de arbeidsmarkt – is naar het oordeel van de Commissie niet gebleken dat het daarbij noodzakelijk is om deeltijders uit te sluiten. De gemeente zou als alternatief alle oudere ambtenaren naar rato arbeidstijdverkorting kunnen bieden.

### 2009-80

**Grond:** ras; vaste en tijdelijke contracten  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid; geen verboden onderscheid

#### **Samenvatting:**

**Geen vermoeden van onderscheid op grond van ras bij het niet omzetten van een tijdelijke in een vaste aanstelling. Geen onderscheid op grond van de al dan niet tijdelijke aard van de aanstelling bij het weigeren de arbeidsduur te verminderen.**

Een vrouw van niet-Nederlandse afkomst wordt samen met zeven andere vrouwen van niet-Nederlandse afkomst aangenomen ten behoeve van een bijzonder project bij de Raad voor de Kinderbescherming op basis van een tijdelijke aanstelling voor twee jaar. De intentie is de leden van het projectteam te laten instromen in de reguliere teams en hen een vaste aanstelling aan te bieden. Na twee jaar krijgt de vrouw geen vaste aanstelling maar een tijdelijke aanstelling van een half jaar. De vrouw stelt dat haar afkomst daarvan de reden is maar voert geen feiten aan die kunnen doen vermoeden dat er sprake is geweest van onderscheid op grond van ras. Daarnaast stelt de vrouw dat de Raad weigerde haar arbeidsduur te verminderen vanwege haar tijdelijke aanstelling. De Commissie oordeelt dat de reden om te weigeren niet lag in de tijdelijkheid van de aanstelling maar in de omstandigheid of een medewerker al dan niet de vereiste opleiding heeft afgerond.

### 2009-85

**Gronden:** geslacht; arbeidsduur  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid; geen verboden onderscheid

#### **Samenvatting:**

**Verboden onderscheid op grond van geslacht bij uitsluiting voor bonusregeling. Geen onderscheid op grond van geslacht bij de beloning. Geen onderscheid op grond van arbeidsduur.**

Een vrouw werkt als Management Assistent bij een verkooponderneming. Bij het bedrijf werken tien werknemers, acht mannen en twee vrouwen. De acht mannelijke werknemers werken op basis van een voltijd dienstverband, beide vrouwen op basis van een deeltijd dienst-

verband. Het bedrijf kent een bonusregeling. De vrouwen komen niet voor de bonusregeling in aanmerking, alle mannelijke collega's wel. De vrouw stelt dat sprake is van onderscheid op grond van geslacht en/of arbeidsduur doordat zij niet in aanmerking komt voor de bonusregeling en doordat zij lager wordt beloond dan de door haar aangewezen maatmannen.

Uit de tekst van de bonusregeling of uit andere stukken blijkt niet dat deeltijders worden uitgesloten van deelname aan de bonusregeling. Ook toen de vrouw nog voltijdwerknemer was, kwam zij niet in aanmerking voor de bonusregeling. Hetzelfde geldt voor de collega-deeltijder van de vrouw. Ten aanzien van de beloning is evenmin gebleken van onderscheid op grond van arbeidsduur.

Op basis van de aangeleverde cijfers wordt geconcludeerd dat er een sterke samenhang bestaat tussen de deelname aan de bonusregeling en het geslacht, welke samenhang significant is. Daarom wordt aangenomen dat de geconstateerde samenhang niet toevallig is. Daarmee is het bewijsvermoeden gevestigd. De onderneming slaagt er niet in te bewijzen dat het feit dat de beide vrouwelijke werknemers niet en alle mannelijke werknemers wel in aanmerking komen uitsluitend zijn oorzaak vindt in verschillen tussen de betrokken functies. De onderneming maakt daarom verboden onderscheid op grond van geslacht bij de toegang tot de bonusregeling. Wel is overtuigend aangevoerd dat er een voor de functiewaardering, en dus voor de beloning, relevant niveauverschil bestaat tussen de taken die de vrouw uitvoert en de taken van de maatmannen met wie zij zich vergelijkt. Daarom is er onvoldoende aanleiding tot het instellen van een maatmanonderzoek. Geen verboden onderscheid op grond van geslacht bij de beloning.

## 2009-86

**Gronden:** geslacht; arbeidsduur  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid; geen verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Verboden onderscheid op grond van geslacht bij uitsluiting voor bonusregeling. Geen onderscheid op grond van geslacht bij de beloning. Geen onderscheid op grond van arbeidsduur.**

Een vrouw werkt als Financial Administrator bij een verkooponderneming. Bij het bedrijf werken tien werknemers, acht mannen en twee vrouwen. De acht mannelijke werknemers werken op basis van een voltijd dienstver-

band, beide vrouwen op basis van een deeltijd dienstverband. Het bedrijf kent een bonusregeling. De vrouwen komen niet voor de bonusregeling in aanmerking, alle mannelijke collega's wel. De vrouw stelt dat sprake is van onderscheid op grond van geslacht en/of arbeidsduur doordat zij niet in aanmerking komt voor de bonusregeling en doordat zij lager wordt beloond dan de door haar aangewezen maatmannen.

Uit de tekst van de bonusregeling of uit andere stukken blijkt niet dat deeltijders worden uitgesloten van deelname aan de bonusregeling. Ook toen de vrouw nog voltijdwerknemer was, kwam zij niet in aanmerking voor de bonusregeling. Hetzelfde geldt voor de collega-deeltijder van de vrouw. Ten aanzien van de beloning is evenmin gebleken van onderscheid op grond van arbeidsduur.

Op basis van de aangeleverde cijfers wordt geconcludeerd dat er een sterke samenhang bestaat tussen de deelname aan de bonusregeling en het geslacht, welke samenhang significant is. Daarom wordt aangenomen dat de geconstateerde samenhang niet toevallig is. Daarmee is het bewijsvermoeden gevestigd. De onderneming slaagt er niet in te bewijzen dat het feit dat de beide vrouwelijke werknemers niet en alle mannelijke werknemers wel in aanmerking komen uitsluitend zijn oorzaak vindt in verschillen tussen de betrokken functies. De onderneming maakt daarom verboden onderscheid op grond van geslacht bij de toegang tot de bonusregeling. Wel is overtuigend aangevoerd dat er een voor de functiewaardering, en dus voor de beloning, relevant niveauverschil bestaat tussen de taken die de vrouw uitvoert en de taken van de maatmannen met wie zij zich vergelijkt. Daarom is er onvoldoende aanleiding tot het instellen van een maatmanonderzoek. Geen verboden onderscheid op grond van geslacht bij de beloning.

## 2009-90

**Grond:** arbeidsduur; geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** niet bevoegd; geen onderscheid

### Samenvatting:

**Duobanenbeleid is niet in strijd met de wet.**

Een politie-organisatie legt aan de Commissie de vraag voor of het door haar ontwikkelde duobanenbeleid mogelijk verboden onderscheid op grond van geslacht en/of arbeidsduur oplevert.

Dit beleid houdt - kort gezegd - in dat functies waarvoor continue bezetting noodzakelijk

is, openstaan om ook in duoschap vervuld te worden. De Commissie is niet bevoegd te beoordelen of er sprake is van onderscheid naar arbeidsduur. De wet op dit gebied is namelijk beperkt tot arbeidsvoorwaarden. Onder de werkingsfeer van deze wet valt dus niet het aanbieden van een aanstelling en het aangaan van een aanstelling. In het algemeen valt niet goed in te zien dat met het duobanenbeleid onderscheid naar geslacht wordt gemaakt. Want ook deze wet laat onverlet dat het een werkgever in principe vrijstaat de omvang van de functies binnen zijn organisatie te bepalen. Maar in bijzondere, individuele situaties is het niet uit te sluiten dat het stellen van eisen aan de functie-omvang belemmerend werkt voor de toegang tot de arbeid en er sprake zou kunnen zijn van indirect onderscheid op grond van geslacht. Indirect onderscheid op grond van geslacht is verboden behalve als hiervoor een objectieve rechtvaardiging wordt gegeven.

## 2009-92

**Grond:** arbeidsduur  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Verboden onderscheid op grond van arbeidsduur door aan werknemers die op drie dagen of minder werken geen kostendekkende OV vergoeding te verstrekken en aan werknemers die op vier dagen of meer werken wel.**

Een bedrijf heeft een reiskostenregeling, waarbij werknemers die op vier dagen of meer werken kunnen opteren voor een OV jaarabonnement, waardoor zij kostendekkend kunnen reizen over dat deel van hun woon-werk traject dat zij met het OV afleggen. Werknemers die op drie dagen of minder werken hebben recht op een kilometerdagvergoeding, die echter niet altijd kostendekkend is voor het reizen met het OV. De Commissie is van oordeel dat met deze regeling onderscheid wordt gemaakt op grond van arbeidsduur, aangezien deeltijders op drie dagen of minder per week zullen werken en voltijders doorgaans op vier of vijf dagen per week. Voorts is de Commissie van oordeel dat dit onderscheid op grond van arbeidsduur niet objectief gerechtvaardigd kan worden geacht. Niet gebleken is dat het onderscheid een daadwerkelijke relatie heeft met het door het bedrijf opgegeven doel van het onderscheid, bestaande uit het terugdringen van autobuik en parkeeroverlast. De Commissie stelt vast dat het onderscheid is gebaseerd op finan-

ciële en fiscale argumenten. Het is echter vaste jurisprudentie dat financieel-economische overwegingen op zichzelf niet voldoende zijn voor een objectieve rechtvaardigingsgrond. Verboden onderscheid naar arbeidsduur.

## 2009-97

**Grond:** arbeidsduur  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Verzoekers maken verboden onderscheid op grond van arbeidsduur door een nawettelijke uitkering afhankelijk te stellen van de hoogte van het ABP Keuzepensioen.**

Verzoekers zijn cao-partijen die voornemens zijn een regeling in te voeren die voor ontslagen medewerkers een voorziening treft van een financieel vangnet op het voor hem of haar geldende niveau van sociale zekerheid. Daarbij geldt dat voor werknemers die onder andere middels hun keuzepensioen kunnen voorzien in een inkomen dat gelijk of hoger is dan de genoten WW-uitkering, er geen recht meer is op de nawettelijke uitkering. Voltijders die vlak voor hun ontslag in deeltijd zijn gaan werken, zullen sneller middels hun keuzepensioen kunnen voorzien in een inkomen dat minstens zo hoog is als hun WW-uitkering (hetgeen 70% van hun laatst verdoende loon bedraagt) en derhalve eerder hun pensioen moeten aanspreken dan hun voltijd collega's die voltijd zijn blijven werken of hun deeltijd collega's die in deeltijd zijn blijven werken tot aan hun ontslag. Voornoemde groep voormalige voltijders wordt nadelig getroffen door deze regeling aangezien zij een lager ouderdomspensioen ontvangen en daarnaast een lagere nawettelijke uitkering. Verzoekers hebben verklaard dat slechts enkele van de 1500 werknemers op wie de regeling betrekking heeft, dit nadeel zullen ondervinden. In het licht daarvan oordeelt de Commissie dat het onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is, omdat een alternatief voorhanden is waarmee geen onderscheid wordt gemaakt. Het keuzepensioen zou bij de regeling voor de nawettelijke uitkering voor de bedoelde, kleine groep buiten beschouwing kunnen worden gelaten.

## 2009-106

**Grond:** arbeidsduur  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Verboden onderscheid door oproepkracht over gewerkte uren geen eindejaarsuitkering toe te kennen.**

Een oproepkracht werkt als verpleegkundige bij een instelling voor geestelijke gezondheidszorg. Met ingang van 2008 ontvangt hij niet langer een eindejaarsuitkering. De bij de instelling werkzame oproepkrachten zijn feitelijk in deeltijd werkzaam en kunnen zich voor wat betreft het recht op toekenning van de eindejaarsuitkering vergelijken met de vaste voltijdwerknemers. Aangezien de oproepkracht vanaf 2008 geen eindejaarsuitkering meer ontvangt, leidt hij evident nadeel ten opzichte van de voltijder die deze wel ontvangt.

De instelling maakt dus jegens de oproepkracht onderscheid op grond van arbeidsduur. Het doel van het onderscheid is om gelijke gevallen gelijk te behandelen, in die zin dat iedere medewerker die een arbeidsovereenkomst heeft met de instelling een eindejaarsuitkering ontvangt en medewerkers die geen arbeidsovereenkomst hebben met de instelling geen eindejaarsuitkering ontvangen. Het is de bedoeling van de wetgever geweest om het verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur ook te laten gelden voor arbeidsrelaties waarvan de juridische status onhelder is, zoals de arbeidsverhouding die de oproepkracht met de instelling heeft. Daarmee is het aangevoerde doel strijdig en dus niet legitiem. Het onderscheid is daarom niet objectief gerechtvaardigd en de instelling maakt jegens de oproepkracht verboden onderscheid door hem met ingang van 2008 niet langer een eindejaarsuitkering toe te kennen over zijn gewerkte uren.



# Handicap en chronische ziekte

*Prof. mr. P.J.J. Zoontjens*

## 1 INLEIDING

In 2009 heeft de Commissie veertien oordelen gewezen op de grond van handicap of chronische ziekte. Dat zijn er vijf minder dan over 2008. Het aantal oordelen op het terrein arbeid bedraagt net als in 2008 elf.<sup>1</sup> Op het terrein onderwijs zijn het er drie (was acht in 2008), die alle het hoger beroepsonderwijs betreffen.<sup>2</sup> Over het per 1 augustus 2009 in werking getreden artikel 5b Wgbh/cz, dat over het primair en voortgezet onderwijs gaat, is in januari 2010 het eerste oordeel gepubliceerd.<sup>3</sup> Met betrekking tot het terrein wonen,<sup>4</sup> waarvoor sinds 15 maart 2009 de artikelen 6a tot en met 6c van de wet van kracht zijn, is in maart 2010 het eerste oordeel bekend geworden.<sup>5</sup>

Over 2009 is er één rechterlijke uitspraak bekend waarbij de Wgbh/cz is toegepast, namelijk van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State uit juni. Een vrachtwagenchauffeur, die leed aan een uit suikerziekte voortspruitende netvliesafwijking, retinopathie, kreeg op die grond een afwijzing van de stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) op zijn aanvraag voor (registratie van) een verklaring van geschiktheid voor het besturen van een vrachtwagen. Voor een rijbewijs is het in het bezit hebben van een verklaring van geschiktheid van het CBR noodzakelijk. Daarbij wordt de gezondheidstoestand van de aanvrager mede in ogenschouw genomen. De vrachtwagenchauffeur zag dus door de afwijzing zijn beroep in gevaar komen. Hij werd wel door het CBR, zij het voor een beperkte periode, geschikt geacht voor het besturen van een personenauto. Het CBR beriep zich op de toepasselijke regels. De rechtbank Rotterdam oordeelde dat de afwijzing van het CBR niet in strijd was met de Wgbh/cz. De Afdeling neemt afstand van deze uitspraak. Volgens haar valt een besluit over een verklaring van geschiktheid, gelet op de paragrafen 2 en 3 van de Wgbh/cz in onderlinge samenhang bezien, niet onder de reikwijdte van de Wgbh/cz, nu die reikwijdte is beperkt tot de maatschappelijke terreinen arbeid en beroepsopleiding. “Dat [appellant] naar zijn stelling als gevolg van de in bezwaar gehandhaafde besluiten zijn baan als vrachtwagenchauffeur is kwijtgeraakt, leidt niet tot een andere conclusie”.<sup>6</sup> Deze lijn wijkt niet af van een tweetal zogenoemde KO-oordelen<sup>7</sup> die de Commissie in 2007 ter zake heeft gewezen. Daarbij

1 Oordelen 2009-14, 2009-20, 2009-38, 2009-50, 2009-56, 2009-57, 2009-74, 2009-75, 2009-87, 2009-102 en 2009-127.

2 Oordelen 2009-4, 2009-62 en 2009-109.

3 Zie Oordeel 2010-2.

4 Wet van 29 januari 2009, houdende wijziging van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte in verband met de uitbreiding met onderwijs als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs en met wonen, Stb. 2009, 101.

5 Oordeel 2010-35.

6 ABRvS 10 juni 2009, LJN BI7221.

7 KO staat voor: kennelijk ongegrond / niet ontvankelijk / niet bevoegd.

besloot zij om een klacht tegen beslissingen van de CBR niet in behandeling te nemen, omdat de Wgbh/cz haar daartoe de bevoegdheid ontzegt: “De Commissie is slechts bevoegd om te oordelen over ongelijke behandeling in bepaalde gevallen. Om een klacht in behandeling te kunnen nemen, moet sprake zijn van ongelijke behandeling bij de arbeid (...) of bij de toegang tot en het aanbieden van beroepsoponderwijs.”<sup>8</sup> Evenzeer vermeldenswaard is het arrest van de strafkamer van Hof Amsterdam van november, waarin de reikwijdte van artikel 137c Wetboek van Strafrecht (Sr.) nader wordt omlijnd. Volgens artikel 137c Sr. wordt hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaat over een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie. De zaak concentreerde zich op uitlatingen op internet die op zichzelf beledigend waren voor homoseksuelen, negroïde personen, allochtone vrouwen en Joodse mensen. De overwegingen van het Hof hebben echter ook betekenis ten aanzien van de groep van gehandicapten.<sup>9</sup> Het Hof oordeelt, mede in overeenstemming met jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ter zake,<sup>10</sup> dat een op zichzelf grievende uitlating haar beledigende karakter kan verliezen door de context waarin die uitlating is gedaan. In het licht van de vrijheid van meningsuiting van de verdachte is van belang of werd beoogd een bijdrage te leveren aan het maatschappelijke debat. Daarvan is in casu geen sprake. De verdachte, zo stelt het Hof vast, heeft louter de grievende woorden gebruikt om indruk op anderen te maken en niet om het publiek te informeren over een ‘matter of general or public interest’.<sup>11</sup> De verdachte uitte zijn teksten bovendien niet als politicus of journalist maar als privé-internetdeelnemer onder pseudoniem. Verder wordt door de plaatsing van de teksten op een internetsite opzet op openbaarheid bewezen geacht. Daaraan doet niet af dat internetgebruikers de site moesten aanklikken en aldus niet ‘ongevraagd’ met de uitlatingen in aanraking kwamen. “Toegang tot de feitelijke inhoud van de website, in casu de gewraakte teksten, was vrij en werd niet met een wachtwoord beschermd”.<sup>12</sup> Het beperkte aantal zaken in de rechtspraak en bij de Commissie staat in zekere zin haaks op de bedrijvigheid die er op het vlak van beleid en regelgeving is geweest in 2009. Daarop wordt eerst nader ingegaan in de volgende paragraaf.

---

8 KO-oordeel 17 oktober 2007, onder kenmerk: CGB 2007-0401 MGr, evenals KO-oordeel 21 december 2007, onder kenmerk: CGB 2007-0417 MGr.

9 Omdat in de moderne opvatting ‘handicap’ vooral als een sociaal fenomeen wordt beschouwd, zijn aanduidingen als ‘mensen met een beperking’ of ‘met een belemmering’ meer in zwang. Ik gebruik hier echter consequent de termen ‘handicap’ en ‘gehandicapte’, omdat die ook in de Wgbh/cz en het VN-Gehandicaptenverdrag worden gebruikt. Zie hierna ook paragraaf 3.1, onder het kopje “Behoeft aan heldere juridische begripsvorming”.

10 Te wijzen valt op EHRM 4 december 2003, zaaknr. 35071/97 (*Gündüz tegen Turkije*), en EHRM 6 juli 2006, zaaknr. 59405/00 (*Erbakan tegen Turkije*).

11 EHRM 4 december 2003, zaaknr. 35071/97 (*Gündüz tegen Turkije*), r.o. 44.

12 Hof Amsterdam 23 november 2009, *LJN BK4139*.

## 2 ONTWIKKELINGEN

### 2.1 Algemeen

Op verschillende fronten is het beleid en de regelgeving ter bescherming van de positie van gehandicapten en/of chronisch zieken in beweging. In onderstaande paragrafen zal aan een aantal specifieke onderwerpen aandacht worden geschonken. Eerst wordt hier een aantal andere onderwerpen kort aangestipt.

In 2008 is door de Europese Commissie een voorstel ingediend voor een richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. Daarop is in de vorige editie van deze bundel al inhoudelijk ingegaan.<sup>13</sup> Nieuwe ontwikkelingen op dit vlak, zoals het uitbrengen van het advies op het voorstel door het Europees Parlement<sup>14</sup> en de openbaarmaking van het Kabinetsstandpunt,<sup>15</sup> zijn al in de inleiding van de huidige bundel aan de orde gesteld.

#### *De verplichting om passend onderwijs aan te bieden*

Vermeldenswaard is verder de publicatie in november 2009 door voormalig staatssecretaris Dijkema van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) van nieuwe, bijgestelde voornemens met betrekking tot passend onderwijs.<sup>16</sup> Onder de naam 'passend onderwijs' werden in 2005 plannen tot vernieuwing van de zorgstructuren in het funderend onderwijs geïntroduceerd. De kern daarvan bestond uit de gedachte aan invoering van een algemene wettelijke plicht voor het bestuur van een door de overheid bekostigde (openbare of bijzondere) school, waar een (zorg)leerling wordt aangemeld, om ervoor te zorgen dat die leerling een passend onderwijszorgarrangement wordt aangeboden, hetzij op de school van aanmelding zelf, hetzij op een andere school. Deze zorgplicht komt erop neer dat elke ouder die zijn kind op een school aanmeldt ervan mag uitgaan dat het kind, ongeacht diens hoedanigheid of beperking, een plaats krijgt in het onderwijs. Dat zou een revolutionaire omkering betekenen van de huidige situatie, waarin ouders van zorgleerlingen zelf maar een plek moeten zien te vinden in een versnipperd en vooral bureaucratisch vormgegeven systeem van indicatiestellingen en voorzieningen, waarbij vooral rekening wordt gehouden met de belangen van de aanbieders – de scholen – en niet de vragers, de ouders en leerlingen. In de huidige situatie komt het regelmatig voor dat ouders hun kind moeten laten thuis zitten, omdat er geen plek op een school kan worden gevonden. Bij het systeem van 'passend onderwijs' zou dat dus niet meer kunnen voorkomen. Over de zorgplicht en de te verwachten effecten, waarvan vooral die in financiële zin discussie oproepen, is sinds 2005 uitvoerig gepoldeerd met het scholenveld, en wel zodanig dat menigeen het zicht kwijtraakte op het eigenlijke perspectief. Met haar brief van november 2009 heeft de staatssecretaris getracht dat perspectief opnieuw centraal te stellen. De zorgplicht voor passend onderwijs zal op middellange termijn worden ingevoerd.<sup>17</sup>

13 Zie Inleiding en J. Schoonheim, *Handicap en chronische ziekte*, in: J.H. Gerards, P.J.J. Zootjens (hoofdredactie), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 12-13, resp. 158.

14 Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 2 april 2009 (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)).

15 Kabinetsstandpunt richtlijn gelijke behandeling buiten arbeid, brief van 16 november 2009, onder kenmerk: 2009-0000663236.

16 Heroverweging passend onderwijs, brief van 2 november 2009, kenmerk: JOZ/162739.

17 In een brief 26 januari 2010, *Kamerstukken II 2009/10*, 31 497, nr. 21, wordt de datum van 1 augustus 2012 genoemd.

Een drietal elementen valt op in de nieuwe beleidsvoornemens. De zorgplicht moet weer voorop worden gesteld. Ouders van zorgleerlingen moeten er zeker van kunnen zijn dat hun kind adequaat onderwijs krijgt. Om het aanbod dienovereenkomstig te verbreden worden scholen verplicht tot samenwerking in regionale 'samenwerkingsverbanden', die er overigens al zijn, en tot het ontwikkelen van een 'sluitend zorgaanbod'. Als het niet lukt een sluitend of dekkend aanbod te realiseren, waarbij in voldoende mate rekening is gehouden met de wensen en voorkeuren van de ouders, zou een geschillenregeling uitkomst kunnen bieden.<sup>18</sup> In de tweede plaats valt op dat – en dat staat haaks op de hele beweging die met 'passend onderwijs' in de richting van de onderwijsvrager leek te worden gemaakt – de financiering van passend onderwijs naar de aanbieders in het samenwerkingsverband zal gaan. De rugzak (leerling gebonden financiering, een vorm van vraagfinanciering) wordt opgeheven. De samenwerkingsverbanden moeten geld en voorzieningen over de scholen flexibel verdelen, waarbij uitgangspunt is dat de scholen die de meeste zorg verlenen ook relatief de meeste middelen krijgen. Ten slotte zal de zorgplicht niet alle huidige verfoeide systemen kunnen vervangen. De aparte indicatiestelling voor toegang tot het praktijkonderwijs en het leerweg ondersteunend onderwijs binnen de middelbare scholen zal blijven bestaan.

## 2.2 Evaluatie Wgbh/cz

De Wgbh/cz is op 1 december 2003 in werking getreden. Artikel 13 van de wet verplicht de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) in overeenstemming met de betrokken bewindslieden van andere departementen binnen 5 jaar een evaluatieverslag uit te brengen aan de Staten-Generaal over "de doeltreffendheid en de effecten" van de Wgbh/cz in de praktijk. Bij de totstandkoming van de wet werd beoogd de rechtsbescherming en maatschappelijke participatie van mensen met een handicap of chronische ziekte te verbeteren.<sup>19</sup> Ten behoeve van die evaluatie zijn sinds 2008 verscheidene studies verschenen.<sup>20</sup> Bij brief van 26 juni 2009 aan de Tweede Kamer heeft de staatssecretaris het standpunt van het kabinet naar aanleiding van de evaluatie verwoord.<sup>21</sup>

Eerst een aantal algemene feitelijke bevindingen. Uit de evaluatiestudies komt het beeld naar voren dat de Wgbh/cz goed werkt. De CGB ervaart geen grote problemen bij het uitleggen en toepassen van de wet in de praktijk. Het Verwey-Jonker Instituut

18 In *Kamerstukken II 2009/10*, 31 497, nr. 21 wordt gesproken over een geschilleninstantie die 'bindende uitspraken' kan doen. Er kunnen zich daarbij echter problemen voordoen in de afstemming met het beroep op de CGB op voet van het huidige artikel 5b van de Wgbh/cz zonder dat de regering er evenwel op ingaat. Als ouders klagen dat het kind (nog) niet is geplaatst of dat er geen rekening is gehouden met hun voorkeur voor een bepaalde school, kunnen zij zich er wellicht op beroepen dat ten aanzien van hun kind, vanwege de handicap of chronische ziekte ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt. Zie mijn: Toelating en verwijdering van zorgleerlingen, in: P.W.A. Huisman en P.J.J. Zoontjens (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector*, Deventer: Kluwer 2009, p. 145-193.

19 Vgl. MvT, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 169, nr. 3, p. 1: "Het voorliggende wetsvoorstel heeft tot doel discriminatie vanwege handicap of chronische ziekte te bestrijden en gelijke behandeling van mensen met een handicap of chronische ziekte te bevorderen".

20 De studies worden opgesomd in de in de volgende noot vermelde brief. Daarvan zijn de belangrijkste:

- Marian van der Klein, Katinka Lünemann, Dick Oudenampsen, *Beperkingen, recht en gelijkheid. Evaluatie van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, 2003-2008*, Verwey-Jonker Instituut, Utrecht, februari 2009.
- *Zonder vallen en ontstaan. Bevindingen van de Commissie Gelijke Behandeling over de werking van de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte in de praktijk*, CGB, Utrecht, november 2008.
- Sabine Severiens, Sara Rezai, Rick Wolff, Jaap de Koning, José Gravesteyn, Olivier Tanis, Tim Beretty (RISBO/SEOR), *Studeren met een functiebeperking. Resultaten van een onderzoek onder eerstejaarsstudenten*, Serie beleidsgerichte studies hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek nr. 134, Den Haag, juli 2009.

21 *Kamerstukken II 2009/10*, 29 355, nr. 39. De navolgende opsomming van algemene bevindingen uit de evaluatiestudies is ontleend aan deze brief.

beschrijft de Wgbh/cz als helder, eenduidig en uitvoerbaar. Opvallend is dat de Wgbh/cz nauwelijks grond vormt voor een rechterlijke procedure; de toepassing van de wet vindt voornamelijk plaats door de CGB, stelt het Verwey-Jonker Instituut vast. Aan de bekendheid van de doelgroep met de wet schort nog wel het een en ander. De Commissie deelt mee dat zij veel verzoeken om informatie over de wet krijgt. Uit het onderzoek bleek verder dat slechts 50% van de bij een steekproef ondervraagden op de hoogte was van de wet. Het Verwey-Jonker Instituut signaleert daarnaast dat er misverstanden leven over de werkingssfeer van de wet, zoals dat die niet van toepassing zou zijn op sollicitaties en stages of dat de reële effecten van het oordeel van de Commissie gering zouden zijn.

In het kabinetstandpunt wordt in reactie op het punt van de geringe bekendheid een aantal maatregelen opgesomd om de voorlichting over de wet te continueren en te verbeteren. Verder wordt er in reactie op een aantal suggesties uit de studie van de Commissie Gelijke Behandeling ingegaan op vraagstukken die het (toekomstige) bouwwerk en de strekking van de wet aangaan. Hier kan op een drietal punten worden gewezen.

In de eerste plaats reageert het kabinet inhoudelijk op de aanbeveling van de CGB om duidelijker in de wet op te nemen dat de verplichting tot het maken van doeltreffende aanpassingen primair rust op de persoon of instantie waarmee de begunstigde de *sterkste juridische band* (mijn cursivering, *PZ*) heeft. De Commissie lichtte deze aanbeveling als volgt toe. 'Doordat de Wgbh/ch met betrekking tot de daarin neergelegde verplichtingen niet differentieert tussen de normadressaten, impliceert een consistente wetstoepassing dat de verplichting tot het maken van doeltreffende werk-aanpassingen in dezelfde mate geldt voor uitzend- en detachingsbureaus, formele en materiële werkgevers. Bij het beroepsonderwijs zou dan gelden dat deze verplichting gelijkelijk geldt voor de school als de stageaanbieder. Het is de ervaring van de CGB dat een dergelijke wetsuitleg slecht aansluit bij de praktijk. De verplichting tot het maken van doeltreffende aanpassingen rust primair op de persoon of organisatie waarmee de begunstigde de sterkste juridische band heeft, zo lijkt uit de wet te volgen. Daarentegen rust op anderen – bijvoorbeeld de stageaanbieder of inlener – de plicht het maken van aanpassingen niet te beletten of te bemoeilijken. Aldus laat de Wgbh/cz zich goed toepassen.'<sup>22</sup>

Maar het kabinet gaat hierin niet mee. 'In het door de CGB gegeven voorbeeld waarbij een student met een handicap of chronische ziekte een aanpassing nodig heeft om voor een opleiding een stage te kunnen doorlopen, zou bij toepassing van het criterium van de sterkte van de juridische band niet de stageaanbieder maar de school verplicht zijn tot het treffen van een aanpassing op de stageplek. Anders dan de CGB is het kabinet van mening dat een dergelijke verplichting niet op een school rust. De verplichting aanpassingen te treffen bij stageaanbieders reikt verder dan de zeggenschap van de school. De school heeft slechts een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting als het gaat om het verzorgen van stageplaatsen voor leerlingen/studenten en kan op grond van de Wgbh/cz verantwoordelijk worden gesteld voor de beschikbaarheid van stageplaatsen. In bovenstaand voorbeeld is aannemelijk dat, indien de school verantwoordelijk gesteld wordt voor de redelijke aanpassing bij de stageaanbieder, al gauw sprake zal zijn van een onevenredige belasting voor de school. Overigens wordt een onderscheid tussen betrokken normadressaten op basis van het criterium «sterkste juridische band» onvoldoende geacht, onduidelijk blijft waaraan een dergelijk criterium inhoudelijk getoetst moet worden. Het kabinet concludeert dat de huidige opzet van de Wgbh/cz, de CGB voldoende mogelijkheid geeft de

<sup>22</sup> Vgl. rapport *Zonder vallen en opstaan*, a.u., p. 32.

norm te nuanceren en om per geval na te gaan op wie de verplichting rust tot het maken van een doeltreffende aanpassing.<sup>23</sup>

In de tweede plaats wordt ingegaan op de verhouding van de Wgbh/cz tot de Wet medische keuringen (Wmk), waarbij de CGB problemen signaleert. De Wmk beschermt de sollicitant tegen onnodige aanstellingskeuringen en lekenkeuringen in de vorm van vragen naar de gezondheid en ziekteverzuim tijdens het sollicitatiegesprek. Ook sollicitanten met een (vermeende) handicap of chronische ziekte ontlene hieraan bescherming. Volgens de CGB is de stroomlijning met de Wmk moeizaam nu deze wet een verbod bevat voor de werkgever tot het stellen van vragen of anderszins te informeren naar de gezondheidstoestand van een persoon in de precontractuele fase alsmede een verbod tot het verrichten van een geschiktheidsonderzoek. 'De beletselen die de Wmk bevat, die ook in de weg kunnen staan aan indienstneming van personen met een beperking, tracht de CGB via haar oordelen (...) te slechten door de verplichting te leggen op werkgevers en het bevoegd gezag om een oordeel over de geschiktheid van een kandidaat te motiveren, waartoe zij een aantal anderen kunnen consulteren (CGB-oordeel 2005-237). Hoewel de CGB hierbij benadrukt dat een en ander dient te geschieden binnen de kaders van de WMK, richt strikte naleving van de Wmk zich hier tegen de belangen van kandidaten met een handicap of chronische ziekte. Dit is in strijd met het uitgangspunt van Richtlijn 2000/78/EG.'<sup>24</sup>

Het kabinet is zich ervan bewust dat de Wmk het tijdens een sollicitatiegesprek bespreken van de mogelijkheden tot arbeidsparticipatie van een gehandicapte of chronisch zieke sollicitant en de daartoe benodigde aanpassingen beperkt en aan regels bindt. 'De aanbeveling van de CGB is voor het kabinet aanleiding om te onderzoeken of er sprake is van een dusdanig afstemmingsprobleem tussen de Wmk en de Wgbh/cz dat daaruit een negatief effect voortvloeit op de arbeidsparticipatie van personen met een handicap of chronische ziekte. Indien er een negatief effect is op de arbeidsparticipatie van gehandicapten en chronisch zieken zal worden onderzocht of dit kan worden verholpen door een aanpassing van de Wmk, rekening houdend met de uitgangspunten van deze wet.'<sup>25</sup>

Tenslotte gaat het kabinet in op het voorstel van de CGB om de werkingssfeer van de Wgbh/cz spoedig uit te breiden met het goederen- en dienstenverkeer. In het kabinetstandpunt wordt uiteengezet dat er een beter inzicht nodig is in wat deze uitbreiding zal gaan betekenen voor de praktijk. Bij de besluitvorming daarover moeten tevens de uitgangspunten betrokken worden van het VN-Gehandicaptenverdrag en de nog niet vastgestelde brede EU-Richtlijn betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. Deze zienswijze was al bij eerdere gelegenheid bekend gemaakt, zodat het kabinetsstandpunt hierover niets nieuws bevatte.<sup>26</sup>

---

23 *Kamerstukken II 2009/10*, 29 355, nr. 39.

24 *Rapport Zonder vallen en opstaan, a.w.*, p. 43/44.

25 *Kamerstukken II 2009/10*, 29 355, nr. 39.

26 Brief van 29 september 2008, *Kamerstukken II 2008/09*, 29 355, 24 170, nr. 37.

## 2.3 VN Gehandicaptenverdrag

### *Ratificatie*

De ratificatie van het VN Gehandicaptenverdrag<sup>27</sup> laat nog op zich wachten, maar wordt voorzien in 2010. Zie voor gedetailleerde informatie de inleiding van Caroline Forder in deze bundel. Hier past nog slechts een enkele opmerking. De regering onderschrijft de observatie dat Nederland langere tijd nodig heeft om tot ratificatie te komen dan bijvoorbeeld Duitsland. Zij wijt dat aan het hier gehuldigde ‘constitutionele’ principe dat voorafgaande aan ratificatie de benodigde wetswijzigingen moeten hebben plaatsgevonden, terwijl landen als Duitsland nog na ratificatie voorstellen tot wetswijziging kunnen opstellen.<sup>28</sup> Het is de vraag of Nederland een dergelijk principe kent, daarover is wel discussie mogelijk. Maar toegegeven moet worden dat de beschreven gang van zaken wel redelijk vaste praktijk van onze wetgever lijkt te zijn.

### *Gehandicapte vrouwen*

In december 2009 verscheen een studie over de situatie van gehandicapte vrouwen in het licht van het VN Gehandicaptenverdrag dat op verzoek van het DG Werkgelegenheid, Sociale Zaken en Gelijke Kansen van de Europese Commissie tot stand is gekomen.<sup>29</sup> Is er reden om juist aan deze groep aandacht te besteden? De onderzoekers zijn voorzichtig, maar komen wel tot een aantal bevindingen. Zij constateren, voorafgaand, dat gehandicapte vrouwen zich bovenal als vrouw beschouwen. Voor zover hun identiteit wordt bepaald door hun handicap komt deze op de tweede plaats. De onderzoekers signaleren een aantal knelpunten, waarvan hier een kleine selectie volgt:

- Gehandicapte vrouwen blijven ten opzichte van andere vrouwen ondervertegenwoordigd in democratische besluitvormingsprocessen en besluitvormingsprocessen als zodanig.
- De negatieve gevolgen van samenloop van het zijn van vrouw en het hebben van een handicap komt het sterkst naar voren in de privé- en gezinssfeer. Zo worden in verschillende landen serieuze tekortkomingen gesignaleerd met betrekking tot het begeleiden van gehandicapte vrouwen bij zwangerschap en bevalling.
- De negatieve gevolgen van samenloop zijn ook sterk met betrekking tot de toegang tot het rechtsapparaat en de bescherming tegen seksueel misbruik.

### *Regulier en speciaal onderwijs*

Artikel 24 van het VN gehandicaptenverdrag bevat het recht op onderwijs. In het tweede lid is het volgende bepaald:

- ‘Bij de verwezenlijking van dit recht waarborgen de Staten die Partij zijn dat:
- a. personen met een handicap niet op grond van hun handicap worden uitgesloten van het algemene onderwijssysteem, en dat kinderen met een handicap niet op grond van hun handicap worden uitgesloten van gratis en verplicht basisonderwijs of van het voortgezet onderwijs;

27 Trib. 2007, 169.

28 Brief van de staatssecretaris van VWS, *Kamerstukken II 2009/10*, 29 355, nr. 45.

29 Study on the situation of women with disabilities in light of the UN Convention for the Rights of Persons with Disabilities, ECOTEC, December 2009.

- b. personen met een handicap toegang hebben tot inclusief, hoogwaardig en gratis basisonderwijs en tot voortgezet onderwijs en wel op basis van gelijkheid met anderen in de gemeenschap waarin zij leven;
- c. redelijke aanpassingen worden verschaft naar gelang de behoefte van de persoon in kwestie;
- d. personen met een handicap, binnen het algemene onderwijssysteem, de ondersteuning ontvangen die zij nodig hebben om effectieve deelname aan het onderwijs te faciliteren;
- e. doeltreffende, op het individu toegesneden, ondersteunende maatregelen worden genomen in omgevingen waarin de cognitieve en sociale ontwikkeling wordt geoptimaliseerd, overeenkomstig het doel van onderwijs waarbij niemand wordt uitgesloten.'

Wat betekent deze bepaling? Is het de grondslag voor de vrije keuze van ouders voor inclusief onderwijs ten behoeve van hun gehandicapte kind, dat wil zeggen onderwijs in een gewone school, waarbij de aandacht voor diversiteit van de leerlingenpopulatie voorop staat? Dat valt moeilijk vol te houden. Het begrip 'algemeen onderwijssysteem' (general education system) lijkt te doelen op alle onderwijs dat door overheids-toedoen beschikbaar wordt gesteld, dus gewoon én speciaal onderwijs. Maar hoe moet dan de opdracht worden geïnterpreteerd dat gehandicapte kinderen op gelijke voet met anderen toegang hebben tot inclusief onderwijs? Betekent dat dan niet dat op termijn het speciaal onderwijs zoveel mogelijk moet worden ingeruild voor inclusief, gewoon onderwijs? Onze regering heeft nog niet zo lang geleden het standpunt ingenomen dat er voor het speciaal onderwijs 'plek' moet zijn en blijven.<sup>30</sup> Hoe moet dan het verdrag in dit opzicht worden geïnterpreteerd?

Op dit punt is de discussie in Nederland nog niet gestart. Wel gaat hierover een aan de regering van het Verenigd Koninkrijk uitgebracht advies van het gezamenlijke mensenrechtencomité, samengesteld uit leden afkomstig uit het Britse Lager- en Hogerhuis.<sup>31</sup> Het comité signaleert twee tegengestelde visies over artikel 24 van het verdrag. Volgens de ene visie is er een voorbehoud en een interpretatieve verklaring van de zijde van het Verenigd Koninkrijk noodzakelijk om te verzekeren dat kinderen kunnen blijven kiezen voor speciale scholen, als hun onderwijs- en ontwikkelingsbehoeften niet op een andere wijze kunnen worden tegemoet getreden. Volgens de andere visie is een verdragsvoorbehoud niet noodzakelijk en niet te rijmen met het in het verdrag neergelegde basisidee van progressieve verwezenlijking van inclusief onderwijs (in reguliere scholen). Volgens sommigen zou met een verdragsvoorbehoud het Verenigd Koninkrijk zelfs openlijk kunnen aangeven dat gesegregeerde speciale scholen altijd een rol zullen spelen in zijn onderwijssysteem. In zijn advies stelt het Britse Gezamenlijke Mensenrechtencomité vast dat het onderschrijven van het principe van progressieve verwezenlijking van inclusief onderwijs in reguliere scholen nog niet betekent dat speciale scholen moeten worden opgeheven, maar het onderkent ook dat de verdragsbepaling aldus kan worden geïnterpreteerd.

Deze discussie lijkt niet zonder betekenis voor de Nederlandse praktijk, nu duidelijk is dat Nederland geen verdragsvoorbehoud kent maar wel hecht aan het voortbestaan aan het speciaal onderwijs, zoals dat is geregeld in de Wet op de expertisecentra. Volgens het Britse advies zou een staat die geen voorbehoud ter zake heeft gemaakt, aanvaarden – of althans niet de mogelijkheid uitsluiten – dat het speciaal onderwijs

30 *Kamerstukken II 2009/10*, 31 497, nr. 17, p. 5.

31 House of Lords / House of Commons, Joint Committee on Human Rights, UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Reservations and Interpretative Declaration, Twelfth Report of Session 2008-09, HL Paper 70, HC 397, 17 April 2009 p. 15-17.



op termijn moet verdwijnen. Zien wij de problemen echt anders dan de Britten? Hoe zullen rechters straks met deze kennelijk niet eenduidige verdragsbepaling omgaan? Kortom, ook in Nederland zou de discussie hierover wel eens kunnen starten.

## 2.4 Adviezen CGB

### *Amvb 'openbaar vervoer', toetsing van overheidshandelen*

In juni 2009 bracht de Commissie advies uit aan de staatssecretaris van VWS over de conceptversie van een amvb ter uitwerking van artikel 8 Wgbh/cz met betrekking tot openbaar vervoer.<sup>32</sup> Deze amvb is begin 2010 nog niet vastgesteld en gepubliceerd. De amvb geeft invulling aan de te verrichten aanpassingen op grond van het nog in werking te treden artikel 8 Wgbh/cz:

1. Onderscheid is verboden bij:

- a. het verlenen van de voor het reizen vereiste toegang tot de bij het openbaar vervoer behorende gebouwen en infrastructuur;
- b. het aanbieden van openbaar-vervoersdiensten en reisinformatie;
- c. het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten met betrekking tot openbaar vervoer.

2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de ingevolge het eerste lid, in samenhang met artikel 2, te verrichten aanpassingen als bedoeld in dat artikel.

Volgens het eveneens nog in werking te treden artikel 7 Wgbh/cz moet onder *openbaar vervoer worden verstaan*: voor een ieder openstaand personenvervoer volgens een dienstregeling met een bus, trein, metro, tram of een via een geleidesysteem voortbewogen voertuig; en onder *reisinformatie*: informatie over de dienstregeling met de geldigheidsduur daarvan, gegarandeerde overstapmogelijkheden binnen de dienstregeling, wijzigingen van de dienstregeling en over tarieven en de daarbij behorende zone-indeling.

In het advies komt een aantal principiële punten aan bod. De CGB geeft aan dat het bij klachten van individuele reizigers met het openbaar vervoer zal moeten beoordelen of de verlangde aanpassing in redelijkheid kan worden geleverd van de vervoerder, de relevante OV-autoriteit of de concessiegever. Dit veronderstelt marginale toetsing. Omdat die marginaal is geeft de Commissie in overweging ook andere instrumenten in te zetten – van toezicht en handhaving – om de afspraken te laten nakomen.

Verder stelt de CGB zich de vraag of handelingen van de beheerder van een bus- of tramhalte wel door haar kunnen worden getoetst. De haltes worden immers beheerd door een overheidsinstantie, een gemeente. Dit is een typische publiekrechtelijke taak, zodat er alleen eenzijdig overheidshandelen uit kan volgen. Zoals bekend onthoudt de Commissie zich in het algemeen van toetsing bij eenzijdig overheidshandelen.<sup>33</sup> Maar zij stelt zich hier de vraag of dat uitgangspunt bij de betreffende materie juist zou zijn. 'Het is denkbaar dat de CGB bevoegd zou kunnen zijn om het handelen van beheerders van infrastructuur te toetsen, nu het verbod van onderscheid bij openbaar vervoer nadrukkelijk in de Wgbh/cz is opgenomen, de CGB op grond van artikel 12 bevoegd is ten aanzien van de Wgbh/cz en uit de toelichting op de AMvB blijkt dat de beheerders van bus- en tramhaltes en metroperrons uitdrukkelijk norm-

32 CGB-advies/2009/06, 15 juni 2009.

33 Zie P.J.J. Zoontjens, De uitzondering inzake 'eenzijdig overheidshandelen', in: M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 117-174.

adressaten zijn. Het is verdedigbaar te stellen dat hiermee de bevoegdheid van de Commissie is gegeven, ook indien sprake is van eenzijdig overheidshandelen. Als dit anders zou zijn, zou de rechtsbescherming van personen met een handicap of chronische ziekte te zeer worden uitgehold. Een individuele verzoeker met een klacht over een bus- of tramhalte of over een metroperron kan dan immers alleen bij de rechter terecht en niet bij de CGB. Dit is naar de mening van de Commissie in strijd met de bedoeling van de Wgbh/cz. Als deze conclusie wordt gedeeld, dan dient hiervan in de AMvB en in de toelichting expliciet melding te worden gemaakt.<sup>34</sup>

### *Implementatie IVESC*

Al sinds jaren geldt het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten<sup>35</sup> in onze rechtsorde. Op de toepassing van dat verdrag wordt toezicht gehouden door het VN-Comité inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, dat verdragspartijen adviseert op basis van door hen aangeleverde landenrapporten. De CGB heeft in november 2009 advies uitgebracht over een recent door Nederland voorbereide rapportage. Een kleine passage is voor dit overzicht van belang. De Commissie oordeelt dat het een omissie is dat in de rapportage geen aandacht wordt geschonken aan de grond handicap/chronische ziekte. 'According to the information the ETC (= Equal Treatment Commission) has on this subject, many disabled or ill men and women are often unable to exercise their economic, social and cultural rights effectively in the Netherlands. As table 1 shows (see Appendix), the number of complaints about discrimination on the ground of disability or chronic illness the ETC investigates on an annual basis (in the period 2004 through 2008) is 13 % on average. Of these complaints, most concern the labour market. Available figures show that in 2006, 40% of disabled persons had a job while general employment in the same period was at 76%. Moreover, 66% of the employers prefer employees without a disability because they expect a lower productivity and a raise in (bedoeld is: an increase of, PZ) sick leave hours. Research shows that these expectations (are) wrong, however. The increasing interest in preferential policies among many companies and government organizations usually does not concern people with a disability or chronic illness, even though the equal treatment legislation makes this possible for this category. These are issues of concern for the ETC.'<sup>36</sup>

## **3 OORDELEN ARBEID**

### *3.1 Handicap, chronische ziekte en beperkingen*

Over wat onder handicap of chronische ziekte moet worden verstaan laat de wet zich niet uit. Uitgangspunt is, aldus de memorie van toelichting bij de wet, dat het moet gaan om situationeel bepaalde beperkingen die een handicap of een chronische ziekte met zich mee kunnen brengen en niet om nauw te omschrijven eigenschappen van een persoon. Er worden verder wel enige algemene handvaten voor een begripsbepaling gegeven: handicaps en chronische ziekten kunnen fysiek, verstandelijk of psychisch van aard zijn. Een handicap is voorts in beginsel onomkeerbaar. Een chro-

---

34 CGB-advies/2009/06, a.w., p. 12.

35 Trb. 1969, 100; herziene versie Trb. 1978, 178.

36 Comments on the combined fourth and fifth Dutch report on the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights from Dutch Equal Treatment Commission, November 2009.

nische ziekte is dat soms niet, maar is in ieder geval langdurig van aard.<sup>37</sup> Artikel 1, onder b, van de wet bevat daarnaast een verbod tot het maken van onderscheid op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte.

### *Vermeende handicap*

In verschillende oordelen stelt de Commissie zich de vraag of er sprake is van een voor de toepassing van de wet relevante handicap of chronische ziekte. In oordeel 2009-56 werd verboden onderscheid op grond van een vermeende handicap vastgesteld. Een vrouw solliciteert bij een ziekenhuis voor de functie van leerling-verpleegkundige. Zij had een aangeboren afwijking aan haar knieën, maar na een tweetal operaties ondervond zij daarvan geen klachten meer. Zij had in haar sollicitatiebrief aangegeven dat zij de operaties had ondergaan. Na een paar gesprekken krijgt zij telefonisch van het ziekenhuis te horen dat zij is afgewezen. In de bevestigende e-mail van de projectleider beroepsopleidingen van het ziekenhuis staat onder meer het volgende te lezen: 'Het spijt me je te moeten mededelen dat het echt niet alleen de knie was.' Nadat de sollicitante hierover een klacht heeft ingediend bij de Commissie, doet het ziekenhuis alle moeite om duidelijk te maken dat de afwijzing is geschied op inhoudelijke gronden. Volgens het ziekenhuis werd de knieafwijking steeds door de vrouw ter sprake gebracht, het ziekenhuis reageerde hier vervolgens op. Ook de e-mail van 18 februari 2009 was een reactie op een e-mail van de vrouw, waarin zij haar knieafwijking in relatie tot de afwijzing ter sprake bracht en zelfs tot een centraal thema maakte. Uit de e-mail blijkt volgens het ziekenhuis niet dat de knieafwijking de reden was voor de afwijzing. Volgens hem wordt namelijk verderop in de e-mail gezegd dat mensen een nieuwe kans moeten krijgen en dat de vrouw die ook had gekregen als het ziekenhuis in haar een goede kandidaat had gezien. De Commissie gaat echter niet mee in het verweer van het ziekenhuis. Volgens de Commissie kan het ziekenhuis niet bewijzen dat verzoeksters vermeende handicap niet *mede* een rol heeft gespeeld bij de afwijzing. Het ziekenhuis heeft daarom het vermoeden van onderscheid niet weerlegd. De Commissie concludeert dat er direct onderscheid is gemaakt, waarvoor geen rechtvaardigingsgrond ingevolge artikel 3 van de wet geldt.

### *Wsw-indicatie*

In twee gevallen is er sprake van een klager die een Wsw-indicatie bezit. Wsw staat voor de Wet sociale werkvoorziening.<sup>38</sup> Deze wet is bedoeld om mensen met een arbeidshandicap aan een aangepaste baan te helpen. Dat kan bij een sociaal werkvoorzieningsbedrijf,<sup>39</sup> maar ook – met behulp van begeleiding – bij een regulier bedrijf. Er is sprake van een arbeidshandicap als iemand door verstandelijke en/of lichamelijke en/of psychische beperkingen niet in staat is om zelfstandig bij een regulier bedrijf te werken. Niet iedereen met een beperking komt voor de Wsw in aanmerking. Een persoon moet daarvoor worden geïndiceerd door het Uitvoeringsinstituut voor Werknemersverzekeringen (UWV).

In oordeel 2009-127 wordt een direct verband gelegd tussen Wsw-indicatie en handicap of chronische ziekte: 'Op grond van de Wsw wordt een Wsw-indicatie verstrekt

37 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 24.

38 Wet van 11 september 1997, *Stb.* 1997, 465.

39 Uit de artikelen 2 en 3 Wsw kan men afleiden dat het bij een sociaal werkvoorzieningsbedrijf gaat om een door het college van burgemeester en wethouders aangewezen privaatrechtelijke rechtspersoon, die werknemers in dienst heeft die arbeid verrichten onder aangepaste omstandigheden. Daarbij is de arbeid gericht op het behouden dan wel het bevorderen van de arbeidsbekwaamheid van de werknemer mede met het oog op het kunnen gaan verrichten van arbeid onder normale omstandigheden.

aan personen die nog niet de leeftijd van 65 hebben bereikt en die door lichamelijke, verstandelijke of psychische beperkingen uitsluitend onder aangepaste omstandigheden tot regelmatige arbeid in staat zijn. Een Wsw-indicatie is daarom rechtstreeks gerelateerd aan handicap en/of chronische ziekte. Op grond hiervan concludeert de Commissie dat Wsw-medewerkers in principe de bescherming van de Wgbh/cz genieten.<sup>40</sup> Dit is een duidelijke lijn die correspondeert met vroegere oordelen.<sup>40</sup>

In oordeel 2009-38 lijkt echter een meer omslachtige, inhoudelijke benadering te worden gevolgd. Op grond van zijn gedrag wordt door het college van burgemeester en wethouders van Gouda besloten de detacheringsovereenkomst met een Wsw-geïndiceerde werknemer voor werk op de afdeling post- en archiefzaken van de gemeente niet te verlengen. Over de vraag of er een handicap en/of chronische ziekte bij de klager aan de orde is, overweegt de Commissie als volgt: 'Tussen partijen is niet in geschil dat verzoeker sociale beperkingen heeft en dat deze kunnen gelden als handicap in de zin van de Wgbh/cz. Verzoeker heeft een matig inlevingsvermogen en matige communicatieve en sociale vaardigheden. Voorts is onweersproken dat verzoeker een gebrek heeft aan empathisch vermogen, emotionele intelligentie en sociale weerbaarheid en dat dit ook – grofweg – de redenen waren voor de Wsw-indicatie. Op grond van het bovenstaande concludeert de Commissie dat verzoeker een handicap heeft in de zin van de Wgbh/cz.'

Waarom wordt hier niet met de simpele vermelding van de Wsw-indicatie volstaan om de toepasselijkheid van de Wgbh/cz vast te stellen, zoals in het bovenstaande oordeel, maar wordt daarvoor de aard van de Wsw-indicatie inhoudelijk verkend? Het verschil in benadering zou te maken kunnen hebben met het verschil in casuïstiek. In oordeel 2009-127 is sprake van een man met een Wsw-indicatie die al jarenlang als financieel medewerker is gedetacheerd binnen een sociaal werkvoorzieningsbedrijf. Op het moment dat de man wilde solliciteren voor de functie van financieel medewerker in een regulier bedrijf, en de organisatie aangaf dat hij daarvoor eerst een herindicatie bij de UWV diende te ondergaan, kwam de vraag aan de orde of, en op welke grond, hier onderscheid werd gemaakt. Op zich kan dan met een tamelijk formele classificatie van de grond handicap of chronische ziekte, door aan te knopen bij een Wsw-indicatie, worden volstaan. In oordeel 2009-38 wordt aan een meer dan vijf jaar durende werkrelatie een eind gemaakt op grond van de inschatting, van de zijde van de werkverschaffer, dat de betrokken gedetacheerde werknemer in verband met zijn gedrag niet meer zal kunnen voldoen aan de eisen die na de reorganisatie van de afdeling post- en archiefzaken zullen gelden. In die context ligt het uiteraard voor de hand dat de aard van de beperkingen meer over het voetlicht worden gebracht. Maar dat lijkt toch onvoldoende reden om voor het feitelijk aannemen van de toepasselijkheid van de grond handicap of chronische ziekte ook die omslachtige benadering te kiezen. Waarom de Commissie daarvoor wel heeft gekozen, kan op grond hiervan niet inzichtelijk worden gemaakt. Misschien dat het onderstaande daarvoor meer handvatten biedt.

### *Behoeft aan heldere juridische begripsvorming*

De eerste volzin van de hierboven geciteerde overweging uit oordeel 2009-38 roept nog een andere vraag op. De volzin luidt: 'Tussen partijen is niet in geschil dat verzoeker sociale beperkingen heeft en dat deze kunnen gelden als handicap in de zin van de Wgbh/cz.' Hier wordt het begrip 'beperking' op één lijn gesteld met 'handi-

---

40 Zie reeds oordeel 2004-161.

cap'.<sup>41</sup> Dat lijkt in tegenspraak met wat de wet beoogt. En het is wellicht ook niet consistent met bijvoorbeeld oordeel 2009-102, waarin in overweging 3.18 wordt gesproken van 'met de chronische ziekte samenhangende beperkingen'.

Terug naar de wet. Als in de memorie van toelichting wordt gesteld – zie het begin van deze paragraaf – dat de kern van de bescherming van de wet is gericht op 'situationeel bepaalde beperkingen' die een handicap van zich mee kan brengen, wordt er uitgegaan van een semantisch onderscheid tussen 'beperkingen' en 'handicap'. De vraag is nu: wat verstaan we onder 'beperkingen' en 'handicap' in juridische zin? Ik heb niet de indruk dat de memorie van toelichting bij de wet of de oordelen van de Commissie hierin veel helderheid brengen. 'Beperkingen' en 'handicap' worden niet zelden door elkaar gebruikt, terwijl kennelijk een onderscheid beoogd is. Daarnaast lijken de termen ook nog eens van betekenis te wisselen, al naar gelang het oordeel. De vraag is natuurlijk of dat erg is. De gemiddelde burger die zich met een klacht bij het CGB meldt zal geen boodschap hebben aan de juiste hantering van dat onderscheid. Het belang van een goede begripsbepaling is dan ook vooral theoretisch. Als het onderscheid tussen 'beperking' en 'handicap' niet helder is, en de begrippen op een bepaald moment qua betekenis worden onderscheiden en dan weer door elkaar worden gebruikt, weten we niet precies wat de Commissie of de rechter bedoelt als deze moet vaststellen, op grond van wet, dat er wel of geen onderscheid wordt gemaakt 'tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap'.

Van het begrip 'handicap' wordt in de Wgbh/cz weliswaar melding gemaakt, maar ontbreekt een omschrijving. Die is evenmin aanwezig in de Europese richtlijn die bij deze wet is geïmplementeerd.<sup>42</sup> Het enige juridisch relevante document dat ons verder kan brengen is het VN-Gehandicaptenverdrag. Artikel 1 van dat verdrag omschrijft 'personen met een handicap' als volgt: 'personen met langdurige fysieke, mentale, verstandelijke of zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving'.<sup>43</sup> Men kan hieruit afleiden dat het begrip 'handicap' het resultaat vormt van een afweging tussen het (objectieve, medisch vaststelbare) gegeven van iemands langdurige beperking enerzijds en de confrontatie van deze beperking met de fysieke omgeving anderzijds. Als de beperking nadelige effecten met zich brengt voor de betreding of benutting van de fysieke omgeving (of sociale ruimte) wordt de betreffende persoon een 'handicap' toegerekend. 'Handicap' staat in dit geval niet voor een bepaalde persoonlijke hoedanigheid, maar voor een zekere mate van sociaal nadeel, mede als gevolg van die hoedanigheid. Hoewel het VN-Gehandicaptenverdrag in de authentieke Engelse versie het woord 'handicap' niet kent, lijkt aldus het woord in de originele Engelse betekenis te worden hersteld: nadeel, belemmering of hindernis.

Het verdrag laat in de begripsvorming een afwegingsschema zien dat feitelijk voorafgaat aan het oordeel over wel of geen onderscheid op grond van handicap. Dit afwegingsschema zou aan het werk van de Commissie grote diensten kunnen bewijzen. Immers, aan elk oordeel over handicap heeft de Commissie in wezen dezelfde soort afweging ten grondslag gelegd als hierboven is omschreven, zij het dat het aan helderheid van begripsvorming te wensen over bleef. Dat afwegingsschema zou aan de hand van drie stappen kunnen worden gekarakteriseerd, waarbij in het belang van

41 In dit onderdeel van deze paragraaf wordt steeds waar korthedshalve wordt gesproken over 'handicap' ook 'chronische ziekte' bedoeld.

42 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, PbEG nr. L 303 van 02/12/2000, blz. 0016-0022.

43 In de authentieke Engelse versie: "Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others."

een heldere terminologie onderscheid wordt gemaakt tussen de begrippen beperking, belemmering en handicap.<sup>44</sup>

1. Wat is de aard van de medisch vastgestelde beperking?
2. Tot welke belemmeringen leidt de beperking bij betreding of benutting van de fysieke omgeving (sociale ruimte)?
3. Is er sprake van een handicap van de betreffende persoon in vergelijking met anderen?

Daarna komt de Commissie, zoals gezegd, pas toe aan de vraag met betrekking tot wel of geen (gerechtvaardigd) onderscheid op grond van handicap.

Het ligt voor de hand dat het VN-Gehandicaptenverdrag van invloed zal kunnen zijn op het werk van de Commissie. Ratificatie hoort niet alleen te leiden tot de aanpassing van nationale wetgeving, ook is het van belang dat er in de praktijk zoveel mogelijk verdragsconform bij de interpretatie van open begrippen te werk zal worden gegaan.<sup>45</sup> Als we het afwegingsschema volgen, kunnen we constateren dat in de toepassingspraktijk van de Commissie de beperking het eerste aanknopingspunt is om een vermoeden van een handicap aan te nemen. Zie bijvoorbeeld de oordelen 2009-14 (fibromyalgie) en 2009-57 (nekhernia). Waar een concreet medisch aanknopingspunt voor het aannemen van een beperking ontbreekt, zoals bij de Wsw-er in oordeel 2009-38, lijkt het gegeven van de belemmering voorop te staan. Dit zou er dan ook de achtergrond van kunnen zijn dat in het laatstgenoemde oordeel zo inhoudelijk op de vraag naar de toepasselijkheid van de wet wordt ingegaan.

### 3.2 *Discriminerende bejegening*

Bij twee oordelen is het aspect van bejegening aan de orde geweest, dat volgens vaststaande oordelenlijn wordt betrokken op het verbod van onderscheid bij arbeidsomstandigheden (zie oordeel 2009-38 en artikel 4, aanhef onderdeel h, Wgbh/cz). In oordeel 2009-20 was sprake van een vrouw die vanaf 1979 vrijwel continu als leidinggevende werkzaam was bij een verzekeraar, en bij wie op een bepaald moment in 2007 ongeneeslijke borstkanker werd geconstateerd. De vrouw was juist dat jaar bezig met een opleiding waarin zij kennis opdeed met betrekking tot toekomstige reorganisaties. Maar als gevolg van de diagnose gaf zij aan dat zij terug wilde naar de afdeling waar zij het grootste deel van haar carrière gewerkt had. Dat verzoek werd gehonoreerd. Zij kreeg de functie van stafmedewerker met een 'vrije' opdracht om knelpunten binnen de organisatie te signaleren en oplossingen daarvoor aan te dragen. In de loop der tijd bleek echter dat zij steeds meer geïsoleerd en genegeerd werd. Zij kreeg geen aansturing van haar direct-leidinggevende en werd niet of nauwelijks uitgenodigd voor overleggen, vergaderingen en informele bijeenkomsten. De werkgever voerde aan dat hij de betrokkene wilde ontsien en dus uit goede intenties handelde. De Commissie neemt niettemin een ernstige vorm van discriminerende bejegening aan: hoe goed de intenties van de werkgever ook geweest mogen zijn, dit neemt niet het discriminerend effect van de behandeling weg; in ieder geval kan dat niet als bewijs dienen dat de werkgever niet in strijd met de wet heeft gehandeld.

In oordeel 2009-38 komt de bewijslast aan de orde. Krachtens artikel 10, eerste lid, Wgbh/cz dient de verzoekende partij feiten aan te voeren die onderscheid op grond

---

44 Deze terminologie betreft een voorstel voor de toekomst. Bij mijn beschrijving van de oordelen, in paragrafen 3 en 4, wordt van deze terminologie nog geen gebruik gemaakt. Er wordt daarbij zoveel mogelijk aangesloten bij de formuleringen die door de Commissie in de oordelen zijn gebruikt.

45 Te vergelijken met het belang van het Internationale Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rasdiscriminatie (Trb. 1967, 48) voor de interpretatie van het begrip 'ras'.

van handicap of chronische ziekte kunnen doen vermoeden. Indien de verzoekende partij hierin slaagt, is het aan de verwerende partij om te bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld. In het gegeven oordeel faalt de verzoeker. Omdat en voor zover deze door de andere partij worden tegengesproken, kunnen de gestelde feiten niet het vermoeden vestigen, aldus de Commissie, dat jegens de verzoeker onderscheid is gemaakt door de wijze waarop hij is bejegend. Ook kwam de vraag aan de orde of de gestelde feiten over de discriminerende bejegening door de projectmanager aan de verwerende partij (gemeentebestuur Gouda) kunnen worden toegerekend. De verzoeker is immers niet in dienst van de gemeente, maar op basis van een detacheringsovereenkomst bij haar werkzaam. De Commissie ziet hierin geen probleem en vaart op eerdere oordelen daaromtrent.<sup>46</sup> Zij meent dat in dit soort omstandigheden de wijze waarop een verzoeker door een collega wordt bejegend, alleen dan rechtstreeks aan de verweerder kan worden toegerekend, als de betreffende collega feitelijk gezag uitoefent over verzoeker.

### 3.3 *Aanpassingen*

Een viertal oordelen heeft betrekking op de verplichting aanpassingen te verrichten, als bedoeld in artikel 2 Wgbh/cz. Daarin staat: "Het verbod van onderscheid houdt mede in dat degene, tot wie dit verbod zich richt, gehouden is naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen". De betreffende oordelen bestrijken verschillende facetten van de betekenis en reikwijdte van artikel 2 van de wet. Om een volledig overzicht te bieden, zijn hier ook oordelen met betrekking tot onderwijs bij betrokken. In paragraaf 4.1 wordt aan de hand van de desbetreffende oordelen specifiek op de problematiek van aanpassingen in het onderwijs ingegaan.

Het is vaste lijn in de oordelen van de Commissie dat de verplichting tot het verrichten van aanpassingen dan pas ontstaat als de partij die daarop mogelijk een aanspraak kan doen gelden een uitdrukkelijk verzoek daartoe aan zijn werkgever heeft gedaan. Dat verzoek dient doorgaans, maar niet altijd, gespecificeerd te zijn. Uit oordeel 2009-87 kan men opmaken dat, als de werkgever bekend was met het progressieve verloop van de ziekte van betrokkene en hij een (nieuw) verzoek om aanpassingen kon verwachten maar nalaat het initiatief te nemen om met betrokkene daarover te overleggen, betrokkene dan niet kan worden tegengeworpen dat zij haar behoefte aan aanpassingen niet heeft gespecificeerd. Het is dus zeker niet zo dat de werkgever rustig kan afwachten totdat hem een verzoek om aanpassing bereikt. Onder omstandigheden dient hij zelf met de betrokkene contact op te nemen en te overleggen of er, en zo ja welke soort van aanpassingen geboden zijn.

In het algemeen is er geen probleem als de aanpassing in overeenstemming met de betrokkene wordt verricht. Als er aanpassingen tussen partijen zijn afgesproken, kan niet achteraf door de verwerende partij de noodzaak van aanpassingen ter discussie worden gesteld (oordeel 2009-4). Voor zover de werkgever zou menen dat het verzoek voor hem een onevenredige belasting met zich brengt en daarom de verplichting niet geldt, mag hij daarbij niet over één nacht ijs gaan. Hij zal dan eerst deugdelijk moeten onderzoeken of de met de handicap of chronische ziekte samenhangende beperkingen kunnen worden opgeheven door één of meer aanpassingen (oordelen 2009-38, 2009-50 en 2009-87) of zal zich daarbij moeten baseren op algemene opvattingen over wat een persoon met een functiebeperking wel en niet

<sup>46</sup> Zie bijvoorbeeld oordeel 2008-124.

kan (oordeel 2009-102). Bij geboden onderzoek kan het van het geval afhangen of er professionele deskundigheid moet worden ingeschakeld (oordelen 2009-38 en 2009-102). Ook wanneer het een tijdelijke functie betreft, geldt in principe de verplichting tot het verrichten van aanpassingen (oordeel 2009-50).

De aanpassingen moeten doeltreffend zijn. Ook op basis van oordelen uit het verleden betekent dat het volgende: als kan worden vastgesteld dat de betrokkene door zijn beperkingen wezenlijke taken van zijn functie niet kan uitvoeren dient de aanpassing erop gericht te zijn deze beperking op te heffen. Wanneer er geen doeltreffende aanpassing mogelijk is, is er sprake van ongeschiktheid van de betrokkene voor de functie en is er geen sprake van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte (oordelen 2009-50 en 2009-102). Doeltreffende aanpassingen zijn verder aan een redelijke termijn gebonden. De werkgever is gehouden om, zodra hij bekend is met de behoefte aan een aanpassing, voortvarend te werk te gaan.<sup>47</sup> Wanneer pas een jaar later wordt beslist op een verzoek is de redelijke termijn overschreden (oordeel 2009-62).

Er is geen sprake van een aanpassing, als een andere functie wordt aangeboden. Bij het verrichten van doeltreffende aanpassingen gaat het om het faciliteren van het uitoefenen van wezenlijke taken die bij de eigen functie horen. Het aanbieden van een andere functie valt dus buiten de reikwijdte van artikel 2 Wgbh/cz (oordelen 2009-20 en 2009-87).

### 3.4 *Arbeidsvoorwaarden*

De gelijkkluidende oordelen 2009-74 en 2009-75 hebben betrekking op de hoogte van een door de staatssecretaris van financiën toegepaste reiskostenvergoeding, waarbij hem indirect onderscheid wordt verweten. Een werknemster kan vanwege haar handicap niet met het openbaar vervoer naar haar werk reizen. Zij reist om die reden met haar auto naar het werk. De vrouw ontvangt een reiskostenvergoeding op basis van de zogenaamde hoge kilometervergoeding (16 cent per kilometer) die lager is dan de prijs van de voor dat traject geldende OV-jaarkaart. Naar blijkt zou met de OV-jaarkaart vergoeding als maatstaf, de werknemster meer tegemoet gekomen kunnen worden in de feitelijk gemaakte reiskosten. Is de handelwijze van de staatssecretaris aanvaardbaar? De werknemster voert aan dat zij in het verleden – per 1 januari 2003 – een vergoeding ontving welke was gebaseerd op de kosten voor het openbaar vervoer. Per 1 januari 2007 ging de reiskostenvergoeding, na verloop van een overgangsregeling, omlaag. Deze werd weer ingetrokken nadat in een eerder oordeel van de Commissie de staatssecretaris daarbij indirect onderscheid werd verweten.<sup>48</sup> Per 1 januari 2008 gold daarom weer de oude regeling die per 1 juli 2008 weer werd vervangen door het systeem van de hoge kilometervergoeding, omdat er op die datum een Rijks-cao in werking trad waarin dat was bepaald. Het verschil tussen het (hogere) OV tarief en de (lagere) hoge kilometervergoeding bedraagt voor de werknemster een kleine 30 Euro per maand in haar nadeel.

De Commissie acht indirect onderscheid aanwezig. De hoge kilometervergoeding geldt voor hen die de plaats van tewerkstelling niet of niet doelmatig per openbaar vervoer kunnen bereiken. Niet de handicap, maar het feitelijke reisgedrag is datgene waarop de regeling zich richt. Maar het systeem leidt wel tot benadeling van de groep van gehandicapten die het woon/werktraject wel doelmatig per openbaar vervoer

<sup>47</sup> Volgens de regering, bij de parlementaire behandeling van het voorstel van de Wgbh/cz, dient een aanpassing “vanzelfsprekend binnen een redelijke termijn plaats te vinden” (*Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 5, p. 13*). Zie in het verlengde daarvan ook oordelen 2005-11 en 2005-18.

<sup>48</sup> Oordeel 2007-209.



hadden kunnen afleggen als zij niet arbeidsgehandicapt waren geweest. Voor het indirecte onderscheid acht de Commissie geen rechtvaardigingsgrond aanwezig. De werkgever heeft aangevoerd dat om praktische redenen is gekozen voor een kilometervergoeding in plaats van een vergoeding die gelijk is aan de hoogte van de kosten voor een OV-jaartrajectkaart. De Commissie acht het middel evenwel niet proportioneel aangezien niet aannemelijk is dat het individueel berekenen van de kosten van een OV-jaartrajectkaart niet eveneens praktisch uitvoerbaar is en om die reden kan gelden als een geschikt alternatief middel.

Interessant was in deze oordelen nog het verweer van de staatssecretaris dat hij niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor een reiskostenvergoedingsregeling welke hij slechts uitvoert en waarvoor een ander ministerie, in dit geval het ministerie van BZK samen met de sociale partners verantwoordelijk is. Met andere woorden: de klacht die tegen hem bij de Commissie was ingediend diende eigenlijk een ander te betreffen en zou dus niet ontvankelijk moeten worden verklaard. Maar dit betoog wordt verworpen. 'Immers, verweerder is het bevoegd gezag bij wie verzoekster in openbare dienst is aangesteld. Verweerder heeft als zodanig een eigen verantwoordelijkheid bij de uitvoering van een regeling als hier voorligt. Dat de regeling in overleg met cao-partners tot stand is gekomen doet daaraan niet af (zie onder andere HvJ EG 31 mei 1995, nr. C-40/93 (*Royal Copenhagen*)). De Commissie oordeelt derhalve dat verzoekster ontvankelijk is in haar verzoek.'

Ook valt te wijzen op oordeel 2009-14. Een vrouwelijke winkelbediende in vaste dienst stelt dat haar collega's met ingang van 1 januari 2008 een loonsverhoging hebben gekregen, tengevolge waarvan haar collega's sindsdien een brutoloon ontvangen tussen 9,40 en 9,60 Euro per uur, terwijl de vrouw een brutoloon ontvangt van 8,90 Euro per uur. De vrouw lijdt aan fibromyalgie, een chronische ziekte, waardoor zij in tegenstelling tot haar collega's weinig op werk aanwezig was. Zij stelt echter voldoende aanwezig te zijn geweest in 2007 om te worden beoordeeld. De werkgever bestrijdt onderscheid te hebben gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte. De reden om de werkneemster geen loonsverhoging toe te kennen was uitsluitend gelegen in haar langdurige afwezigheid, gevolgd door een periode waarin zij voornamelijk aangepaste werkzaamheden uitvoerde. Dit maakte het voor de werkgever onmogelijk te beoordelen of het functioneren van de werkneemster zodanig was dat zij een loonsverhoging verdiende. De werkgever geeft aan dat hij twee keer per jaar beoordelingsgesprekken met medewerkers voert. In de eerste helft van 2007 is werkneemster echter niet beoordeeld omdat zij een groot deel van deze beoordelingsronde afwezig was in verband met haar chronische ziekte. Na 3 september 2007 verrichtte de werkneemster aangepaste werkzaamheden, zoals het vouwen van handdoeken, maximaal een uur kassawerkzaamheden en het houden van toezicht. De werkgever kon daarom onmogelijk een deugdelijke beoordeling geven van de uitvoering door de werkneemster van haar functie.

De werkgever wijst er bovendien op dat de leidinggevende de prestaties van de werkneemster in de tweede helft van 2007 niet als 'goed' heeft gekwalificeerd, wat blijkt uit het beoordelingsformulier. De werkgever wijst voorts op de uitspraak van 5 november 2004 van de Commissie (2004-145), waarin de Commissie oordeelde dat niet in zijn algemeenheid kan worden gezegd dat een beoordelingssysteem leidt tot onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte, wanneer geen loonsverhoging wordt toegekend, indien iemands functioneren wegens verzuim niet kan worden beoordeeld. Mede op grond hiervan stelt de werkgever zich op het standpunt dat hij niet in strijd heeft gehandeld met de Wgbh/cz. Maar de Commissie laat zich niet vermurwen. Volgens haar gaat oordeel 2004-145 niet op voor die gevallen dat het ziekteverzuim een rechtstreeks gevolg is van handicap of chronische ziekte. Het niet

toekennen van een loonsverhoging leidt dan tot indirect onderscheid, zoals ook in de onderhavige casus aan de orde is. Voor dat indirecte onderscheid acht de Commissie na een aantal sterk op de feiten ingezoomde overwegingen geen rechtvaardiging aanwezig.

#### 4 OORDELEN ONDERWIJS

In de drie oordelen over 2009 is vooral van belang wat er over de verplichting tot het verrichten van aanpassingen door de onderwijsinstelling wordt opgemerkt. Daartoe zal ik mij beperken. In paragraaf 3.3 is dit onderwerp al besproken in het kader van het overzicht van de oordelen over arbeid. Daarbij is ernaar gestreefd – zoals ook aangegeven – een meer algemeen overzicht te bieden door er ook oordelen over onderwijs bij te betrekken. In deze paragraaf zal de problematiek van aanpassingen beperkt blijven tot datgene wat specifiek voor het onderwijs geldt.

*Wat is een doeltreffende aanpassing in het (beroeps)onderwijs?* In lijn met een reeks van oordelen uit het verleden acht de Commissie een aanpassing doeltreffend, als daardoor personen met een handicap of chronische ziekte in individuele gevallen in staat worden gesteld deel te nemen of deel te blijven nemen aan het beroepsonderwijs, indien die deelname wordt bedreigd door de wijze waarop het beroepsonderwijs is ingericht, georganiseerd of anderszins geregeld (oordeel 2009-4). Voor het eigen aanbod van (hoger) beroepsonderwijs geldt een ongedeelde verantwoordelijkheid. Die verantwoordelijkheid is gedeeld als er sprake is van een externe stage. De Commissie spreekt in dat verband van een *zorgplicht* om de student in staat te stellen een externe stage te volgen. Wat die zorgplicht inhoudt en tot hoever die strekt wordt helder en uitvoerig uiteengezet in overweging 3.18 van oordeel 2009-109: 'Deze zorgplicht vloeit voort uit de verplichting voor verweerder (de instelling van hoger beroepsonderwijs, PZ) om geen onderscheid te maken bij het aanbieden van onderwijs. Deze verplichting geldt niet alleen ten aanzien van het kunnen volgen van beroepsonderwijs aan een onderwijsinstelling, maar ook ten aanzien van het kunnen opdoen van kennis en ervaring door middel van een stage. Het volgen van een stage is in het onderhavige geval bovendien een verplicht onderdeel van het door verweerder aangeboden onderwijs. Dit betekent dat op verweerder de verantwoordelijkheid rust om zeker te stellen dat een student met een handicap of chronische ziekte tijdens zijn (zelf gekozen) stage geen problemen ondervindt die verband houden met zijn beperkingen. Dat wil niet zeggen dat verweerder zelf moet zorgen dat bijvoorbeeld de stage-instelling toegankelijk is voor rolstoelgebruikers of voor visueel gehandicapten; dat is aan de stage-instelling zelf. Maar verweerder moet zich er wel van vergewissen dat de stage uitgevoerd kan worden gegeven de beperkingen van de student. En verweerder moet zich ervan vergewissen dat de stage-instelling op de hoogte is welke doeltreffende aanpassingen daarvoor eventueel nodig zijn.'

*Is de onderwijsinstelling alleen verantwoordelijk voor de aanpassingen, waarom nadrukkelijk wordt verzocht?* In oordeel 2009-109 stelde de onderwijsinstelling zich op het standpunt dat verzoekster heel goed zelf in staat was om de voor haar noodzakelijke aanpassingen te regelen. Verzoekster werd daarbij wel begeleid en gefaciliteerd, onder andere door de regelmatige gesprekken met de coördinator en andere docenten en door de beslissingen van de examencommissie. Volgens de onderwijsinstelling sluit het standpunt aan bij haar algemene doelstelling om de eigen verantwoordelijkheid en het eigen initiatief bij studenten te stimuleren. Maar terwijl de Commissie enige mate

van eigen verantwoordelijkheid bij de student niet afwijst, denkt zij over de gang van zaken een slag anders: 'Hoewel het niet zonder meer de taak van de aanbieder van onderwijs alleen is om alle doeltreffende aanpassingen te verrichten en om de afspraken daaromtrent na te komen, heeft verder naar het oordeel van de Commissie in het onderhavige geval de verantwoordelijkheid voor het verrichten van de doeltreffende aanpassingen te zeer bij verzoekster gelegd. Verzoekster moest zelf achter de naleving van de afspraken aan en het was aan haar om te melden dat de afspraken niet nagekomen werden: bij de tussentijdse evaluaties werd de daadwerkelijke uitvoering van de aanpassingen niet uitdrukkelijk aan de orde gesteld. Weliswaar heeft de coördinator haar collega's bij tijd en wijle aangespoord om de afspraken na te komen, maar, zoals zij zelf heeft verklaard, haar voornaamste taak was verzoekster te stimuleren om eigen verantwoordelijkheid te nemen ten aanzien van haar studie, waaronder de voor haar noodzakelijke aanpassingen. Verweerder heeft door deze handelwijze onvoldoende uitvoering gegeven aan zijn verantwoordelijkheid om doeltreffende aanpassingen te verrichten, zorg te dragen dat afspraken daarover worden nageleefd en oplossingen te zoeken als dat niet het geval is.'

*Wie is in de onderwijsinstelling verantwoordelijk voor te treffen aanpassingen?* Onderwijsinstellingen als zodanig, en bij instellingen voor hoger beroepsonderwijs is het niet anders, bestaan uit meerdere groepen van participanten die allen een eigen rol in het geheel kunnen spelen. Naast de studenten kunnen grofweg de docenten, managers en de bestuursorganen worden onderscheiden. Het ligt voor de hand dat (het algemene bestuur van) een instelling verantwoordelijk kan worden gehouden voor het gedrag van een docent. Maar heeft een docent ook eigen verantwoordelijkheden in het licht van de Wgbh/cz? De Commissie lijkt daar niet van uit te gaan. In oordeel 2009-62 klaagde de visueel gehandicapte verzoekster/student, die door chronische aandoeningen ook last had van concentratieproblemen, dat haar wens om bestuursrechtelijk af te studeren op veel weerstand stuitte. Zij wilde in het vak ruimtelijke ordening tentamen doen en bij dezelfde docent een scriptie schrijven. In lijn met een in februari 2007 door de examencommissie genomen beslissing, waarin de student werd toegestaan om de studiebelasting te mogen verminderen en spreiden, werden daartoe afspraken over begeleiding gemaakt. Op die afspraken kwam de docent na verloop van 5 maanden echter terug. De docent schortte begin april 2008 de begeleiding op in afwachting van een nieuwe schriftelijke beslissing van de examencommissie, op basis van een herbeoordeling van haar gezondheidstoestand, over de voor de student geldende aanpassingen. De Commissie stelt vast dat deze docent zijn boekje te buiten is gegaan. Hij was op grond van de beslissing van de examencommissie van februari 2007 verplicht met de student de aanpassingen voor het vak ruimtelijke ordening en het schrijven van een scriptie te bespreken en vast te leggen. Door zijn begeleiding eenvoudigweg op te schorten is de docent in de vervulling van die verplichting tekortgeschoten. Daarbij kan het het instellingsbestuur worden aangerekend dat het niet heeft ingegrepen en dat het aldus geen doeltreffende aanpassing heeft verricht.

## 5 TOT SLOT

De positie van personen met een handicap en chronische ziekte staat sinds enige tijd in het centrum van de belangstelling. Dat mag wellicht niet worden afgeleid uit het beperkte aantal oordelen dat ook weer afgelopen jaar op deze grond is geweest, maar blijkt des te meer uit de grote bedrijvigheid die er op nationaal, Europees en internationaal niveau heerst om beleid en regelgeving ten gunste van de rechtsbescherming en maatschappelijke participatie van deze heterogene groep vorm te geven. De dynamiek van gelijkheid heeft een waarlijk streven naar groepsemancipatie op gang gebracht, waarvan het einde voorlopig nog niet in zicht is. Zo is de Wgbh/cz geen rustig bezit. De wet is recent aangebouwd met de domeinen wonen en funderend onderwijs. De ontsluiting van het domein openbaar vervoer vindt naar verwachting dit jaar plaats door de vaststelling van een amvb daaromtrent. De discussie over een volgende wettelijke uitbreiding met het domein goederen en diensten is in volle gang. Maar de Wgbh/cz staat niet op zichzelf. Er wordt verder op nationaal niveau, met de plannen over passend onderwijs, serieus werk gemaakt van de materialisering van het recht op onderwijs, in het bijzonder het recht op toegang tot reguliere scholen voor zorgleerlingen, van welke de groep van gehandicapten en chronisch zieken de kern vormt.

Op Europees en internationaal terrein trekken vooral de in voorbereiding zijn brede gelijkebehandelingsrichtlijn en de implicaties van (de ratificatie van) het VN Gehandicaptenverdrag de aandacht. Zeker van het verdrag kan een positieve invloed uitgaan op de wetgeving en het werk van de Commissie, doordat het een helder kader biedt voor begripsvorming en afweging.

In de oordelen van de Commissie springen er over de afgelopen periode niet echt zaken uit. De lijn is al redelijk uitgewerkt door de jaren heen. Wat vooral opvalt is dat recente oordelen laten zien dat het vraagstuk van redelijke aanpassingen tot een volwassen leerstuk is uitgegroeid.

# Overzicht van oordelen 2009 over de grond handicap en chronische ziekte

**2009-4**

**Grond:** handicap of chronische ziekte  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Hogeschool weigert vrouw met handicap toegang tot beroepsopleiding.**

Een vrouw met een handicap klaagt erover dat zij niet is ingeschreven als student bij een beroepsopleiding aan een hogeschool. Zij is wel toegelaten als cursist (aspirant-student), maar is tweemaal gezakt voor het toelatingsonderzoek dat zij moest afleggen omdat zij niet over de vereiste vooropleiding beschikte. De Commissie oordeelt dat het onderzoek niet onnodig bezwarend is geweest voor de vrouw, gelet op haar handicap. De vrouw stelt dat er geen aanpassingen voor haar verricht zijn tijdens het eerste onderzoek. Zij kreeg toen geen laptop ter beschikking. De school voert aan dat de vrouw hiervoor ook geen officiële aanvraag heeft gedaan. In tweede instantie heeft de vrouw wel een laptop gekregen. De Commissie oordeelt dat de school heeft mogen concluderen dat de vrouw niet geschikt is voor de opleiding. De vrouw meent voorts dat zij discriminatoir bejegend is. De school zou geen rekening met haar hebben gehouden tijdens de introductiedag, haar verweten hebben lastig te zijn en haar onvoldoende begeleid hebben. De hogeschool betwist dit alles gemotiveerd. Ook was de vrouw veel afwezig en heeft zij in de maanden dat zij als cursist studeerde, in het geheel geen studiepunten behaald, zodat zij hoe dan ook voor de opleiding zou zijn afgewezen. Geen verboden onderscheid.

**2009-14**

**Grond:** handicap of chronische ziekte  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Onderscheid op grond van chronische ziekte door niet toekennen loonsverhoging.**

Een werkgever kent een medewerker geen loonsverhoging toe, omdat zij, vanwege een langdurig verzuim en het deels verrichten van aangepaste werkzaamheden, geen positieve beoordeling heeft gekregen. Het verzuim en de aangepaste werkzaamheden hangen rechtstreeks samen met verzoeksters chronische ziekte, fibromyalgie. De Commissie oordeelt dat sprake is van indirect onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte dat niet objectief gerechtvaardigd is. Verboden onderscheid.

**2009-20**

**Grond:** handicap of chronische ziekte  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Vrouw discriminatoir bejegend op grond van chronische ziekte.**

Een vrouw van 47 jaar oud werkt sinds 1979 bij een verzekeraar. Voor het grootste deel van die periode was zij werkzaam als leidinggevende. In 2004 openbaarde zich borstkanker bij deze vrouw. Na behandeling en een operatie is zij in 2005 weer gestart met werken. Zij volgde in 2007 een deel van een opleiding waarbij zij expertise met betrekking tot toekomstige reorganisaties opdeed. Deze heeft zij afgebroken toen in 2007 bleek dat er sprake was van uitzaaiingen van de borstkanker. Zij bleek ongeneeslijk ziek te zijn. Zij wilde graag terug naar de afdeling waar zij het grootste deel van haar carrière gewerkt had, welk verzoek geho-

noreerd werd. Ze kreeg de functie van stafmedewerker en kreeg een "vrije opdracht" knelpunten binnen de organisatie te signaleren en oplossingen daarvoor te implementeren. In de loop der tijd bleek dat zij steeds meer geïsoleerd werd en genegeerd. Ze kreeg geen aansturing en werd niet of nauwelijks uitgenodigd voor formele en informele bijeenkomsten. Haar werkgever voldeed niet aan de verplichtingen op grond van de Wet verbetering poortwachter. Van een verzuimdossier of een reïntegratieplan was geen sprake. Daarom werd de maximale sanctie door het Uitvoeringsorgaan werknemers Verzekering opgelegd: de werkgever diende het loon van de vrouw een jaar lang door te betalen. De vrouw voert bij de Commissie aan dat geen doeltreffende aanpassingen zijn verricht. De Commissie oordeelt dat het artikel waar de vrouw zich op beroept, niet van toepassing is op een verandering van functie. De vrouw voert voorts aan dat zij discriminatoir bejegend is. De Commissie oordeelt dat verboden onderscheid is gemaakt door het niet nakomen van de Wet verbetering poortwachter. Voorts stelt de Commissie vast dat de vrouw geïsoleerd en genegeerd is en dat haar werkgever hiervoor als excuus aanvoert dat hij haar wilde ontzien. Verboden onderscheid.

### 2009-38

**Grond:** handicap of chronische ziekte  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid; strijd met wet; geen verboden onderscheid

#### **Samenvatting:**

**Gemeente maakt verboden onderscheid op grond van handicap door arbeidsverhouding te beëindigen.**

Een man is op basis van elkaar opvolgende detacheringsovereenkomsten ruim vijf jaar werkzaam geweest bij een gemeente op de afdeling post- en archiefzaken. De man heeft sociale beperkingen. Volgens de gemeente is de man vanwege zijn beperkingen niet geschikt om na de reorganisatie werkzaam te blijven op de afdeling. De wet kent als uitgangspunt dat geen sprake is van onderscheid indien de arbeidsverhouding wordt beëindigd, omdat een persoon vanwege zijn handicap niet in staat is om essentiële taken van de functie uit te oefenen. Dit laat onverlet de verplichting van de werkgever doeltreffende aanpassingen te verrichten in welk geval de betrokkene wel geschikt moet worden geacht deze taken te vervullen zij het onder aangepaste omstandigheden. De Commissie sluit niet uit dat de

eisen waaraan werknemers moeten voldoen na de reorganisatie hoger liggen. De gemeente heeft echter niet onderzocht of laten onderzoeken of de man hieraan zou kunnen voldoen. Evenmin is de man in staat gesteld om te laten zien of hij in staat is om uitvoering te geven aan de werkzaamheden na de reorganisatie. Voorts geldt dat er nooit aanmerkingen of klachten zijn geweest over het functioneren van de man. De Commissie is van oordeel dat verweerder niet aannemelijk heeft gemaakt dat verzoeker niet geschikt was om na de reorganisatie op de afdeling post- en archiefzaken te blijven werken. Als is gebleken dat een werknemer met een handicap of chronische ziekte in beginsel geschikt is voor de uitoefening van de functie, geldt het verbod om onderscheid te maken op grond van de handicap van de werknemer onverkort. Dit betekent dat de gemeente jegens de man verboden onderscheid op grond van handicap heeft gemaakt door de arbeidsverhouding met hem te beëindigen vanwege zijn handicap. Daarnaast heeft de gemeente in strijd gehandeld met de wet door niet te (laten) onderzoeken of de man met (een) individuele aanpassing(en) wel geschikt was geweest. De man heeft voorts geklaagd over discriminatoire bejegening. De Commissie is van oordeel dat de opmerkingen, voor zover de bewoordingen, de bedoeling en de context daarvan zijn komen vast te staan -afgezien van de vraag of deze als gepast en respectvol kunnen worden aangemerkt- niet discriminerend zijn.

### 2009-50

**Grond:** handicap of chronische ziekte  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

#### **Samenvatting:**

**Onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte bij afwijzing voor functie vanwege gehooraandoening.**

Een vrouw heeft bij een verzekeraar gesolliciteerd naar de functie van helpdeskmedewerker. Zij heeft een gehooraandoening als gevolg waarvan het gehoor in haar linkeroor achteruit gaat. Tijdens het sollicitatiegesprek komt aan de orde dat zij last had van ruis in haar oren in de periode dat zij als docent Engels werkte, als gevolg waarvan zij met dit werk is gestopt. De handicap van de vrouw is voor de verzekeraar reden geweest om haar af te wijzen. De verzekeraar is tot de conclusie gekomen dat de vrouw, vanwege de problemen die zij in het verleden als gevolg van haar gehooraandoening heeft ervaren, ongeschikt is voor de functie van helpdeskmedewerker. De verzeke-

raar is tot deze conclusie gekomen zonder overleg met de vrouw en zonder daarover een deskundige te raadplegen. Tevens heeft de verzekeraar zonder overleg geconcludeerd dat geen doeltreffende aanpassingen voorhanden zijn die voor hem geen onevenredige belasting zouden vormen. De verzekeraar heeft daarom met de afwijzing verboden onderscheid gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte.

## 2009-56

**Grond:** handicap of chronische ziekte  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Ziekenhuis maakt verboden onderscheid op grond van vermeende handicap bij besluit om een vrouw af te wijzen voor functie van leerling-verpleegkundige.**

Een vrouw stelt dat zij door een ziekenhuis is afgewezen voor de functie van leerling-verpleegkundige vanwege een vermeende handicap. De vrouw had een aangeboren afwijking aan haar knieën, waarvoor zij is geopereerd. Na de operaties ondervindt zij geen klachten meer. De vrouw stelt dat het ziekenhuis haar desondanks heeft afgewezen vanwege de voormalige knie-afwijking. De Commissie oordeelt dat een e-mail van het ziekenhuis, waarin zij schrijft dat de knie-afwijking niet de enige reden was voor de afwijzing, kan doen vermoeden dat jegens de vrouw onderscheid op grond van een vermeende handicap is gemaakt. Het ziekenhuis heeft dit vermoeden niet kunnen weerleggen en heeft daarom verboden onderscheid op grond van handicap gemaakt.

## 2009-57

**Grond:** handicap of chronische ziekte; ras  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid; geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Werkgever voldoet niet aan onderzoekspllicht op grond van WGBH/CZ ten aanzien van passendheid functie en eventuele noodzakelijke doeltreffende aanpassingen tijdens re-integratietraject werknemer. Niet is gebleken dat de afkomst van de werknemer een rol heeft gespeeld in de wijze waarop hij is behandeld.**

Een man van Turkse afkomst heeft een nek-hernia. Hij moet zich om die reden meerdere malen ziek melden bij zijn werkgever. Hij komt daardoor in een re-integratietraject terecht waarin de uitkomst is dat hij herplaatst moet worden naar een andere (minder bezwarende) functie. De man stelt dat zijn werkgever onzorgvuldig heeft gehandeld tijdens zijn re-integratietraject en dat zijn werkgever collega's die ook een nek-hernia hebben, beter behandelde dan hij terwijl zij in een vergelijkbare situatie verkeerden. Allereerst constateert de Commissie dat de verplichtingen onder de Wet Poortwachter niet onder de reikwijdte van de WGBH/CZ vallen. De beoordeling of een werkgever voldoende heeft onderzocht of een functie die in het kader van een re-integratietraject wordt aangeboden al dan niet passend is en/of er eventueel doeltreffende aanpassingen noodzakelijk zijn, behoort wel tot de reikwijdte van de WGBH/CZ. In casu heeft de werkgever onzorgvuldig gehandeld bij de beoordeling of een nieuwe functie al dan niet passend was voor de man, rekening houdend met zijn nek-hernia. Hierdoor heeft de werkgever in strijd gehandeld met het verbod van onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte. Voorts heeft de man niet voldoende feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat hij vanwege zijn afkomst anders werd behandeld dan zijn andere collega's met een nek-hernia.

## 2009-62

**Grond:** handicap of chronische ziekte  
**Terrein:** beroepsonderwijs  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Hogeschool heeft chronisch zieke studente onvoldoende aanpassingen geboden.**

Een chronisch zieke vrouw klaagt erover dat een hogeschool haar tijdens haar studie onvoldoende aanpassingen heeft geboden. Zij heeft visuele klachten, pijn en andere klachten. Zij volgde vanaf december 2004 een duale deeltijdstudie HBO-rechten. De vrouw vroeg formeel in april 2005 in verband met haar functiebeperkingen om aanpassingen tijdens de studie. Het ging met name om extra tijd voor haar tentamens. In oktober 2005 werd dit verzoek door de school gehonoreerd. In het vervolg van haar studie, mede naar aanleiding van toenemende klachten, verzocht zij om nog nadere aanpassing in het kader van vermindering en spreiding van de studiebelasting. Bij brief van 15 februari 2007 werden de gevraagde voorzieningen toegekend. In de loop der

tijd kwam het met enige regelmaat voor dat de opleiding, deels omdat zij worstelde met startproblemen, de toezeggingen aan de vrouw niet nakwam. Onderscheid. Eind 2007 wilde verzoekster beginnen met afstuderen. De docent bij wie zij haar afstudeerscriptie wilde schrijven, liet haar weten zijn begeleiding op te schorten en een nieuwe beoordeling van haar gezondheidssituatie af te willen wachten. De vrouw heeft een andere scriptiebegeleider gevonden en is binnen een paar maanden afgestudeerd. De werkgever is verantwoordelijk voor het nalatige gedrag van de scriptiebegeleider. Onderscheid.

## 2009-74

**Grond:** handicap of chronische ziekte  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Staatssecretaris van Financiën maakt niet objectief gerechtvaardigd onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte door de hoogte van de reiskostenvergoeding voor een arbeidsgehandicapte niet te baseren op de kosten van een OV jaartrajectkaart.**

Een werknemster kan vanwege haar handicap niet met het openbaar vervoer naar haar werk reizen. Zij reist om die reden met haar auto naar het werk. De vrouw ontvangt een reiskostenvergoeding op basis van de zogenaamde hoge kilometervergoeding (16 cent per kilometer) die lager is dan de prijs van de voor dat traject geldende OV jaarkaart. Daarmee maakt de werkgever indirect onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte bij de arbeidsvoorwaarden. De werkgever heeft aangevoerd dat om praktische redenen is gekozen voor een kilometervergoeding in plaats van een vergoeding die gelijk is aan de hoogte van kosten voor een OV traject jaarkaart. De Commissie acht het middel niet proportioneel aangezien niet aannemelijk is dat het individueel berekenen van de kosten van een OV traject jaarkaart niet eveneens praktisch uitvoerbaar is en om die reden kan gelden als een geschikt alternatief middel. Het gemaakte onderscheid is derhalve niet objectief gerechtvaardigd.

## 2009-75

**Grond:** handicap of chronische ziekte  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Staatssecretaris van Financiën maakt niet objectief gerechtvaardigd onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte door de hoogte van de reiskostenvergoeding voor een arbeidsgehandicapte niet te baseren op de kosten van een OV-jaartrajectkaart.**

Een werknemster kan vanwege haar handicap niet met het openbaar vervoer naar haar werk reizen. Zij reist om die reden met haar auto naar het werk. De vrouw ontvangt een reiskostenvergoeding op basis van de zogenaamde hoge kilometervergoeding (16 cent per kilometer) die lager is dan de prijs van de voor dat traject geldende OV jaarkaart. Daarmee maakt de werkgever indirect onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte bij de arbeidsvoorwaarden. De werkgever heeft aangevoerd dat om praktische redenen is gekozen voor een kilometervergoeding in plaats van een vergoeding die gelijk is aan de hoogte van kosten voor een OV-jaartrajectkaart. De Commissie acht het middel niet proportioneel aangezien niet aannemelijk is dat het individueel berekenen van de kosten van een OV-jaartrajectkaart niet eveneens praktisch uitvoerbaar is en om die reden kan gelden als een geschikt alternatief middel. Het gemaakte onderscheid is derhalve niet objectief gerechtvaardigd.

## 2009-87

**Grond:** handicap of chronische ziekte  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Werkgever heeft onvoldoende moeite gedaan voor verrichten van aanpassingen voor werknemster met heupaandoening.**

Een werknemster bij een recreatiepark lijdt aan een heupaandoening. Zij werkt een paar uur per week naast haar studie. In de loop der tijd krijgt zij steeds meer last van haar aandoening. Ze doet het verzoek aan haar werkgever tot een aanpassing te komen door haar toe te staan in een rolstoel te werken. De werkgever stelt voor dat zij krukken gaat gebruiken, wat gebeurt. De werkgever doet tevens nader onderzoek, maar overlegt niet met de vrouw. Op grond van zijn eigen denkbeelden gaat hij



ervan uit dat ingrijpende aanpassingen van de werkplek moeten worden verricht in verband met het gebruik van een rolstoel die het bedrijf te zwaar belasten. Hij koppelt dit niet terug aan de vrouw. De ziekte van de vrouw verloopt progressief. Na een half jaar verzoekt zij nogmaals te kunnen werken in een rolstoel. Zij ziet hier allerlei mogelijkheden voor zonder verdere ingrijpende aanpassingen, maar wordt meteen afgekept door haar direct leidinggevende die abrupt "nee" zegt. Als resultaat vraagt de vrouw haar ontslag aan. De Commissie oordeelt dat de werkgever niet heeft voldaan aan zijn verplichting te onderzoeken welke aanpassingen nodig en mogelijk waren. Er worden aan de vrouw wel alternatieve functies aangeboden, maar dit geldt volgens de wet niet als doeltreffende aanpassing: doeltreffende aanpassingen dienen op de eigen functie gericht te zijn. Verboden onderscheid.

### 2009-102

**Grond:** handicap of chronische ziekte  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**School maakt onderscheid op grond van chronische ziekte door niet te onderzoeken of het onvoldoende functioneren van een conciërge door zijn chronische ziekte wordt veroorzaakt.**

Een man werkt als conciërge voor een school. Hij heeft een tijdelijk contract voor de duur van een jaar. Dit contract wordt verlengd, weer voor een jaar. Enkele weken na het begin van de nieuwe termijn en daags nadat verzoeker terugkeert na een ziekteverzuim van drie weken, deelt de directeur hem mee dat zijn contract niet nogmaals zal worden verlengd. De reden daarvoor is dat de man, volgens de school, niet goed met mensen kan omgaan. De school meent dat hij te veel conflicten heeft met collega's, leerlingen en ouders. De man lijdt aan een chronische aandoening die zijn hormoonhuishouding ontregelt. Omdat hij in die periode nog zoekende was naar de juiste medicijnen, had hij last van klachten in verband met deze aandoening. Deze klachten waren onder meer ernstige vermoeidheid, stemmingswisselingen en karakterveranderingen. De man heeft dit aan de directeur en zijn collega's meegedeeld in een e-mail die hij heeft verzonden toen hij zich ziek meldde. Hij heeft bij die mail informatie gevoegd over zijn aandoening en de klachten die dat veroorzaakt. Ook heeft hij al eerder bij de directeur aangekaart dat hij ernstig vermoeid was en dat vooral één onderdeel van zijn functie, de

alarmwacht, hem opbrak. De school heeft echter niet onderzocht in hoeverre de aandoening van de man van invloed was op zijn functioneren, noch of hij, als de medicijnen zouden aanslaan en/of als hij geen alarmwacht meer zou hoeven doen, wel goed zou functioneren. De Commissie is van oordeel dat daar wel aanleiding toe bestond. Daarom heeft de school verboden onderscheid gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte jegens de conciërge.

### 2009-109

**Grond:** handicap of chronische ziekte  
**Terrein:** onderwijs  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Een school laat de verantwoordelijkheid voor doeltreffende aanpassingen en voor een discriminatievrije school te zeer bij een blinde student: verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte.**

Een student met een visuele handicap heeft met haar onderwijsinstelling, een hogeschool, afspraken gemaakt met betrekking tot doeltreffende aanpassingen. De student stelt dat de afspraken slecht worden nagekomen en dat de school haar daarbij niet helpt. Daarnaast stelt de student dat de school ten onrechte vasthoudt aan stage-vereisten waaraan zij, vanwege haar handicap niet kan voldoen, waardoor zij haar stage moest afbreken. Ten slotte stelt de student dat de school haar niet heeft geholpen bij het aankaarten van de uitsluiting die zij vanwege haar handicap ondervond van haar medestudenten.

De Commissie is met de student van oordeel dat de school onvoldoende verantwoordelijkheid heeft genomen ten aanzien van de naleving van de afspraken omtrent doeltreffende aanpassingen. De school heeft de student niet anders willen behandelen dan niet-gehandicapte studenten om zo stigmatisering te voorkomen. Hoewel goede bedoeld, is de school hierdoor voorbij gegaan aan de specifieke behoefte van een student met een beperking. Ditzelfde geldt ten aanzien van de stage: door niet bij de stage-instelling te informeren of de student in verband met haar handicap wel stage kon verrichten en of eventuele doeltreffende aanpassingen nodig waren, heeft de school onvoldoende uiting gegeven aan de verantwoordelijkheid van onderwijsinstellingen voor studenten met een handicap. Met betrekking tot het zorg dragen voor een discriminatievrije onderwijsomgeving is de Commissie van oordeel dat de school meer alert had moe-

ten zijn op de mededelingen van de student dat het haar zelf niet lukte om de door haar gevoelde uitsluiting aan te kaarten bij haar medestudenten. Ook had de school onderzoek moeten doen naar de klachten van de student en het niet aan de student alleen moeten overlaten om haar klachten op te lossen.

### **2009-127**

**Grond:** handicap of chronische ziekte

**Terrein:** arbeid

**Dictum:** geen verboden onderscheid

#### **Samenvatting:**

**Bovengrensindicatie als voorwaarde stellen aan Wsw-er om in aanmerking te komen voor reguliere baan is niet in strijd met de wet.**

Een man werkt al jaren in het kader van de Wet sociale werkvoorziening als financieel medewerker. Bij de organisatie werken naast

Wsw-ers ook mensen in reguliere banen in dienst van een stichting. De man solliciteert naar de extra vrijgekomen formatieplaats van financieel medewerker bij deze stichting. Om te kunnen solliciteren stelt de werkgever als voorwaarde dat de man een herindicatie aanvraagt bij het UWV, dit weigert de man. De man vindt dat hij ongelijk behandeld wordt op grond van chronische ziekte omdat hij als Wsw-er wordt afgewezen voor een reguliere baan bij de stichting. De Commissie stelt vast dat iedereen in principe kan solliciteren naar de betreffende functie. Er is dan ook geen sprake van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte. De door de werkgever gestelde voorwaarde doet hier niet aan af. Uit de Wsw volgt dat een Wsw-indicatie niet verenigbaar is met een reguliere baan. Wel meent de Commissie dat verweerder onduidelijk en onzorgvuldig met verzoeker heeft gecommuniceerd over de kwestie. In dit geval leidt dit echter niet tot strijd met de wet.

# Leeftijd

*Mr. A.W. van Leeuwen & mr. M.B. de Witte-Van den Haak*

## 1 INLEIDING

Leeftijdscriminatie blijft een enigszins vreemde eend in de bijt van de gelijke behandelingswetgeving. Enerzijds is het – anders dan gronden als bijvoorbeeld ras en geslacht – een niet bij voorbaat verdachte grond. Anderzijds vormt leeftijd de grond die – in de afgelopen jaren – het grootste aantal zaken opleverde. In 2009 zijn 105 verzoeken om oordelen over al dan niet vermeende leeftijdscriminatie binnengekomen bij de Commissie (22% van het totaal) en zijn 39 oordelen uitgebracht (dat is 30% van het totaal). Deze aantallen zijn in lijn met de aantallen die in de jaren 2004–2008 zijn binnengekomen. Ook in die periode heeft de grond leeftijd gezorgd voor het relatief grootste aantal oordelen, te weten 345 van het totaal door de Commissie in die jaren gegeven aantal oordelen van 1113. Dat is ongeveer 31%. Van de klachten over leeftijdscriminatie wordt iets meer dan de helft gegrond verklaard, te weten 51,6%.

Misschien heeft het één wel met het ander te maken. Omdat leeftijdscriminatie niet een bij voorbaat verdachte grond is, zijn deelnemers in het maatschappelijk verkeer er minder op gespist als zij bijvoorbeeld een sociaal plan opstellen of een CAO overeenkomen. Vervolgens blijkt er wel een discussie mogelijk over de vraag of de maatregel al of niet leeftijdscriminatie oplevert.

In deze bijdrage zullen wij naast de gebruikelijke bespreking van de van belang zijnde oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling (Commissie) ook de algemene adviezen van de Commissie bespreken en de ontwikkelingen op het gebied van wetgeving en (Europees rechtelijke) jurisprudentie. Wij hebben wederom bij onze indeling aansluiting gezocht bij artikel 3 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (Wgbl).

## 2 EVALUATIE WET GELIJKE BEHANDELING OP GROND VAN LEEFTIJD

In februari 2009 verscheen de evaluatie van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (2004–2008), CGB-advies/2009/05 onder de titel “WGBL, geen symboolwetgeving”. Het rapport heeft in hoge mate een beschrijvend karakter en bevat daarnaast een aantal aanbevelingen. De Commissie gelijke behandeling (Commissie) concludeert dat de Wgbl in het algemeen hanteerbaar is maar aan deze conclusie gaat de kanttekening vooraf dat de grond niet makkelijk toepasbaar is, nu het gaat om een grond die niet bij voorbaat verdacht is en bovendien dynamisch. Iedereen gaat door de verschillende leeftijden heen, dus iedereen kan met bepaalde leeftijdsgebonden voor- of nadelen op enig moment in aanraking komen. Dat betekent dat men ten aanzien van bepaalde verschillen genuanceerd dient te toetsen. Bij

de beoordeling van leeftijdsonderscheid in arbeidsvoorwaarden houdt de Commissie daarom rekening met een zekere mate van solidariteit tussen de oudere en de jongere generatie. De Commissie laat dit aspect een rol spelen bij objectieve rechtvaardiging van het onderscheid. De Commissie beveelt op dit punt wel aan om bepalingen in cao's die leeftijdsonderscheid bevatten te voorzien van een vermelding van het doel van dit leeftijdsonderscheid. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ondersteunt deze gedachte en stelt aan het slot van zijn reactie op de evaluatie deze aanbeveling onder de aandacht van sociale partners te zullen brengen.<sup>1</sup>

De Commissie beoordeelt de personele en materiële werkingssfeer zoals in de wet opgenomen als voldoende helder maar acht de materiële werkingssfeer te beperkt. Er zouden meer maatschappelijke terreinen zijn waarop een verbod van leeftijdsonderscheid zou moeten gelden. De Commissie zou deze graag uitgebreid zien met onderwijs, goederen en diensten alsmede huisvesting. De Minister is op dat punt echter in zijn reactie op de evaluatie bepaald terughoudend. Hij verwijst naar eerdere studies waaruit niet bleek van directe noodzaak tot uitbreiding naar deze gebieden en naar het richtlijnvoorstel met betrekking tot de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid uit 2008.<sup>2</sup>

### *Richtlijnvoorstel 2008/0140 (CNS)*

Dit voorstel heeft tot doel het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid buiten de arbeidsmarkt toe te passen en wel op het terrein van sociale bescherming met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg, sociale voordelen, onderwijs en toegang tot goederen en diensten die commercieel voor het publiek beschikbaar zijn, met inbegrip van huisvesting. Nederland heeft met betrekking tot deze ontwerp-richtlijn echter een algemeen studievoorbehoud gemaakt omdat de praktische financiële en juridische gevolgen nog niet goed te overzien zijn.<sup>3</sup> In april 2009 is het Europese parlement met dit richtlijnvoorstel akkoord gegaan. In juni heeft het Committee of the Regions geadviseerd. Op leeftijd wordt in de opinie van het Comité niet ingegaan maar terecht wordt opgemerkt dat de meest serieuze problematiek die van de meervoudige discriminatie is. In dat verband noemt men Roma kinderen en minderjarige alleenreizende asielzoekers. Het voorstel is "awaiting final decision". Er resteren echter wel degelijk nog serieuze discussiepunten. Van belang is bijvoorbeeld hoe om te gaan met het verschil tussen enerzijds gelijke toegang tot de verschillende terreinen en anderzijds de inrichting van die terreinen. De inrichting van de diverse terreinen wordt niet door de ontwerp-richtlijn geraakt en blijft een verantwoordelijkheid van de lidstaten. Specifiek voor wat betreft de uitbreiding van de materiële werkingssfeer van de grond leeftijd is een openstaand discussiepunt welke legitieme vormen van onderscheid, in het bijzonder ten aanzien van minderjarigen, er zijn voor wat betreft financiële diensten (inclusief banken en verzekeringen). De regering zond op 16 november 2009 zijn reactie op dit EU-richtlijnvoorstel aan de Eerste en Tweede Kamer.<sup>4</sup> Deze reactie bevat een uiteenzetting over de wijze waarop de regering voornemens is het voorstel te zijner tijd te beoordelen. Hoewel er een positieve grondhouding bestaat acht het kabinet de financiële gevolgen dispropor-

1 Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 11 juni 2009 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, kenmerk AV/AR/2009/6871, [http://docs.minszw.nl/pdf/34/2009/34\\_2009\\_3\\_13142.pdf](http://docs.minszw.nl/pdf/34/2009/34_2009_3_13142.pdf).

2 2008/0140 (CNS).

3 *Kamerstukken II*, 2008/09, 30 347, nr. 2, pag. 7.

4 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 544, J en nr. 10.

portioneel. Bovendien vergt de tekst precisering. Duidelijker moet worden afgebakend wat wel en niet onder de richtlijn valt en welke ruimte de lidstaten hebben. Ook moet de implementatietermijn lang zijn en mag de richtlijn op het gebied van het vervoer niet treden in gebieden waarvoor al specifieke regelingen bestaan. Nederland stemt met de thans voorliggende tekst niet in en behoudt zich het recht voor alsnog tegen te stemmen indien men de juridische en financiële gevolgen onaanvaardbaar acht.

### *Wetsvoorstel meer tijdelijke dienstverbanden onder 27 jaar*

Op 14 september 2009 werd een wetsvoorstel ingediend dat strekt tot een tijdelijke verruiming van de mogelijkheid in artikel 7:668a Burgerlijk Wetboek om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan.<sup>5</sup> Voor jongeren onder de 27 jaar mogen op grond van dit wetsvoorstel maximaal vier (in plaats van drie) tijdelijke arbeidsovereenkomsten achter elkaar gesloten worden met een maximale totaalduur van 48 (in plaats van 36) maanden. De beperkte mogelijkheid van werkgevers om tijdelijke arbeidsovereenkomsten te sluiten heet een ketenbepaling en wordt vervolgens als zodanig aangeduid. Daarmee wordt beoogd de arbeidsparticipatie van jongeren te bevorderen. Met de leeftijd van 27 jaar wordt aangesloten bij de Wet investeren in jongeren (WIJ) die met ingang van 1 oktober 2009 in werking is getreden.<sup>6</sup> De WIJ geeft werkloze jongeren tot 27 jaar recht op een werkleeraanbod. De leeftijdsgrens in die wet was voorgelegd aan de CGB die deze objectief gerechtvaardigd had geoordeeld.<sup>7</sup> Gelet op de wens om jeugdwerkloosheid tegen te gaan, lag voor die regeling volgens de Commissie een beperking voor de hand, mede gezien de omvang van de doelgroep. Die rechtvaardiging wordt ook in het wetsvoorstel met betrekking tot artikel 7:668a BW overgenomen. In de memorie van toelichting wordt de objectieve rechtvaardigingstoets systematisch uitgewerkt naar legitiem doel en passende en noodzakelijke middelen. Het bevorderen van arbeidsparticipatie van jongeren en bestrijden van jeugdwerkloosheid is een legitiem doel. Dit wordt ook nadrukkelijk genoemd in EG-kaderrichtlijn (2000/78/EG).<sup>8</sup> De verruiming van de ketenbepaling is volgens de regering een passend middel omdat de verwachting is dat werkgevers ten gevolge daarvan jongeren langer aan de slag zullen houden. Het is noodzakelijk omdat werkervaring een vereiste is om mee te kunnen komen op de arbeidsmarkt. Omdat het juist gaat om het bestrijden van jeugdwerkloosheid is een alternatief zonder leeftijdsbepaling niet mogelijk. De maatregel wordt proportioneel geacht omdat het slechts een tijdelijke maatregel voor twee jaar is en bovendien maar om een beperkte verruiming van de ketenregeling gaat. Het was de bedoeling van de regering deze maatregel per 1 januari 2010 te laten ingaan. Deze datum is echter niet gehaald. Er zijn vanuit de Kamer nogal wat kritische vragen gesteld, die worden beantwoord in de Nota naar aanleiding van het verslag.<sup>9</sup> Hier wordt ook nog een keer uitgebreid ingegaan op de internationale regels met betrekking tot leeftijdsdiscriminatie. De regering verwijst naar artikel 7, eerste lid, onderdeel a Wet Wgbl. Het maken van onderscheid op grond van leeftijd is op grond van deze bepaling toegestaan als dat onderscheid is gebaseerd op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën. Daartoe moet dit beleid

5 *Kamerstukken II*, 2009/10 32058.

6 Wet van 1 juli 2009, houdende bevordering duurzame arbeidsinschakeling jongeren tot 27 jaar (Wet investeren in jongeren), *Staatsblad* 2 juli 2009, nr. 282 en 283 (inwerkingtreding).

7 *Kamerstukken II*, 2008/09 31775, nr. 3.

8 Richtlijn 2000/78/2000 van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*PbEG L 303 van 2 december 2000*, p. 16-22).

9 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32058, nr. 6.

bij of krachtens wet zijn vastgesteld en dient er een objectieve rechtvaardiging te zijn voor het leeftijdsonderscheid (legitiem doel, passende en noodzakelijke middelen). Bij Nota van wijziging is de tijdelijkheid strakker in de wet zelf opgenomen.<sup>10</sup> In het aanvankelijk wetsvoorstel was de verruimingsmogelijkheid niet beperkt. Thans is de mogelijkheid tot verruiming in de wet zelf gelimiteerd. De regeling eindigt 31 december 2012 en kan bij Koninklijk besluit nog twee jaar worden verlengd.

Het is nu afwachten hoe het verdere verloop van de behandeling zal zijn en of en zo ja wanneer deze regeling in werking zal treden. Het verschil met de WIJ lijkt op het eerste oog vooral te zijn dat de WIJ jongeren extra aanspraken geeft, die ouderen niet hebben, namelijk een aanspraak op een werkleeraanbod. Voor ouderen blijft alles zoals het is. De wet tot verruiming van de ketenregeling ontnemt jongeren echter tijdelijk de rechtsbescherming die uitgaat van de ketenregeling vanuit de gedachte dat ze dan langer aan het werk zullen kunnen blijven. Het is dus ongunstig voor jongeren. Aldus ook de CGB in haar Comments on the combined fourth en fifth Dutch report on the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: 'There are many regulations in the labour market with an age limit which are especially disadvantageous to young people. An example is the government measure to increase the possibility to renew a temporary contract of young people (before it is changed in a permanent employment contract), from three times to four times in a row.'<sup>11</sup> Dit wetsvoorstel confronteert direct met de tegenkant van de rechtsbescherming die uitgaat van de ketenregeling: het alles of niets effect aan het einde van de termijn: ofwel een vast dienstverband ofwel einde dienstverband. Het moment van die alles of niets keuze wordt voor jeugdigen uitgesteld. Het is echter de vraag of dat ene jaar verschil werkelijk zal leiden tot duurzame langere inzet van jongeren of dat slechts een jaar langer gebruikt zal worden gemaakt van dan inmiddels redelijk ervaren arbeidskrachten om hen na afloop van dan vier jaar alsnog in te ruilen voor nieuwe goedkopere arbeidskrachten zonder dat daar een vast dienstverband mee gesloten hoeft te worden. Het HvJ EG oordeelde in het *Mangoldarrest* dat een wettelijke regeling die voor werknemers ouder dan 52 een in feite eindeloze reeks tijdelijke dienstverbanden mogelijk maakte, discriminatoir en strijdig met het gemeenschapsrecht was aangezien niet was aangetoond dat deze leeftijds grens werkelijk in alle gevallen noodzakelijk was om het nagestreefde doel te bereiken.<sup>12</sup> De in Nederland nu voorgestane regeling is aanmerkelijk beperkter maar dient toch in elk geval kritisch te worden bekeken. Een onderzoek naar de verwachte effecten is wat ons betreft, juist ook in het licht van de eisen die het *Mangoldarrest* aan de objectieve rechtvaardiging stelt, aanbevelenswaardig.

---

10 En wel in de vorm van een zogenaamde "sunsetbepaling".

11 Advies 2009/8.

12 HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04, *JAR* 2005/289, r.o. 65: 'Een dergelijke wetgeving moet worden geacht verder te gaan dan passend en noodzakelijk is voor het bereiken van het nagestreefde doel, voorzover zij de leeftijd van de betrokken werknemer als enig criterium hanteert voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zonder dat is aangetoond dat de vaststelling van een leeftijds grens als zodanig, los van iedere andere overweging ter zake van de structuur van de betrokken arbeidsmarkt en de persoonlijke situatie van de betrokkene, objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het doel, de opnemng in het arbeidsproces van oudere werkloze werknemers te bevorderen'.

### 3 WERVING EN SELECTIE

#### *Online werving- en selectiegids*

Op 4 december 2009 lanceerde de Commissie de online werving- en selectiegids.<sup>13</sup> Deze gids is ontwikkeld in samenwerking met een aantal partners te weten de Stichting van de Arbeid, de NVP, het Expertisecentrum LEEFTijd en Artikel 1, bureau discriminatiezaken. De inhoud van de gids is gebaseerd op de vele oordelen die de Commissie de afgelopen jaren heeft gegeven met betrekking tot klachten over onder andere leeftijdsdiscriminatie bij werving en selectie. De gids kan werkgevers en iedereen die betrokken is bij het aanstellen van personeel helpen bij het bepalen van de eisen die men aan sollicitanten mag stellen en bij het vormgeven van de werving- en selectieprocedure. In de gids komen alle discriminatiethema's waaronder ook leeftijd aan de orde. Er wordt duidelijk uitgelegd hoe de Commissie gelijke behandeling toetst en wat in advertenties wel en niet is toegestaan. Ook wordt uitgelegd dat soms een leeftijdsgerelateerde eis wel mag worden gesteld maar dat daarvoor dan goede redenen aanwezig moeten zijn die ook in de vacaturetekst zelf gemotiveerd moeten worden. Deze Werving- en selectiegids is niet het eerste instrument dat werkgevers kan helpen om op het punt van leeftijd correct te handelen. Eerder al verscheen de leeftijdswijzer.<sup>14</sup> Wel is het voor zover ons bekend het eerste instrument waarin alle discriminatiegronden geïntegreerd worden behandeld. Dat is waardevol voor de praktijk.

Volgend jaar of wellicht eigenlijk pas in 2011 (nu de gids op 4 december 2009 verscheen en veel klachten die in 2010 behandeld worden dus nog betrekking zullen hebben op een situatie die zich al voor 4 december 2009 heeft voorgedaan), zullen we kunnen vaststellen of deze gids er toe leidt dat werkgevers hun werving- en selectieprocedure beter inrichten en dat minder klachten over leeftijdsdiscriminatie worden ingediend en gegrond verklaard. Ook denkbaar is echter dat er eerst een aanzuijgende werking optreedt. Klagers worden zich bewust van hun rechten.

#### *Artikel 9 Wgbl en advertenties*

Uit de evaluatie van de Wgbl blijkt dat veruit de meeste oordelen over leeftijdsonderscheid zien op werving en selectie. Dit is zo'n 40% van de oordelen over leeftijd. Aangezien per jaar 800.000 personeelsadvertenties verschijnen is ook niet verwonderlijk dat het om grote aantallen gaat. Tevens wordt echter geconstateerd dat minder dan voorheen advertenties met leeftijdsgrenzen verschijnen. Dit wordt bevestigd in de kabinetsreactie op de evaluatie.<sup>15</sup> De conclusie van de Commissie luidt dan ook dat artikel 9 Wgbl<sup>16</sup> effectief is en het niet nodig is een sanctiebepaling in de wet op te nemen. Een leeftijdsgrens (direct of indirect) dient, indien deze wordt gesteld niet alleen inhoudelijk gerechtvaardigd te zijn maar ook te worden gemotiveerd in de desbetreffende vacaturetekst. Het nut daarvan is zowel dat voor degene die wil solliciteren de ratio van het onderscheid zichtbaar is, als dat het degene die de advertentie plaatst, dwingt zich daadwerkelijk op de noodzaak van deze eis te beraden.<sup>17</sup> Een kleine steekproef op de website [www.nationalevacaturebank.nl](http://www.nationalevacaturebank.nl) laat zien dat de vaca-

13 <http://www.wervingenselectiegids.nl/home>.

14 [http://www.leeftijd.nl/test\\_zelf/checklist](http://www.leeftijd.nl/test_zelf/checklist).

15 *Kamerstukken II*, 2008/09, 30 347, nr. 2, pag. 4.

16 Indien bij een openlijke aanbieding van een betrekking onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt, wordt de grond daarvan uitdrukkelijk vermeld.

17 Oordeel 2009-17, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.

tures die daar geplaatst zijn in hoofdlijnen uitsluitend nog differentiëren naar gewenste werkervaring. Andere leeftijdsaanduidingen waren in de 19 vacatures die de laatste 24 uur voor de check geplaatst waren niet te vinden. Op [www.werk.nl](http://www.werk.nl) werden van de 35888 banen op het checkmoment 834 aangeduid als 45+ banen en wie daarop klikt, leest dat de werkgever aangeeft dat de desbetreffende baan past binnen het diversiteitsbeleid van de overheid. Leeftijdseisen werden verder bij een globale check nauwelijks aangetroffen. Wel een aantal malen een minimum werkervaring variërend van 3 maanden tot 24 maanden. En ook formuleringen als 3-5 jaar werkervaring, die enigszins dubbelzinnig zijn.

Of dit werkelijk de conclusie rechtvaardigt dat artikel 9 Wgbl effectief is, is echter maar de vraag. Van effectiviteit van artikel 9 Wgbl zou echter veeleer gesproken kunnen worden als er meer advertenties met gemotiveerde leeftijdsgrenzen zouden verschijnen, doch voor zover onze beperkte steekproef laat zien is dat niet het geval. Effectief is artikel 9 Wgbl slechts in zoverre dat advertenties met ongemotiveerde leeftijdsgrenzen niet meer verschijnen maar dat hoeft niet te betekenen dat er ook daadwerkelijk geen leeftijdsgrenzen meer worden gehanteerd.<sup>18</sup> Immers in elke sollicitatie zijn naast leeftijd ook andere aanknopingspunten voor een afwijzing te vinden. Het is dit aspect dat met zich brengt dat op leeftijdsdiscriminatie bij werving en selectie zo lastig grip te krijgen is. Op 1 december 2009 nam de Tweede Kamer de motie Dibi en Vermeij aan waarin werd verzocht om onderzoek naar het inzetten van onconventionele middelen om leeftijdsdiscriminatie aan te pakken.<sup>19</sup> De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft een aantal alternatieven overwogen en stelt in zijn antwoord<sup>20</sup> op deze motie dat hij inzetten van undercoveragenten of nepsollicitanten disproportioneel acht mede in het licht van de dunne scheidslijn met uitlokking. Opname in het Wetboek van Strafrecht of het opzetten van een register voor naming and shaming acht de Minister niet te handhaven. Praktijktests acht hij niet werkbaar. Hij concludeert dat voorlichting en overtuiging de beste wegen zijn. Voor 2010 wordt een nieuw voorlichtingsproject "Vacatures voor alle leeftijden" aangekondigd.

Een aantal advertenties met ongemotiveerde leeftijdsaanduidingen verschijnt desalniettemin nog altijd op de website [www.werk.nl](http://www.werk.nl) van UWV. UWV werkt wel met een filter<sup>21</sup> maar dat biedt nog onvoldoende waarborg. De Commissie adviseert daarom in de evaluatie juridisch advies te vragen over de reikwijdte van artikel 6:196c BW in verhouding tot de Wgbl. Artikel 6:196c BW regelt de gevallen waarin de aansprakelijkheid van internetaanbieder voor – kort gezegd – de door hen doorgegeven informatie is uitgesloten. De regering vindt het vragen van advies op dit punt

18 Zoals wij in onze bijdrage in de bundel 2008 al opmerkten: 'Wezenlijker is nog dat een 'handige' werkgever klachten kan omzeilen. Wie eerlijk zegt een leeftijdsgenoot gezelliger te vinden, handelt niet juist. Wie geen eis stelt in de advertentie, stiltzwindend aldus selecteert en afwijzingen motiveert met een perceptie van competenties, ontspringt de dans.' A.W. Van Leeuwen & M.B. De Witte, *Leeftijd*, in: J.H. Gerards (hoofdred.) *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2009 p. 189.

19 *Kamerstukken II*, 2009/10, 29544, nr 209.

20 *Kamerstukken II*, 2009/10, 29544, nr 214.

21 Op de website van UWV vindt men de volgende tekst: "UWV WERKbedrijf bestrijdt leeftijdsdiscriminatie. UWV WERKbedrijf controleert alle vacatures die worden ingevoerd op [werk.nl](http://werk.nl) op leeftijdsdiscriminatie. Wanneer er in een vacature onterecht onderscheid wordt gemaakt op basis van leeftijd, dan zal [werk.nl](http://werk.nl) de vacature direct verwijderen. De werkgever ontvangt dan van [werk.nl](http://werk.nl) een e-mail waarin de reden van de verwijdering wordt toegelicht. Bij herhaling schrijft [werk.nl](http://werk.nl) de werkgever uit. Op verzoek kan [werk.nl](http://werk.nl) het account van de werkgever na drie maanden weer activeren.

De aanpak van het WERKbedrijf

Het WERKbedrijf wil vraag en aanbod op de arbeidsmarkt zo goed en zo snel mogelijk bij elkaar brengen. Dat is in het belang van de werkgever en van de werkzoekende. Juist daarom is ervoor gekozen om werkgevers zelfstandig vacatures te laten plaatsen op [werk.nl](http://werk.nl) zonder tussenkomst van het WERKbedrijf. Het WERKbedrijf maakt veel werk van de controle op leeftijdsdiscriminatie. Dit gebeurt geautomatiseerd (met filters) en via steekproeven. De werkgever blijft er echter verantwoordelijk voor dat de vacature volgens de wet is opgesteld."



niet nodig omdat het UWV door de minister van SZW is gevraagd om maatregelen te treffen om dit verder te voorkomen. Op zichzelf is de door de Commissie op dit punt opgeworpen vraag echter wel interessant. Sedert 2004 is richtlijn nr. 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt<sup>22</sup> geïmplementeerd in de Nederlandse wet- en regelgeving. Dit is gebeurd door middel van opname van een aantal bepalingen ter zake in onder meer het Burgerlijk Wetboek. Echter waar artikel 6:196c BW alleen regelt in welke gevallen aansprakelijkheid van degene die door een ander verstrekte informatie doorgeeft of opslaat is uitgesloten, zal voor de vraag of aansprakelijkheid onder omstandigheden toch aanwezig is een breder onderzoek verricht moeten worden. Wij vragen ons echter af of een dreiging van aansprakelijkheid voor de internetaanbieder of de mogelijkheid van een verbod van verdere doorgifte<sup>23</sup> wel de meest effectieve manier is leeftijdscriminatie te voorkomen. Aanpak bij de bron en preventie, -vergl. ook hier de reactie van de Minister op de motie Dibi en Vermeij- lijkt effectiever. Wij kunnen ons in die zin wel vinden in de wat afhoudende reactie van de regering op dit punt.

### *Leeftijd en competenties*

Naast de ongemotiveerde leeftijdsaanduiding troffen wij op [www.werk.nl](http://www.werk.nl) ook nog een enkele advertentie waarin een verwijzing naar de leeftijd van de teamleden was opgenomen, met het oog waarop een leidinggevende in dezelfde leeftijdscategorie wordt gevraagd. Deze leeftijdseis mag dan wel gemotiveerd maar deze motivering kan inhoudelijk de toets door de CGB zeker niet doorstaan.<sup>24</sup> In oordeel 2009-45 komt een vergelijkbare situatie nadrukkelijk aan de orde. De argumentatie van de werkgever voor het zoeken van een medewerker die qua leeftijd aan zou sluiten bij de rest van het team, was in deze zaak gelegen in de keuze om het desbetreffende bedrijf in de boekenbranche te profileren als een ambitieuze nieuwkomer op de markt. Dit doel werd door de CGB legitiem geoordeeld. Het middel was volgens de Commissie echter geschikt noch noodzakelijk. In aansluiting bij de standaardvisie van de Commissie op dit punt wordt overwogen dat het koppelen van competenties aan een bepaalde leeftijd al snel generaliserend is.<sup>25</sup> De Commissie stelt zich op het standpunt dat een dergelijke koppeling over het algemeen gebaseerd zal zijn op vooroordelen en alleen al daarom niet altijd zal opgaan. Bovendien leidt deze koppeling tot uitsluiting van potentieel geschikte kandidaten voor een vacature, nu het hanteren van een leeftijdsvereiste of levensfase weliswaar niet uitsluit dat er een geschikte kandidaat wordt gevonden in die groep maar daarin de aanname schuilt dat zich onder de mensen die niet aan de gestelde leeftijdseis voldoen geen geschikte kandidaten bevinden. Soortgelijke overwegingen treffen we aan in oordeel 2009-40 dat ziet op arbeidsbemiddeling.<sup>26</sup>

---

22 *PbEG* L 178.

23 Zie artikel 6:196c, vijfde lid, BW.

24 Zie bijv. oordeel 2006-22, 2007-212, en in dit jaar 2009/45.

25 Zie Advies 2005/06, Leeftijdsonderscheid in advertenties, p. 14.

26 Dit oordeel ziet niet alleen op onderscheid naar leeftijd. Ook ras komt hier aan de orde.

### *Aspirant luchtverkeersleiders: de Commissie gaat om*

Op dit punt oordeelt de Commissie alleen dan anders als er harde gegevens voorhanden zijn waaruit volgt dat bepaalde competenties wel zijn gebonden aan leeftijd. Dat was het geval in de zaak over de leeftijdseisen voor luchtverkeersleiders.<sup>27</sup> Voor de toelating tot de opleiding voor luchtverkeersleider geldt een leeftijdsgrens van 26 jaar. In 2008 oordeelde de Commissie nog dat aldus een ongerechtvaardigd onderscheid naar leeftijd werd gemaakt. De doelen die werden nagestreefd, te weten het zo groot mogelijk maken van de kans op een succesvolle afronding van de opleiding en het nastreven van economisch rendement van de opleiding, werden op zich zelf legitiem geacht. De door de verweerder aangedragen cijfers ten aanzien van de afname van de slagingskans bij het stijgen van de leeftijd werden echter in 2008 door de Commissie niet overtuigend geacht, met name niet omdat bleek dat optimale slagingskans met 20 jaar wordt bereikt, boven de instroomleeftijd van 22 niemand de hoogste kwalificatie heeft gehaald en het totale slagingspercentage met (de hoge) rating Schiphol hoe dan ook zeer gering is (4 van de 36). Andere factoren, zoals het cijfer voor wiskunde bleken een betere voorspellende waarde te hebben voor de slagingskans dan leeftijd. Binnen de Europese Unie wordt hiermee ook verschillend omgegaan, zodat de grens van 26 jaar in dat licht arbitrair werd geoordeeld en daarmee niet passend om het eerste doel (verhoging slagingskans) te bereiken. Ten aanzien van het tweede doel oordeelde de Commissie in 2008 onder uitgebreide verwijzing naar relevante uitspraken van het Europese Hof van Justitie en eigen eerdere oordelen dat een rendementsafweging op zichzelf inderdaad ook legitiem kan zijn.<sup>28</sup> De op dit punt door de verweerder overgelegde gegevens werden echter niet genoegzaam geacht.

In 2009 oordeelde de Commissie, onder verwijzing naar het eerdere oordeel echter anders over dezelfde leeftijdsgrens voor aspirant-luchtverkeersleiders. De verweerder had precies dezelfde doelen aan het leeftijds onderscheid ten grondslag gelegd als die in het 2008 oordeel ter discussie stonden. Het ging om het zo groot mogelijk maken van de kans op een succesvolle afronding van de opleiding en het nastreven van economisch rendement van de opleiding. Op basis van het oordeel van 2008 heeft de verwerende partij een aantal acties ondernomen die er alle toe strekten te komen tot een betere onderbouwing van het gemaakte onderscheid. Men heeft het onderwerp verbeterde instrumenten ten aanzien van de toelatingseisen in Europees verband bij Eurocontrol geagendeerd met als doel tot overkoepelend Europees beleid op dit punt te komen. Daarbij heeft men Eurocontrol erop gewezen dat het beleid strijdig zou kunnen zijn met de Europese wetgeving op het gebied van gelijke behandeling. Ook heeft men het initiatief genomen om in Europees verband een werkgroep te starten, waarin harmonisatie van het selectiesysteem, waaronder het al dan niet stellen van leeftijdsgrenzen wordt bestudeerd. Verder voert verweerder in 2009 nadrukkelijk aan het niet eens te zijn met het eerdere oordeel en men verwijst daarbij concreet naar ervaringsgegevens in Nederland uit de periode 2001–2003 toen men de leeftijdsgrens had laten vallen. 12 van de toen 68 kandidaten waren ouder dan 26 en geen van hen

<sup>27</sup> Zie oordeel 2008-21 en 2009-126.

<sup>28</sup> De CGB verwijst naar HvJ EG 31 maart 1981, zaak C-96/80, *Jur.* 1981, p.911 (*Jenkins*) en HvJ EG 13 juli 1989, zaak C-170/84, *Jur.* 1986, p.1607 (*Bilka*); HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-127/92, *Jur.* 1993, p.1-5535 (*Enderby*), en HvJ EG 26 september 2000, zaak alsmede naar HvJ EG 26 september 2000C-322/98, *Jur.* 2000, p.1-7505 (*Kachelmann*). De CGB stelt dat overwegingen van het HvJ EG ten aanzien van geslacht gelijkelijk toepasbaar zijn in oordelen over leeftijdsdiscriminatie: CGB 26 juli 2007, oordeel 2007-141 en CGB 11 december 2007, oordeel 2007-213). De Commissie toetst in dat geval de verhouding tussen doel en middel op evenredigheid, zie CGB 29 oktober 2002, oordeel 2002-165 en CGB 13 december 2005, oordeel 2005-235 en CGB 26 juli 2007, oordeel 2007-141). Ook wordt verwezen naar van 24 april 1992 (NJ 1992,689). De CGB is op dit punt wel zeer terughoudend: CGB 24 maart 2006, oordeel 2006-52, CGB 4 oktober 2005, oordeel 2005-181, CGB 19 mei 2005, oordeel 2005-83 en CGB 13 mei 2005, oordeel 2005-81.

heeft de opleiding succesvol afgerond. Ook documenten van Eurocontrol en de International Civil Aviation Authority ondersteunen de leeftijdsgrenzen. Bovendien is er een correlatie met de complexiteit van de luchthaven waarop gewerkt moet worden. Frankrijk en Duitsland (landen met net zulke complexe luchthavens) hantieren ook grenzen van 25 en 26 jaar. De Commissie gaat op basis van deze nadere gegevens “om”. Nadrukkelijk handhaaft de Commissie het uitgangspunt dat selectie moet plaatsvinden aan de hand van competenties. Doch nu hier een correlatie tussen leeftijd en competenties en daarmee slagingskans is aangetoond, wordt het middel in dit geval alsnog wel passend geacht. Op het tweede doel gaat de Commissie niet meer in nu het eerste doel met een leeftijdsgrens op passende wijze wordt gediend. Uit dit oordeel is duidelijk dat de lat voor diegene die een direct leeftijdsonderscheid willen rechtvaardigen hoog ligt. Men moet daadwerkelijk aantonen<sup>29</sup> dat er sprake is van een concreet verband tussen leeftijd en vereiste competenties om de toets te doorstaan.

### *Rendementseis*

De rendementseis wordt door de Commissie vervolgens weliswaar ten principale niet illegitiem geacht, de eisen zijn streng en met name de noodzaak is niet makkelijk aan te tonen. Daar waar deze is gekoppeld aan ambtelijke uitkeringsregelingen en de verhouding tussen uitkeringsduur en dienstverband in stelling wordt gebracht overweegt de Commissie dat er in dat geval een alternatief is, te weten het aanpassen van de desbetreffende uitkeringsregeling.<sup>30</sup>

### *Strengheid op argumentatie werkgevers ten aanzien van sollicitanten*

Deze gestrengheid kenmerkt de Commissie. Het vragen om een pas afgestudeerde omdat men wil profiteren van recente kennisontwikkeling is legitiem doch het middel niet noodzakelijk. Ook anderen dan pas afgestudeerden kunnen immers beschikken over recente kennis bijv. op grond van werkervaring of aanvullende scholing.<sup>31</sup> Smoezen helpen niet. Noch de stelling dat men de leeftijd als reden voor afwijzing heeft gegeven omdat men de werkelijke reden niet wilde geven<sup>32</sup>, noch het argument dat een medewerker een verkeerde reden voor afwijzing heeft opgegeven aan de sollicitant<sup>33</sup> kan genade vinden in de ogen van de Commissie. Dit is in het licht van de doelstelling van de regeling terecht. Als dit soort argumenten gehonoreerd zouden worden, zou iedere klacht te omzeilen zijn. Eveneens streng is de Commissie ten aanzien van inconsequent handelende werkgevers. Zo kan het weigeren van een aanstelling in vaste dienst aan een 61-jarige voor een substantieel bezwarende functie waarvoor als defungeringsleeftijd 60 jaar geldt de toets der kritiek niet doorstaan als deze 61-jarige wel in tijdelijke dienst ook nog na het bereiken van het 60<sup>ste</sup> levensjaar als zodanig heeft kunnen functioneren. Dan is de grens van 60 jaar kennelijk niet noodzakelijk.

---

29 De CGB formuleert dit als: feiten aan te dragen te rechtvaardiging.

30 Zie oordelen 2009-79, 2009-81 en 2009-82.

31 Zie ook hier oordeel 2009-17.

32 Zie oordeel 2009-9.

33 Zie oordeel 2009-69.

## 4 ONTVANKELIJKHEID

Indien de oordelen over werving en selectie worden doorgenomen ziet men dat een klager niet hoeft te zijn afgewezen om belanghebbende te zijn. Ook indien men op basis van de vacaturetekst meent uitgesloten te zijn en dus niet solliciteert, kan men klagen.<sup>34</sup> Datzelfde geldt voor een klacht over de discriminatoire inrichting van een afvloeiingsregeling.<sup>35</sup> Ook daarvan hoeft men niet zelf gebruik van te hebben gemaakt om ontvankelijk te zijn in de klacht. Voldoende is in termen van de Commissie dat het verzoek “onder de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving” valt. Dit wordt in geval van leeftijdsdiscriminatie aldus ingevuld dat voldoende is dat een klager van een sollicitatie of van het gebruikmaken van een regeling om in de advertentie resp. de regeling gelegen, leeftijdsgerelateerde redenen heeft afgezien. Daarin ziet de Commissie kennelijk een daadwerkelijk nadeel gelegen. Immers voor ontvankelijkheid wordt door de Commissie wel vereist dat er enig belang bij het verzoek moet zijn.<sup>36</sup> Wij zijn benieuwd hoe de oordelenlijn van de Commissie zich op dit punt verder ontwikkelt en hoe het begrip “onder de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving” verder wordt geconcretiseerd. Ook herhaalt de Commissie in oordeel 2009-21 de eerdere oordelenlijn dat het voor ontvankelijkheid van een klacht ook niet noodzakelijk is dat men andere rechtsmiddelen heeft uitgeput.

## 5 BEWIJSLASTVERDELING

Wie zich ter zake van de afwijzing op een sollicitatie op leeftijdsdiscriminatie beroept moet de feiten aandragen die het vermoeden wettigen dat hij wegens zijn leeftijd is afgewezen.<sup>37</sup> Niet voldoende is daartoe dat alle kandidaten die wel op een shortlist voor benoeming komen jonger zijn dan betrokkene.<sup>38</sup> Datzelfde geldt voor het feitelijk melden dat de gemiddelde leeftijd van trainees 25 jaar is.<sup>39</sup> Wel is daartoe bijvoorbeeld voldoende dat een maximum werkervaringseis wordt gesteld, in combinatie met een vacaturetekst die informeel van toonzetting is. Dit lijkt erop te wijzen dat men een jongere kandidaat zoekt. Vervolgens kunnen diezelfde feiten echter wel te licht bevonden worden voor de conclusie dat in strijd met de wet is gehandeld. In dit geval omdat de afwijzing niet daadwerkelijk was gebaseerd op leeftijd maar op een veelheid van in het CV gelegen factoren. Daarbij neemt de Commissie in aanmerking dat de aanspreekvorm jij meer in toenemende mate gemeengoed is, niet exclusief voor jongeren bedoeld maar geschikt voor eenieder die op meer informele wijze wenst te werven.<sup>40</sup>

Indien de feiten die het vermoeden rechtvaardigen dat sprake is van leeftijdsonderscheid er liggen, ligt de bal bij de verweerder. Deze kan bewijzen dat geen sprake is

---

34 Zie oordeel 2009-17 onderverwijzing naar jurisprudentie van het Europese Hof en een vaste oordelenlijn: HvJ EG 10 juli 2008, zaak C-54/07, EHRC 107, afl. 9, 1067-1072, (*Ferym*) m.nt. M.H.G. Gijzen), CGB 13 september 2007, oordeel 2007-166 en CGB 14 juni 2007, oordeel 2007-96, CGB 18 augustus 2008, oordeel 2008-106. Zie ook oordeel 2009-79.

35 Zie oordeel 2009-21 met betrekking tot een regeling voor een vertrekvergoeding in verband met de verhuizing van een bedrijf. Medewerkers konden er voor kiezen af te vloeien in plaats van mee te verhuizen. De vergoeding was gebaseerd op de kantonrechtersformule doch gemaximeerd waardoor alleen oudere werknemers tegen het plafond aan zouden kunnen lopen. Aangezien het doel juist was oudere ervaren medewerkers aan zich te binden en daarbij ook een daarop gericht flankerend beleid voorhanden was, werd de klacht inhoudelijk ongegrond verklaard. Zie hierover ook hieronder in par. 7.

36 Vergelijk oordeel 2008-102 ten aanzien van Tilburgse vrouwentaxi.

37 Zie artikel 12 Wgbl en oordeel 2009-63.

38 Zie oordeel 2009-96.

39 Zie oordeel 2009-3.

40 Zie oordeel 2009-68.

van handelen in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving door middel van getuigenverklaringen.<sup>41</sup> In andere gevallen kan echter een meer gecompliceerde bewijslevering aan de hand van statistisch materiaal nodig zijn. Dat zagen we in de kwestie van de leeftijdsgrens voor de toelating tot de opleiding voor luchtverkeersleiders die hierboven is besproken.

Dat een en ander gecompliceerd kan zijn wordt ook teruggevonden in een oordeel met betrekking tot prestatiebeloning van vertegenwoordigers in de bloembollensector.<sup>42</sup> Hier wordt een statistische analyse al toegepast om vast te stellen of er een vermoeden van onderscheid is. Het enkele feit dat medewerkers in een bepaalde groep meer verdienen dan medewerkers in een andere groep kan immers leiden tot een vermoeden dat van (indirect) onderscheid sprake is.<sup>43</sup> Een overzicht van alleen gemiddelde beloningen per leeftijdsklasse kan echter dat vermoeden nog niet doen ontstaan. Men moet ook rekening houden met de spreiding binnen de leeftijdsklasse en het aantal betrokkenen per leeftijdsklasse. In genoemde uitspraak wordt een zwak statistisch verband geconstateerd waarvan de oorzakelijkheid moet worden betwijfeld omdat ook veel andere factoren dan leeftijd invloed hebben op de hoogte van de beloning (in welk marktsegment beweegt men zich, werkt men samen of solistisch?). Hier komt de CGB daarom niet tot een vermoeden van onderscheid en komt men aan tegenbewijslevering door de verweerder niet toe. De klacht is niet gegrond. Overigens moet de betrokken verweerder, om deze statistische analyse van het verband tussen leeftijd en prestatiebeloning te kunnen maken, al wel veel bewijsmateriaal hebben geleverd. Dus ook in het stadium van het vaststellen van het vermoeden is het niet alleen de verzoeker maar ook de verweerder die een actieve rol heeft.<sup>44</sup>

## 6 BEËINDIGING INDIVIDUEEL – LEEFTIJD 65 JAAR OF OUDER/ WERKEN OP OF NA 65-JARIGE LEEFTIJD

Alvorens de oordelen van de Commissie die betrekking hebben op werken op of na het bereiken van de 65 jarige leeftijd te bespreken, gaan wij kort in op de algemene ontwikkelingen rondom het AOW-ontslag. De vraag of arbeidsverhoudingen wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd van de werknemer mogen worden beëindigd, blijft de gemoederen bezighouden. Wij gaan in dit kader overigens niet in op het kabinetsvoornemen de AOW-leeftijd te verhogen tot 67 jaar. Wel heeft deze ontwikkeling en de discussie rondom de AOW-leeftijd vermoedelijk invloed op de “hardheid” van de 65-jaar grens.<sup>45</sup>

Op 5 maart 2009 heeft het Hof van Justitie van de EG arrest gewezen in de zaak *Age concern England*.<sup>46</sup> In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat pensioenontslag onder de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78 (de Kaderrichtlijn) valt. Verder oordeelde het HvJ dat artikel 6 lid 1 van die Richtlijn zich niet verzet tegen een nationale maatregel (in Nederland: het AOW-ontslag) die geen nauwkeurige opsomming bevat van de doelstellingen die een afwijking van het verbod van discriminatie op grond van leef-

41 Zie oordeel 2009-27 en 2009-28 die beiden dezelfde feiten betreffen. In zaak 2009-27 is de werkgever verweerder en in 2008-28 het uitzendbureau. Het betreft het niet aanbieden van een vast dienstverband. Hoewel een voorman had gezegd: “We moeten ook naar de leeftijdsmix kijken”, werd uit getuigenverklaringen aannemelijk dat de werkelijke reden voor niet aanbieden van het vaste dienstverband was gelegen in de economische omstandigheden.

42 Oordeel 2009/76.

43 Zie: HvJ EG 31 mei 1995, C-400/93 (*Royal Copenhagen*).

44 Zie over dit oordeel ook hierna onder 8.

45 Zie de annotatie van M. Heemskerk in *EHRC* 2009/47 die spreekt van een “geleidelijke erosie van “de” pensioengerechtigde leeftijd.

46 Zie onder meer *JB* 2009/107 en *EHRC* 2009/47.

tijd kunnen rechtvaardigen. Het is echter wel van belang dat het doel van de betrokken maatregel kan worden bepaald aan de hand van andere elementen, ontleend aan de algemene context van de maatregel, zodat de legitimiteit daarvan en het passende en noodzakelijke karakter van de maatregel door de rechter kan worden getoetst. Blijkens de Richtlijn moet het dan gaan om doelstellingen in verband met het beleid op het gebied van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding.

In zijn instructieve annotatie bij dit arrest gaat Heemskerk in op de betekenis van het arrest voor het Nederlandse pensioenontslag.<sup>47</sup> Hij wijst in die noot nog op het verschil tussen de “gedwongen pensionering” op de voet van artikel 8, tweede lid, Wgbl en het pensioenontslag dat zijn rechtvaardiging moet vinden in artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b Wgbl. Hij komt tot de conclusie dat pensioenontslag, zoals vastgelegd in artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b Wgbl blijkens het *Age concern arrest* door de beugel kan. Wel wijst hij erop dat het “doorstromings” argument dat aan het pensioenontslag ten grondslag ligt duidelijker voor het voetlicht zou moeten worden gebracht in bijvoorbeeld beleidsdocumenten. Hij acht het niettemin aannemelijk dat het arbeidsmarktbeleid (het geheel aan maatregelen gekoppeld aan het bereiken van de leeftijd van 65-jaar) een voldoende rechtvaardiging vormt voor pensioenontslag bij 65 jaar. Hierover is geen eenstemmigheid in de literatuur.<sup>48</sup> Zo plaatst Vas Nunes vraagtekens bij de houdbaarheid van de harde grens. Zie artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b Wgbl. Hij wijst met name op het feit dat de wetgever de grens niet of nauwelijks beargumenteert en er geen blijk geeft van het dienen van een doelstelling van sociaal beleid.

De uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 14 april 2008<sup>49</sup> is al besproken in de vorige oordelenbundel. In het kader van deze uitspraak wijzen wij nog op de Circulaires Doorwerken na 65 jaar bij de Sector Rijk van 22 februari 2008<sup>50</sup> en 16 november 2009.<sup>51</sup> In die circulaire wordt een mogelijkheid gecreëerd voor de ambtenaar na het bereiken van 65<sup>e</sup> levensjaar door te werken. De ambtenaar dient zijn verzoek niet eerder dan zes maanden en niet later dan drie maanden voor zijn 65<sup>e</sup> verjaardag in te dienen. In de Circulaire van 16 november 2009 wordt opgemerkt dat ervan uit wordt gegaan dat de werkgever een verzoek tot doorwerken alleen mag weigeren in geval van een zwaarwegend dienstbelang. Wij lichten het volgende citaat uit de Circulaire:

*“Het argument dat ontslag op 65 jaar mogelijk zou moeten blijven omdat sommige oudere medewerkers niet meer naar behoren zouden functioneren is oneigenlijk te noemen.”*

Dit sluit aan bij het uitgangspunt van de Wgbl, veelvuldig door de commissie aangehaald, dat vooroordelen gebaseerd op leeftijdsdiscriminatie dienen te worden bestreden.

Dan komen we nu toe aan de oordelen van de Commissie over het (door)werken na het bereikt hebben van de 65-jarige leeftijd. In drie vrijwel gelijklopende oordelen<sup>52</sup> gaat het om de vraag of sprake is van verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de beëindiging van de arbeidsverhouding tussen een vereniging en een vrijwilliger in

47 Zie voetnoot 1.

48 Zie onder meer: P.C. Vas Nunes, “Is de WGBL richtlijnconform?”, *TAP* 2009, p 66 e.v.; M. Heemskerk, “Kans klein dat pensioenontslag bij 65 jaar leeftijdsdiscriminatie is.”, *TAP* 2009, p 188 e.v.; E.B.J. Grapperhaus, N. Bouwmeester, “De gevarendriehoek van de wettelijke pensioenleeftijd.”, *TRA* 2009, 63, zie ook het in onze inleiding genoemde CGB-advies/2009/05 onder de titel ‘WGBL, geen symboolwetgeving’.

49 Zie *Pf* 2009/83.

50 *Stcr.* 2008, nr. 38.

51 *Stcr.* 2009, nr. 17140.

52 Oordelen 2009–24, 25 en 26.

verband met het bereiken van de 80-jarige leeftijd van laatstgenoemde. De vereniging heeft tot doel het vergroten van de belangstelling voor een natuurgebied. Het beheer van het natuurgebied valt onder een stichting en deze stichting maakt gebruik van de diensten van de vrijwilligers. Vanaf 2004 geldt dat alle vrijwilligers – tot een maximale leeftijd van 80 jaar – tijdens hun werkzaamheden via de stichting collectief zijn verzekerd tegen de financiële gevolgen van ongevallen. Teneinde te voorkomen dat de aansprakelijkheid van de stichting voor ongevallen die de vrijwilligers zouden kunnen overkomen niet is verzekerd, hanteert de vereniging de leeftijdsgrens van 80 jaar. Dit is volgens de Commissie een legitiem doel. Het middel, het niet meer inzetten van vrijwilligers van 80 jaar en ouder, is naar het oordeel van de commissie passend. Er is echter onvoldoende onderzocht of er andere mogelijkheden zijn om een ongevallenverzekering voor deze categorie vrijwilligers af te sluiten. Daarmee is niet aangetoond dat het middel noodzakelijk is, zo oordeelt de Commissie. Het onderscheid op grond van leeftijd wordt door de Commissie derhalve niet objectief gerechtvaardigd geacht. Over een vergelijkbare kwestie – de ‘verzekeraarbaarheid’ van de oudere vrijwilliger – heeft de Commissie zich in 2007 overigens gebogen.<sup>53</sup>

Wij leiden uit de oordelen van 2009 af dat verzoekers daadwerkelijk een onderzoek naar de verzekeraarbaarheid van de oudere vrijwilligers hebben gedaan en op basis daarvan een concreet alternatief hebben aangedragen. Er is dus, voor zover wij dat kunnen overzien, geen sprake van een ‘verrassingsuitspraak’ op dit punt. In het slot van onze bijdrage zullen wij nog iets zeggen over de onvoorspelbaarheid die de uitkomst van de ‘noodzakelijkheidstoets’ in onze ogen wel eens kan hebben.

In 2009 heeft de Commissie twee oordelen gegeven over de vraag of de werknemer een sollicitant die op het moment van de sollicitatie 65 was op die grond mocht weigeren. In één geval betrof het een interne sollicitatie<sup>54</sup> en het andere geval had betrekking op een externe sollicitant.<sup>55</sup> In beide zaken oordeelt de Commissie, zonder daar veel woorden aan vuil te maken, dat de weigering op grond van artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b van de Wgbl geoorloofd is. Gezien de hiervoor gesignaleerde discussie over de al of niet hardheid van de AOW-grens had een uitgebreidere motivering ons inziens voor de hand gelegen. De Commissie gaat er kennelijk vanuit dat artikel 7, eerste lid, aanhef en onder b Wgbl richtlijnconform is en dat de 65-jarige leeftijd als ‘de’ AOW-leeftijd nog niet zodanig geërodeerd is dat hij niet meer als harde grens kan fungeren. Er is in de visie van de Commissie dus geen sprake van verboden onderscheid.

Het oordeel van de CGB van 16 december 2009<sup>56</sup> is min of meer een vervolg op oordeel 2007-52. In laatstgenoemd oordeel kon volgens de Commissie het beëindigen van de relatie van een hulporganisatie met een vrijwilliger die toen 74 jaar oud was niet door de beugel. Er was sprake van verboden leeftijdsonderscheid. De hulporganisatie en de vrijwilliger zijn vervolgens een arbeidsverhouding aangegaan voor de duur van één jaar. De vrijwilliger zal toen ongeveer 76 jaar oud zijn geweest. Na afloop daarvan is de relatie niet verlengd. Het hanteren van zo’n harde grens acht de Commissie gerechtvaardigd. Dan kan artikel 7 eerste lid, aanhef en onder b Wgbl<sup>57</sup> volgens de Commissie gewoon zijn werk doen.

53 Oordeel 2007-60; zie ook de Oordelenbundel 2007 p. 198. In deze zaak was vastgesteld dat de gewenste dekking tegen een “kleine verhoging” van de premies tot 90 jaar kon worden verkregen. Dat punt is in de zaak van 2009 kennelijk niet aan de orde geweest.

54 Oordeel 2009-110.

55 Oordeel 2009-16.

56 Oordeel 2000-125. Dit oordeel is besproken in deze bundel door P.C. Vas Nunes.

57 Artikel 7, tweede lid, sub b Wgbl bepaalt – kort samengevat – dat ontslag wegens het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd geen verboden onderscheid vormt.

De ‘doorwerk-cao’ was het onderwerp van oordeel 2009–77. Het is een cao die ziet op werknemers van 65 jaar en ouder. De cao is uitsluitend bedoeld voor situaties waarin op de ‘doorwerknemers’ geen andere arbeidsvoorwaardenregeling dan de doorwerk-cao van toepassing is. Het doel van de doorwerk-cao is om te voorzien in de leemte die ontstaat als een werkgever de gebruikelijke arbeidsvoorwaarden niet toepast op 65-plussers. Dit acht de Commissie een legitiem doel. Het strookt bovendien met het belang dat de regering hecht aan het bevorderen van arbeidsdeelname van ouderen.<sup>58</sup> Het middel is volgens de Commissie passend en ook noodzakelijk om “koud watervrees” bij werkgevers weg te nemen om gepensioneerde werkgevers op wie geen reguliere cao van toepassing is in dienst te nemen. In de onderhavige cao zijn voorzieningen opgenomen voor de voor deze categorie lastig af te sluiten arbeidsgeschiktheids-, bedrijfsongevallen- en bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeringen. Bovendien biedt de doorwerk-cao de mogelijkheid tot het aanbieden van opeenvolgende tijdelijke arbeidsovereenkomsten van drie maanden waarmee het risico voor de werkgever van een langdurig zieke werknemer wordt ondervangen. Het over de hele linie toepassen van dezelfde arbeidsvoorwaarden op doorwerknemers en de overige werknemers – waardoor geen leeftijdsonderscheid zou worden gemaakt – kan niet worden beschouwd als een alternatief waarmee het beoogde doel wordt bereikt. Evenmin is gebleken van een niet of minder onderscheid makend alternatief.

## 7 BEËINDIGING INDIVIDUEEL – LEEFTIJD ONDER DE 65

De Commissie heeft in 2009 geen oordelen gegeven over “leeftijdsontslag” bij 65-minners. Wel wijzen wij op de hierna te noemen uitspraken van de Kantonrechter te Amsterdam.

Op 22 december 2008<sup>59</sup> heeft de Kantonrechter te Amsterdam een vonnis gewezen in een procedure tussen KLM-vliegers op “vleugelvliegtuigen” die op 56-jarige leeftijd of, bij verminderde productie, op 60-jarige leeftijd ontslagen worden in verband met het bereiken van de verplichte pensioenleeftijd. De vraag is of een en ander verboden leeftijdsonderscheid oplevert. De Kantonrechter oordeelt dat het toetsingskader van de Wgbl niet afwijkt van het toetsingskader op basis van artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 IVBPR. Het arrest van de Hoge Raad van 8 oktober 2004<sup>60</sup> waarin ten aanzien van dezelfde regeling werd geoordeeld dat deze geen ongeoorloofd onderscheid oplevert op grond van leeftijd is dus onverminderd van toepassing, aldus de Kantonrechter. Het toen doorslaggevend geachte doorstromingsargument geldt nog steeds. Dat er thans – ook op “Raad van Bestuur-niveau” – aan een verhoging van de pensioenleeftijd van vliegers wordt gedacht en dat Air France en Lufthansa een pensioenleeftijd van 65 jaar hanteren, brengt de Kantonrechter niet tot een ander oordeel. Een en ander heeft – zo overweegt de Kantonrechter – zijn weerslag niet gevonden in het cao-overleg. In 2007 heeft de Commissie een oordeel gegeven over dezelfde kwestie.<sup>61</sup> Ook daar komt de Commissie tot hetzelfde oordeel als de Hoge Raad: er is geen sprake van een verboden onderscheid.

Op 2 november 2009 heeft de Kantonrechter te Amsterdam als voorzieningenrechter geoordeeld over pensioenontslag op 63-jarige leeftijd. Het ging in dat geval om

---

58 De commissie verwijst in dit kader naar: *kamerstukken II* 1997/98, 26024, nr. 10.

59 *JAR* 2009/25; dit vonnis stamt weliswaar uit 2008, maar het is gepubliceerd in 2009 en daarom voelen wij ons vrij het hier toch te noemen.

60 *JAR* 2004/258.

61 Oordeel 2007–13.



“grondpersoneel” van de KLM.<sup>62</sup> In die zaak speelde het navolgende. De op de arbeidsovereenkomst van eisers – allen geboren voor 1950 – toepasselijke cao formuleert een zogenoemd “ja tenzij beleid”, hetgeen inhoudt dat werknemers na de normpensioenleeftijd van 63 jaar mogen doorwerken tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden. Die omstandigheden zijn volgens KLM aan de orde. Er is sprake van organisatorische veranderingen die leiden tot een aanzienlijke banenreductie. Verder heeft de huidige economische crisis aanzienlijke gevolgen, die ook leiden tot banenreductie. De voorzieningenrechter komt tot het oordeel dat in een bodemprocedure vermoedelijk een objectieve rechtvaardigingsgrond voor het onderscheid zal worden aangenomen. De afwijzing om de werknemers nog langer te laten doorwerken hangt immers onbestreden samen met de slechte sociaal-economische omstandigheden bij KLM die zijn veroorzaakt door de huidige economische crisis. De keuze die KLM in dit verband maakt, wordt breed gedragen door de vakbonden. Voorts wijst de Kantonrechter erop dat het aanblijven van eisers voor minstens 400 en maximaal 700 jongere werknemers het verlies van werk bij KLM tot gevolg zou hebben. De handelwijze van KLM leidt aldus niet tot verboden onderscheid naar leeftijd, zo oordeelt de voorzieningenrechter.

## 8 BEËINDIGING COLLECTIEF

Alvorens de oordelen van de Commissie over dit onderwerp te bespreken wijzen wij op het arrest van het Hof Den Haag van 4 augustus 2009.<sup>63</sup> Het Hof oordeelde als volgt. Ten aanzien van medewerkers die in aanmerking kwamen voor een prepensioen met een aanvullende VUT-garantie (dat zijn medewerkers die vóór 1950 geboren zijn) werd in het kader van het sociaal plan het verplichte pensioenontslag gehandhaafd. Op grond van het sociaal plan moeten deze medewerkers op ongeveer 62-jarige leeftijd met pensioen. Zij ontvangen dan 70% van hun laatstverdiende loon. Zij missen echter de mogelijkheid te kiezen voor een latere pensioendatum met een navenant hogere uitkering. In feite wordt hen – in de woorden van het Hof – op basis van het sociaal plan een sigaar uit eigen doos aangeboden. Het deze groep medewerkers verplichten vroeg met pensioen te gaan kan niet objectief worden gerechtvaardigd met een beroep op in Nederland gevoerd nationaal arbeidsmarktbeleid. Ook doet zich, zo overweegt het Hof, niet een situatie voor die op één lijn kan worden gesteld met het loopbaanbeleid voor bijvoorbeeld piloten, reeds omdat daar sprake was van een voor alle piloten gelijkelijk geldende uittredleeftijd.

Het oordeel van 6 maart 2009 gaat eveneens over een sociaal plan.<sup>64</sup> Op grond van dit sociaal plan krijgen de werknemers die op 1 januari 2006 jonger waren dan 57,5 jaar een vergoeding overeenkomstig de zogenoemde kantonrechtersformule waarbij de factor C is vastgesteld op 1. Voor werknemers die op die datum ouder waren dan 57,5 jaar geldt een andere regeling. Zij krijgen tot aan de prepensioen gerechtigde leeftijd van 62 jaar een aanvulling op hun (WW of IO(A)W)uitkering tot een niveau van 80% van het laatstgenoten bruto maandinkomen. De pensioenopbouw wordt voortgezet tot aan de 62-jarige leeftijd en de prepensioenopbouw tot aan de 60-jarige leeftijd. De Commissie oordeelt dat het doel legitiem en het middel geschikt en ook noodzakelijk is. Daarbij overweegt de commissie dat een leeftijdsneutrale regeling een slechtere regeling voor alle groepen zou hebben betekend en dat het trekken

62 JAR 2009/291.

63 LJN BJ4895.

64 Oordeel 2009–13.

van een leeftijdsgrens nou eenmaal onvermijdelijk is. Voorts is het inherent aan een dergelijke regeling die geldt voor de gehele groep werknemers van 57,5 jaar en ouder, dat zij op individueel niveau verschillend kan uitpakken. Afhankelijk van de persoonlijke situatie kan de regeling meer of minder voordelen bieden. De Commissie laat meewegen dat de meerderheid van de leden van de werknemersorganisatie de regeling hebben goedgekeurd en dat de organisatiegraad bijna 100% is. Verder acht zij van belang dat de regeling een hardheidsclausule kent. Het oordeel of de feitelijke situatie in een individueel geval een aanspraak op de hardheidsclausule rechtvaardigt komt evenwel niet toe aan de Commissie nu het hier een civielrechtelijke en geen gelijkebehandelingsrechtelijke aanspraak betreft, zo overweegt de Commissie ons inziens terecht. Immers de toets ten aanzien van een hardheidsclausule, zoals die door Kantonrechters ten aanzien van ontslagen en sociale plannen wordt toegepast ziet op de evident onbillijke gevolgen in een individueel geval. Dit is een andere toets<sup>65</sup> dan de door de Commissie uit te voeren toets.

In een oordeel van 3 april 2009<sup>66</sup> was het onderwerp van discussie een vertrekvergoeding die een bedrijf aanbood in verband met de verhuizing van dat bedrijf. De vertrekvergoeding was gebaseerd op de kantonrechtersformule waarbij C werd gesteld op 1,4.<sup>67</sup> De vergoeding was gemaximeerd tot EUR 300.000. Dat trof met name oudere werknemers. Het doel van de maximering van de vertrekregeling was juist oudere werknemers binnenboord te houden. Het was dus de bedoeling de regeling niet te aantrekkelijk te maken voor oudere werknemers. De Commissie acht dat doel legitiem. Bij de vraag of het passend is, zijn vraagtekens te plaatsen. Gebleken is dat van de 60 werknemers slechts vier werknemers zouden worden geraakt door de maximering. Dit is door de werkgever erkend en deze heeft verklaard dat achteraf bezien het bedrag van de maximering te hoog is gekozen. De Commissie acht het middel, hoewel “under inclusive”, in beginsel geschikt om het doel, te weten het behoud van met name oudere, meer ervaren werknemers, te bereiken. De Commissie ziet geen ander, minder onderscheid makend middel, om het beoogde doel te bereiken. Zij oordeelt dus dat er geen sprake is van verboden onderscheid.<sup>68</sup>

De mobiliteitsregeling die in het oordeel van 14 december 2009<sup>69</sup> voorlag, leverde geen leeftijdsdiscriminatie op omdat zij, ondanks het feit dat de anciënniteit van de medewerkers een criterium was hen “mobiel” te verklaren, niet (significant) meer oudere werknemers raakte. Dit hing samen met de leeftijdsopbouw van het personeelsbestand. Het leeftijdsverschil tussen werknemers met veel dienstjaren en werknemers met weinig dienstjaren was namelijk zeer gering.

---

65 Vergl. Aanbevelingen van de kring van Kantonrechters, toelichting bij aanbeveling 3.7: ‘Bij afwijking van een sociaal plan ingeval van een evident onbillijke uitkomst komen in de praktijk verschillende situaties voor, te weten dat wel of niet een hardheidsclausule in het sociaal plan is opgenomen en wel of niet daar door de werknemer bij de begeleidingscommissie een beroep op is gedaan.

De kantonrechter heeft in principe altijd de mogelijkheid om in geval van een evident onbillijke uitkomst van het sociaal plan af te wijken, ook in die gevallen dat in het sociaal plan geen hardheidsclausule is opgenomen of in die gevallen dat de begeleidingscommissie negatief heeft geadviseerd.’

66 Oordeel 2009–21.

67 De correctiefactor.

68 Zie de noot van M. Heemskerk in deze bundel.

69 Oordeel 2009–124.

## 9 ARBEIDSVOORWAARDEN

### *Seniorenregelingen*

Bij de beoordeling van seniorenregelingen is volgens de vaste oordelenlijn van de Commissie relevant of de regeling onderdeel is van een zogenoemd leeftijdsfasebewust personeelsbeleid. Als dat zo is, wordt de regeling op een minder strikte wijze (of anders gezegd: contextueel) beoordeeld. In haar advies van 9 maart 2009<sup>70</sup> werkt de CGB nader uit wat verstaan moet worden onder een leeftijdsfasebewust personeelsbeleid. Ook gaat zij in op de in dat kader te hanteren contextuele toetsing. Zij gaat na of, als sprake is van een leeftijdsfasebewust personeelsbeleid, de desbetreffende seniorenregeling een serieus te nemen bijdrage levert aan het behoud van duurzame inzetbaarheid van de (oudere) werknemer. In het kader van de contextuele toets zal er sneller van uit worden gegaan dat sprake is van een legitiem doel en zal op een lichtere of minder strikte wijze getoetst worden of al dan niet gesproken kan worden van een passend en noodzakelijk middel. Verder besteedt zij aandacht aan overgangstermijnen en de gevolgen van de strijdigheid van een seniorenregeling met de Wgbl. Tenslotte wordt in het advies een soort checklist weergegeven waaraan een seniorenregeling moet voldoen. De belangrijkste elementen daarvan zijn dat het doel van de regeling duidelijk moet worden beschreven en dat in de regeling opgenomen leeftijdsgrenzen dienen te sporen met het doel.

De seniorenregelingen kunnen ondanks alle algemene adviezen ook in 2009 rekenen op een kritisch – we mogen eigenlijk wel zeggen vernietigend – onthaal. De twee seniorenregelingen die de Commissie heeft beoordeeld, konden in haar ogen niet door de beugel.<sup>71</sup> In de ene zaak werden extra vakantiedagen toegekend aan werknemers die een functie vervulden waarvoor een lange dan wel meerjarige praktijkervaring is vereist. De regeling kwam dus veelal ten goede aan oudere werknemers. Er was – zo stelde de Commissie vast – dan ook sprake van indirect onderscheid op grond van leeftijd. De regeling was in het leven geroepen omdat de desbetreffende werknemers incidenteel overwerk verrichtten en dat werd op deze wijze gecompenseerd. De Commissie ziet niet in waarom de cao-partijen incidenteel overwerk voor deze groep niet financieel willen compenseren maar wel een compensatie willen bieden in de vorm van drie extra vakantiedagen. Ook de regeling op grond waarvan werknemers vanaf hun 50<sup>e</sup> recht hebben op extra vakantiedagen kan wat de Commissie betreft niet door de beugel. Er zijn andere middelen voorhanden om dit doel te bereiken. Hetzelfde lot treft een regeling waarbij ambtenaren vanaf 60 jaar een half uur per dag minder mogen werken en vanaf 64 jaar een uur per dag. In beide oordelen grijpt de Commissie terug op haar in haar advies van 30 maart 2006<sup>72</sup> beschreven ‘contextuele benadering’. Het blijft dus zaak bij het invoeren van een seniorenbeleid dit advies ter harte te nemen en ook de in dit advies opgenomen checklist tot uitgangspunt te nemen.

70 Advies inzake de toetsing van seniorenregelingen aan de Wgbl.

71 Oordelen 2009–23 en 41.

72 Advies inzake seniorenregeling als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid.

### *Prestatiebeloning*

Een zeer uitgebreid en empirisch onderbouwd oordeel gaat over prestatiebeloning.<sup>73</sup> Vertegenwoordigers in de bloembollensector krijgen deels een vast en deels een variabel loon. Dat laatste deel is afhankelijk van de door hen gerealiseerde omzet. Uit een overzicht van de gemiddelde beloning in de bloembollensector per jaar per leeftijdscategorie blijkt grosso modo dat 50-plussers (aanzienlijk) minder presteren en dus minder verdienen dan werknemers in de leeftijdscategorie 40 tot 50. Onder verwijzing naar een arrest van het Hof van Justitie van de EG betoogt de werkgever dat het feit dat bij prestatiebeloning de ene groep minder verdient dan de andere niet voldoende is voor de onderbouwing van de stelling dat sprake is van discriminatie bij de beloning.<sup>74</sup> De Commissie oordeelt in lijn met dit arrest dat statistische aanwijzingen voor een verschil in beloning tussen in dat geval mannen en vrouwen wat prestatiebeloning betreft niet rechtstreeks kunnen leiden tot de conclusie dat bij de beloning is gediscrimineerd. Wel kan dergelijk statistisch bewijs leiden tot het vermoeden van indirect onderscheid. De Commissie acht deze conclusie evenzeer van toepassing in geval van ongelijke beloning op grond van leeftijd. Uit een empirische analyse blijkt dat de leeftijd voor 14% de hoogte van de beloning voorspelt. Er blijkt dus een lichte samenhang tussen leeftijd en inkomen te bestaan met een omslagpunt bij 46 jaar. De Commissie komt al met al tot de conclusie dat er een zwak statistisch verband bestaat tussen leeftijd en beloning. De oorzakelijkheid van dit verband moet volgens haar echter worden betwijfeld. Zij constateert dat onzeker is gebleven of een oorzakelijk verband bestaat tussen de geconstateerde beloningsverschillen en de door verzoeker gestelde afname van lichamelijke en geestelijke spankracht. De afname kan ook worden veroorzaakt door factoren als prestatiemotivatie, samenhangend met verschillende behoeften in verschillende levensfasen.

De casus doet denken aan de kwestie van de aspirant-luchtverkeerleiders. Statistisch materiaal over de correlatie tussen slagingskans en leeftijd is in dat oordeel aanvaard als maatgevend voor de conclusie dat er een verband is tussen leeftijd en bepaalde competenties. Het statistische (op zichzelf zwakke) verband tussen leeftijd en prestatiegebonden deel van het inkomen in de bloembollensector wordt niet op die manier benaderd. Er wordt in dit oordeel direct doorgegrepen naar andere verklarende factoren voor het onderscheid in beloning dan leeftijd. In het eerste oordeel over de aspirant-luchtverkeerleiders was dat ook gedaan. In het tweede echter bleek genoeg materiaal voorhanden om een correlatie tussen leeftijd en competenties aan te nemen. Men kan zich in lijn daarmee de vraag stellen wat, indien in de bloembollensector wel sprake zou zijn van met leeftijd afnemende geschiktheid voor de functie en daarmee dus van teruglopende provisie-inkomsten, de conclusie zou moeten zijn. Zoals een oudere voetballer wiens krachten afnemen zich moeilijk op leeftijdsdiscriminatie zal kunnen beroepen als de topclubs niet meer het topsalaris uit zijn hoogtijaren willen betalen, zou dat ook hier wellicht kunnen gelden. Dan zou dus geen sprake zijn van discriminatie bij teruglopende verdiensten op hogere leeftijd. Dat is in lijn met de benadering gekozen in het oordeel over de luchtverkeerleiders.

---

73 Oordeel 2009-76.

74 Arrest HvJ EG d.d. 31 mei 1995, C-400/93 (*Royal Copenhagen*).

## *Pensioenen*

Ook dit jaar was de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/Prepensioen en introductie levensloopregeling (Wvpl)<sup>75</sup> onderwerp van discussie. Twee oordelen van de Commissie hebben betrekking op deze wet althans op de aanpassing van een regeling naar aanleiding van de Wvpl.<sup>76</sup>

In het Oordeel 2009–32 is de versoering van een – wat wij maar zullen noemen – vroegpensioen-regeling voor werknemers die geboren zijn na 1950 aan de orde. De nieuwe regeling houdt in dat de desbetreffende werknemer (trambestuurder) niet meer, zoals voorheen, op 60-jarige leeftijd met functioneel leeftijdontslag (FLO) kan gaan, maar vanaf 61,5 jaar in aanmerking komt voor uittreding op basis van de regeling functiegericht levensfasebewust personeelsbeleid (FLP). Op basis van die regeling zou betrokkene tot aan het 63<sup>e</sup> jaar 80% van het bruto salaris ontvangen in plaats van, op basis van de FLO-regeling gedurende vijf jaar (dus in de periode 60 tot 65 jaar) 85%. De commissie constateert dat in het kader van de vervanging en versoering van de vroegpensioenregeling sprake is van direct onderscheid. Met name werknemers die geboren zijn na 1950 hebben daarmee immers te maken. Het middel is volgens het oordeel van de commissie echter passend en noodzakelijk. De financiële haalbaarheid heeft de keuzes van de werknemer gedicteerd. Het door de werknemer aangevoerde alternatief, een regeling niet baseren op leeftijd, maar op dienstjaren, biedt geen redelijke oplossing voor het op betaalbare wijze respecteren van de verwachtingen die uit de oude FLO-regeling voortvloeiden voor werknemers met een hoog aantal dienstjaren. De Commissie wijst erop dat de werkgever een wezenlijk nadeel lijdt door de nieuwe regeling. Wij nemen aan dat dit nadeel samenhangt met de fiscale maatregelen waardoor ook de nieuwe regeling zal worden getroffen (een strafheffing). Dat is echter niet af te leiden uit de uitspraak.

Het andere oordeel waar de Wvpl een rol speelt (Oordeel 2009–44)<sup>77</sup> heeft nu juist betrekking op een werkneemster die geboren is voor 1949 en die dus gebruik mag blijven maken van een oude pensioenregeling met in dat geval een overbruggingsuitkering (OBU). Het probleem zit er hierin dat in de nieuwe regeling die dus geldt voor deelnemers die geboren zijn na 1949 een kapitaal gedekt partnerpensioen wordt opgebouwd dat kan worden geruild voor een (hoger) ouderdomspensioen, terwijl oudere deelnemers die mogelijkheid niet hebben. Hun partnerpensioen is op risicobasis gedekt. Tot 1 januari 2006 was geen onderscheid op grond van leeftijd omdat tot die datum geen enkele deelnemer zijn partnerpensioen kon ruilen. Tot die datum werd voor alle deelnemers het partnerpensioen op risicobasis gedekt. Vanaf 1 januari 2006 is er dus wel een verschil. De Commissie is van oordeel dat geen sprake is van verboden onderscheid. Juist de groep waartoe verzoekster behoort, alleenstaande moeders die zijn geboren voor 1950 behoeft geen compensatie. Deze groep kan namelijk nog steeds, ook na introductie van de Wvpl, vervroegd uittreden. Naar aanleiding van de stelling van de werkneemster dat aan haar (groep) de mogelijkheid moet worden geboden tot uitruil van het partnerpensioen vanwege haar zorgtaken in het verleden en de samenhangende moeilijkheid om een volledig pensioen op te bouwen, overweegt de Commissie dat een dergelijke stelling moeilijk in het stramien van de gelijkebehandelingswetgeving is te vangen. De wet vereist een vergelijking tussen twee overwegend vergelijkbare gevallen. De situatie van alleenstaande moeders geboren voor 1950 is, voor wat betreft de opbouw van ouderdoms- en nabestaanden-

75 Van 24 februari 2005, Staatsblad 2005, 115.

76 Oordeel 2009- 32 en 44.

77 Zie over dit oordeel ook de bijdrage van E. Cremers-Hartman en M. Vegter in deze bundel alsmede de noot over dit oordeel van A. Veldman.

pensioen, niet te vergelijken met de situatie van de groep werknemers die gebruik kan maken van de uitruilmogelijkheid, omdat er tussen hen veel meer relevante verschillen bestaan dan enkel verschillen die verband houden met door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden.

Een leeftijdsafhankelijke beschikbare premieregeling met een werknemersbijdrage van 50% vindt wederom in de ogen van de Commissie geen genade.<sup>78</sup> De Commissie heeft al eerder in deze lijn geoordeeld en houdt hieraan ondanks kritiek<sup>79</sup> vast. De toename van (ook het werknemersdeel) de premie naarmate de werknemer ouder wordt, leidt tot een navenante afname van het inkomen en dat kan in de ogen van de Commissie niet door de beugel.

## 10 SLOT

We begonnen met een – korte – bespreking van de evaluatie van de Wgbl en we eindigen ermee.<sup>80</sup> Terecht wordt in het rapport opgemerkt dat de oordelen over leeftijdscriminatie een casuïstisch karakter hebben. Het uitbrengen van algemene adviezen over onderwerpen die vaak aanleiding geven voor discussie lijkt inderdaad, zoals in het evaluatierapport wordt opgemerkt<sup>81</sup>, een methode om de lijnen duidelijker uit te zetten en daarmee wordt aan de justitiabelen mogelijk iets meer houvast geboden. Want het gebrek aan houvast of misschien beter voorspelbaarheid van de uitkomst van een procedure is een probleem.

Daarmee komen wij toe aan de vraag of de Commissie niet soms wat meer terughoudendheid zou moeten betrachten bij de beoordeling of het (indirecte) onderscheid al of niet objectief gerechtvaardigd is. Met name bij het aanleggen van de noodzakelijkheidstoets gaat de Commissie vrij ver. Men is daar erg actief. De Commissie gaat met name ver daar waar men zegt dat in verband met het rendementsvereiste ook de regelgeving gewijzigd zou kunnen worden.<sup>82</sup> Dit gaat alleen al daarom ver omdat een wijziging van het Rijksambtenarenreglement en andere rechtspositieregelen een gecompliceerde kwestie is waarin meer actoren een rol spelen. Een enkele verweerder heeft dat niet in zijn macht. De noodzakelijkheidstoets kent diverse elementen. Heringa en Gerards<sup>83</sup> onderscheiden een algemene noodzakelijkheidstoets, de subsidiariteitstoets (is er geen ander middel waardoor de belangen van de verzoeker minder ernstig worden geschaad?) en de proportionaliteitstoets (staat het onderscheid in evenredige verhouding tot het doe?). Zij constateren dat de CGB soms ook zelf onderzoek doet naar alternatieven. Heemskerck<sup>84</sup> stelt dat de Commissie onderscheid alleen gerechtvaardigd acht als geen ander, minder vergaand onderscheid mogelijk is en daarmee op dit punt verder gaat dan de rechter. Een actieve opstelling lijkt in zoverre passend dat een verzoeker vaak niet alle alternatieven zal kunnen overzien en een verweerder mogelijk niet eigener beweging de theoretische alternatieven op tafel zal leggen. De CGB begeeft zich daarmee echter wel direct in afwegingen die eigenlijk de verweerder (in dit soort zaken veelal de werkgever)

78 Oordeel 2009–89.

79 Zie bijvoorbeeld: Oordelen 2004–51 en 52, Zie voor de kritiek onder meer E. Lutjens, “Gelijke behandeling bij pensioen”, *TPV* 2004, p. 158 e.v., A. Pásztor, ‘Eerste oordelen Cgb over leeftijdscriminatie discutabel’, *PM* 2004 8/9 en M.D.Vis, ‘De Commissie Gelijke Behandeling neemt pensioenregelingen onder vuur’, *ArbeidsRecht* 2004, 56.

80 CGB-advies/2009/05.

81 Zie p. 6 van het advies.

82 Zie oordelen 2009–79 en 2009–81.

83 Zie J.H. Gerards en A.W. Heringa, *Wetgeving gelijke behandeling*, Deventer, Kluwer, 2003, pag. 151 e.v.

84 Zie M. Heemskerck, *De arbeidsdeelname van oudere werknemers*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2009, pag 41 e.v.

zou moeten maken. Uit de oordelen is niet steeds af te lezen of de verweerder de gelegenheid heeft gehad op alternatieven die door de Commissie worden aangedragen te reageren. Wij zouden menen dat dat in elk geval noodzakelijk is indien de Commissie op basis van eigen onderzoek een ander middel meer passend acht. Voorts zou interessant zijn eens te onderzoeken hoe de civiele rechter hiermee omgaat. Immers indien de verweerder en klager na het oordeel niet tot elkaar komen, zal de civiele rechter veelal uitkomst moeten bieden. Met uiteenlopende benaderingen is een klager niet werkelijk geholpen.

# Overzicht van oordelen 2009 over de grond leeftijd

## 2009-3

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Vrouw heeft haar stelling dat voor een rijkstraineeship een leeftijdsgrens wordt gesteld niet nader onderbouwd.**

Een vrouw stuurt een e-mail naar een ministerie waarin zij vraagt of voor een rijkstraineeship een leeftijdsgrens wordt gesteld. Het ministerie antwoordt dat dat niet het geval is maar dat zij wel de eis stelt dat er tussen het afstuderen en de sollicitatie maximaal twee jaren mag zitten. Tevens schrijft het ministerie dat de gemiddelde leeftijd van de trainees 25 jaar is. De vrouw stelt dat de gemiddelde leeftijd impliceert dat het ministerie een bandbreedte hanteert die oudere sollicitanten uitsluit. De Commissie is van oordeel dat de vrouw te weinig feiten heeft aangevoerd om deze stelling -en dus het vermoeden van onderscheid op grond van leeftijd- te onderbouwen.

## 2009-7

**Grond:** geslacht; leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid en strijd met de wet

### Samenvatting:

**Een bedrijf maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd en geslacht door in een personeelsadvertentie te vragen naar een apothekmedewerkster (20-30 jaar). Tevens onderscheid op grond van leeftijd bij de behandeling van een sollicitatie en strijd met de wet.**

In de personeelsadvertentie van een apotheek is een leeftijdsgrens genoemd (20-30 jaar). Ook heeft het bedrijf in reactie op een sollicitatie op deze functie aangegeven een jong

team te hebben en dat graag zo te willen houden. Hiermee heeft het bedrijf onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. Het bedrijf heeft de handelwijze niet objectief kunnen rechtvaardigen. Daarom is sprake van verboden onderscheid zowel bij de aanbidding van de betrekking, als bij de behandeling van de vervulling van de betrekking. Daarnaast handelt het bedrijf in strijd met artikel 9 WGBL omdat de leeftijdseis in de advertentie niet is gemotiveerd.

Omdat in dezelfde personeelsadvertentie om een apothekmedewerkster is gevraagd, maakt het bedrijf tevens direct onderscheid op grond van geslacht. Er is geen wettelijke uitzondering van toepassing. Daarom is sprake van verboden onderscheid op grond van geslacht. Het bedrijf handelt tot slot ook in strijd met de WGBL door in de personeelsadvertentie de vrouwelijke functiebenaming te hanteren en niet te vermelden dat ook mannen in aanmerking komen.

## 2009-9

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Een uitzendbureau maakt jegens sollicitant verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de vervulling van de openstaande betrekking.**

Een uitzendbureau, dat op zoek was naar een magazijnmedewerker voor een opdrachtgever, wijst een sollicitant, die geboren is op 5 mei 1965, af voor de functie van magazijnmedewerker.

Het uitzendbureau heeft verklaard de sollicitant afgewezen te hebben vanwege zijn houding en vanwege het feit dat de functie reeds vervuld was. In de brief van uitzendbureau aan de sollicitant staat echter vermeld dat de leeftijd de reden is geweest hem af te wijzen.



Het uitzendbureau heeft niet toegelicht waarom het in zijn ogen niet mogelijk of niet wenselijk was om de sollicitant de werkelijke reden voor afwijzing - houding danwel een reeds vervulde vacature - te geven. Het uitzendbureau is er niet in geslaagd het vermoeden van onderscheid op grond van leeftijd te weerleggen. Verboden onderscheid.

## 2009-13

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Leeftijdsonderscheid ten aanzien van de ontslagvoorziening in het Sociaal Plan is objectief gerechtvaardigd.**

Een werknemer is geboren in 1948 en 45 jaar in dienst bij een bedrijf. De werkgever en de betrokken vakbonden hebben om bedrijfseconomische redenen in 2006 een Sociaal Plan opgesteld met daarin twee soorten ontslagvoorzieningen. Voor werknemers die op 1 januari 2006 jonger zijn dan 57,5 jaar geldt een ontslagvergoeding conform de Kantonrechttersformule. Werknemers van 57,5 jaar en ouder ontvangen een aanvulling op de WW of IO(A)W uitkering tot aan de prepensioendatum tot 80% van het laatstgenoten salaris. De betreffende werknemer krijgt op basis van die laatste regeling een lagere vergoeding dan een collega met evenveel dienstjaren ontvangt op basis van de eerstgenoemde regeling. De Commissie concludeert dat het onderscheid op grond van leeftijd in de regeling in zijn algemeenheid objectief gerechtvaardigd is. Zij constateert daarbij dat een hardheidsclausule is opgenomen voor een individuele situatie waarin de regeling leidt tot een te onbillijke uitkomst. Of hiervan in dit geval sprake is, is niet aan de Commissie om te beoordelen maar aan de ondertekenaars van het Sociaal Plan.

## 2009-16

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen strijd met wet

### Samenvatting:

**Vervoersbedrijf mag sollicitant weigeren omdat hij 65 jaar is.**

Een man van 65 jaar informeert naar een functie van trambestuurder. Het vervoersbedrijf deelt hem mee dat er geen kandidaten

van 65 jaar en ouder worden aangenomen voor deze functie.

Hierdoor maakt het vervoersbedrijf onderscheid op grond van leeftijd, hetgeen verboden is.

In de wet is een uitzondering opgenomen op het verbod van leeftijdsonderscheid voor het beëindigen van een arbeidsverhouding in verband met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Deze uitzondering geldt ook voor het aannemen van personeel. Het bedrijf handelt dus niet in strijd met de wet door de man niet aan te nemen omdat hij de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt. De Commissie merkt daarbij op dat bij het bedrijf wel trambestuurders van 65 jaar en ouder werkzaam zijn via een uitzendbureau, terwijl de man direct is afgewezen. Dit beleid lijkt niet consistent. Formulering van helder beleid ter zake zou duidelijkheid kunnen bieden.

## 2009-17

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid; strijd met wet

### Samenvatting:

**Een provincie maakt verboden (indirect) onderscheid op grond van leeftijd in een personeelsadvertentie en handelt in strijd met de wet.**

Een provincie heeft in een personeelsadvertentie gevraagd naar een personeelsfunctionaris die pas is afgestudeerd. Door als functie-eis 'pas afgestudeerd' op te nemen maakt de provincie indirect onderscheid op grond van leeftijd omdat door het gebruik van deze term vooral jongeren worden benaderd en relatief weinig ouderen. De provincie heeft als reden voor het opnemen van deze functie-eis aangegeven hiermee te kunnen profiteren van recente kennisontwikkeling. Voorts is de provincie op zoek naar een kandidaat die een brug kan slaan tussen de P&O-adviseurs (schaal 11) en de medewerkers van de personeelsadministratie (schaal 6). Deze redenen kunnen niet gelden als een objectieve rechtvaardiging voor het leeftijdsonderscheid. Tevens is sprake van strijd met artikel 9 WGBL door in de advertentie niet aan te geven waarom pas afgestudeerden worden gezocht voor de functie.

**2009-21**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Bedrijf maakt geen verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de maximering van de vertrekvergoeding.**

Een werknemer is van mening dat het bedrijf onderscheid op grond van leeftijd maakt door de vertrekvergoeding, zoals geregeld in de verhuisregeling ter facilitering van de verhuizing van het bedrijf, te maximeren tot € 300.000,-. De vertrekvergoeding is gebaseerd op de kantonrechtformule  $AxBxC$ , waarbij  $C=1.4$ . Slechts ouderen worden door deze regeling getroffen.

Het bedrijf heeft aangevoerd de vertrekvergoeding juist te hebben gemaximeerd om de oudere, meer ervaren werknemers in dienst te kunnen houden.

Door de vertrekregeling te maximeren, is sprake van indirect onderscheid op grond van leeftijd. Immers, ouderen hebben gemiddeld meer gewogen dienstjaren dan jongeren, waardoor bij ouderen de berekening op basis van de kantonrechtformule eerder de hoogte van het maximum van € 300.000,- overstijgt dan bij jongeren. Het onderscheid is echter objectief gerechtvaardigd.

**2009-23**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Verboden onderscheid op grond van leeftijd door toekennen extra vakantiedagen**

Een bedrijf vraagt de Commissie of zij in strijd zal handelen met het verbod van leeftijdsonderscheid indien zij uitvoering zou geven aan een bepaling uit de CAO. In het kader van het onderzoek heeft de Commissie de betrokken CAO-partijen gevraagd om een toelichting te geven op de bepaling uit de CAO. De CAO-bepaling bepaalt dat werknemers drie extra vakantiedagen krijgen, indien zij een functie vervullen waarvoor een lange – dan wel een meerjarige praktijkervaring is vereist. Oudere werknemers hebben doorgaans meer ervaring dan jongere werknemers. Dit betekent dat met name oudere werknemers recht zullen hebben op drie extra vakantieda-

gen. De Commissie oordeelt dat hierdoor indirect onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. CAO-partijen hebben aangevoerd dat drie extra vakantiedagen worden toegekend met het doel incidenteel overwerk te compenseren. Anderzijds hebben CAO-partijen toegelicht dat af en toe overwerken inherent is aan de betreffende functies en dat zij dit niet financieel willen compenseren. De Commissie oordeelt dat het doel niet voldoet aan een werkelijke behoefte. Immers valt niet in te zien waarom CAO-partijen incidenteel overwerk voor deze groep niet financieel willen compenseren, maar voor dit zelfde incidentele overwerk wel een compensatie willen bieden in de vorm van drie extra vakantiedagen. De Commissie oordeelt dat geen objectieve rechtvaardiging aanwezig is voor het gemaakte leeftijdsonderscheid. Daarnaast bepaalt de CAO dat werknemers vanaf hun 50<sup>ste</sup> recht hebben op extra vakantiedagen. Hierdoor wordt direct onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. CAO-partijen hebben toegelicht dat het doel van het onderscheid is het langer inzetbaar houden van oudere werknemers. De Commissie oordeelt dat er andere middelen voorhanden zijn om dit doel te bereiken, zoals het voeren van een leeftijdsbewust personeelsbeleid. Dit betekent dat hier eveneens geen objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is voor het leeftijdsonderscheid.

**2009-24**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de beëindiging van een arbeidsverhouding van een vrijwilliger in verband met het bereiken van de 80-jarige leeftijd.**

Een vrijwilliger is lid van een vereniging, die tot doel heeft het vergroten van de belangstelling voor een natuurgebied. Hij was gedurende 15 jaar op vrijwillige basis werkzaam bij de vereniging als lid en coördinator van een werkgroep. Het vrijwilligerswerk vormt een belangrijk deel van de activiteiten van de vereniging. Het beheer van het natuurgebied valt onder een stichting. Deze stichting maakt gebruik van de diensten van de vrijwilligers van de vereniging. De stichting heeft besloten per 1 januari 2009 vrijwilligers van 80 jaar of ouder niet langer voor werkzaamheden in te zetten, omdat het niet mogelijk is om voor deze vrijwilligers een

ongevallenverzekering af te sluiten. Daarna heeft de stichting besloten geen gebruik meer te maken van vijf werkgroepen, waaronder de werkgroep waar de vrijwilliger lid van was. Deze werkgroepen zijn nog wel actief bij de vereniging als studiegroep. Op grond hiervan heeft de vereniging de werkzaamheden van de vrijwilliger beëindigd. Naar het oordeel van de Commissie is aannemelijk gemaakt dat sprake is van een arbeidsverhouding tussen de vereniging en de vrijwilliger, gezien de verantwoordelijkheid van de vereniging ten aanzien van de vrijwilligers en gezien het feit dat de vereniging de rechtsverhouding tussen haar en de stichting voor wat betreft de vrijwilligerswerkzaamheden typeert als een overeenkomst van opdracht. De vereniging heeft aangevoerd dat de vrijwilliger geen belang heeft bij een oordeel, omdat hij alleen deelneemt aan een werkgroep die is opgeheven. De Commissie concludeert dat de vrijwilliger ontvankelijk is in zijn verzoek, omdat de stichting in voorkomende gevallen nog wel gebruik zal maken van de diensten van de studiegroepen van de vereniging, waardoor in die gevallen de vrijwilliger vanwege zijn leeftijd wordt uitgesloten van deelname aan de betreffende werkzaamheden. Nu de vrijwilliger vanwege zijn leeftijd wordt uitgesloten van deelname aan werkzaamheden van werkgroepen van de vereniging, concludeert de Commissie dat sprake is van onderscheid op grond van leeftijd. Het doel van de vereniging is om de stichting behulpzaam te blijven op een voor haar vrijwilligers veilige en verantwoorde wijze. Dit betekent concreet dat de vereniging tegemoet wil komen aan de wens van de stichting om te voorkomen dat haar aansprakelijkheid voor ongevallen die de vrijwilligers overkomen, niet is verzekerd wanneer zij niet-verzekerde vrijwilligers van 80 jaar en ouder inzet. Dit doel is legitiem. Het middel, het niet meer inzetten van vrijwilligers van 80 jaar en ouder, is naar het oordeel van de Commissie passend. Aangezien de vereniging niet heeft onderzocht of er een andere mogelijkheid is om een ongevallenverzekering voor haar vrijwilligers van 80 jaar en ouder af te sluiten, concludeert de Commissie dat de vereniging niet heeft aangetoond dat het middel noodzakelijk is. Het door de vereniging gemaakte onderscheid op grond van leeftijd is derhalve niet objectief gerechtvaardigd.

## 2009-25

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de beëindiging van een arbeidsverhouding van een vrijwilliger in verband met het bereiken van de 80-jarige leeftijd.**

Een vrijwilligster is 30 jaar lid van een vereniging, die tot doel heeft het vergroten van de belangstelling voor een natuurgebied. Zij was op vrijwillige basis werkzaam bij de vereniging als lid van drie werkgroepen. Het vrijwilligerswerk vormt een belangrijk deel van de activiteiten van de vereniging. Het beheer van het natuurgebied valt onder een stichting. Deze stichting maakt gebruik van de diensten van de vrijwilligers van de vereniging. De stichting heeft besloten per 1 januari 2009 vrijwilligers van 80 jaar of ouder niet langer voor werkzaamheden in te zetten, omdat het niet mogelijk is om voor deze vrijwilligers een ongevallenverzekering af te sluiten. Op grond hiervan heeft de vereniging de werkzaamheden van de vrijwilligster beëindigd. Naar het oordeel van de Commissie is vast komen te staan dat sprake is van een arbeidsverhouding tussen de vereniging en de vrijwilligster, gezien de verantwoordelijkheid van de vereniging ten aanzien van de vrijwilligers en gezien het feit dat de vereniging de rechtsverhouding tussen haar en de stichting voor wat betreft de vrijwilligerswerkzaamheden typeert als een overeenkomst van opdracht.

Nu de vrijwilligster vanwege haar leeftijd wordt uitgesloten van deelname aan werkzaamheden van werkgroepen van de vereniging, concludeert de Commissie dat sprake is van onderscheid op grond van leeftijd. Het doel van de vereniging is om de stichting behulpzaam te blijven op een voor haar vrijwilligers veilige en verantwoorde wijze. Dit betekent concreet dat de vereniging tegemoet wil komen aan de wens van de stichting om te voorkomen dat haar aansprakelijkheid voor ongevallen die de vrijwilligers overkomen, niet is verzekerd wanneer zij niet-verzekerde vrijwilligers van 80 jaar en ouder inzet. Dit doel is legitiem. Het middel, het niet meer inzetten van vrijwilligers van 80 jaar en ouder, is naar het oordeel van de Commissie passend. Aangezien de vereniging niet heeft onderzocht of er een andere mogelijkheid is om een ongevallenverzekering voor haar vrijwilligers van 80 jaar en ouder af te sluiten, concludeert de Commissie dat de vereniging niet heeft

aangevoerd dat het middel noodzakelijk is. Het door de vereniging gemaakte onderscheid op grond van leeftijd is derhalve niet objectief gerechtvaardigd.

## 2009-26

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de beëindiging van een arbeidsverhouding van een vrijwilliger in verband met het bereiken van de 80-jarige leeftijd.**

Een vrijwilliger is 22 jaar lid van een vereniging, die tot doel heeft het vergroten van de belangstelling voor een natuurgebied. Hij was op vrijwillige basis werkzaam bij de vereniging als lid van twee werkgroepen. Het vrijwilligerswerk vormt een belangrijk deel van de activiteiten van de vereniging. Het beheer van het natuurgebied valt onder een stichting. Deze stichting maakt gebruik van de diensten van de vrijwilligers van de vereniging. De stichting heeft besloten per 1 januari 2009 vrijwilligers van 80 jaar of ouder niet langer voor werkzaamheden in te zetten, omdat het niet mogelijk is om voor deze vrijwilligers een ongevallenverzekering af te sluiten. Op grond hiervan heeft de vereniging de werkzaamheden van de vrijwilliger beëindigd. Naar het oordeel van de Commissie is vast komen te staan dat sprake is van een arbeidsverhouding tussen de vereniging en de vrijwilliger, gezien de verantwoordelijkheid van de vereniging ten aanzien van de vrijwilligers en gezien het feit dat de vereniging de rechtsverhouding tussen haar en de stichting voor wat betreft de vrijwilligerswerkzaamheden typeert als een overeenkomst van opdracht. Nu de vrijwilliger vanwege zijn leeftijd wordt uitgesloten van deelname aan werkzaamheden van werkgroepen van de vereniging, concludeert de Commissie dat sprake is van onderscheid op grond van leeftijd.

Het doel van de vereniging is om de stichting behulpzaam te blijven op een voor haar vrijwilligers veilige en verantwoorde wijze. Dit betekent concreet dat de vereniging tegemoet wil komen aan de wens van de stichting om te voorkomen dat haar aansprakelijkheid voor ongevallen die de vrijwilligers overkomen, niet is verzekerd wanneer zij niet-verzekerde vrijwilligers van 80 jaar en ouder inzet. Dit doel is legitiem. Het middel, het niet meer inzetten van vrijwilligers van 80 jaar en ouder, is naar het oordeel van de Commissie passend.

Aangezien de vereniging niet heeft onderzocht of er een andere mogelijkheid is om een ongevallenverzekering voor haar vrijwilligers van 80 jaar en ouder af te sluiten, concludeert de Commissie dat de vereniging niet heeft aangetoond dat het middel noodzakelijk is. Het door de vereniging gemaakte onderscheid op grond van leeftijd is derhalve niet objectief gerechtvaardigd.

## 2009-27

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Niet gebleken van onderscheid op grond van leeftijd door uitzendbureau en inlener door geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden aan werknemer.**

Een 54-jarige man is via een uitzendbureau werkzaam bij een inlener. Hij stelt dat zowel het uitzendbureau als de inlener hem een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben toegezegd, maar dat zij deze toezegging uiteindelijk niet zijn nagekomen, omdat zij de man te oud vonden. Het uitzendbureau en de inlener ontkennen dat de man ooit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangeboden. Voorts stellen zij dat niet de leeftijd van de man, maar de verslechterde economische situatie van de inlener, de reden was dat de man slechts arbeidsovereenkomsten voor één maand konden worden aangeboden. Na getuigenverhoor oordeelt de Commissie dat geen feiten zijn komen vast te staan die onderscheid op grond van leeftijd kunnen doen vermoeden.

## 2009-28

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

### Samenvatting:

**Niet gebleken van onderscheid op grond van leeftijd door uitzendbureau en inlener door geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden aan werknemer.**

Een 54-jarige man is via een uitzendbureau werkzaam bij een inlener. Hij stelt dat zowel het uitzendbureau als de inlener hem een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben toegezegd, maar dat zij deze toezeg-

ging uiteindelijk niet zijn nagekomen, omdat zij de man te oud vonden. Het uitzendbureau en de inlener ontkennen dat de man ooit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is aangeboden. Voorts stellen zij dat niet de leeftijd van de man, maar de verslechterde economische situatie van de inlener, de reden was dat de man slechts arbeidsovereenkomsten voor één maand konden worden aangeboden. Na getuigenverhoor oordeelt de Commissie dat geen feiten zijn komen vast te staan die onderscheid op grond van leeftijd kunnen doen vermoeden.

### 2009-30

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd bij afwijzing voor een functie in vaste dienst op een aardgasplatform.**

Een man, geboren in 1955, heeft sinds 1991 regelmatig via een detacheringsbureau als operator gewerkt op platforms bij een bedrijf dat zich bezighoudt met de opsporing en winning van aardgas. De man stelt dat hij diverse malen bij het bedrijf heeft gesolliciteerd, om bij het bedrijf zelf in dienst te komen. De reden hiervoor is dat hij niet meer via het detacheringsbureau wilde werken. Het bedrijf voert overtuigend aan dat het een strikte minimum opleidingseis hanteert ten aanzien van iedereen die als operator in dienst van het bedrijf wil komen en dat de man louter vanwege het niet voldoen aan deze eis is afgewezen. Het bedrijf heeft daarmee bewezen dat de leeftijd van de man niet (mede) een rol heeft gespeeld bij de beslissing hem niet in dienst te nemen. In een aanbeveling wordt het bedrijf aanbevolen om niet alleen bij de werving maar tevens bij de selectie in geval van afwijzing van kandidaten de afwijzingsgrond te verduidelijken waardoor kan worden voorkomen dat er gevoelens van ongelijke behandeling ontstaan.

### 2009-32

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Sociale partners maken geen verboden onderscheid op grond van leeftijd door in de overgangsregeling ter afschaffing van de regeling voor functioneel leeftijdsontslag (FLO) verschillende voorzieningen te treffen afhankelijk van het geboortjaar van de werknemer.**

Een werknemer is in 1952 geboren en sinds 1973 in dienst bij een vervoersbedrijf. Na de inwerkingtreding van de Wet VPL heeft de werkgever samen met de vakbonden het FLO afgeschaft. In plaats daarvan is een nieuwe structurele regeling ingevoerd waarin werknemers, afhankelijk van het aantal dienstjaren dat zij hebben, via een levensloopregeling kunnen sparen voor eerdere uittreding dan het Keuzepensioen van het ABP toelaat, maar niet eerder dan bij het bereiken van de leeftijd van 63 jaar. Daarnaast is een overgangsregeling gemaakt, waarin verschillende voorzieningen zijn getroffen afhankelijk van het jaar waarin een werknemer is geboren. Voor de werknemer die zich tot de Commissie wendde, betekent deze overgangsregeling dat hij anderhalf jaar langer zal moeten doorwerken dan op basis van de oude FLO regeling het geval zou zijn. Voor deze werknemer geldt tevens dat de werkgever een groot deel van zijn levenslooppremie betaalt, waardoor hij op de leeftijd van 61,5 jaar kan uittreden in plaats van pas op 63 jarige leeftijd. Nu de werkgever en de sociale partners in de overgangsregeling het geboortjaar als onderscheidmakend criterium hebben gehanteerd, maken zij onderscheid op grond van leeftijd. De Commissie oordeelt dat de genoemde doelstellingen, te weten het ontwikkelen van een betaalbare regeling waarbij zoveel mogelijk wordt aangesloten bij de opgebouwde verwachtingen van de werknemers, kunnen gelden als objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid.

**2009-34**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid, geen strijd met de wet

**Samenvatting:**

**Leeftijd. Werkervaringseis niet bedoeld als maximum. Verboden onderscheid bij arbeidsbemiddeling, maar geen strijd met de wet door ontbreken toelichting op ervaringseis in advertentietekst.**

Een arbeidsbemiddelingsorganisatie vraagt iemand met tussen de vijf en tien jaren ervaring.

Een minimumervaringseis is in de regel gerechtvaardigd, een maximumervaringseis echter niet en wordt vaak gebruikt als verkapte leeftijdseis.

De arbeidsbemiddelingsorganisatie verklaart dat de eis slechts bedoeld is als minimum, niet als maximum. Zij stelt gemotiveerd dat leeftijd voor de functie geen enkele rol speelt. In zo'n geval ligt het niet voor de hand te verwachten dat voor de - ongewilde - indruk van leeftijds-onderscheid een motivering wordt gegeven in een advertentie. De organisatie handelt daarom met deze advertentietekst niet in strijd met de wet. Dat neemt niet weg dat de tekst wel gelezen kan worden als een maximumeis. De kans bestaat dat er daardoor mensen met méér ervaring dan tien jaar hebben afgezien van sollicitatie. De arbeidsbemiddelingsorganisatie heeft daarom op dat punt wel verboden onderscheid gemaakt bij de bemiddeling. De organisatie heeft de Commissie bij voorbaat toegezegd de tekst voor toekomstige gevallen zo nodig aan te zullen passen.

**2009-40**

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

**Samenvatting:**

**Onderscheid op grond van leeftijd en ras door gemeentelijke arbeidsbemiddelingsinstantie.**

Een antidiscriminatievoorziening verzoekt de Commissie te oordelen over de vraag of een gemeentelijke instantie onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd en/of ras bij de arbeidsbemiddeling. Door de projectcoördinator van deze instantie zijn uitspraken gedaan die onderscheid op grond van leeftijd en ras

kunnen doen vermoeden. Deze uitspraken duiden erop dat de arbeidsbemiddelingsinstantie gehoor geeft aan mogelijk discriminerende wensen van werkgevers. Het College van Burgemeester en Wethouders, verantwoordelijk voor het handelen van de instantie, slaagt er niet in te bewijzen dat geen onderscheid is gemaakt.

Op verzoek van de antidiscriminatievoorziening heeft het college onderzoek gedaan naar de vraag of de arbeidsbemiddelingsinstantie uitgangspunten hanteert die in strijd zijn met de gelijkebehandelingswetgeving. Het college heeft geconcludeerd dat niet op elke vraag van een werkgever wordt ingegaan en dat de projectcoördinator bij de bemiddeling geen uitgangspunten hanteert die strijdig zijn met de AWGB. Gelet op de schriftelijke verklaringen die in het kader van het onderzoek zijn afgelegd wordt de conclusie van het onderzoeksrapport niet gedragen door de inhoud van het onderzoek. Het onderzoek naar discriminatie is daarom niet zorgvuldig geweest. Strijd met de wet.

**2009-41**

**Grond:** leeftijd; arbeidsduur  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Verboden onderscheid op grond van leeftijd en arbeidsduur omdat de afbouwregeling slechts openstaat voor medewerkers van 60 jaar en ouder die voltijds werken.**

Een provincie vraagt de Commissie of artikel 13 van de werktijdenregeling in strijd is met het verbod van onderscheid op grond van leeftijd en arbeidsduur. Op grond van de in artikel 13 van de werktijdenregeling neergelegde afbouwregeling kan een ambtenaar met een voltijd-arbeitsduur vanaf 60 jaar een half uur per dag minder werken en een ambtenaar van 64 jaar een uur per dag.

De Commissie concludeert dat de regeling niet is ingebed in een leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid, zodat er geen aanleiding bestaat voor een contextuele beoordeling en de regeling afzonderlijk dient te worden beoordeeld. Het doel van het leeftijds-onderscheid in de afbouwregeling is om rekening te houden met de verminderde belastbaarheid van oudere werknemers en daarmee hun inzetbaarheid te vergroten waardoor zij langer actief aan het arbeidsproces kunnen deelnemen. Het in de regeling gemaakte onderscheid op grond van leeftijd is niet objectief gerechtvaardigd omdat het doel ook kan worden bereikt op een

manier die niet leidt tot onderscheid, althans minder onderscheidmakend is. Binnen de provincie bestaan reeds meerdere maatregelen om rekening te houden met de belastbaarheid van werknemers die eveneens geschikt zijn om een bijdrage te leveren aan het vergroten van de inzetbaarheid van oudere werknemers. Verzoeker heeft de afbouwregeling niet afgewogen tegen deze binnen de organisatie bestaande alternatieven.

De afbouwregeling is ook in strijd met het verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur. Verweerder heeft niet kunnen verklaren waarom de regeling alleen openstaat voor vol-tijders zodat het onderscheid op grond van arbeidsduur niet gerechtvaardigd is.

### 2009-44

**Grond:** leeftijd; burgerlijke staat; geslacht  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen (verboden) onderscheid

#### Samenvatting:

**Geen onderscheid op grond van leeftijd, geslacht en/of burgerlijke staat door bewust ongehuwde moeder, geboren voor 1950, uit te sluiten van mogelijkheid uitrusten partnerpensioen.**

Een pensioenfonds hanteert de regel dat uitrusten van (opgebouwd) partnerpensioen voor een (hoger) ouderdompensioen alleen mogelijk is voor deelnemers die zijn geboren na 1 januari 1950. Een vrouw, geboren in 1943 en een bewust alleenstaande moeder, is 22 jaar deelnemer geweest bij dit pensioenfonds. Zij klaagt erover dat zij een relatief laag ouderdompensioen heeft, vanwege deze knip naar geboortjaar en/of omdat haar beroep op de hardheidsclausule niet is gehonoreerd. De vrouw vraagt de Commissie te onderzoeken of het nadeel dat zij ondervindt te wijten is aan verboden onderscheid op grond van leeftijd (haar generatie vrouwen in vergelijking met de jongere generatie vrouwen), geslacht en/of burgerlijke staat (uitgangspunt van de mannelijke kostwinner). Zij vraagt de Commissie om daarbij tevens de maatschappelijke context in aanmerking te nemen.

Naar het oordeel van de Commissie is geen sprake van (verboden) onderscheid op grond van leeftijd, geslacht en/of burgerlijke staat, noch afzonderlijk noch in onderling verband bezien.

Voorts concludeert de Commissie dat de vrouw niet een zodanig uitzonderlijke positie heeft dat daarop de hardheidsclausule van toepassing zou moeten zijn.

Geen (verboden) onderscheid.

### 2009-45

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

#### Samenvatting:

**Een bedrijf maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd bij de behandeling van een sollicitatie.**

Een vrouw van 49 jaar solliciteert bij een bedrijf naar de functie van traffic manager. In reactie op deze sollicitatie stuurt het bedrijf een e-mail waarin staat dat het leeftijdsverschil tussen de vrouw en de rest van het team te groot is. Hiermee is duidelijk dat leeftijd mede een rol heeft gespeeld bij de afwijzing. Het bedrijf heeft als reden voor het gemaakte leeftijds onderscheid aangegeven dat zij zich in de boekenbranche wil profileren als een jonge en ambitieuze partij en dat de personeelssamenstelling moet passen bij deze profilering, waarbij de term jong slaat op de leeftijdsfase van het bedrijf. De Commissie acht het zoeken van een kandidaat die qua leeftijd aansluit bij de rest van het team niet geschikt om dit doel te bereiken. Om het bedrijf te kunnen profileren als een ambitieuze nieuwkomer op de markt, is het niet noodzakelijk dat de kandidaat ook jong is. Ten overvloede overweegt de Commissie dat het middel ook niet noodzakelijk is omdat het bedrijf kan vragen naar de gewenste competenties en functie-eisen.

### 2009-49

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** strijd met wet

#### Samenvatting:

**Personeelsadvertentie waarin leeftijdseisen worden gesteld zonder motivering is in strijd met de wet.**

In een advertentie in een lokale krant voor een medewerker logistiek stond vermeld: leeftijd 20-35 jaar. Er stond niets vermeld over het waarom van deze leeftijdsgrenzen. Op brieven van de stichting Bureau gelijke behandeling Flevoland hierover heeft de werkgever niet gereageerd.

De werkgever heeft door het plaatsen van deze advertentie in strijd gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving.

De werkgever heeft aangegeven in het vervolg personeelsadvertenties conform de wet op te stellen.

**2009-63**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Geen vermoeden dat man is afgewezen voor een functie vanwege zijn leeftijd.**

Een man van 53 jaar heeft gesolliciteerd naar de functie van kookdame/-heer bij een cateraar. Na een telefonische screening is de man afgewezen. De man stelt dat hij is afgewezen vanwege zijn hoge leeftijd. De man heeft aangevoerd dat in het telefoongesprek was gezegd dat hij zou worden uitgenodigd voor een inhoudelijk gesprek. Vervolgens is hij afgewezen, omdat een andere kandidaat beter in het profiel zou passen, terwijl het bedrijf nog geen kennis had kunnen nemen van zijn cv. Bovendien is hij een gediplomeerd kok, hetgeen het bedrijf een pré vond. Ten aanzien van de stelling van de man dat is gevraagd naar zijn geboortedatum geldt dat het bedrijf heeft toegelicht dat incidenteel wordt gevraagd naar de geboortedatum, omdat bepaalde functies vooral geschikt zijn voor werknemers met meer levenservaring. Nu het merendeel van de werknemers die de functie van kookdame/-heer vervullen tussen de 50 en 60 jaar oud zijn, kan de stelling van de man dat is gevraagd naar zijn geboortedatum niet bijdragen aan het vermoeden dat hij is afgewezen vanwege zijn leeftijd. Dat als reden voor de afwijzing is gegeven dat een andere kandidaat beter in het profiel zou passen, terwijl het bedrijf nog geen kennis had kunnen nemen van zijn cv, kan als zodanig evenmin doen vermoeden dat de man is afgewezen (mede) vanwege zijn leeftijd. De Commissie oordeelt dat de man geen feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat hij is afgewezen vanwege zijn leeftijd. Wel doet de Commissie aan het bedrijf de aanbeveling in plaats van te vragen naar de geboortedatum, te informeren naar de ervaring, vaardigheden en competenties van een kandidaat.

**2009-68**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid;  
 geen strijd met de wet

**Samenvatting:**

**Recruitment bureau wijst man van 53 af met mededeling dat opdrachtgever op zoek is naar kandidaten die een eerste of tweede stap in hun carrière maken. Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd. Geen strijd met de wet door de wijze waarop de advertentie is opgesteld.**

Een man, geboren in 1955, solliciteert bij een recruitment bureau naar de functie keukenverkoper. De advertentie is opgesteld in de je- en jij-vorm en bevat de vermelding dat ervaring niet noodzakelijk is. Een dag later wordt hem meegedeeld dat hij niet bemiddeld zal worden omdat hij geen relevante ervaring heeft en omdat de opdrachtgever de voorkeur geeft aan kandidaten die een eerste of tweede stap in hun carrière maken. Vermoeden van onderscheid op grond van leeftijd. De recruiter heeft echter overtuigend toegelicht dat het cv van de man te licht is bevonden vanwege het gebrek aan aanknopingspunten in zijn cv met de functie van keukenverkoper. Ook heeft hij aannemelijk gemaakt dat hij geen maximum ervaringscis stelt - de zinsnede 'eerst of tweede stap in hun carrière' zou een selectie op grond van ervaring en daarmee op grond van leeftijd kunnen inhouden - maar dat hij het geheel van het cv van kandidaten bekijkt. Daarmee heeft hij het vermoeden weerlegd dat de leeftijd van de man een rol heeft gespeeld bij de beslissing hem niet te bemiddelen.

De man heeft nog aangevoerd dat het gebruik van de informele aanspreekvorm een impliciete leeftijdeis inhoudt omdat dergelijk taalgebruik slechts jongeren aanspreekt. Deze redenering volgt de Commissie niet, onder verwijzing naar haar advies over leeftijds onderscheid in advertenties (CGB-advies/2005/06).

**2009-69**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Onderscheid op grond van leeftijd bij de afwijzing voor een functie supervisor callcenter.**

Een man reageert op een vacature voor supervisor callcenter die door een uitzendbureau op



internet is geplaatst. Een medewerker van het uitzendbureau schrijft in een e-mail aan de man dat voor deze vacature een kandidaat wordt gezocht tussen de 23 en 26 jaar oud. Hiermee is een vermoeden van onderscheid gevestigd. Het argument dat de reactie van de betrokken medewerker wordt betreurd en niet conform de uitgangspunten van de organisatie is kan niet dienen ter weerlegging van het vermoeden van onderscheid. Het uitzendbureau is verantwoordelijk voor de inhoud en bewoordingen van e-mails die namens haar door een medewerker worden verzonden. Met het gemaakte excuus heeft het uitzendbureau impliciet bevestigd dat onderscheid als hier aan de orde niet acceptabel is. De Commissie stelt derhalve vast dat er geen rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid is aangevoerd terwijl ook anderszins niet is gebleken van omstandigheden die het gemaakte leeftijds onderscheid kunnen rechtvaardigen.

## 2009-76

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen onderscheid

### Samenvatting:

**Man heeft niet aannemelijk gemaakt dat hij minder wordt beloond vanwege zijn leeftijd.**

Een man werkt als vertegenwoordiger in de bloembollensector. Hij stelt dat zijn werkgever jegens hem onderscheid op grond van leeftijd maakt bij de beloning. De beloning van de vertegenwoordigers bestaat uit een vaste en een variabele beloning. De variabele beloning is een percentage van de door de vertegenwoordiger gerealiseerde omzet. Volgens de man is dit beloningssysteem indirect discriminerend voor oudere werknemers, omdat de fysieke gesteldheid van oudere werknemers afneemt, waardoor de omzet en daarmee de variabele beloning zal dalen indien een werknemer ouder wordt. De man stelt dat dit ook bij hem het geval is. Het bedrijf stelt zich op het standpunt dat in het beloningsbeleid geen onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. Wel zijn er verschillende andere factoren die een rol spelen bij de hoogte van het variabele inkomen en daarmee bij de totale beloning. Het bedrijf heeft betoogd dat voor zover er al een samenhang tussen leeftijd en omzet zou bestaan, dit kan worden verklaard door enkel met leeftijd of levensfase samenhangende factoren, die niets van doen hebben met de fysieke of geestelijke mogelijkheden van de vertegenwoordigers.

Om te kunnen beoordelen of de man feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat het bedrijf onderscheid op grond van leeftijd maakt bij de beloning, onderzoekt de Commissie eerst aan de hand van de door het bedrijf overgelegde beloningsgegevens of er een statistisch verband is tussen de leeftijd en de beloning. Hierbij is van belang dat, zoals het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft overwogen, statistische aanwijzingen voor een verschil in beloning in geval van prestatiebeloning niet rechtstreeks kunnen leiden tot de conclusie dat bij de beloning is gediscrimineerd. Wel kan dit leiden tot het vermoeden van indirect onderscheid. De Commissie stelt aan de hand van de overgelegde cijfers vast dat sprake is van een zwak statistisch verband tussen de leeftijd en de beloning van de vertegenwoordiger. Onzeker is echter gebleven of een oorzakelijk verband bestaat tussen de geconstateerde beloningsverschillen en de door de man gestelde afname van de lichamelijke en geestelijke spankracht, waardoor de omzet daalt. De afname van de omzet kan namelijk ook worden veroorzaakt door tal van andere factoren. Zo kunnen bijvoorbeeld ervaring, kennis en inzicht in de bloembollensector, inzet, vaardigheden om vraag en aanbod bij elkaar te brengen, en de aard van markt waarop de vertegenwoordiger zich begeeft invloed hebben op de omzet en daarmee op de uiteindelijke beloning. De Commissie oordeelt dat niet is gebleken dat het bedrijf onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt bij de beloning.

## 2009-77

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

### Samenvatting:

**'Doorwerk-CAO' voor werknemers die doorwerken na de pensioengerechtigde leeftijd is niet in strijd met de wet.**

Een vereniging die de belangen behartigt van werkgevers die doorwerken mogelijk willen maken, is samen met een werknemersorganisatie de 'doorwerk-CAO' overeengekomen. Zij hebben gezamenlijk de Commissie verzocht de 'doorwerk-CAO' te toetsen aan de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd. De rechtsvraag die ter beoordeling ligt, valt in tweeën uiteen.

1. De doorwerk-CAO in zijn geheel  
 De CAO is uitsluitend van toepassing op werknemers vanaf de 65-jarige leeftijd (of zoveel eerder als een (pre)pensioenregeling van toepassing is) en maakt dus in haar werkings-

sfeer onderscheid naar leeftijd. De Commissie acht het doel van de doorwerk-CAO - het bieden van een arbeidsvoorwaardelijk kader aan werknemers boven de 65 jaar en aan werkgevers die deze werknemers in dienst willen hebben/houden - legitiem. Dit doel strookt met het belang dat de regering hecht aan arbeidsdeelname van ouderen en is in overeenstemming met het doel van de WGBL. Verzoekers hebben voorts overtuigend aangevoerd dat werkgevers 'koudwatervrees' hebben om werknemers boven de 65 jaar in dienst te nemen en dat er een CAO als de doorwerk-CAO voor nodig is om de werkgevers 'over de streep te trekken'. Hierbij is van belang dat in de doorwerk-CAO voorzieningen zijn opgenomen voor arbeidsongeschiktheids- en bedrijfsongevallenverzekeringen en dat de doorwerk-CAO de mogelijk biedt toe te bieden van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten van drie maanden. De Commissie oordeelt dat de doorwerk-CAO voorziet in een specifieke behoefte.

Het leeftijdsonderscheid dat in de werkingsfeer van de doorwerk-CAO wordt gemaakt, is dan ook objectief gerechtvaardigd en dus niet verboden.

2. Afzonderlijke bepalingen uit de doorwerk-CAO

Bepalingen in de doorwerk-CAO kunnen afwijken van bepalingen in de arbeidsvoorwaardenregeling die bij een werkgever geldt voor jonger personeel. De Commissie onderscheidt hierbij twee situaties.

Situatie 1

De werknemer is in dienst bij doorwerkgever BV en wordt gedetacheerd bij een werkgever (veelal de voormalige werkgever). Eventuele verschillen in arbeidsvoorwaarden zijn niet toe te rekenen aan dezelfde werkgever en zijn dus niet aan te merken als onderscheid in de zin van de WGBL.

Situatie 2

De doorwerk-CAO is rechtsreeks op de doorwerknemer van toepassing. Het antwoord op de vraag of verschillen in arbeidsvoorwaarden tussen doorwerknemers en het overige personeel in strijd zijn met de wet, hangt af van de feiten en omstandigheden van de specifieke arbeidssituatie. De Commissie kan hierover dan ook geen oordeel geven.

## 2009-79

**Grond:** leeftijd

**Terrein:** arbeid

**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Verboden leeftijdsonderscheid door verpleegkundige die als uitzendkracht werkt vanwege leeftijd niet in aanmerking te laten komen voor een aanstelling in een substantieel bezwarende functie.**

Een verpleegkundige - geboren in 1947- werkt sinds 2007 op basis van opeenvolgende tijdelijke uitzendovereenkomsten in een penitentiaire inrichting. In december 2008 deelt haar leidinggevende haar mee dat zij als uitzendkracht te duur wordt en dat zij vanwege haar leeftijd niet in aanmerking komt voor aanstelling in dienst van de inrichting. Het verweer dat er vanwege een vacaturestop geen vacature zou zijn, slaagt niet omdat de vrouw vanaf 2007 steeds op uitzendbasis is blijven doorwerken in dezelfde functie. In het Algemeen Rijksambtenaren Reglement is de desbetreffende functie aangemerkt als substantieel bezwarend en is de leeftijd voor functioneel leeftijdsontslag (FLO) gesteld op 60 jaar. In combinatie met de in het reglement opgenomen referentie-eis dat iemand na aanstelling nog tenminste 5 jaar in deze functie werkzaam moet blijven, betekent dit dat in de betreffende functie van verpleegkundige geen personeel wordt aangesteld dat ouder is dan 55 jaar.

De rechtvaardiging die de werkgever aanvoert voor dit leeftijdsonderscheid is tweeledig:

1. Het functioneel leeftijdsontslag van 60 jaar: de Commissie acht het hanteren van een FLO-leeftijd geen noodzakelijk middel om het doel van veiligheid en voorkomen van risico's te bereiken. Immers, de vrouw - die in 2007 zestig jaar is geworden - voert al sinds 2007 als uitzendkracht de werkzaamheden behorend bij de functie uit.

2. De referentie eis: het doel van de referentie-eis - het voorkomen van onevenredig hoge uitkeringen - is legitiem. De Commissie is echter van oordeel dat er een alternatief voorhanden is om dit te bereiken. Zo zou in de uitkeringsregeling een bepaling kunnen worden opgenomen die een onevenredig hoge uitkering voorkomt door de hoogte van de uitkering afhankelijk te maken van de periode dat iemand in de betrokken functie heeft gewerkt. Het gemaakte leeftijdsonderscheid is dus niet objectief gerechtvaardigd en in strijd met de wet.

**2009-81**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Man onterecht afgewezen voor functies bij Defensie vanwege zijn leeftijd.**

Een man heeft via de website van de Koninklijke Luchtmacht gesolliciteerd naar verschillende functies bij Defensie. Ten tijde van zijn sollicitatie was de man 53 jaar oud. Nadat hij een aantal verplichte velden had ingevuld, waaronder zijn geboortedatum, kreeg hij steeds als reactie dat hij te oud is voor de betreffende functie. De man had geen voorkeur voor een militaire of een burgerfunctie. De Staatssecretaris van Defensie heeft toegelicht dat hij de sollicitatie van de man heeft opgevat als een sollicitatie naar een militaire functie, omdat hij heeft gesolliciteerd via de website van de Koninklijke Luchtmacht en hierop enkel militaire functies worden aangeboden, tenzij uitdrukkelijk is vermeld dat het een burgerfunctie betreft. De Commissie overweegt dat voor buitenstaanders uit de website niet duidelijk blijkt dat de functies die hierop worden aangeboden hoofdzakelijk militaire functies zijn. De man heeft de afwijzing dan ook kunnen begrijpen als een afwijzing voor zowel militaire functies als burgerfuncties. De Commissie onderzoekt vervolgens of de staatssecretaris verboden onderscheid op grond van de leeftijd heeft gemaakt door de man voor beide typen functies af te wijzen. Ten aanzien van de afwijzing voor burgerfuncties oordeelt de Commissie dat jegens de man verboden onderscheid op grond van leeftijd is gemaakt. De staatssecretaris heeft toegelicht dat voor burgerfuncties geen leeftijdseisen gelden en acht dus zelf geen grond aanwezig de man af te wijzen voor deze functies vanwege zijn leeftijd. Ten aanzien van de afwijzing voor enige militaire functie heeft de staatssecretaris toegelicht dat men enkel in aanmerking komt voor een militaire functie, indien men voldoet aan de rendementseis. Deze eis houdt in dat een militair bij aanstelling niet minder dan vijftien jaar verwijderd mag zijn van zijn datum van leeftijdsontslag. Dit komt er in de praktijk op neer dat de militair bij instroom niet ouder mag zijn dan 44 jaar, aangezien het leeftijdsontslag van militairen op de leeftijd van 60 jaar plaatsvindt. De staatssecretaris heeft toegelicht dat de rendementseis een tweeledig doel dient, te weten: het bijdragen aan de totstandkoming van een piramidale opbouw van het personeelsbestand en het nastreven van een goede balans tussen de kosten van de overbruggings-

uitkering en de arbeid die de militair heeft verricht voordat hij aanspraak maakt op deze uitkering. Een militair ontvangt een overbruggingsuitkering vanaf het moment dat hij in aanmerking komt voor leeftijdsontslag tot aan het moment dat hij de leeftijd van 65 jaar bereikt en hij in aanmerking komt voor pensioen.

Ten aanzien van de piramidale opbouw van het personeelsbestand waarnaar de staatssecretaris streeft, overweegt de Commissie dat dit doel legitiem is. De defensieorganisatie heeft immers in de lagere functies de meeste en de jongste militaire ambtenaren nodig. De rendementseis is echter naar het oordeel van de Commissie niet geschikt om dit doel te bereiken. Niet valt in te zien dat de rendementseis bijdraagt aan de piramidale opbouw van het personeelsbestand. De rendementseis is immers enkel van toepassing op personeel dat horizontaal instroomt in de piramide. Ten aanzien van het tweede doel, te weten: een goede balans tussen de kosten van de overbruggingsuitkering en de arbeid die de militair heeft verricht voordat hij hiervoor in aanmerking komt, overweegt de Commissie dat dit doel weliswaar legitiem is, maar dat minder onderscheidmakende oplossingen dan het hanteren van de 15 jaars periode denkbaar zijn. De staatssecretaris kan namelijk overwegen om in de uitkeringsregeling een voorziening op te nemen waardoor de hoogte van de uitkering zodanig wordt gekoppeld aan het aantal jaren dat een militair werkzaam is geweest dat de beoogde balans wordt bereikt, tussen de hoogte van de uitkering en de arbeid die de militair heeft verricht. Anders dan nu het geval is, is in zo'n regeling geen sprake van een vooraf vastgestelde vaste rendementseis en uitkering, maar is de duur van de aanstelling bepalend voor de hoogte van de uitkering. De Commissie oordeelt dat de staatssecretaris verboden onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt door de man af te wijzen voor militaire functies en burgerfuncties.

**2009-82**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Man onterecht afgewezen voor functies bij Defensie vanwege zijn leeftijd.**

Een man heeft via de website van de Koninklijke Landmacht een open sollicitatie gedaan naar een functie bij Defensie. Hij had geen voorkeur voor een militaire of een burgerfunctie. Ten tijde van zijn sollicitatie was de man 53 jaar oud. De man ontving vervolgens een afwijzingsbrief waarin stond dat hij niet in aanmerking kwam voor een functie bij Defensie, omdat hij minder dan vijftien jaar verwijderd was van zijn datum van leeftijdsontslag bij het bereiken van de leeftijd van 60 jaar.

De staatssecretaris heeft toegelicht dat hij de sollicitatie van de man heeft opgevat als een sollicitatie naar een militaire functie, omdat hij heeft gesolliciteerd via de website van de Koninklijke Luchtmacht en hierop enkel militaire functies worden aangeboden, tenzij uitdrukkelijk is vermeld dat het een burgerfunctie betreft. De Commissie overweegt dat voor buitenstaanders uit de website niet duidelijk blijkt dat de functies die hierop worden aangeboden hoofdzakelijk militaire functies zijn. De man heeft de afwijzing dan ook kunnen begrijpen als een afwijzing voor zowel militaire functies als burgerfuncties. De Commissie onderzoekt vervolgens of de Staatssecretaris van Defensie verboden onderscheid op grond van de leeftijd heeft gemaakt door de man voor beide typen functies af te wijzen. Ten aanzien van de afwijzing voor burgerfuncties oordeelt de Commissie dat jegens de man verboden onderscheid op grond van leeftijd is gemaakt. De staatssecretaris heeft toegelicht dat voor burgerfuncties geen leeftijdseisen gelden en acht dus zelf geen grond aanwezig de man af te wijzen voor deze functies vanwege zijn leeftijd. Ten aanzien van de afwijzing voor enige militaire functie heeft de staatssecretaris toegelicht dat men enkel in aanmerking komt voor een militaire functie, indien men voldoet aan de rendementseis. Deze eis houdt in dat een militair bij aanstelling niet minder dan vijftien jaar verwijderd mag zijn van zijn datum van leeftijdsontslag. Dit komt er in de praktijk op neer dat de militair bij instroom niet ouder mag zijn dan 44 jaar, aangezien het leeftijdsontslag van militairen op de leeftijd van 60 jaar plaatsvindt. De staatssecretaris heeft toegelicht dat de rendementseis een tweeledig doel dient, te weten: het bijdragen aan de totstandkoming van een piramidale opbouw van

het personeelsbestand en het nastreven van een goede balans tussen de kosten van de overbruggingsuitkering en de arbeid die de militair heeft verricht voordat hij aanspraak maakt op deze uitkering. Een militair ontvangt een overbruggingsuitkering vanaf het moment dat hij in aanmerking komt voor leeftijdsontslag tot aan het moment dat hij de leeftijd van 65 jaar bereikt en hij in aanmerking komt voor pensioen.

Ten aanzien van de piramidale opbouw van het personeelsbestand waarnaar de staatssecretaris streeft, overweegt de Commissie dat dit doel legitiem is. De defensieorganisatie heeft immers in de lagere functies de meeste en de jongste militaire ambtenaren nodig. De rendementseis is echter naar het oordeel van de Commissie niet geschikt om dit doel te bereiken. Niet valt immers in te zien dat de rendementseis bijdraagt aan de piramidale opbouw van het personeelsbestand. De rendementseis is immers enkel van toepassing op personeel dat horizontaal instroomt in de piramide. Ten aanzien van het tweede doel, te weten: een goede balans tussen de kosten van de overbruggingsuitkering en de arbeid die de militair heeft verricht voordat hij hiervoor in aanmerking komt, overweegt de Commissie dat dit doel weliswaar legitiem is, maar niet noodzakelijk. De staatssecretaris kan namelijk overwegen om in de uitkeringsregeling een voorziening op te nemen waardoor de hoogte van de uitkering zodanig wordt gekoppeld aan het aantal jaren dat een militair werkzaam is geweest dat de beoogde balans, tussen de hoogte van de uitkering en de arbeid die de militair heeft verricht, wordt bereikt. Anders dan nu het geval is, is in zo'n regeling geen sprake van een vooraf vastgestelde vaste rendementseis en uitkering, maar is de duur van de aanstelling bepalend voor de hoogte van de uitkering. De Commissie oordeelt dat de staatssecretaris verboden onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt door de man af te wijzen voor militaire functies en burgerfuncties.

**2009-89**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Beschikbare premiereregeling waarbij de werknemersbijdrage 50 % van de gestafelde premie bedraagt is in strijd met de WGBL.**

Een bedrijf dat onder meer bouwkundig tekenwerk verricht, vraagt de Commissie om een oordeel over de vraag of de door hem

voorgestelde pensioenregeling in overeenstemming is met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). De voorgestelde pensioenregeling betreft een beschikbare premieregeling, waarbij de fiscaal maximale staffel voor 80 % wordt gevolgd. Dit betekent dat de in totaal beschikbare premie oploopt met de leeftijd van de werknemer. Dit valt onder de uitzondering van artikel 8, derde lid, WGBL. Het bedrijf stelt verder voor dat de beschikbare premie voor 50 % door de werkgever wordt betaald en voor 50 % door de werknemer. Een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage valt naar het oordeel van de Commissie niet onder de uitzondering van artikel 8 WGBL. De vraag is derhalve of het onderscheid dat het gevolg is van een met de leeftijd oplopende werknemersbijdrage, objectief gerechtvaardigd is. Het bedrijf streeft met de gedifferentieerde werknemersbijdrage twee doelen na: het bereiken van een pensioenvoorziening van een adequaat niveau en het voorkomen dat de kosten van het werkgeversdeel van de premie zo hoog oplopen dat het (te) onaantrekkelijk wordt om oudere werknemers in dienst te nemen of te houden. De Commissie oordeelt dat de doelen die het bedrijf nastreeft met de gedifferentieerde werknemerspremie, legitiem zijn. Maar deze doelen kunnen ook worden bereikt met een alternatief waarbij geen leeftijds onderscheid wordt gemaakt. Het onderscheid is daarom niet objectief gerechtvaardigd. Verboden onderscheid.

## 2009-96

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

**Samenvatting:**  
**Onderscheid op grond van geslacht bij werving en selectie voor wetenschappelijke functie. Geen vermoeden van onderscheid op grond van leeftijd.**

Een vrouw meent dat haar geslacht en/of leeftijd een rol hebben gespeeld bij de besluitvorming over haar kandidatuur voor de functie universitair docent bij een economische faculteit. Zij klaagt met name over het 'glazen plafond' in de wetenschap in het algemeen, de economische discipline in het bijzonder en de situatie bij deze economische faculteit meer in het bijzonder. Het feit dat haar sollicitatie meteen terzijde is gelegd, is volgens haar daarvan zowel een illustratie als een gevolg. De Commissie stelt vast dat bij de gevolgde sollicitatieprocedure sprake was van vage, zelfs tegenstrijdige en schuivende selectiecriteria.

Ook overigens was de procedure ondoorzichtig; zo zijn er geen sollicitatiegesprekken gevoerd. Tezamen met het feit dat sprake is van een ondervertegenwoordiging van vrouwen in Nederland in de (economische) wetenschap en het afnemende aantal vrouwelijke wetenschappers bij de betreffende afdeling, leidt dit tot een vermoeden van onderscheid op grond van geslacht. De universiteit slaagt er niet in dit vermoeden te weerleggen. Onderscheid op grond van geslacht. Onvoldoende feiten om onderscheid op grond van leeftijd te kunnen doen vermoeden.

## 2009-98

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid; strijd met de wet

**Samenvatting:**  
**Een werkgever maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd door te vragen naar een junior inkoper en daarbij te vermelden dat zij de kans biedt werker-  
 varing op te doen. Strijd met de wet door leeftijds onderscheid niet te motiveren in de advertentie.**

Een software bedrijf heeft een advertentie geplaatst voor de functie junior inkoper. In de advertentie staat onder meer "Wij geven nieuwe collega's de kans om werkervaring op te doen". Een man, 45 plus, heeft gesolliciteerd naar de functie en heeft een afwijzing per e-mail ontvangen, waarin staat dat het bedrijf op zoek is naar iemand die zijn/haar HBO opleiding heeft afgerond. Het bedrijf heeft zowel bij de werving als bij de selectie indirect onderscheid gemaakt op grond van leeftijd. Het doel van het onderscheid was het vinden van kandidaten die aan het functieprofiel voldoen. De Commissie heeft geoordeeld dat het onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is nu dit doel ook had kunnen worden bereikt met het expliciet benoemen van en selecteren op de (leeftijdsneutrale) functievereisten. Derhalve heeft het bedrijf jegens de man verboden onderscheid gemaakt naar leeftijd bij de aanbieding en bij de behandeling bij de vervulling van de betrekking. Het bedrijf heeft de (indirecte) leeftijds grens in de vacature niet gemotiveerd. Hierdoor heeft zij in strijd gehandeld met artikel 9 WGBL.

**2009-99**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd in vrijwillige vertrekregeling.**

Een man maakt op vrijwillige basis gebruik van een vertrekregeling. Inhoudelijk sluit deze vertrekregeling aan bij een Sociaal Plan dat is opgesteld ter begeleiding van verplicht vertrek in verband met een reorganisatie. Ter berekening van de hoogte van de vertrekvergoeding wordt onderscheid gemaakt tussen werknemers geboren voor 1950 en in dienst van de werkgever op 31 december 2005 en werknemers geboren in of na 1950 danwel geboren voor 1950 en in dienst getreden van de werkgever na 31 december 2005. Voor de eerste groep geldt een pensioenrichtleeftijd van 61 jaar en voor de tweede groep is de pensioenrichtleeftijd 65 jaar. Het hanteren van een verschillende pensioenrichtleeftijd levert een verschil in hoogte van de vertrekvergoeding op. Dit verschil in behandeling levert indirect onderscheid op grond van leeftijd op, nu de groep oudere werknemers daardoor nadelig wordt getroffen. Het onderscheid is echter objectief gerechtvaardigd.

**2009-100**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** niet ontvankelijk

**Samenvatting:**

**Geen gebruik gemaakt van Sociaal Plan, maar van vrijwillige regeling. Vakbonden daarbij geen partij. Verzoek niet-ontvankelijk.**

Een man vraagt het oordeel van de Commissie over het Sociaal Plan dat zijn werkgever met drie vakbonden heeft opgesteld, ter begeleiding van een reorganisatie. Hij meent dat daarin verboden onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt. Tijdens de zitting bij de Commissie is gebleken dat de man geen gebruik maakt van het Sociaal Plan als zodanig, maar van een regeling die hem op vrijwillige basis door zijn werkgever is aangeboden en waarin wordt aangesloten bij de voorwaarden zoals neergelegd in het Sociaal Plan. De vakbonden zijn geen partij bij deze analoog toegepaste regeling.

**2009-110**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Ziekenhuisapothek maakt geen onderscheid op grond van leeftijd door een werknemer van 65 jaar niet opnieuw aan te nemen.**

Een man is geboren in het jaar 1944. Sinds 2006 was hij werkzaam bij een ziekenhuisapothek. Zijn arbeidsovereenkomst eindigde op 1 oktober 2009, de maand waarin hij 65 jaar werd. Per april 2009 is de functie van de man zowel intern als extern vacant gesteld. De man heeft per e-mail intern op deze functie gesolliciteerd. De man is afgewezen, onder andere omdat hij 65 jaar is geworden. Daarmee staat vast dat de ziekenhuisapothek onderscheid maakt op grond van leeftijd door geen arbeidsovereenkomst met de man aan te gaan. De Commissie oordeelt dat het onderscheid is gerechtvaardigd aangezien de wettelijke uitzondering die geldt ten aanzien van onderscheid op grond van leeftijd bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst op de AOW-gerechtigde leeftijd, analoog van toepassing is op het niet aannemen van personeel vanaf de AOW-gerechtigde leeftijd. De overige door de ziekenhuisapothek aangevoerde redenen voor de beslissing om de man niet aan te nemen, zijn niet te herleiden tot de discriminatiegrond leeftijd. Deze leiden derhalve niet tot een ander oordeel.

**2009-115**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** onderscheid; strijd met de wet

**Samenvatting:**

**Een wervings- en selectiebureau heeft verboden onderscheid gemaakt op grond van leeftijd jegens een oudere sollicitant door in een vacature te stellen dat de ideale kandidaat over maximaal vijf jaar werkervaring beschikt en op dit criterium te selecteren. Strijd met de wet.**

Een sollicitant is 45 plus. Een wervings- en selectiebureau heeft in een personeelsadvertentie bij overige eisen geschreven dat 'de ideale accountmanager beschikt over maximaal vijf jaar buitendienstervaring'. De sollicitant heeft onbetwist gesteld dat het wervings- en selectiebureau hem heeft afgewezen in verband met

zijn werkervaring. Uitgangspunt van de Commissie is dat een maximale werkervaring-eis in beginsel onderscheid oplevert op grond van leeftijd jegens oudere kandidaten, zoals verzoeker. Door deze eis wordt een grote groep mensen uitgesloten die over meer werkervaring beschikt, in welke groep met name oudere kandidaten zitten. In het kader van de objectieve rechtvaardigingstoets is gebleken dat het doel van het onderscheid legitiem is. Het middel is evenwel niet noodzakelijk. Het onderscheid is niet gerechtvaardigd en derhalve verboden. Nu dit leeftijds onderscheid niet is gemotiveerd heeft het wervings- en selectiebureau in strijd gehandeld met artikel 9 WGBL.

### 2009-116

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

#### Samenvatting:

**Een werkgever heeft geen onderscheid gemaakt op grond van leeftijd jegens een sollicitant nu het wervings- en selectiebureau op eigen initiatief een maximum van vijf jaar werkervaring in de vacature heeft toegevoegd en heeft gehanteerd bij de afwijzing. Geen strijd met de wet.**

Een sollicitant is 45 plus. Bij de werkgever kwam de functie accountmanager vacant. Een wervings- en selectiebureau heeft in een personeelsadvertentie ten behoeve van deze functie geschreven dat 'de ideale accountmanager beschikt over maximaal vijf jaar buitendienstervaring. De sollicitant heeft onbetwist gesteld dat het wervings- en selectiebureau hem heeft afgewezen waarbij zijn ruime werkervaring een rol heeft gespeeld. Vast is komen te staan dat het wervings- en selectiebureau op eigen initiatief de werkervaringgrens in de vacature heeft gesteld en verzoeker heeft afgewezen en niet heeft voorgedragen aan de werkgever. Het zelfstandig en op eigen initiatief handelen van het werving- en selectiebureau kan de werkgever in redelijkheid niet worden toegerekend. Geen onderscheid jegens verzoeker. De werkgever heeft voorts niet in strijd gehandeld met artikel 9 WGBL.

### 2009-118

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid; strijd met de wet

#### Samenvatting:

**Een uitzend- en detachingsbureau heeft verboden onderscheid op grond van leeftijd gemaakt jegens een man van 45 plus, door in twee vacatures bij relevante werkervaring 'twee tot vijf jaar' te vermelden. Strijd met de wet door leeftijds onderscheid niet te motiveren in de advertentie.**

Een uitzend- en detachingsbureau heeft in twee personeelsadvertenties het volgende opgenomen: relevante werkervaring: twee tot vijf jaar en bij carrièreniveau: 'midcareer' (ervaren). De vraag is of het uitzend- en detachingsbureau hiermee bij de aanbidding van de betrekkingen (indirect) onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd jegens een man van 45 plus met meer dan vijf jaar relevante werkervaring. De verwijzing naar de carrièrefase is niet onderscheidmakend. Het opnemen van een maximum van vijf jaar werkervaring wel. Er is sprake van indirect onderscheid naar leeftijd. Het onderscheid kan objectief zijn gerechtvaardigd indien het doel van het onderscheid legitiem is en het middel geschikt en noodzakelijk. Het doel van het onderscheid was het vinden van de juiste persoon op de juiste plek. Dit is een legitiem doel. Het middel is evenwel niet noodzakelijk nu het doel ook had kunnen worden bereikt met het weglaten van de bovengrens van vijf jaar werkervaring. Derhalve heeft het bureau jegens de man verboden onderscheid gemaakt naar leeftijd bij de aanbidding van de betrekking. Het uitzend- en detachingsbureau heeft de (indirecte) leeftijdsgrens in de openlijke vacatures niet gemotiveerd. Hierdoor heeft zij in strijd gehandeld met artikel 9 WGBL.

**2009-122**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** verboden onderscheid

**Samenvatting:**

**Verboden onderscheid naar leeftijd door de toekenning van extra vakantiedagen aan werknemers van 50 jaar en ouder en bij verlagen van arbeidstijd van werknemers van 60 jaar en ouder.**

CAO-partijen bij een bedrijfstak-CAO hebben de Commissie gevraagd te beoordelen of een vakantieregeling en een afbouwregeling in strijd zijn met de WGBL. De Commissie heeft in oordeel 2008-125 reeds vastgesteld dat hierdoor onderscheid wordt gemaakt op grond van leeftijd. Deze regelingen zijn niet ingebed in een leeftijdsbewust personeelsbeleid. Ondanks dat verzoekers daartoe een redelijke termijn is gegund, zijn zij er niet in geslaagd deze leeftijdsspecifieke maatregelen te plaatsen in de context van een leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid. Daarom is er voor de Commissie geen aanleiding de voorgelegde maatregelen in een bredere context te toetsen. Ten aanzien van de vakantieregeling hebben partijen als gezamenlijk doel partijen genoemd: het belonen van loyaliteit. Dit doel is legitiem. Het middel kan bijdragen aan het binden van werknemers aan de onderneming en is daarom passend. Het middel is echter niet noodzakelijk om loyaliteit te belonen en werknemers te binden. Deze doelstellingen kunnen ook worden bereikt door aan alle werknemers met een dienstverband van meer dan vijf jaar extra vakantiedagen toe te kennen of om extra vakantiedagen toe te kennen op basis van anciënniteit, in die zin dat meer vakantiedagen worden toegekend bij een toenemend aantal dienstjaren. Ook de andere, door partijen afzonderlijk aangevoerde doelstellingen vormen geen objectieve rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid bij de leeftijdsspecifieke maatregelen. Derhalve is sprake van verboden onderscheid op grond van leeftijd. De Commissie adviseert partijen indringend om de maatregelen voor het verlagen van de belasting van de werknemers om hun blijvende inzetbaarheid te vergroten ingebed te laten zijn in een leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid.

**2009-123**

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen onderscheid

**Samenvatting:**

**Geen onderscheid op grond van leeftijd bij het hanteren van een maximum leeftijd van 26 jaar voor toelating voor opleiding luchtverkeersleider.**

De Commissie heeft geoordeeld dat een organisatie voor de luchtverkeersdienstverlening bij het stellen van een leeftijdsgrens van 26 jaar voor de toelating tot de opleiding luchtverkeersleider onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt, dat objectief is gerechtvaardigd. Hiermee heeft de Commissie anders geoordeeld dan in haar eerdere oordeel 2008-21 over hetzelfde onderwerp, waarin werd geconcludeerd tot verboden onderscheid op grond van leeftijd.

De reden om thans anders te oordelen is dat de luchtverkeersdienst een aantal kwesties duidelijker heeft belicht. Zo is inzichtelijk gemaakt dat het leervermogen een essentiële competentie is voor luchtverkeersleider en dat deze competentie moeilijk toetsbaar is. Tevens is aannemelijk gemaakt dat het leervermogen tussen 20 en 30 jaar sterk afneemt en daarmee de kans om het 'Schiphol-niveau' te bereiken. Nu een alternatieve, minder onderscheid makende selectiemethode ontbreekt, valt de proportionaliteitstoets in het voordeel van de luchtverkeersdienst uit.

**2009-124**

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

**Samenvatting:**

**ROC heeft geen onderscheid gemaakt door een docente op grond van een interne mobiliteitsplan vanwege haar dienstjaren verplicht mobiel te stellen. Ook heeft de school niet in strijd gehandeld met het verbod van victimisatie.**

Docente heeft gesteld dat oudere werknemers, waaronder zij, nadeliger worden getroffen door het mobiliteitsplan dat het ROC hanteert omdat werknemers met de meeste dienstjaren als eerste worden aangewezen om verplicht mobiel te zijn. Voorts heeft zij gesteld dat het ROC tegen haar sancties heeft genomen, omdat zij beroep heeft gedaan op de gelijkebehandelingswetgeving.



ROC heeft beide stellingen van de docente weersproken.

De Commissie is in deze zaak tot de conclusie gekomen dat, hoewel het hanteren van het dienstjarencriterium onderscheid op grond van leeftijd kan opleveren, het ROC bewezen heeft niet in strijd met de wet te hebben gehandeld. Noch uit de mobiliteitslijst van de gehele sector, noch van de afdeling waar de docente werkzaam was, blijkt dat oudere werknemers nadeliger zijn getroffen. Dit komt omdat de gemiddelde leeftijd van de werknemers met de langste en met de minste diensttijd heel dicht op elkaar ligt. De Commissie concludeert dan ook dat het ROC door de gebruikmaking van het dienstjarencriterium in de voorliggende zaak geen verboden onderscheid naar leeftijd heeft gemaakt. Ten overvloede merkt de Commissie op dat het niet uitgesloten is dat toepassing van het dienstjarencriterium bij een wijzigende leeftijdsopbouw van het personeel wél tot indirect onderscheid naar leeftijd kan leiden. Docente is er niet in geslaagd te bewijzen dat het ROC tegen haar sancties heeft genomen omdat zij een beroep heeft gedaan op de gelijkebehandelingswetgeving. Geen onderscheid; geen strijd met het verbod op victimisatie.

## 2009-125

**Grond:** leeftijd  
**Terrein:** arbeid  
**Dictum:** geen verboden onderscheid

**Samenvatting:**  
**Geen verboden onderscheid op grond van leeftijd bij niet verlengen inschrijving van vrijwilliger.**

Een man was sinds 1988 als vrijwillig senior-expert ingeschreven bij een organisatie die experts uitzendt naar lokale ondernemingen in ontwikkelingslanden. De organisatie hanteert sinds 1990 een maximum leeftijdsgrens van 70 jaar. De inschrijving van de man is in 2005 door de organisatie beëindigd. Op verzoek van de man heeft de Commissie in 2007 geoordeeld dat de organisatie hiermee verboden onderscheid had gemaakt op grond van leeftijd. Partijen zijn vervolgens overeengekomen dat de man opnieuw wordt ingeschreven voor de duur van één jaar. Na afloop van deze periode heeft de organisatie de inschrijving van de man niet verlengd.

De Commissie stelt vast dat voor zover sprake is van onderscheid op grond van leeftijd vanwege het besluit om de inschrijving niet te verlengen, het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd is vanwege de uitzondering van artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel b,

WGBL. Partijen zijn na het eerdere oordeel van de Commissie een nieuwe arbeidsverhouding aangegaan. Daarmee is tussen partijen een nieuwe rechtsverhouding ontstaan. Bij het aangaan van de nieuwe arbeidsverhouding was de man bekend met de leeftijdsgrens die de organisatie stelt bij de inschrijving van senior-experts. Voor zover sprake is van onderscheid op grond van leeftijd bij het niet aangaan van een nieuwe arbeidsverhouding, is dit onderscheid objectief gerechtvaardigd.

## 2009-128

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

**Samenvatting:**  
**Fysieke test voor brandweermedewerkers bij Koninklijke Luchtmacht. Geen verboden onderscheid op grond van geslacht.**

Een vrouw werkt bij de Koninklijke Luchtmacht als Onderbrandweermeester. Militaire brandweermedewerkers die blussende handelingen uitvoeren worden periodiek gekeurd.

Onderdeel van deze keuring is een conditietest waarbij de VO<sub>2</sub>max-waarde wordt bepaald. Dit is de hoeveelheid zuurstof die het lichaam per minuut kan opnemen bij maximale inspanning. Als norm geldt dat tenminste een VO<sub>2</sub>max-waarde van 39/ml/kg/min moet worden behaald. De vrouw heeft bij herhaling niet voldaan aan deze eis. Om die reden acht de Staatssecretaris van Defensie haar niet langer geschikt haar functie uit te voeren.

Omdat vrouwen moeilijker dan mannen aan deze fysieke functie-eis kunnen voldoen, maakt de staatssecretaris indirect onderscheid op grond van geslacht. De Commissie oordeelt dat het indirecte onderscheid niet verboden is. Het gaat hier om specifieke functies met extreme piekbelastingen. Onder zware omstandigheden moeten de brandweermedewerkers blussen en levensreddende handelingen verrichten. In geval van uitzendingen geldt dat de omstandigheden nog extremer kunnen zijn door bijvoorbeeld temperatuur, lucht- en reinomstandigheden, en dreigingsfactoren. De staatssecretaris heeft toegelicht dat zowel mannen en vrouwen gelijkelijk voor alle taken inzetbaar moeten zijn, teneinde de veiligheid van slachtoffers, de omgeving, de brandweermedewerkers zelf en hun collega's zo goed mogelijk te waarborgen.

Om de prestaties van de brandweermedewerkers te kunnen voorspellen, wordt de hoogte van de VO<sub>2</sub>max-waarde van de brandweerme-

dewerkers bepaald. De staatssecretaris baseert zich hierbij op wetenschappelijke studies. De Commissie oordeelt dat de staatssecretaris afdoende heeft gemotiveerd dat de VO2max-waarde een goede voorspeller is van de te verwachten prestaties en dat, gelet op de door de onderzoekers aanbevolen normen, de gekozen norm niet onredelijk voorkomt. Voorts oordeelt de Commissie dat de gekozen norm noodzakelijk is. Vooralsnog is geen alternatief voor handen. De Commissie oordeelt gelet op het bovenstaande dat het indirecte onderscheid op grond van geslacht niet verboden is.

De vrouw heeft daarnaast aangevoerd dat de staatssecretaris voornemens is de arbeidsverhouding met haar te beëindigen, omdat zij al enige tijd uitzoekt wat haar rechten zijn. De vrouw heeft echter niet bewezen dat dit dreigende ontslag verband houdt met haar klachten over discriminatie op grond van geslacht, zodat ook in dit opzicht niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving is gehandeld.

# Themabijdragen





# Organisatiecultuur en verholde discriminatie: Over het onthullen van discriminatie in hedendaagse organisaties

Dr. H.G. Siebers

## 1 INLEIDING

Het is niet eenvoudig om discriminatie in organisaties en op de arbeidsmarkt aan te tonen. Dat geldt voor het werk van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB)<sup>1</sup>, maar ook voor veel relevante studies. Officiële definities van onderscheid en discriminatie, zoals die in de Algemene Wet Gelijke Behandeling, zijn niet eenvoudig te vertalen naar concrete situaties. Enigszins bij gebrek aan beter laten sommige studies het dan maar vaak aan *stakeholders* zelf over om het begrip te definiëren.<sup>2</sup> Ook zijn er methodische haken en ogen. Kwalitatieve studies richten zich vaak op subjectieve percepties van discriminatie door betrokkenen. Ze pogen aannemelijk te maken dat er wel sprake zal zijn van discriminatie in objectieve zin als meerdere subjecten vinden dat ze discriminatie ervaren.<sup>3</sup> Echter, ervaringen met een grote impact op mensen zoals discriminatie brengen vaak psychologische processen op gang die leiden tot vertekening van waarneming en rapportage.<sup>4</sup> Dat betekent dat de stap van subjectieve percepties naar objectieve claims niet eenvoudig te maken is.

Het trekken van sluitende conclusies is evenmin eenvoudig bij statistische macroanalyses van discriminatie op de arbeidsmarkt. De redenering van dergelijke studies is vaak dat er sprake is van discriminatie als je de ongelijkheid in bijvoorbeeld kansen op werk of promotie corrigeert voor ongelijkheid in *human capital* (denk aan opleiding, taalvaardigheid, training en relevante werkervaring). Deze ongelijkheid na correctie zou dan het bewijs zijn voor discriminatie.<sup>5</sup> Die redenering is problematisch, zoals ik hieronder zal laten zien. Immers, de oriëntatie van bijvoorbeeld arbeidsmigranten kan meer gericht zijn op het investeren van hun verdiende salaris en tijd in activiteiten in het land van herkomst en minder op het ontwikkelen van een loopbaan hier.<sup>6</sup> Als dat leidt tot loopbaanachterstand vergeleken met hun collega's uit de meerderheid, kan dat moeilijk als discriminatie worden opgevat.<sup>7</sup>

1 Zie M. Davidović & S.K. van Walsum, 'Ras en nationaliteit', in: J.H. Gerards & P.J.J. Zoonjies (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 29–48.

2 Zie bijvoorbeeld F. Deug, D. Ernste, M. van Leeuwaarde & I. van Diepen, *Onderzoek naar discriminatie bij de Haagse Hogeschool in opdracht van de Commissie Gelijke Behandeling*, Hippolytushoef: De Beuk 2009.

3 Zie bijvoorbeeld de kwalitatieve analyse van I. Andriessen, J. Dagevos, E. Nievers & I. Boog, *Discriminatiemonitor niet-westerse allochtonen op de arbeidsmarkt 2007*, Den Haag / Rotterdam: Sociaal en Cultureel Planbureau / Artikel 1 2007.

4 Zie K.M. Ruggiero & D.M. Taylor, 'Why Minority Group Members Perceive or Do Not Perceive the Discrimination That Confronts Them: The Role of Self-Esteem and Perceived Control', *Journal of Personality and Social Psychology*, 72 (2) 1997, p. 373–389.

5 Zie het kwantitatieve deel van I. Andriessen, J. Dagevos, E. Nievers & I. Boog, *Discriminatiemonitor niet-westerse allochtonen op de arbeidsmarkt 2007*, Den Haag / Rotterdam: Sociaal en Cultureel Planbureau / Artikel 1 2007.

6 Zie A. Heath & S.Y. Cheung (eds) *Unequal Chances: Ethnic Minorities in Western Labour Markets*. Oxford: Oxford University Press 2007.

7 In experimentele studies (zie o.a. I. Andriessen, E. Nievers, L. Faulk & J. Dagevos, *Liever Mark dan Mohammed? Onderzoek naar arbeidsmarktdiscriminatie van niet-westerse migranten via praktijktests*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2010) is het makkelijker om tot sluitende conclusie ten aanzien van discriminatie te komen. *Real-life* situaties zijn echter vaak veel complexer.

Desalniettemin laten de cijfers van het CBS wat betreft participatie op de arbeidsmarkt en werkloosheidscijfers (statline.cbs.nl), bijvoorbeeld, al jaren zien dat er sprake is van een hardnekkig patroon van etnische ongelijkheid. Die cijfers geven op zijn minst aanleiding tot een sterk vermoeden van discriminatie op de arbeidsmarkt. Hier ligt dus een uitdaging om die discriminatie aan te kunnen tonen op de arbeidsmarkt en de werking ervan in organisaties te laten zien. In dit hoofdstuk wil ik daartoe een bijdrage leveren en zal daarbij putten uit eigen onderzoek in Nederlandse organisaties ingebed in de internationale vakliteratuur. Ik zal mechanismes van ongelijke behandeling en uitsluiting op het werk laten zien, vooral gericht tegen mensen met een eerste of tweede generatie migratieachtergrond. Voor een deel werken die mechanismes specifiek negatief uit voor deze mensen, maar voor een deel gaat het ook om mechanismes die zich richten tegen een ieder die niet tot de dominante groep behoort.

Het is hierbij van belang een onderscheid te maken tussen enerzijds sleutelmomenten in personeelsstromen en anderzijds ervaringen van alledaagse omgang tussen collega's. Op die sleutel- of beslismomenten worden besluiten genomen over het aannemen van mensen, over de beoordeling van hun werk, over hun faciliteiten voor verdere ontwikkeling, over hun promotie en ontslag. In de alledaagse omgang gaat het vooral om hoe collega's elkaar bejegenen los van dergelijke beslissingen. Uiteraard hangen beide zaken met elkaar samen. Een medewerker die regelmatig te maken heeft met onheus gedrag van collega's en leidinggevendenden, zal minder kans maken op promotie dan een collega die positieve feedback krijgt in het alledaagse werk. Niettemin vraagt discriminatie om een andere analyse op beslismomenten vergeleken met alledaagse interacties.

## 2 FOCUS EN DESIGN VAN ONDERZOEK

We<sup>8</sup> zijn onze onderzoeksprojecten enkele jaren geleden begonnen vanuit de constatering dat de etnische ongelijkheid op de arbeidsmarkt op macroniveau weliswaar goed gedocumenteerd is, maar dat we nog weinig inzicht hebben in de factoren die die ongelijkheid bepalen. We zijn die factoren op gaan sporen op mezo- en microniveau, oftewel in processen in concrete organisaties en in de interacties op het werk tussen medewerkers uit de meerderheid en hun collega's met een eerste of tweede generatie migratieachtergrond.<sup>9</sup> Daarmee komen etnische verschillen in de alledaagse werkervaringen en de doorstroom in beeld, dus minder die verschillen in instroom en werving en selectie. We hanteren daarbij steeds twee fasen.

In de eerste exploratieve fase hebben we steeds een *sample* van respondenten gemaakt, zo veel mogelijk gespreid over de controlevariabelen gender, leeftijd, opleidingsniveau en, waar mogelijk, regio in Nederland. In die *samples* zijn mensen uit de meerderheid versus mensen met een migratieachtergrond gelijkelijk verdeeld – wat die laatste betreft gespreid over verschillende zogenaamde niet-westerse landen van herkomst – waardoor vergelijking mogelijk wordt. In deze fase passen we etnografisch georiënteerde methoden toe. We beginnen dan met verschillende observatietechnieken, zoals het 'meelopen' met een respondent gedurende een dagdeel. In een organisatie hebben we respondenten gevraagd aan het eind van elke werkdag gedurende een werkweek

---

8 Deze projecten zijn steeds gerealiseerd met anderen in wisselende samenstellingen. Mijn dank gaat uit naar Reini Raatgever, Nuray Tümer, Karin Geuijen, Paul Mutsaers en vooral al onze respondenten.

9 In lijn met officiële definities hebben we steeds mensen uit de meerderheid vergeleken met mensen met een eerste of tweede generatie migratieachtergrond uit zogenaamde niet-westerse gebieden. Mensen met een migratieachtergrond uit zogenaamde westerse gebieden hebben we buiten beschouwing gelaten.

verslag te doen van hun interacties met collega's en burgers uit de meerderheid of met een migratieachtergrond. Die observaties en verslagen vormen dan het uitgangspunt voor het afnemen van semigestructureerde open interviews met elk van de respondenten afzonderlijk. In die interviews komen thema's aan bod als specifieke gebeurtenissen, waarbij de etnische identiteit van de respondent en van degene waarmee hij/zij interacteert relevant wordt, de factoren die die gebeurtenissen bepalen, de beleving van die gebeurtenissen en hun gevolgen en hoe ze met die gevolgen omgaan, hoe ze aankijken tegen hun eigen etnische achtergrond en die van anderen in de organisatie, en ervaringen op sleutelmomenten zoals werving en selectie, beoordeling, en besluiten over ontwikkelmogelijkheden en promotie. In de data-analyse zijn we vooral op zoek gegaan naar factoren die verschil maken in de ervaring van respondenten uit de meerderheid en hun collega's met een migratieachtergrond.

In de tweede fase hebben we steeds gekeken in hoeverre de bevindingen uit de eerste fase representatief zijn voor de hele organisatie en in hoeverre de factoren die we in de eerste fase hebben geïdentificeerd daadwerkelijk van invloed zijn op etnische ongelijkheid. Dat hebben we steeds gedaan door een enquête uit te zetten onder alle medewerkers van (enkele regio's van) de organisatie. De inductief vastgestelde factoren hebben we gemeten door bestaande schalen of meetinstrumenten uit de literatuur te gebruiken of door relevante uitspraken van respondenten uit de interviews als items op te nemen. De respondenten werd gevraagd om aan te geven in hoeverre ze ermee eens zijn op een vijfpuntsschaal. Als afhankelijke variabele hebben we de respondenten gevraagd om aan te geven in welke salarisschaal ze zich bevinden als indicatie van *advancement* (vordering) in loopbaanontwikkeling. Als controlevariabelen hebben we gehanteerd leeftijd, duur dienstverband, gender, opleidingsniveau en taalvaardigheid. Na factoranalyses en betrouwbaarheidsanalyses hebben we de relaties tussen de resulterende variabelen geanalyseerd door middel van regressieanalyses en vooral padanalyses (AMOS) waarbij we etniciteit als onafhankelijke variabele, salarisschaal als afhankelijke variabele en de inductief vastgestelde variabelen als intermediaire variabelen hebben gehanteerd.

Deze aanpak hebben we in grote lijnen maar niet overal in elk aspect toegepast in een drietal grote overheidsorganisaties. Relevante gegevens van deze drie organisaties zijn opgenomen in tabel 1. Voor verdere methodische verantwoording verwijs ik naar publicaties die op basis van deze onderzoekprojecten zijn verschenen.<sup>10</sup>

Tabel 1: Organisaties, periodes van onderzoek en aantallen respondenten

Organisatie	Periode onderzoek	N Interviews	N Enquête
A	2003-2004	13	895
B	2004-2006	56	1 <sup>c</sup> : 1433, 2 <sup>c</sup> : 1463
C 1 <sup>c</sup> project	2003	12	-
C 2 <sup>c</sup> project	2008 *	35	Nog te doen

\* = nog lopend onderzoek.

10 H. Siebers, 'Discrimination and Cultural Closure at Work: Evidence from Two Dutch Organizations', in S. Alghasi, Th. Eriksen and H. Ghorashi (eds) *Paradoxes of cultural recognition: Perspectives from Norway and The Netherlands*, Aldershot, Hampshire: Ashgate 2009, p. 91-109; H. Siebers, 'Struggles for Recognition: The Politics of Racioethnic Identity among Dutch National Tax Administrators', *Scandinavian Journal of Management*, 25 (1) 2009, p. 73-84; H. Siebers, '(Post)bureaucratic organizational practices and the production of racioethnic inequality at work', *Journal of Management and Organization*, 15 (1) 2009, p. 62-81; H. Siebers, 'The Impact of Migrant-Hostile Discourse in Media and Politics on Racioethnic Closure in Career Development in The Netherlands', *International Sociology*, 25 (4) 2010; H. Siebers & P. Mutsaers, 'Towards a Contextual Understanding of Ethnic Boundaries in Organizations: The Case of Dutch Police Officers', paper presented at 6th International Critical Management Studies Conference, Warwick UK, July 13, 2009, and Equal Opportunities International 2009 Conference, Istanbul, July 16, 2009.

### 3 BEVINDINGEN TEN AANZIEN VAN BESLISMOMENTEN

#### 3.1 *Etnische ongelijkheid en discriminatie*

De resultaten van de eerste enquête in organisatie B van 2005, bevestigd in de tweede enquête van 2006, laten zien dat er op dat moment een substantiële etnische ongelijkheid in loopbaanvordering bestond.<sup>11</sup> Medewerkers met een migratieachtergrond waren gemiddeld 2,2 salarisschalen<sup>12</sup> lager ingeschaald dan hun collega's uit de meerderheid. Uitgangspunt is dat de salarisschaal waarin een medewerker zich bevindt een goede indicator is van zijn / haar loopbaanvorderingen omdat de hiërarchie in salarisschalen parallel loopt aan de hiërarchie in functieniveaus. Is deze ongelijkheid een indicator van discriminatie?

Nee, dat kun je zo niet stellen. Een deel van de ongelijkheid komt namelijk voort uit zaken die legitiem verschil maken tussen medewerkers. Elke organisatie maakt immers verschil tussen mensen. De een krijgt wel een positieve beoordeling bij een beoordelingsgesprek en de ander niet. Deze besluiten zijn beslissend voor de toegang tot werk, ontwikkelingsmogelijkheden en promotie. Bepalend voor de vraag of er sprake is van discriminatie zijn de gronden op basis waarvan organisaties verschil maken op beslismomenten. Zijn die gronden eigenlijk of oneigenlijk? Dat verschil wordt bepaald door de functionaliteit: of de argumenten om iemand al dan niet voor promotie in aanmerking te laten komen al dan niet functioneel zijn voor de beoogde functie. Het gaat erom of de kwalificaties die worden gevraagd en op basis waarvan besluiten worden genomen werkelijk nodig zijn om de beoogde functie goed te kunnen vervullen.

Dergelijke functionele gronden zijn bijvoorbeeld opleidingsniveau, relevante werkervaring en taalvaardigheid, dus dat verschil van 2,2 schalen moet je corrigeren op die factoren. Dat hebben we gedaan door opleidingsniveau, leeftijd en duur dienstverband als proxy's voor relevante werkervaring, en vaardigheid in de Nederlandse taal op het werk als controlevariabelen in te voeren. Immers, medewerkers met een migratieachtergrond bleken gemiddeld jonger te zijn en minder lang te werken in de organisatie dan hun collega's uit de meerderheid, dus een deel van de ongelijkheid kan daardoor worden verklaard. Bovendien bleek de meerderheid van medewerkers met een migratieachtergrond uit vrouwen te bestaan, terwijl drie kwart van de medewerkers zonder migratieachtergrond uit mannen bestond. Uiteraard is gender geen eigenlijke grond voor verschil, maar om een helder zicht te krijgen op etnische ongelijkheid is het dus nodig om die ongelijkheid te corrigeren op gender. Genderongelijkheid kan immers schuil gaan achter etnische ongelijkheid. Na correctie op al deze controlevariabelen bleef er nog steeds een etnische ongelijkheid in loopbaanvordering over van 1,2 schalen. Dat is een fors verschil. Het betekent dat als er twee collega's zijn met dezelfde leeftijd, zelfde duur dienstverband, zelfde opleidingsniveau, zelfde taalvaardigheid en zelfde geslacht, de een uit de meerderheid gemiddeld tussen de 250 en 750 euro per maand<sup>13</sup> meer mee naar huis brengt dan de collega met een migratieachtergrond. Vormen die 1,2 schalen dan wel een indicator van etnische discriminatie?

---

11 Deze resultaten zijn in lijn met eerdere onderzoeken, zie bijvoorbeeld K. Zandvliet, R. Blanken, J. Gravesteyn-Ligthelm & J. de Koning, *Doorstroom van etnische minderheden op de werkvloer*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2001.

12 Die 2,2 salarisschalen moeten niet gelezen worden als twee schalen en twee periodieken. Een salarisschaal is de meeteenheid en heeft soms niet tien maar acht of zeven periodieken.

13 Afhankelijk van of dat onderscheid van 1,2 schalen zich laag dan wel hoog in de schalenhiërarchie bevinden.



Ook dat is nog steeds niet eenduidig. Deze ongelijkheid kan immers ook voor een deel het gevolg zijn van het feit dat migranten meer moeite hebben dan hun collega's uit de meerderheid om voor zichzelf duidelijk te krijgen wat er precies van hen wordt verwacht in organisaties.<sup>14</sup> Hun collega's uit de meerderheid komen met een duidelijker referentiekader naar de organisatie over wat ze precies moeten doen om als goede collega erkend te worden of om carrière te maken. Mensen met een migratieachtergrond hebben daar meer moeite mee, zo bleek uit onze interviews. Dat heeft met hun situatie als nieuwkomer te maken en als zodanig niets met ongelijke behandeling door collega's.

We komen al wat dichterbij de buurt van discriminatie bij het volgende mechanisme van ongelijkheid. Enkele jaren voor we de interviews afnamen in organisatie B waren er in het kader van diversiteitsmanagement initiatieven ondernomen speciaal om mensen met een migratieachtergrond te rekruteren. De selecteurs hadden wel twijfel of de introductie van deze mensen wel goed zou verlopen, mede omdat ze er nog niet veel ervaring mee hadden opgedaan. Uit voorzorg hebben ze toen besloten om de mensen niet op hun eigen opleidingsniveau aan te nemen maar één niveau lager. Ze zouden dan beter kunnen wennen en hun draai vinden om er na door te stromen, zo was het idee. Het gaat hier om een organisatie waar je het vak hoofdzakelijk intern en in werktijd leert. Het gevolg was dat betrokken medewerkers met een migratieachtergrond met hun hogere opleidingsniveau zich relatief snel de techniek van het werk eigen wisten te maken. Daardoor konden ze hun werk relatief zelfstandig verrichten en behoeften ze minder een beroep te doen op collega's, bijvoorbeeld door hen vragen te stellen. Ze waren dus minder zichtbaar in communicatief en sociaal opzicht voor hun leidinggevenden. Zichtbaarheid in dergelijk opzicht vormde in deze organisatie echter een centraal criterium bij beoordelingen en om in aanmerking te komen voor promotie. Kortom, hun (te) hoge opleidingsniveau en zelfstandiger functioneren werkte paradoxaal genoeg tegen hun loopbaan aspiraties.

Is hier wel sprake van discriminatie? In ieder geval niet in directe zin. De motieven van de selecteurs waren zeker niet discriminerend. Het initiatief was juist bedoeld om mensen met een migratieachtergrond een extra steuntje in de rug te geven bij werving en selectie. Toen we hen vertelden dat hun voorzorg en voorzichtigheid feitelijk misplaatst was, vertoonden ze geen enkele weerstand tegen het voortaan aannemen van mensen met een migratieachtergrond op hun eigen opleidingsniveau. Bovendien, het criterium van zichtbaarheid in sociaal en communicatief opzicht binnen het team was enkele jaren geleden ingevoerd als onderdeel van een algemene verandering van managementbenadering in de organisatie zonder enige relatie met het vraagstuk van etnische diversiteit. Maar in indirecte zin leidden zowel het handelen van de selecteurs als de toepassing van dit criterium wel tot indirect onderscheid op basis van etniciteit.

### 3.2 *Op zoek naar mechanismen van indirect onderscheid*

In observaties en interviews zijn we onder andere naar die mechanismen op zoek gegaan die, vaak onbedoeld, een indirect verschil maken tussen medewerkers uit de meerderheid en hun collega's met een migratieachtergrond.

Zo was ik aanwezig bij de introductiebijeenkomst van een training voor elf medewerkers met een migratieachtergrond in organisatie B, waar tot op dat moment niemand met een migratieachtergrond erin geslaagd was om een stabiele management-

---

14 H. Siebers, 'Struggles for Recognition: The Politics of Racioethnic Identity among Dutch National Tax Administrators', *Scandinavian Journal of Management*, 25 (1) 2009, p. 73-84.

functie te verwerven. Om die situatie te veranderen, waren deze elf speciaal geselecteerd voor deze reguliere training van een jaar om hun loopbaanontwikkeling te stimuleren. In het ochtendprogramma gaven trainingsleiders uitleg over de training. Ze gaven aan dat het vooral gaat om het bevorderen van de individuele 'persoonlijke groei' in houding, in sociale en communicatieve vaardigheden, en in het omgaan met zichzelf en collega's. Een autochtone deelnemster uit het jaar ervoor vertelde dat haar partner sinds de training regelmatig tegen haar zegt dat ze een ander persoon is geworden. Ze zei dit ironisch, maar met een serieuze ondertoon. Tijdens de lunch sprak ik met enkele van de elf beoogde deelnemers. Zij hadden een heel ander verwachtingspatroon. Zij spraken niet over persoonlijke groei, maar over het verkrijgen van papieren waarmee ze het jaar erop zouden kunnen solliciteren naar managementfuncties.

Dit contrast tussen de benadering van de trainingsleiders en de verwachtingen van de deelnemers verwijst naar een meer algemeen patroon van indirecte uitsluiting van mensen met een migratieachtergrond. In alle organisaties die we onderzocht hebben was dit patroon merkbaar. Dat patroon komt voort uit pogingen van organisaties in de afgelopen decennia om hun bureaucratische erfenis achter zich te laten. Onder vlaggen als *new public management* en *people's management* en flexibilisering zijn organisaties op zoek gegaan naar postbureaucratische organisatievormen. In dat verband proberen ze allereerst Tayloristische en bureaucratische vormen van arbeidsdeling op te heffen door *teamwork* te introduceren. Samenwerken krijgt dan de voorkeur boven het zelfstandig verrichten van je individuele taak. Medewerkers moeten zichtbaar worden in onderlinge communicatie.

### *Technocratische versus socio-ideologische controle van personeel*

Organisaties zijn hun medewerkers op een andere manier gaan controleren, waarbij ze andere gronden zijn gaan aanwenden op bovengenoemde beslistmomenten. De literatuur maakt een scherp onderscheid tussen klassieke, op bureaucratische leest geschoeide, technocratische vormen van *labour control* en meer hedendaagse postbureaucratisch georiënteerde socio-ideologische controle.<sup>15</sup> Bij technocratische controle worden sollicitanten gecontroleerd op bovengenoemd *human capital*: hun opleiding, relevante werkervaring en dergelijke. Medewerkers worden beoordeeld op de kwantiteit en kwaliteit van hun productie of het naleven van protocollen.

Socio-ideologische vormen van controle hebben een andere focus. Medewerkers worden dan niet zozeer gecontroleerd op wat ze kennen en kunnen, maar op hun persoonlijkheid. Het gaat om *identity regulation*. De identiteit of persoonlijkheid, de waarden en normen, en de attitudes van sollicitanten en medewerkers worden dan het object van controle en beoordeling. Organisaties zijn persoonlijkheidskenmerken aan sollicitanten gaan vragen. 'Wij zoeken een enthousiaste medewerker', heet het nu. Zij moeten een psychologische test doorstaan alvorens te kunnen worden aangenomen. In het kader van *teambuilding* wordt van medewerkers gevraagd dat ze *teamplayers* zijn. Ik heb vele leidinggevenden gesproken die zichtbaarheid als *teampayer* belangrijker vinden dan de kwaliteit en kwantiteit van zijn of haar productie om een medewerker te beoordelen. Organisaties zijn competentieprofielen gaan opstellen voor het vellen van besluiten op beslistmomenten. Die profielen zijn veelal geformule-

---

15 Zie M. Alvesson & H. Willmott, 'Identity regulation as organizational control: producing the appropriate individual', *Journal of Management Studies*, 39 (5) 2002, p. 619-644; R. Delbridge & M. Ezzamel, 'The Strength of Difference: Contemporary Conceptions of Control', *Organization*, 12 (5) 2005, p. 603-618; D. Kärreman & M. Alvesson, 'Cages in Tandem: Management Control, Social Identity, and Identification in a Knowledge-Intensive Firm', *Organization*, 11 (1) 2004, p. 149-175.

leerd in termen van wat een persoon dient te zijn in plaats van wat hij of zij zou moeten kennen of kunnen. Ze bevatten vaak persoonlijkheidsvoorschriften.

Het verschil in benadering van de trainingsleiders en de deelnemers met een migratieachtergrond op bovengenoemde introductiebijeenkomst verwijst naar dit onderscheid tussen technocratische en socio-ideologische controle. De deelnemers verwachtten kennis en vaardigheden die ze zouden gaan leren. Dat zou hen de getuigschriften verschaffen waarmee ze zouden kunnen solliciteren naar managementfuncties. De cursusleiders gaven aan dat dat nu net niet de bedoeling is maar dat het gaat om het stimuleren van hun persoonlijke groei waarmee zij beter in staat zullen zijn om hun eigen ontwikkeling vorm te geven.

Dit onderscheid was voor ons aanleiding om voorkeuren voor bureaucratische respectievelijk postbureaucratische organisatievormen te meten in de tweede enquête in organisatie B. Die voorkeuren hebben we gemeten voor technocratische respectievelijk socio-ideologische controle, voor de mate van betrokkenheid in communicatie met collega's op de werkvloer en voor samenwerken respectievelijk je werk zelfstandig verrichten. Dat hebben we gedaan door relevante uitspraken van interview respondenten, zowel uit de meerderheid als met een migratieachtergrond, als items te gebruiken waarop respondenten konden antwoorden op een Likert schaal van helemaal mee eens tot helemaal mee oneens. Vervolgens hebben we daar factor-, betrouwbaarheids-, regressie- en padanalyses op toegepast.<sup>16</sup>

Medewerkers met een migratieachtergrond hebben inderdaad een sterkere voorkeur voor zelfstandig werken met minder betrokkenheid in communicatie en voor technocratische controle vergeleken met hun collega's uit de meerderheid. Die laatsten geven meer voorkeur aan teamwork met veel communicatie en socio-ideologische controle. De voorkeuren van medewerkers met een migratieachtergrond werken negatief uit voor hun loopbaanontwikkeling vergeleken met hun meerderheidscollega's. Een deel van de etnische ongelijkheid in loopbaanvorderingen komt voort uit het feit dat de voorkeuren van medewerkers met een migratieachtergrond minder stroken met de norm in de organisatie voor teamwork, zichtbaarheid in communicatie en voor socio-ideologische controle dan de voorkeuren van hun collega's uit de meerderheid. Medewerkers met een migratieachtergrond zijn zakelijker in hun benadering, hun collega's uit de meerderheid meer relationeel, terwijl de organisatie vooral dat laatste belooft.

### 3.3 *Hoe werken die mechanismen?*

De interviewdata plus de literatuur maken het mogelijk om te begrijpen hoe deze etnische ongelijkheid vanwege postbureaucratische organisatievormen tot stand komt. De voorkeur van medewerkers met een migratieachtergrond voor zelfstandig werken en relatief geringe deelname aan communicatie op de werkvloer heeft ten eerste te maken met hun overkwalificatie, zoals hierboven al aangegeven. Enquête één in organisatie B gaf aan dat medewerkers met een migratieachtergrond vaker werken in functies onder hun (opleidings)niveau dan hun meerderheidscollega's. Ten tweede, medewerkers met een migratieachtergrond zijn onzekerder, niet alleen met betrekking tot de vraag wat er precies van hen verwacht wordt, ook vanwege hun *ethnic markers*, zoals kleding, accent, religieuze praktijken, huidskleur.... Die kunnen aanleiding vormen voor gebrek aan erkenning en voor discriminatie. Die onzekerheid is

<sup>16</sup> Voor een meer gedetailleerde verantwoording verwijs ik naar H. Siebers, '(Post)bureaucratic organizational practices and the production of racioethnic inequality at work', *Journal of Management and Organization*, 15 (1) 2009, p. 62-81.

gekoppeld aan die markers zelf en is staat los van de vraag of ze die erkenning krijgen of juist niet. Hun *ethnic markers* brengen dit risico in potentie altijd met zich mee,<sup>17</sup> wat hun animo remt om zich sociaal en communicatief te profileren.

### *Ethnic markers zorgen voor zakelijke benadering*

Deze verschillen in voorkeuren maken op zichzelf nog geen verschil in loopbaanontwikkeling. Dat gebeurt pas als de organisatie teamwork en betrokkenheid in communicatie op de werkvloer als norm stelt en als criteria hanteert bij beslismomenten. In alle organisaties zijn we dat inderdaad tegengekomen. Dat brengt me op de vormen van arbeidscontrole. Het potentiële risico van hun *ethnic markers* verklaart ook waarom medewerkers met een migratieachtergrond geen belang hebben bij controlevormen die zich richten op hun persoon. Zij hebben belang bij een zakelijke benadering, waarbij ze beoordeeld worden op hun kennis en vaardigheden, hun *output* en *performance*. Zo laat de Amerikaanse literatuur over etnische en raciale ongelijkheid zien dat mensen uit de minderheden het bij hun loopbaanontwikkeling moeten hebben van hun behaalde diploma's, getuigschriften en relevante werkervaring. Mensen uit de meerderheid kunnen daarnaast ook nog eens een beroep doen op allerlei sociale mechanismen, zoals relevante netwerken, mentoren en sponsors, om in te zetten bij hun loopbaan.<sup>18</sup>

Vergeleken met technocratische controle geeft socio-ideologische controle veel meer de vrije hand aan deze sociale mechanismen. Technocratische criteria voor beslismomenten zijn relatief eenvoudig en objectief te definiëren en vast te stellen. Bij selectie kijk je dan welke kennis en vaardigheden nodig zijn voor een functie, vervolgens welke diploma's of getuigschriften staan voor het beheersen van die kennis en vaardigheden en tot slot welke kandidaat of medewerker de beste papieren heeft. Dat laat relatief weinig ruimte voor subjectieve interpretaties en voorkeuren. Datzelfde geldt voor beoordeling gericht op de vraag of de output targets zijn behaald of de protocollen en regels zijn nageleefd.

Socio-ideologische definitie van de juiste attitude of identiteit zijn echter veel minder eenduidig te maken. Het beantwoorden van de vraag of een kandidaat of medewerker beschikt over die attitude of identiteit is evenmin erg eenvoudig. Die vaagheid in zowel definitie als verificatie laat relatief veel meer ruimte voor subjectieve interpretatie, voorkeuren en antipathieën. Het is vrijwel onvermijdelijk dat selecteurs en leidinggevendenden daarmee de voorkeur geven aan kandidaten en medewerkers die in veel opzichten (ras, nationaliteit, gender, sekse...) op hen lijken.<sup>19</sup> Ze reproduceren de onder de dominante groep gangbare interpretaties van wat een gewenste attitude of persoonlijkheidskenmerk is daarmee ook de dominante groep in de organisatie als zodanig. Dit punt is in de literatuur al eerder gemaakt ten aanzien van zogenaamde *soft skills*, zoals communicatieve en sociale vaardigheden.<sup>20</sup> Onze onderzoeksresultaten laten zien dat socio-ideologische controle als leidraad voor beslismomenten in het algemeen leidt tot de reproductie van de dominante groep van mannen uit de meerderheid.

17 Voor meer uitwerking zie H. Siebers, 'Struggles for Recognition: The Politics of Racioethnic Identity among Dutch National Tax Administrators', *Scandinavian Journal of Management*, 25 (1) 2009, p. 73-84.

18 Zie bijvoorbeeld S. Baldi & D.B. McBrier, 'Do the Determinants of Promotion Differ for Blacks and Whites?', *Work and Occupations*, 24 (4) 1997, p. 478-497.

19 Idem en ook D. Byrne, *The Attraction Paradigm*, New York: Academic Press 1971 of R.M. Kanter, *Men and Women of the Corporation*. New York: Basic Books 1977.

20 J. Kirschenman & K.M. Neckerman, "'We'd love to hire them, but...': The Meaning of Race for Employers", in C. Jencks & P.E. Peterson (eds.) *The Urban Underclass*. Washington D.C.: Brookings Institution 1991, p. 203-232; Ph. Moss & Chr. Tilly, "'Soft' Skills and Race: An Investigation of Black Men's Employment Problems". *Work and Occupations*, 23 (3) 1996, p. 252-276.

### *Informalisering vermindert transparantie*

Vanuit de bureaucratische traditie, waar technocratische controle uit voortkomt, is het gebruikelijk om zowel de criteria als de procedures voor beslismomenten formeel vast te leggen. Dergelijke formalisering is relatief eenvoudig te realiseren als het gaat om productie *targets* of vereiste papieren, maar is veel lastiger als het gaat om wenselijk geachte persoonlijkheidskenmerken, mede vanwege het vage karakter ervan.<sup>21</sup> Bovendien gaat de invoering van socio-ideologische controle vaak samen met het informaliseren van procedures. In betrokken organisaties zagen we dat het spotten van managementtalent, zogeheten *high potentials*, veelal overgelaten wordt aan de informele en subjectieve inschatting van leidinggevend. Dergelijke informalisering van beslismomenten werkt *in-group favouritism* in de hand en het beperkt de mogelijkheden voor mensen om zich te verweren tegen ongelijke behandeling. Informalisering betekent vaak minder transparantie.

### *Socio-ideologische controle beslaat de hele persoonlijkheid en privé-sfeer*

Het bereik van socio-ideologische controle is groter dan dat van technocratische controle en beslaat vaak de hele identiteit of persoonlijkheid van kandidaten en medewerkers en breidt zich uit naar het privéleven.<sup>22</sup> Daar komt bij dat de invoering van socio-ideologische controle meestal niet in de plaats komt van technocratische controle maar eraan wordt toegevoegd.<sup>23</sup> Een dergelijk groot bereik van controle verschaft een selecteur altijd wel een argument om iemand af te wijzen als hij of zij dat zou willen om welke reden dan ook. Van zo'n argument kan dan ook nog eens worden geclaimd dat het legitiem is. Dan blijven er betrekkelijk weinig gronden over die volgens de organisatie zelf oneigenlijk zijn.

### *'Wat maakt enthousiasme uit als ik mijn werk maar goed doe?'*

Bijvoorbeeld, als iemand solliciteert op een vacature waarbij een nieuwe enthousiaste medewerker wordt gevraagd en de sollicitant kan aannemelijk maken dat hij of zij het betrokken werk goed aan kan, dan nog kan de sollicitant worden afgewezen als de selecteur inschat dat hij of zij niet enthousiast genoeg is. Verweer van de sollicitant met de vraag: 'Wat maakt het uit of ik op mijn werk een enthousiaste persoon ben zolang ik mijn werk maar goed doe?', snijdt geen hout als dat enthousiasme als grond voor selectie wordt gehanteerd. Het probleem hier is dus zowel de veelvoud aan criteria - waarvan het maar de vraag is of elk van die criteria wel zo functioneel is - als het feit dat een persoonlijkheidsvoorschrift wordt gehanteerd dat moeilijk toetsbaar is.

Kortom, enerzijds wordt bij socio-ideologische controle het scala aan argumenten die legitiem kunnen worden gehanteerd om iemand af te wijzen sterk opgerekt, vooral met argumenten die een grote mate van subjectieve interpretatie vergen. Dat werkt het afwijzen van mensen die niet sterk lijken op de dominante groep in de organisatie in termen van geloof, ras, gender, sekse en dergelijke sterk in de hand. Anderzijds, als al die verschillende aspecten worden gedefinieerd als legitieme grond voor selectie

21 L. Grugulis, Chr. Warhurst & E. Keep, 'What's Happening to Skills?', in Chr. Warhurst & E. Keep (eds.) *The Skills that Matter*. Houndsmills, Basingstoke: Palgrave 2004, p. 1-18.

22 C. Maravelias, 'Post-bureaucracy - control through professional freedom', *Journal of Organizational Change Management*, 16 (5) 2003, p. 547-566.

23 B. McSweeney, 'Are we living in a post-bureaucratic epoch?', *Journal of Organizational Change Management*, 19 (1) 2006, p. 22-37.

en beoordeling, wordt het erg moeilijk om nog een claim te onderbouwen dat er sprake is van oneigenlijke gronden van afwijzing. Verweer tegen discriminatie wordt dan erg moeilijk.

### 3.4 Postbureaucratie en indirecte discriminatie: aanbevelingen

Wat betekenen deze bevindingen en analyse voor ons begrip van discriminatie? Dit is niet de plaats om bedrijfskundige kritiek te leveren op postbureaucratische organisatievormen. Ik wil evenmin zeggen dat mensen uit de minderheden of anderen die afwijken van de dominante groep in organisaties minder geschikt zouden zijn voor postbureaucratische organisatievormen. Bovendien zou het te ver voeren om postbureaucratische organisatievormen zelf als indirecte discriminatie te bestempelen. Zoals we hierboven hebben aangetoond, brengen ze echter wel een groot risico op indirecte discriminatie met zich mee. Ik zou twee criteria als aanbevelingen willen formuleren waaraan organisaties gehouden mogen worden om dat risico zo veel mogelijk uit te bannen: *functionaliteit* en *transparantie*. Het eerste criterium betreft inhoud en het tweede gaat over vorm.

Wat betreft de inhoud gaat het om de functionaliteit van de gronden op basis waarvan besluiten worden genomen op beslismomenten. Organisaties zetten aan tot indirecte discriminatie op beslismomenten als deze gronden niet meer logisch voortvloeien uit de aard van het werk en van de beoogde functie. Het gaat om de argumentatie van de functionaliteit van die gronden voor (het kunnen realiseren van) het werk zelf van de medewerker of van de beoogde kandidaat voor een vacature of promotie. Is die functionaliteit voor het realiseren van het werk helder, dan is er niets aan de hand. Is die functionaliteit ver te zoeken, dan wordt de deur open gezet voor *in-group favouritism*. Van organisaties mag worden verwacht dat zij antwoord kunnen geven op de bovengenoemde vraag van een afgewezen sollicitant: 'Wat maakt het uit of ik op mijn werk een enthousiaste persoon ben, zolang ik mijn werk maar goed doe?'

De gronden die organisaties hanteren bij beslismomenten dienen logisch en noodzakelijk voort te komen uit de aard van het werk zelf. De 'bewijslast' ligt hier bij de organisatie zelf en aan dat 'bewijs' schort het nogal eens. Organisaties zijn de laatste jaren zeer uitgebreide competentieprofielen gaan hanteren voor dergelijke beslismomenten en zijn vaak niet in staat om de noodzaak van elk van die competenties voor het kunnen realiseren van het betrokken werk te beargumenteren. Hier gaat het dus om het terugbrengen van vereiste competenties tot een goed te beargumenteren minimum. Hier gaat het echter ook om de manier waarop die competenties zijn geformuleerd. De functionaliteit van competenties voor de aard van het werk is veel moeilijker te beargumenteren als die competenties zijn geformuleerd in termen van persoonlijkheidsprofielen dan in termen van kennis en vaardigheden.<sup>24</sup> Van organisaties mag worden verwacht dat zij bij voorkeur formuleringen kiezen in termen van wat iemand weet en kan in plaats van wat iemand is.

Daarnaast gaat het om transparantie. De strijd tegen discriminatie is gebaat bij heldere verantwoording van niet alleen de besluiten zelf en de gronden op basis waarvan ze genomen worden, maar ook van de procedures van besluitvorming. Dat vereist een belangrijke mate van formalisering en rapportage. Ook hier ligt de bewijslast bij de organisatie om duidelijk te maken dat de gevolgde procedure indirecte discriminatie zo veel mogelijk uitsluit en dat mensen met verschillende achtergronden zo veel

---

<sup>24</sup> In de organisatiepsychologie wordt de laatste jaren veel aandacht besteed aan persoonlijkheidsprofielen, denk aan de literatuur over leiderschap in organisaties. In deze literatuur wordt echter weinig aandacht besteed aan de relatie tussen verschillende vormen van leiderschap en de aard van het werk of van het primaire proces zelf.

mogelijk gelijke kansen hebben gekregen. Dat betekent bijvoorbeeld het zo veel mogelijk uitbannen van informele en subjectieve processen bij het vaststellen management talent te midden van de medewerkers. Het betekent ook dossiervorming met relevante bewijsstukken voor beoordelingsgesprekken, waarbij heldere afspraken worden gemaakt over te realiseren doelen en over de manieren waarop het al dan niet behalen van die doelen zal worden getoetst. Er is iets voor te zeggen om organisaties te vragen hierover verslag uit te brengen in geaggregeerde zin in hun sociale jaarverslag.

## 4 BEVINDINGEN TEN AANZIEN VAN ALLEDAAGSE ONGANG

Discriminatie vindt niet alleen op beslismomenten plaats, maar kan ook onderdeel zijn van de alledaagse ervaringen en cultuur op het werk. Ook hier is het van groot belang om de processen goed te begrijpen en de begrippen duidelijk te definiëren en te operationaliseren.

### 4.1 *Alledaagse omgang en discriminatie op het werk*

Onze interviewresultaten uit de verschillende organisaties laten geen beeld zien van structureel gepolariseerde of gespannen verhoudingen tussen medewerkers met een migratieachtergrond en hun collega's uit de meerderheid. De bevindingen van de eerste enquête in organisatie B laten bovendien zien dat beide groepen medewerkers gelijkelijk en redelijk tevreden zijn over collegiale verhoudingen op het werk.<sup>25</sup> Deze bevindingen sluiten aan bij andere Nederlandse studies. Brassé & Sikking, Meerman en De Vries & Pettigrew<sup>26</sup> vonden al eerder dat medewerkers met een migratieachtergrond het werkklimaat tussen collega's positief beoordelen. Dinsbach<sup>27</sup> vond dat deze medewerkers hun socialisatie op het werk zelfs positiever beoordelen dan hun collega's uit de meerderheid. Je zou denken dat er dus geen discriminatieprobleem is in alledaagse omgang.

Dat is echter niet het geval. Studies die naast een enquête ook etnografisch georiënteerde methoden hebben toegepast, zoals Brassé & Sikking en De Vries & Pettigrew en ons eigen werk,<sup>28</sup> laten zien dat medewerkers met een migratieachtergrond wel terdege ernstige vormen van discriminatie ervaren. Die ervaringen staan kennelijk betrekkelijk los van hun tevredenheid in algemene zin over hun verhoudingen met collega's. Deze disconnectie is verklaarbaar door het feit dat slachtoffers van discriminatie de neiging vertonen om die ervaringen te ontkennen of te verdrukken om hun gevoel van zeggenschap over hun eigen situatie en van eigenwaarde overeind te hou-

25 H. Siebers, 'The Impact of Migrant-Hostile Discourse in Media and Politics on Racioethnic Closure in Career Development in The Netherlands', *International Sociology*, 25 (4) 2010.

26 P. Brassé & E. Sikking, E. *Positie en kansen van etnische minderheden in Nederlandse ondernemingen*. Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1986; M. Meerman, 'Gebroken wit'. *Over acceptatie van allochtonen in arbeidsorganisaties*. Amsterdam: Thela-Thesis 1999; S. de Vries & T. Pettigrew, 'Effects of Ethnic Diversity: The Position of Minority Workers in Two Dutch Organizations'. *Journal of Applied Social Psychology*, 28 (16) 1998, p. 1503-1530.

27 A.A. Dinsbach, *Socialization in the Workforce. A Focus on Migrant Groups*. Amsterdam: Free University Amsterdam 2005.

28 H. Siebers, 'Struggles for Recognition: The Politics of Racioethnic Identity among Dutch National Tax Administrators', *Scandinavian Journal of Management*, 25 (1) 2009, p. 73-84; H. Siebers & P. Mutsaers, 'Towards a Contextual Understanding of Ethnic Boundaries in Organizations: The Case of Dutch Police Officers', paper presented at 6th International Critical Management Studies Conference, Warwick UK, July 13, 2009, and Equal Opportunities International 2009 Conference, Istanbul, July 16, 2009.

den.<sup>29</sup> Dergelijke ontkenning is relatief eenvoudig te realiseren bij het beantwoorden van enquêtevragen over ervaringen in algemene zin op het werk. Dat ontkennen is veel moeilijker vol te houden – en ook veel minder van belang – als je in een sfeer van vertrouwen en empathie in een interviewsetting wordt aangesproken op specifieke ervaringen van discriminatie op het werk.<sup>30</sup>

De methode van onderzoek maakt dus verschil in het opsporen van discriminatie. Dat zelfde geldt voor de theoretische en disciplinaire achtergrond die je als onderzoeker hanteert. Sociaalpsychologische onderzoeken naar diversiteit en discriminatie hantieren enquêtes waarin naar algemene ervaringen en percepties wordt gevraagd of baseeren zich op laboratorium onderzoek. Hun focus is vooral gericht op cognitieve vertekeningen, zoals vooroordelen en stereotyperingen. Die vertekeningen worden geacht permanent aanwezig te zijn in onze geest. Ze worden geactiveerd door de juiste sociale stimuli in de omgeving om op een mechanische wijze aan te zetten tot discriminerend gedrag.<sup>31</sup>

Op dergelijke sociaalpsychologische benaderingen is veel aan te merken.<sup>32</sup> Studies in Nederland hebben tot nu toe geen verband weten te leggen tussen sociaalpsychologische categorieën en etnische ongelijkheid of discriminatie in organisaties. Bovendien, dergelijke benaderingen veronderstellen dat discriminerend gedrag automatisch tot stand komt als vooroordelen en stereotyperingen in onze geest worden geactiveerd door de juiste stimuli in de sociale context. Die aanname is onhoudbaar. Die aanname veronderstelt immers dat sociale stimuli eenduidig zijn en dat is nu juist vaak niet het geval. Hierboven heb ik het risico besproken dat medewerkers met een migratieachtergrond in potentie met zich meedragen vanwege hun *ethnic markers*. Het gaat hier om een risico in potentie dat soms wel en soms niet werkelijkheid wordt. Ons lopend etnografisch onderzoek in organisatie C laat zien dat dat risico vaak geen werkelijkheid wordt. We hebben onze respondenten gevraagd om gedurende een week een dagboek bij te houden. Aan het eind van elke dag rapporteerden ze over die momenten die die dag zich hebben voorgedaan waarin hun eigen etnische identiteit dan wel die van collega's of burgers relevant werd. In het erop volgend interview zijn we hier dieper op ingegaan om te achterhalen of die relevantie aanleiding gaf tot uitsluiting of niet. In de meeste werkdagen, waarover onze respondenten rapporteerden, gaven die *ethnic markers* tot geen enkel moment aanleiding waarin de etnische identiteit van betrokken medewerkers relevant wordt en tot discriminerend gedrag leidt in een multi-etnische context. Dat betekent dat die *ethnic markers* niet op een mechanische wijze tot discriminerend gedrag leiden en dat cognitieve vertekeningen dus ook niet mechanisch geactiveerd worden door *ethnic markers*. In veel gevallen doen ze dat niet.

29 K.M. Ruggiero & D.M. Taylor, 'Why Minority Group Members Perceive or Do Not Perceive the Discrimination That Confronts Them: The Role of Self-Esteem and Perceived Control', *Journal of Personality and Social Psychology*, 72 (2) 1997, p. 373-389.

30 Zie H. Siebers A-M. Poels, 'Ethnicity and Sustainability in Organizations: Does Organizational Identification Matter?', in M. Janssens & M. Bechtoldt (eds) *Sustainability and Diversity*, Cheltenham: Edward Elgar 2010. Dat verklaart waarom medewerkers met een migratieachtergrond in een enquête wel sterker aangeven dan hun collega's uit de meerderheid dat mensen met een migratieachtergrond in het algemeen meer gediscrimineerd worden (A.A. Dinsbach, J.A. Feij & R.E. deVries, 'The role of communication content in an ethnically diverse organization', *International Journal of Intercultural Relations*, 31 2007, p. 725-745). Het gaat dan immers nog steeds niet over henzelf.

31 M. Chen & J.A. Bargh, 'Nonconscious Behavioral Confirmation Processes: The Self-Fulfilling Consequences of Automatic Stereotype Activation'. *Journal of Experimental Social Psychology*, 33, 1997, p. 541-560; N. Ellemers & M. Barreto, 'Putting your own down: How members of disadvantaged groups unwittingly perpetuate or exacerbate their disadvantage', in A. Brief (ed) *Diversity at Work*, Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2008, p. 202-261; A.G. Greenwald, M.R. Banaji, L.A. Rudman, S.D. Farnham, B.A. Nozok & D.S. Mellott, 'A Unified Theory of Implicit Attitudes, Stereotypes, Self-Esteem, and Self-Concept'. *Psychological Review*, 109 (1) 2002, p. 3-25.

32 Zie W. Bielby, 'Promoting racial diversity at work: Challenges and solutions', in A. Brief (ed.), *Diversity at Work*, Cambridge [etc.]: Cambridge University Press 2008, p. 53-86.



De sociale context is aanzienlijk complexer en meerduidiger dan sociaalpsychologische benaderingen veronderstellen.

Omdat *ethnic markers* dus onvoldoende zijn om discriminatie te verklaren, moeten we op zoek gaan naar de sociale contextfactoren die discriminatie daadwerkelijk triggeren. Naar die factoren zijn we in ons onderzoek op zoek gegaan.

#### 4.2 *Uitwerking van het dominant discours in media en politiek*

‘We waren op de goede weg, maar sinds die gebeurtenissen...’ Medewerkers met een migratieachtergrond in verschillende organisaties gaven ons onafhankelijk van elkaar dergelijke antwoorden op onze vragen naar hun positie in de organisatie. Bij doorvragen bleek dat ze allemaal de breuk – ‘sinds’ – leggen rond het begin van deze eeuw. Welke gebeurtenissen gaat het om? Het gaat om de aanslagen op 11 september 2001, maar vooral ook het optreden van politici als Pim Fortuyn, Ayaan Hirsi Ali, Rita Verdonk en Geert Wilders en de moord op Theo van Gogh dat in de beleving van medewerkers met een migratieachtergrond in werksituaties tot een keerpunt heeft geleid. Andere studies laten ook zien dat het huidige klimaat in media en politiek negatief uitwerkt op interetnische collegiale verhoudingen.<sup>33</sup>

Ons onderzoek in organisatie B en ons lopend onderzoek in organisatie C laten zien hoe dit werkt.<sup>34</sup> Gebeurtenissen als de moord op Theo van Gogh en uitspraken als die van Ayaan Hirsi Ali of meer recent Geert Wilders pikken collega’s op uit de media en geven aanleiding tot onderlinge gesprekken, bijvoorbeeld in de lunchpauze. We hebben tientallen van dergelijke gesprekken geanalyseerd. Kenmerkend is dat zowel medewerkers uit de meerderheid als hun collega’s met een migratieachtergrond op dergelijke momenten niet de gedachten naar voren brengen die hen worden voorgedragen door diversiteitsmanagers. Management van diversiteit in Nederlandse organisaties is er grotendeels op gericht een positieve beeldvorming te scheppen over medewerkers met een migratieachtergrond, waarbij positieve aspecten van hun culturele achtergronden worden belicht. Als collega’s met elkaar praten over gebeurtenissen en uitspraken in de politiek en de media spelen de beelden en gedachten die ze meekrijgen uit trainingen interculturele communicatie of andere activiteiten in het kader van management van diversiteit geen enkele rol. Ze nemen op dergelijke momenten de gedachten en beelden over die hen door de politiek en media zelf worden aangereikt.

#### *Politieke uitspraken worden op de werkvloer overgenomen*

Bovendien is het niet evident dat collega’s op dergelijke momenten putten uit mogelijke vooroordelen of stereotyperingen die ze in eerdere interacties met mensen met een andere etnische achtergrond zouden hebben opgedaan. De argumenten en ideeën die ze op dergelijke momenten naar voren brengen, hebben nauwelijks enige relatie met hun eigen leefwereld of ervaringen. In onderlinge gesprekken en interac-

33 Zie bijvoorbeeld F. Deug, D. Ernste, M. van Leeuwaarde & I. van Diepen, *Onderzoek naar discriminatie bij de Haagse Hogeschool in opdracht van de Commissie Gelijke Behandeling*, Hippolytushoef: De Beuk 2009.

34 H. Siebers, ‘Struggles for Recognition: The Politics of Racioethnic Identity among Dutch National Tax Administrators’, *Scandinavian Journal of Management* 25 (1) 2009, p. 73-84; H. Siebers, ‘The Impact of Migrant-Hostile Discourse in Media and Politics on Racioethnic Closure in Career Development in The Netherlands’, *International Sociology*, 25 (4) 2010; H. Siebers & P. Mutsaers, ‘Towards a Contextual Understanding of Ethnic Boundaries in Organizations: The Case of Dutch Police Officers’, paper presented at 6th International Critical Management Studies Conference, Warwick UK, July 13, 2009, and Equal Opportunities International 2009 Conference, Istanbul, July 16, 2009.

ties naar aanleiding van politieke uitspraken en gebeurtenissen nemen ze de manier van denken, oftewel het discours, uit de media en politiek zelf over. Dit betekent dat hun betekenisgeving op dergelijke momenten niet zozeer bepaald wordt door min of meer autonome cognitieve processen, maar wordt ingegeven door het discours in media en politiek.

Laten we een dergelijk moment onder de loep nemen, een interactie tussen twee collega's, Nadia en Gerda, die deelnamen aan een cursus toen de moord op Theo van Gogh bekend werd zonder dat al duidelijk was wie het gedaan heeft.<sup>35</sup> Nadia, een collega met een tweede generatie Marokkaanse achtergrond, dacht meteen: 'Laat het geen moslim zijn die het gedaan heeft'. Daarmee refereerde ze aan mediaberichten over 'moslimterrorisme' en aan het gevaar dat ze zelf in de categorie van moslims zou worden geplaatst.

Gerda, haar collega uit de meerderheid, reageerde: 'Dit heeft met Hirsi Ali te maken, je kunt hier niets meer zeggen. Dat zag je ook bij de moord op Fortuyn, niemand kan niets meer zeggen hier', en keek Nadia aan. Ze verwees naar het argument van mensen als Theo van Gogh en Ayaan Hirsi Ali over vrijheid van meningsuiting dat volgens hen in het geding zou zijn en sprak Nadia daarop aan. Daarmee deed ze precies waar Nadia bang voor was, namelijk dat zij als exemplaar van een categorie wordt opgevat en ter verantwoording wordt geroepen voor misdaden die aan die categorie worden opgehangen.

Nadia probeerde vervolgens dit categoriserend denken te doorbreken door te zeggen: 'Fortuyn is anders door een milieu-activist vermoord en Hirsi Ali is bezig met een persoonlijke agenda... ze strijd een persoonlijke strijd.' Vervolgens ging het twistgesprek verder met Ayaan Hirsi Ali's argument dat de islam mannen aanzet om hun vrouwen geweld aan te doen. Nadia reageerde door te zeggen: 'Weet je hoeveel Nederlandse vrouwen elke dag in elkaar worden geslagen? Je gaat ervan uit dat als je moslim bent je in elkaar wordt geslagen. Dat ook ik in elkaar wordt geslagen. Weet je, dat is een belediging.' Ze gaf daarmee aan dat van haar als exemplaar van de categorie van moslimvrouwen ook verwacht wordt dat zij in elkaar wordt geslagen, maar ze pareerde dit door zelf ook in categoriserend denken te vervallen door de categorie van Nederlanders ook van veelvuldig geweld tegen vrouwen te beschuldigen. Vervolgens liepen beide collega's kwaad weg.

Dit voorval illustreert wat er gebeurt in interacties tussen collega's naar aanleiding van dergelijke gebeurtenissen en uitspraken in media en politiek. Ze putten uit argumenten die hen door de media en politiek zelf worden aangedragen. Dit betekent dat dit discours in media en politiek dominant geworden is omdat het dergelijke interacties in de samenleving bepaalt.<sup>36</sup> Dit voorval illustreert ook de drie ingrediënten van etnische polarisering: categorisering, essentialisering en inferiorisering. Beide vrouwen spreken elkaar niet meer aan als collega of individu maar als exemplaar of representant van een etnische categorie. Het 'wij' versus 'zij' denken gaat de interactie bepalen, hoezeer Nadia bijvoorbeeld ook probeert om dit denken te doorbreken door te wijzen op individuele agenda's en dat de moord op Pim Fortuyn daar niet in past. Ook zij kan er uiteindelijk niet aan ontsnappen als ze stelt dat ook Nederlanders – 'zij' – hun vrouwen in elkaar slaan. Veel van dergelijke incidenten gaan over de associatie van islam met geweld, maar benadrukt moet worden dat ook mensen met een migratieachtergrond zonder connectie met de islam hier last van hebben. De

---

35 Beide collega's hebben ons deze reconstructie onafhankelijk van elkaar gegeven.

36 B. Prins & B. Slijper, 'Multicultural Society under Attack: Introduction', *Journal of International Migration and Integration*, 3 (3&4) 2002, p. 313-328; J. Schneider, 'Talking German: Othering Strategies in Public and Everyday Discourses', *International Communication Gazette*, 63 (4) 2001, p. 351-363.

scheidslijnen zijn primair etnisch – autochtoon versus allochtoon – en niet religieus. Religieuze argumenten worden ingezet om etnische afgrenzing te construeren.

### *Categorisering en essentialisering*

Categorisering gaat hier samen met essentialisering. Beide vrouwen brengen de veelheid en complexiteit aan onderlinge verschillen en kenmerken van mensen in de categorie van de ander terug tot een paar, als essentieel beschouwde kenmerken. Gerda associeert de eigen categorie met vrijheid van meningsuiting en de categorie van de ander met het bedreigen ervan en geweld. In de opvattingen van beide collega's maken deze vermeende kenmerken het essentiële verschil.

### *Inferiorisering van 'de anderen'*

Deze essentialistische kenmerken zijn bepaald niet neutraal maar leiden tot inferiorisering van 'de anderen'. De vermeende kenmerken van de categorie van de ander zijn uitgesproken negatief, zoals geweld tegen vrouwen en tegen 'eigen' mensen die hun mening geven. Kenmerkend is dan dat Gerda als vermeend lid van de meerderheid de categorie van 'de anderen' als inferieur bestempelt en hen verwijten maakt, terwijl Nadia uiteindelijk probeert de verhoudingen recht te trekken door de categorie van de meerderheid vergelijkbare verwijten te maken. Dit verschil tekent de ongelijke machtspositie van beide categorieën in het dominante discours.

Dergelijke momenten van categorisering, essentialisering en inferiorisering in interacties tussen medewerkers uit de meerderheid en hun collega's met een migratieachtergrond getriggered door het dominant discours in media en politiek kunnen verschillende vormen aannemen. Vormen variëren van openlijke conflicten tot meer subtiel vermijdingsgedrag. Een voorbeeld van dat laatste deed zich voor toen een groep collega's uit de meerderheid het over gebeurtenissen van 11 september 2001 had en opeens een ijzige stilte liet vallen toen een collega met een Marokkaanse achtergrond voorbij kwam lopen. Met uitzondering van extreme gevallen van zelfs fysieke bedreigingen, blijven dergelijke voorvallen incidenten. Na afloop gaan betrokkenen weer over tot de orde van de dag. Zoals hierboven aangegeven, die incidenten drukken geen permanent stempel op die alledaagse collegiale verhoudingen. Zowel Nadia als Gerda gaf blijk van een positieve attitude ten aanzien van interetnische verhoudingen in het algemeen. Mensen die betrokken zijn bij dergelijke incidenten zijn niet ontevreden over dergelijke verhoudingen in de alledaagse omgang.

### *Onveiligheidsgevoel werkt verlamdend in loopbaan*

Dat wil echter niet zeggen dat die incidenten hun sporen niet nalaten, in tegendeel. De gevolgen verschillen sterk. De resultaten van onze eerste enquête in organisatie B laten zien dat medewerkers met een migratieachtergrond veel vaker te maken hebben met dergelijke incidenten op de werkvloer dan hun collega's uit de meerderheid en dat die incidenten bij hen een veel sterker gevoel van onveiligheid teweeg brengen. Die gevoelens van onveiligheid komen niet zozeer in alledaagse eraringen op het werk tot uiting, maar steken wel nadrukkelijk de kop op als betrokken medewerkers met een migratieachtergrond een stap willen zetten in hun loopbaan, als ze bijvoorbeeld om ontwikkelingsmogelijkheden of om promotie zouden willen vragen. Die onveiligheid heeft op dergelijke momenten een verlamdende uitwerking op hen met een aantoonbaar negatieve uitwerking op hun loopbaan ontwikkeling.

De resultaten van onze enquête laten zien dat een deel van de hierboven genoemde etnische ongelijkheid in loopbaanvorderingen voortkomt uit gevoelens van onveiligheid bij loopbaanstappen waar medewerkers met een migratieachtergrond mee te kampen hebben als gevolg van incidenten tussen collega's gedirigeerd door het dominante discours in media en politiek.<sup>37</sup> Dergelijke incidenten hebben dus invloed op de in de vorige sectie behandelde beslismomenten en verklaren een deel van de etnische ongelijkheid in loopbaanvordering.

### 4.3 *Dominant discours en directe discriminatie*

Deze incidenten tussen collega's zijn voorbeelden van directe discriminatie. De combinatie van categorisering, essentialisering en inferiorisering van de categorie van 'de anderen' vormen de drie ingrediënten van de goed beargumenteerde definitie van racisme van Lauwrence Blum.<sup>38</sup> De 'anderen' worden als categorie apart gezet, hun complexiteit wordt tot enkele kenmerken teruggebracht en die kenmerken worden als inferieur, tweederangs, minderwaardig of achterlijk gezien en/of als afschuwwekkend, afstotend, onesthetisch of lelijk afgedaan. Het verschil met racisme is dat het in de Nederlandse context niet zozeer om vermeende biologische of fysieke verschillen gaat, maar om vermeende verschillen in cultuur, waarden, normen en taal, waarbij het vraagstuk van wie zich waar thuis mag voelen centraal staat. Het gaat dus om discriminatie op grond van etniciteit.<sup>39</sup>

De discriminerende uitwerking van het discours in media en politiek sinds 2000 op interacties tussen collega's op het werk roept de vraag op of dit discours zelf ook discriminerend van aard is.<sup>40</sup> Er zijn veel aanwijzingen die daarop wijzen. Een voorbeeld vormen herhaaldelijke uitspraken van zelfs ministers, waarin gesteld wordt dat de problemen waar mensen met een migratieachtergrond mee te maken hebben bij hun participatie op de arbeidsmarkt voortkomen uit hun normen en waarden. Deze argumentatie vormt een van de motieven achter het huidige inburgeringsbeleid.<sup>41</sup> Die uitspraken zijn discriminerend. Ze zijn gebaseerd op de drie bovengenoemde ingrediënten van discriminatie. Ze zetten mensen met een migratieachtergrond als categorie apart, ze reduceren hun kenmerken in essentialistische zin tot waarden en normen, en tot slot beweren ze dat die normen en waarden in ieder geval op de Nederlandse arbeidsmarkt inferieur zijn aan de vermeende Nederlandse waarden en normen die hier superieur zouden zijn.

Bovendien, er is geen enkel bewijs dat de waarden en normen van mensen met een migratieachtergrond iets te maken zouden hebben met hun problemen bij het verkrijgen van een baan of het maken van carrière. Het schort immers niet aan hun motivatie om een baan te vinden.<sup>42</sup> Ook onze eerste enquête in organisatie B laat zien dat de motivatie van medewerkers met een migratieachtergrond om carrière te maken groter is dan die van hun meerderheidscollega's. Ook de veronderstelling dat

37 H. Siebers, 'The Impact of Migrant-Hostile Discourse in Media and Politics on Racioethnic Closure in Career Development in The Netherlands', *International Sociology*, 25 (4) 2010.

38 L. Blum, 'Racism: what it is and what it isn't', *Studies in Philosophy and Education*, 21 2002, p. 203-218.

39 Zie M. Verkuyten, *The Social Psychology of Ethnic Identity*, Hove en New York: Psychology Press 2005.

40 Er zijn inmiddels verschillende bijdragen tot analyse van dit discours: H. Ghorashi & M. van Tilburg, 'When Is My Dutch Good Enough?' Experiences of Refugee Women with Dutch Labour Organizations', *Journal of International Migration and Integration*, 7 (1) 2006, p. 51-70; B. Prins, 'The Nerve to Break Taboos: New Realism in the Dutch Discourse on Multiculturalism', *Journal of International Migration and Integration*, 3 (3&4) 2002, p. 363-379. Zie ook W. Schinkel, *Denken in een tijd van sociale hypochondrie*, Kampen: Uitgeverij Klement 2007. Ik ben het geheel oneens met sommige auteurs (zie E. Vasta, 'From ethnic minorities to ethnic majority policy: Multiculturalism and the shift to assimilation in The Netherlands', *Ethnic and Racial Studies* 30(5) 2007, p. 713-740) die pleiten voor een terugkeer naar het concept van multiculturalisme dat de toon zette voor 2000.

41 Zie H. Siebers, 'Registreren van etniciteit is spelen met vuur', *Openbaar Bestuur*, 19 (2) 2009, p. 2-6.

42 Zie M. Olde Monnikhof & T. Buis, *De werving en selectie van etnische minderheden*, Nijmegen: ITS 2001.

cultuurverschillen en acculturatie van belang zouden zijn is ongegrond. Betrokkenen komen niet naar het werk om hun normen en waarden en hun culturele achtergronden te uiten. Velen van hen maken een scherp onderscheid tussen hun privéleven en hun werktijd. Hun probleem is evenmin hun aanpassing aan de Nederlandse cultuur. Ze lopen tegen het probleem aan dat organisaties vaak niet helder zijn in het aangeven van wat precies van hen gevraagd wordt om als goede collega te functioneren en om carrière te maken. Het gaat om institutionele onhelderheid waar vooral mensen met migratieachtergrond mee te maken hebben. Dat heeft met inhoudelijke cultuurverschillen niets te maken.

#### 4.4 *Aanbevelingen*

Organisaties kunnen hun deuren niet sluiten voor invloeden uit media en politiek, maar ze kunnen het nodige doen om de uitwerking ervan op de werkvloer aan te pakken. Ze kunnen een antidiscriminatiecode afkondigen. Daarin kun je duidelijk maken dat er voor etnische conflicten en discriminerend gedrag geen plaats is op de werkvloer.

Het is bovendien belangrijk om leidinggevenden te instrueren in het detecteren, begrijpen en aanpakken van etnische spanningen en conflicten op de werkvloer. Zij kijken het liefst een andere kant op bij signalen van etnische spanningen. Ze hebben veelal onvoldoende kennis over hoe dergelijke spanningen te begrijpen en hoe effectief te kunnen optreden. Daarnaast kunnen leidinggevenden in postbureaucratische organisaties zich moeilijk beroepen op formele autoriteit. Ze dienen hun gezag te vergaren in informele communicatie en interactie, waarmee ze dus afhankelijk worden van de instemming van degenen aan wie ze leiding geven. Dan wordt het erg moeilijk voor een teamleider om op te treden bij etnische conflicten waar informele leiders bij betrokken zijn omdat ze voor hun gezag voor een belangrijk deel van hen afhankelijk zijn. Het versterken van de formele hiërarchie kan dan noodzakelijk zijn om in te kunnen grijpen bij etnische conflicten. Een antidiscriminatiecode kan op dit punt ook een bijdrage leveren.

De aanpak zelf is ook van belang. Medewerkers uit de minderheden die geconfronteerd zijn geworden met etnische discriminatie verwachten disciplinaire actie van de leiding. Ze verwachten een duidelijk optreden tegen degenen die discriminerend gedrag vertonen. Daarentegen vinden ze postbureaucratisch georiënteerde voorstellen tot bemiddeling, dialoog en communicatie steevast ongepast. De kans dat de sociale dynamiek die aanleiding gaf tot discriminerend gedrag zich in dergelijke dialoog simpelweg herhaalt, is in hun ogen erg groot.

Tot slot is het van belang ervoor te zorgen dat er niet langer knelpunten in de organisatie zitten die de personeelsstroom van mensen uit de minderheden onbedoeld belemmeren. Dergelijke knelpunten kunnen makkelijk in etnische termen worden vertaald en etnische polarisatie voeden. Een etnische scan van het HRM beleid, de werkprocessen en de aansturing kan aangeven welke die knelpunten zijn om die vervolgens aan te pakken. Preventie van discriminatie heeft immers de voorkeur boven het bestrijden ervan.

## 5 CONCLUSIES

De eerste bijdrage aan het onthullen van discriminatie op de arbeidsmarkt en in organisaties vormt de conclusie dat postbureaucratische organisatievormen aanzetten tot indirecte discriminatie. Om de discriminerende uitwerking van dergelijke organisatievormen tegen te gaan, mag van organisaties het nodige worden verwacht. Zij moeten kunnen beargumenteren en verantwoorden dat de criteria en gronden die ze aanwenden op beslismomenten functioneel en noodzakelijk zijn gezien de aard van het werk. Dat geldt voor het selecteren van mensen bij vacatures voor specifieke functies, voor het beoordelen van medewerkers op een bepaalde functie of bij besluiten over promoties naar een hogere functie. Ook mag van hen worden verwacht dat ze transparantie betrachten in de procedures waarlangs besluiten genomen worden op dergelijke momenten.

De tweede bijdrage ligt in de vaststelling dat het dominante discours in media en politiek aanzet tot incidenten van directe discriminatie in alledaagse omgang tussen medewerkers uit de meerderheid en hun collega's met een migratieachtergrond. Die incidenten leiden tot processen van etnische spanningen en polarisatie in termen van categorisering, essentialisering en inferiorisering van 'de anderen'. Organisaties kunnen dergelijke processen bestrijden door een *code of conduct* af te kondigen en hun leidinggevenden te instrueren in het detecteren van en omgaan met dergelijke incidenten. Ze kunnen dergelijke processen voorkomen door hun organisatie te scannen op knelpunten die impliciet verschil maken tussen mensen uit de meerderheid en mensen met een migratieachtergrond.

Daarmee identificeert dit hoofdstuk twee factoren die aantoonbaar de achterstand in participatie van mensen met een migratieachtergrond op de arbeidsmarkt versterken en die tot nu toe in analyse, debat en beleid niet of nauwelijks naar voren zijn gekomen. Moge deze identificatie bijdragen aan betere analyse en aanpak van deze vormen van discriminatie die een open organisatie en arbeidsmarkt in de weg staan.

# Positieve verplichtingen als bijdrage aan gelijkheid

*Prof. dr. J.E. Goldschmidt*

## 1 INLEIDING

Het mandaat van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) is beperkt tot de toepassing van het in enkele specifieke wetten neergelegde uitwerking van het gelijkheidsbeginsel. Die gelijkheidsnormen zijn nogal ongelijksoortig: sommige vloeien rechtstreeks voort uit een mensenrechtelijk gelijkheidsbeginsel (zoals de Algemene wet gelijke behandeling, (hierna: Awgb) andere zijn daar slechts indirect mee verbonden (zoals de wetgeving met betrekking tot arbeidsduur en het al dan niet tijdelijk karakter van de arbeidsovereenkomst). En voor zover er wel een directe link is met het gelijkheidsbeginsel kan de vraag opgeworpen worden of alle gronden daar even nauw mee verbonden zijn.<sup>1</sup> Deze bijdrage gaat over die gevallen waar wel sprake is van een band met het mensenrechtelijk gelijkheidsbeginsel.

Dat betekent dat een breder internationaal kader van bescherming van mensenrechten aan bod komt. In dat kader zijn verschillende concepten ontwikkeld die óók of juist bij de interpretatie van het gelijkheidsbeginsel van belang zijn. Eén van de relevante leerstukken is dat van de positieve verplichtingen die staten hebben om een effectieve bescherming tegen inbreuken op fundamentele rechten te garanderen. In deze bijdrage ga ik in op de betekenis van deze positieve verplichtingen en de rol die zij kunnen spelen bij het toepassen van het gelijkheidsbeginsel. Daartoe zal ik eerst aandacht besteden aan het gelijkheidsbeginsel zelf, dat zowel een zelfstandig als een accessoir recht is en aan het grotere kader waarbinnen het leerstuk van de positieve verplichtingen is ontwikkeld.

In paragraaf 1 wordt het gelijkheidsbeginsel zelf behandeld, zoals dat is neergelegd in alle belangrijke mensenrechtenverdragen en in het recht van de Europese Unie (waar het oorspronkelijk slechts een economische en geen mensenrechtelijke lading had). Dat betekent dat de invulling ervan geschiedt door veel verschillende organen, zoals internationale rechters en verdragscomités. Deze houden in toenemende mate rekening met elkaars werk, zoals in paragraaf 2 zal worden geïllustreerd. Door al deze actoren is in de loop der jaren het begrip positieve verplichtingen steeds preciezer ingevuld, en na een algemeen beeld te hebben geschetst wordt ten slotte ingegaan op de specifieke gelijkebehandelingsaspecten. Hiermee beoog ik enerzijds meer inzicht te geven in het internationaalrechtelijk toetsingskader waar de CGB mee te maken heeft bij de interpretatie van het gelijkheidsbeginsel op de terreinen waar zij over oordeelt. Anderzijds wordt ook inzicht gegeven in de betekenis van het gelijkheidsbeginsel als onderdeel van alle andere fundamentele normen, waar de Commissie nu weliswaar niet over kan oordelen maar welke kaders wel bij de andere taken betrokken moeten worden en met welke zij straks na de beoogde incorporatie in het College mensenrechten en gelijke behandeling direct mee te maken zal krijgen. Gelet

---

1 Zie ook: R. Holtmaat, *Grenzen aan gelijkheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2004.

op de omvang van deze bijdrage is niet meer beoogd dan een inzicht in de betekenis van de positieve verplichtingen in relatie tot het gelijkheidsbeginsel.

Dat betekent dat geen uitputtend overzicht verwacht mag worden. De nadruk ligt op de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EVRM). Er is juist nu sprake van een steeds verder naar elkaar toegroeiën van de beide Europese normenstelsels, van de Raad van Europa en van de Europese Unie, zoals in paragraaf 2 wordt aangegeven. Waar het recht van de EU al een vaste plaats heeft in de gereedschapskist van de Commissie zal men met het EVRM op gelijke wijze rekening moeten houden.

## 2 GELIJKHEID ALS ZELFSTANDIG EN ACCESSOIR MENSENRECHT

De Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) is tot stand gekomen ter nadere uitwerking van het in artikel 1 Grondwet vervatte gelijkheidsbeginsel. Daarbij is het al bestaande instrumentarium met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen geïncorporeerd. Deze laatste regelgeving bestond al eerder als gevolg van verplichtingen die Nederland heeft als lidstaat van de Europese Unie (EU). In de jaren na 1994, het jaar dat de Awgb van kracht werd, is vanuit de EU een aantal nieuwe verplichtingen geregeld, welke hebben geleid tot aanpassingen van de Awgb en tot nieuwe regelingen op het terrein van gelijke behandeling. Aan de in artikel 1 Grondwet expliciet opgenomen gronden zijn uit hoofde van Europese verplichtingen regelingen met betrekking tot de nieuwe gronden leeftijd en handicap/chronische ziekte toegevoegd, welke kunnen vallen onder de clausule 'of welke grond dan ook' van artikel 1. Daarnaast is wetgeving tot stand gekomen die ongelijke behandeling op grond van arbeidsduur of de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst verbiedt, welke geen directe mensenrechtelijke associatie heeft. De nieuwe regelingen betreffen vooral het terrein van de arbeidsverhoudingen, zowel privaat- als publiekrechtelijk. Hierdoor is het specifieke gelijkebehandelingsrecht waar de CGB in Nederland over mag oordelen verworpen tot een nogal ongelijksoortig normenstelsel. Zowel het (mensenrechtelijk) karakter van de gelijkheidsnormen is verschillend als de werkingsfeer. Niet alle normen hebben betrekking op het aanbieden van goederen en diensten naast het terrein van de arbeidsverhoudingen.

Dit kan verwarrend zijn: zonder de onrechtvaardigheid van andere gronden van ongelijke behandeling te willen ontkennen, zijn de rechtstreeks op artikel 1 Grondwet gebaseerde gronden gerelateerd aan gelijkheid als mensenrecht en derhalve van een fundamentele karakter. Dat speelt niet alleen een rol bij de invulling van het gelijkheidsbeginsel zelf maar ook bij de implementatie van andere mensenrechten. Het gelijkheidsbeginsel is zowel een zelfstandig als een accessoir recht.

Het gelijkheidsbeginsel van artikel 1 is een voorbeeld van een gelijkheidsbeginsel met zelfstandige betekenis. Daarnaast is het gelijkheidsbeginsel onderdeel van alle andere fundamentele rechten. Die andere rechten hebben immers geen wezenlijke betekenis als bepaalde groepen er van uitgesloten worden. Sterker nog: het gaat juist om het toekennen van rechten aan allen en niet alleen aan de dominante groep(en) die doorgaans minder problemen hebben om rechten te effectueren. Natuurlijk heeft het gelijkheidsbeginsel ook zelfstandige betekenis, en het belang daarvan neemt toe als er geen wetgeving is die effectieve bescherming tegen inbreuken op gelijke rechten



regelt.<sup>2</sup> Toch gaat het in veel gevallen in essentie om het substantiële recht: het recht op arbeid en het recht op onderwijs zijn bijvoorbeeld op het terrein waarop de werkzaamheden van de Commissie liggen de primaire rechten. Het is dus relevant om niet alleen te kijken naar de betekenis van het gelijkheidsbeginsel op zich maar ook naar de betekenis in de context van andere fundamentele rechten. Dit is des te relevanter nu er steeds meer sprake is van een naar elkaar toe groeien van verschillende internationale mensenrechtenstelsels, die verplichtingen opleggen aan de nationale staten.

### 3 SAMENHANG TUSSEN INTERNATIONALE SYSTEMEN

Hoewel de Awgb in eerste instantie is voortgekomen uit de nationale Grondwet, zijn internationale bronnen zeker van belang. Deze verdragen werken immers direct door in onze Nederlandse rechtsorde en de Nederlandse rechter toetst aan alle verbindende bepalingen van verdragen.

#### *Direct verbindende verdragsbepalingen*

Voor het recht van de Europese Unie geldt dat in nog veel sterkere mate: dat is direct bindend. Het is ook de belangrijkste bron van het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht, en daarvan is de rechtspraak zich ook terdege bewust. Arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (HvJ EG) in Luxemburg hebben derhalve een vaste plaats in de gereedschapskist van de gelijkebehandelingsjurist. Maar dit zijn niet de enige relevante bepalingen.

#### *Andere mensenrechtenverdragen*

Het gelijkheidsbeginsel maakt evenzeer deel uit van alle belangrijke in Nederland geldende of door Nederland ondertekende mensenrechtenverdragen, en daarmee is de wijze waarop de verschillende internationale rechters en comités inhoud geven aan die bepalingen relevant voor het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht.

#### *Harmonisatie internationale rechtspraak*

In toenemende mate houden internationale instanties bovendien rekening met elkaars jurisprudentie. Het gaat om een mondiale ontwikkeling die hier maar heel beperkt aan de orde kan komen. In het kader van het sterk door het Europees Gemeenschapsrecht beïnvloede gelijkebehandelingsrecht is in het bijzonder van belang dat het HvJ EG verwijst naar de uitspraken van het Europese Hof voor de rechten van de Mens (EHRM) in Straatsburg, ook in gelijkebehandelingszaken. Een mooi voorbeeld is de zaak *K.B. tegen National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, waarin het HvJ EG moest oordelen over de vraag of de gelijkebehandelingsbepaling van (toen) artikel 141 EG zich verzet tegen de uitsluiting van een overlevingspensioen bij een paar dat niet kon voldoen aan het geldende huwelijksvereiste.<sup>3</sup> Het was voor hen onmogelijk om te huwen omdat een van de partners als

2 Zie I. Boerefijn, 'Establishing State Responsibility for Breaching Human Rights Treaty Obligations: Avenues under Human Rights Treaties', *Netherlands International Law Review*, (56) 2009, p. 167–205, 190–191. De auteur geeft aan dat uit de uitspraken van het toezichthoudend comité blijkt dat de algemene verplichting in artikel 2 van het Internationaal verdrag tot uitbanning van alle vormen van discriminatie jegens de vrouw, (New York, 18 december 1979, United Nations Treaty Series vol. 1249, p. 13) om wettelijke en andere maatregelen te treffen ook geschonden wordt als in bepaalde gevallen, zoals bij huiselijk geweld, er geen adequate wettelijke bescherming is.

3 HvJ EG 7 januari 2007, Zaak C-117/01.

vrouw was geboren en het Verenigd Koninkrijk geen mogelijkheid bood om het geslacht te wijzigen dat in de geboortectatie is vermeld. Hierdoor hadden de beide partners wettelijk gezien hetzelfde (juridische) geslacht en aangezien het Verenigd Koninkrijk evenmin huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht erkende, was het voor de klagers onmogelijk om aan het voor de pensioenregeling geldende huwelijksvereiste te voldoen. In de uitspraak verwijst het HvJ EG naar het arrest van het EHRM in de zaak *Goodwin*<sup>4</sup> waarin het EHRM had bepaald dat de onmogelijkheid om een veranderde seksuele identiteit wettelijk te erkennen in strijd is met het in artikel 12 EVRM vervatte recht om te huwen: daarmee had het Verenigd Koninkrijk volgens het Luxemburgse Hof geen ruimte om in dit geval het huwelijksvereiste aan te voeren als rechtvaardiging voor het ontzeggen van een overlevingspensioen. De zaak *K.B.* is ook daarom een mooi voorbeeld omdat hier positieve verplichtingen die het EHRM aan de verdragstaten oplegt doorwerken.

### *Wisselwerking in internationale rechtstelsels*

Er zijn talloze andere voorbeelden van wisselwerking tussen verschillende internationale rechtssystemen. Zo lijkt het recente General Comment no. 20 van het VN-Comité inzake Economische, sociale en economische rechten over non-discriminatie<sup>5</sup> op een aantal punten geïnspireerd door de in het Europese gelijkebehandelingsrecht ontwikkelde begrippenkader. Een voorbeeld is de verwijzing onder §15 dat onder lidmaatschap van een groep ook associatie met een bepaalde groep wordt begrepen, hetgeen betekent dat bijvoorbeeld ouders van een gehandicapt kind onder de bescherming van het discriminatieverbod kunnen vallen. Dit lijkt een verwijzing naar het *Coleman* arrest, waarin het HvJ EG besliste dat het verbod van directe discriminatie in de Kaderrichtlijn gelijke behandeling van 2000<sup>6</sup> niet alleen ziet op directe discriminatie van de gehandicapte zelf, maar ook op de ongunstige behandeling van een ouder, gebaseerd op de handicap van het kind.<sup>7</sup>

Nu het Verdrag van Lissabon<sup>8</sup> in werking is getreden en de laatste barrières voor het in werking treden van het 14<sup>e</sup> Protocol bij het EVRM zijn geslecht, is de samenhang tussen het EVRM en het recht van de Europese Unie versterkt. Immers, niet alleen zijn alle leden van de EU ook partij bij het EVRM, maar artikel 6.2 van het Verdrag van de Europese Unie maakt het mogelijk voor de EU om toe te treden tot het EVRM. Aan de andere kant houdt genoemde 14<sup>e</sup> Protocol een wijziging in van het EVRM waarmee het voor de Europese Unie mogelijk wordt om toe te treden tot het Verdrag.<sup>9</sup> Ook al heeft de EU in het in het Verdrag van Lissabon geïncorporeerde (en nu dus ook een bindend karakter hebbend) Handvest van Nice<sup>10</sup> een eigen grondrechtencatalogus, de beide Europese rechters zullen elkaars normatieve stelsels moeten incorporeren in hun uitspraken, een proces dat beide voor de nodige uitdagingen plaatst.<sup>11</sup> Dat betekent dat het voor het gelijkebehandelingsrecht van belang is inzicht te hebben in de wijze waarop vanuit die andere stelsels verplichtingen worden afgeleid.

4 EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95 (*Goodwin / Verenigd Koninkrijk*).

5 E/C.12/GC/20 General Comment no. 20, Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights, 25 May 2009.

6 Richtlijn 2000/78/EG, van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*PbEG* 2001, L 303).

7 HvJ EG 17 juli 2008, Zaak C-303/06 (*S. Coleman/Attridge Law en Steve Law*).

8 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PbEG* C 115, 9 mei 2008).

9 Artikel 17 van het 14<sup>e</sup> Protocol.

10 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, 2000/C 364/01.

11 J. Callewaert, 'The European Convention on Human Rights and European Union: a long way to harmony', *E.H.R.L.R.* (6) 2009, p. 768-783.

#### 4 MENSENRECHTEN VERPLICHTEN STATEN, MET NAME TOT GELIJKE BEHANDELING

Eén van de hardnekkige misverstanden op het terrein van mensenrechten is dat er een verschil is tussen de verplichtingen die voortvloeien uit de 'burger- en politieke rechten' en die verplichtingen die samenhangen met de sociale, culturele en economische rechten. De eerste categorie rechten zou vooral negatieve verplichtingen behelzen (de overheid mag zich niet mengen in de privé sfeer, de vrijheid van meningsuiting, de godsdienstbeoefening). De tweede categorie zou de overheid verplichten maatregelen te treffen om bijvoorbeeld huizen te bouwen om het recht op huisvesting te realiseren, arbeidsmarktbeleid te voeren ter bevordering van het recht op arbeid. In het verlengde van dit onderscheid worden de rechten uit de eerste categorie als 'harder' in de zin van afdwingbare resultaatsverplichtingen, beschouwd en de rechten uit de tweede categorie eerder als zwakkere inspanningsverplichtingen. Bij de Wereldmensenrechtenconferentie in Wenen in 1993 is benadrukt dat de rechten van de mens ondeelbaar zijn en op gelijke wijze moeten worden behandeld.<sup>12</sup> Op dezelfde conferentie is het belang van de bescherming van kwetsbare groepen zoals vrouwen, kinderen en gehandicapten benadrukt.

Hiermee zijn de uitgangspunten van mensenrechtelijke verplichtingen gegeven. Internationale verdragen leggen staten verplichtingen op om actief de implementatie van de erin opgenomen rechten te bevorderen. De aard van die verplichtingen is divers, maar het bestaan wordt door alle instellingen erkend en de inhoud wordt op verschillende manieren uitgewerkt: in jurisprudentie, in algemene commentaren en rapporten. Deze verplichtingen worden vaak in het bijzonder gerelateerd aan de bescherming van kwetsbare groepen en daarmee komt al snel het gelijkheidsbeginsel als accessoir beginsel aan de orde. In alle mensenrechtelijke catalogi vinden we immers bij de toekenning van rechten een verbod om te discrimineren op gronden zoals geslacht, huidskleur, ras, godsdienst en herkomst bij de toekenning van rechten. Voorbeelden zijn artikel 14 EVRM en artikel 2 paragraaf 2 van het Internationaal Verdrag inzake Economisch, Sociale en Culturele rechten (IVESCR).<sup>13</sup>

Zulke accessoire discriminatieverboden kunnen alleen worden ingeroepen als een mogelijke schending van één van de substantiële bepalingen uit het betreffende verdrag in het geding is. Het EHRM heeft nadrukkelijk beslist dat het voldoende is dat het beroep op artikel 14 in samenhang met beroep op een van de andere rechten van het verdrag wordt gedaan. Het is niet vereist dat er ook sprake is van een schending van dat substantiële recht.<sup>14</sup>

Naast dergelijke accessoire bepalingen, zijn in enkele verdragen ook zelfstandige discriminatieverboden opgenomen: zie artikel 26 van het Verdrag inzake Burger- en politieke rechten (IVBPR) en artikel 1 van Protocol 12 bij het EVRM. Dat deze laatste bepalingen directe betekenis hebben voor het nationale recht behoeft hier geen betoog: de uitbanning van kostwinnersbepalingen in de sociale zekerheid was uitsluitend gebaseerd op artikel 26 IVBPR<sup>15</sup> en recent besliste de rechtbank 's-Gravenhage dat artikel 2a van de Wijziging Sanctieregeling Iran, waardoor Iranese studenten werden uitgesloten van bepaalde studies, een ongeoorloofd onderscheid naar

12 Vienna Declaration and Program of Action, (UN Doc.A/Conf.157/23), Par. 5: zie *NJCM-Bulletin* (18-6) 1993, p. 718.

13 Internationaal verdrag voor economisch, sociale en culturele rechten, ondertekend en geopend voor ondertekening, ratificatie en accessie door de algemene vergadering van de Verenigde Naties op 16 december 1966, resolutie 2200A (XXI), United Nations Treaty Series Vol. 993, p. 3.

14 EHRM 23 juli 1968, nr. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (*Belgische taal zaak/België*).

15 Centrale raad van beroep 1 november 1983, RSV 1984/147-150 en Centrale raad van beroep 14 mei 1987, RSV 1987/246; Centrale raad van beroep 22 februari 1994, RSV 1994/198.

nationaliteit maakt en verklaarde de regeling wegens strijd met artikel 26 IVBPR onverbindend.<sup>16</sup> In deze zaak oordeelde de rechtbank dat er geen objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestaat om alleen, en ook alle, mensen van Iraanse nationaliteit uit te sluiten als zijnde een risico voor de uitbreiding van nucleaire activiteiten door Iran. Aan deze afbakening lag geen risicoanalyse ten grondslag naar elk individu dat in Nederland en/of aan een Nederlandse instelling onderwijs volgt, en de Staat gaat er ten onrechte van uit dat alleen Iraniërs en ook alle Iraniërs een risico vormen.

### *Onderzoeksverplichting als voorwaarde voor het maken van onderscheid*

Het gelijkheidsbeginsel brengt dus positieve verplichtingen mee: in het geval van de Iraanse studenten was het de verplichting om een deugdelijke risico-analyse ten grondslag te leggen aan een regeling. De overheid heeft een onderzoeksplicht om te voorkomen dat een in een bepaalde regeling opgenomen categorisering over- dan wel onderinclusief is, en daarmee ten onrechte een groep benadeelt of uitsluit op basis van een uit hoofde van het gelijkheidsbeginsel verdacht criterium. Het nalaten van een dergelijk onderzoek is een schending van de positieve verplichting die op de overheid rust uit hoofde van het gelijkheidsbeginsel. In de jurisprudentie wordt invulling gegeven aan deze verplichtingen.

## **5 SOORTEN POSITIEVE VERPLICHTINGEN TOT GELIJKE BEHANDELING**

Het gelijkheidsbeginsel verplicht.<sup>17</sup> Het gelijkheidsbeginsel verplicht niet alleen tot het gelijk behandelen van gelijke gevallen, maar ook tot het recht doen aan verschillen.

### *5.1 Verschil moet onderkend en erkend worden*

In de zaak van de Iraanse studenten is een eerste belangrijke consequentie dat bij besluiten die gebaseerd zijn op een verdacht criterium steeds onderzocht moet worden of het gemaakte verschil wel van doorslaggevende betekenis is. Dat geldt in elk geval voor de in de Awgb genoemde gronden en de grond handicap.

Maar ook als een onderscheid niet rechtstreeks is gebaseerd op een verdacht criterium kan een benadeling of uitsluiting optreden doordat er sprake is van indirect onderscheid. Ook in die gevallen moet het uit een schijnbaar neutrale behandeling voortvloeiende verschil juist onderkend worden, zoals het EHRM besliste in de zaak *Thlimmenos*. In die zaak werd een Jehova getuige getroffen door de op zich neutrale eis die werd gesteld aan registeraccountants, namelijk dat zij geen strafblad mogen hebben. Echter, in het geval van *Thlimmenos* was zijn strafblad rechtstreeks het gevolg van een veroordeling omdat hij militaire dienst had geweigerd vanwege zijn overtuiging als Jehova getuige, die hem verbood een militair uniform te dragen. Derhalve was er sprake van indirect onderscheid op grond van godsdienst. Omdat geen rekening was gehouden met dit relevante verschil tussen zijn aan godsdienstige overtuiging gerelateerde strafblad en dat van anderen, was sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel.<sup>18</sup>

16 Rb. 's-Gravenhage 3 februari 2010, LJN BL1862 (*Kaweh Bitaraf e.a. tegen de Staat der Nederlanden*).

17 Zie voor een analyse van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de rechtspraak ook: S. Fredman, *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford: Oxford University Press 2008, met name Chapter 7, p. 176-203.

18 EHRM 22 maart 1999, nr. 34369/97 (*Thlimmenos/Griekenland*).

Deze verplichting om rekening te houden met op verdachte kenmerken gebaseerde, of daaraan indirect gerelateerde verschillen wordt door het EHRM sindsdien benadrukt. Een ander voorbeeld is de zaak *D.H. tegen Tsjechië*, waarin verschillende soorten verplichtingen aan de orde komen. Aan de orde was de plaatsing van Roma-leerlingen op scholen voor speciaal onderwijs (voor verstandelijk gehandicapte leerlingen). De klacht betrof zowel de aard van de testen die aan de plaatsing vooraf gingen, als de wijze waarop de ouders toestemming hadden gegeven. De klagers stelden dat de algemene tests die aan kinderen werden afgenomen niet als neutraal beschouwd konden worden, ook al was het niet de bedoeling om te discrimineren. De wijze waarop de ouders van deze specifieke groep leerlingen werden voorgelicht over de verschillende opties kon bovendien niet leiden tot een ‘informed consent’ aldus de klagers. De Grote Kamer van het EHRM geeft in 1997 (anders dan de eerdere uitspraak van de kamer) klagers op beide punten gelijk en concludeert tot een schending van artikel 14 samen met artikel 2 van het Eerste Protocol EVRM, waarin het recht op onderwijs is neergelegd.<sup>19</sup>

## 5.2 Bewijslast en informatieplicht

In de zaak *D.H.* gaat het Hof uitgebreid in op de verschillende verplichtingen ten opzichte van een bijzonder kwetsbare minderheid, de Roma. Daarom sta ik wat langer stil bij deze casus. Uit statistieken bleek dat Roma leerlingen in de stad Ostrava meer dan 27 keer zoveel kans hadden om op een speciale school voor kinderen met een verstandelijke beperking te komen. Ondanks inspanningen van de overheid was de kwaliteit van deze scholen niet erg hoog. De plaatsing gebeurde door het hoofd van de school mede op basis van psychologische tests, en met toestemming van de ouders. Bij de beantwoording van de eerste vraag, de toereikendheid van de testen, hanteert het EHRM een test die overeenkomt met de in het gelijkebehandelingsrecht bekende objectieve rechtvaardigingstest: als blijkt dat een bepaalde behandeling leidt tot nadelige resultaten voor een bepaalde etnische groep, zoals de Roma, ontstaat het vermoeden van discriminatie en moet de overheid bewijzen dat er een rechtvaardiging voor is.

### *Bewijslastverdeling*

De verschuiving van de bewijslast zoals die ook in de EG-Richtlijnen en in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving is neergelegd (zie o.a. artikel 10 Awgb), wordt hier ook door het EHRM gehanteerd. Deze bewijslastverdeling, waarbij statistisch bewijs leidt tot een rechtvaardigingsplicht voor de overheid, wordt afgeleid uit het gelijkheidsbeginsel. Statistisch bewijs<sup>20</sup> levert een vermoeden van discriminatie op en het is aan de overheid om aan te tonen dat er zwaarwegende argumenten ter rechtvaardiging zijn (zie overwegingen 175–181).

19 EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00 (*D.H. en anderen/Tsjechië*). Zie ook: *NJCM Bulletin* (33-2) 2008, p. 234-250, met noot Kristin Henrad.

20 Statistisch bewijs is niet onontbeerlijk. In de zaak *Oršuš en anderen* oordeelde de meerderheid van het EHRM (Grote kamer) dat de bewijslast op de Staat rustte zonder dat er sprake was van statistisch bewijs, EHRM (Grote kamer) 16 maart 2010 zaaknr. 15766/03 (*Oršuš en anderen t. Kroatië*) § 153-155 met verwijzing de zaak *D.H.*, § 188.

### *Onderzoeksplicht*

De volgende vraag is, of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging, nu Roma kinderen dezelfde tests moesten maken als alle andere kinderen. Kunnen gelijke tests toch discriminerend zijn? Deze vraag wordt door het Hof bevestigend beantwoord, onder verwijzing naar zowel het feit dat de testen geen rekening hielden met de specifieke omstandigheden van de Roma kinderen, als naar het feit dat verschillende deskundige instanties twijfelden aan de objectiviteit van de tests. Deze 'bias' wordt de Staat aangerekend. We zien hier dus weer de onderzoeksplicht van de overheid: de verplichting om te zorgen dat deugdelijk onderzoek ten grondslag ligt aan de argumenten waarop beslissingen genomen worden.

### *Informatieplicht*

De toestemming van de ouders werd aangevochten. Deze groep ouders behoort tot een achtergestelde groep die doorgaans heel weinig opleiding had genoten. Er werd in twijfel getrokken of deze ouders in staat waren de gevolgen te overzien van het ondertekenen van een al ingevuld formulier dat hen met een beperkte uitleg werd voorgelegd. Het lag op de weg van de autoriteiten om maatregelen te treffen om te verzekeren ('to ensure', overweging 203) dat men op de hoogte was van de consequenties van deze keuze voor de toekomst van de kinderen. De informatieplicht is cruciaal.

Al met al komt het EHRM tot de conclusie dat de Tsjechische overheid, door Roma kinderen niet de specifieke aandacht te geven die voor deze groep noodzakelijk wordt geacht maar hen hetzelfde te behandelen als alle andere kinderen, geen daadwerkelijke gelijke behandeling heeft geboden.

### *Verplichting tot verschaffing van deugdelijke motivering*

De Staat is verplicht om beslissingen te nemen die gebaseerd zijn op deugdelijke argumenten, om het risico van benadeling en uitsluiting van kwetsbare groepen<sup>21</sup> tegen te gaan. Dat vergt onderzoek en correcte en heldere voorlichting aan betrokkenen.

Deze zaak van de Grote Kamer is eigenlijk een mooi college over de verplichtingen inzake het gelijkheidsbeginsel. Ook al omdat niet alleen het EVRM aan de orde komt, maar tevens uitgebreid ingegaan wordt op alle relevante rechtsbronnen van de Raad van Europa, de Europese Unie en de Verenigde Naties. Een sprekend voorbeeld van de wijze waarop mensenrechtelijke instituties zich inspannen om de interpretatie en toepassing van verschillende mensenrechtelijke normenstelsels te harmoniseren.

Deze verplichting om effectieve gelijke behandeling te waarborgen, is niet alleen erkend door het EHRM. Het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) heeft vergelijkbare eisen gesteld aan de staat, in een zaak die betrekking had op de toegang tot regelingen met betrekking tot sociale zekerheid en ziektekosten, waar ook de Roma in hun rechten beperkt werden.<sup>22</sup>

---

21 Ik gebruik in deze bijdrage gemakshalve de term 'kwetsbare groepen', om die groepen aan te geven die vallen onder een van de verdachte criteria zoals opgenomen in de verschillende verdragen. Daarmee wil ik niet zeggen dat de leden van deze groepen als zodanig als 'zwak' gezien worden.

22 ECSR 3 december 2008, nr. 46/2007, (*European Roma Rights Centre/Bulgarije*) *NJCM-Bulletin* (34-6) 2009, p. 657-669 met noot A. Hendriks.

### 4.3 *Effectief beleid: preventie en aanpak van schendingen*

De verplichting om mensenrechtenschendingen te voorkomen is door het Straatsburgse Hof steeds verder uitgewerkt. Ook waar het gaat om toepassing van de van oorsprong als ‘klassiek’ beschouwde rechten zoals het recht op leven en het recht op eigendom, worden vèrgeaande positieve verplichtingen geconstrueerd die raken aan bescherming van sociaal-economische rechten, zoals het recht op gezondheid. Mooie voorbeelden zijn de zaken *Öneryıldiz*<sup>23</sup> en *Budayeva*<sup>24</sup> die beiden betrekking hebben op ‘milieurampen’, in het eerste geval het vrijkomen van gevaarlijke gassen op een afvalberg bij een sloppenwijk, in het tweede geval een modderstroom. Beide gebeurtenissen eisten slachtoffers uit de armste bevolkingsgroepen die in de getroffen omgeving woonden. In deze zaken was het gelijkheidsbeginsel als zodanig niet aan de orde.

#### *Actieve beschermingsplicht van de staat*

Het Hof wijst steeds weer op de verplichting van de overheid om de rechten van de actief burgers te beschermen. Dat vergt gedegen onderzoek, een stringent beleid en een even stringente controle op de naleving. De handhaving moet ook effectief zijn (afdwingen van naleven van vergunningsvoorwaarden bijvoorbeeld). En mocht het ondanks alles toch mis gaan dan is de staat verplicht een deugdelijk onderzoek in te stellen en de verantwoordelijken op te sporen en te straffen, waarbij sprake moet zijn van een meer dan symbolische straf, welke daadwerkelijk wordt uitgevoerd. Deze verplichtingen gelden voor alle organen van de Staat, ook de rechter moet hier zorgvuldig toetsen en motiveren.<sup>25</sup>

#### *Specifiek aandacht voor geschiedenis en achtergrond vereist*

Dergelijke onderzoeks- en vervolgingsplichten houden in dat de verschillende organen specifieke aandacht moeten besteden aan discriminerende achtergronden en discriminerende aspecten van strafbare feiten. Nadat het EHRM lange tijd dusdanig strenge eisen stelde aan de bewijslast bij mogelijk racistisch geweld, dat een schending van artikel 14 EVRM vrijwel onmogelijk bewezen kon worden, lijkt de vlamme dissidentie opinie van de Maltese rechter Bonello in de zaak *Angelova*<sup>26</sup> een verandering ingezet te hebben. Refererend aan de veelheid aan gegevens die wijst op etnische vooroordelen bij de politie in Bulgarije, veegt rechter Bonello de vloer aan met de eis die het Hof stelt dat het racistisch karakter ‘buiten redelijke twijfel’ moet worden vastgesteld, omdat door die eis de rollen worden omgekeerd. Verwijzend naar uitspraken van het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens en het Amerikaanse hooggerechtshof bepleit hij een verdeling van de bewijslast waarin een *prima facie* bewijs van discriminatie voldoende is om de Staat te verplichten om aan te tonen dat er geen sprake is van discriminatie.

In de zaak *Nachova* volgt de Grote Kamer van het Hof de argumentatie van rechter Bonello.<sup>27</sup> Twee Roma-verdachten waren neergeschoten en gedood toen zij probeerden te vluchten bij hun arrestatie. Hoewel de beide mannen ongewapend waren,

23 EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99 (*Öneryıldiz/Turkije*).

24 EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02 (*Budayeva e.a./Rusland*).

25 Zie ook Commission against Torture (CAT) 17 May 2005, comm. 212/2002 (*Kepa Ura Guridi/Spain*).

26 EHRM 13 juni 2002, nr. 38361/97 (*Angelova/Bulgarije*).

27 EHRM 6 juli 2005, nr. 43577/98, 43579/98, (*Nachova e.a./Bulgarije*). Zie ook NJCM-Bulletin (30-7) 2007, p. 1001-1016, met noot A. Hendriks.

hadden de betreffende agenten opdracht gekregen alle middelen te gebruiken. Tijdens de arrestatie was discriminerende taal gebezigd. Het door de politie ingestelde onderzoek leidde niet tot vervolging van de leden van het arrestatieteam. Het Hof benadrukt hier, dat artikel 14 EVRM kan verplichten tot een zwaardere bewijslast voor de Staat dan het wegnemen van redelijke twijfel. Het feit dat er discriminerende taal was gebruikt ('jullie verdomde zigeuners') brengt een verplichting van de Staat met zich mee om te onderzoeken of racistische motieven een rol hebben gespeeld. Het nalaten van onderzoek naar het racistisch aspect levert een schending van artikel 14 EVRM op.<sup>28</sup>

*Beschermingsplicht ontstaat waar Staat bewust is van onmiddellijk en reëel levensgevaar*

Het EHRM kent dus grote betekenis toe aan het gelijkheidsbeginsel bij schending van mensenrechten. Ook in de recente zaak *Opuz* is dat bevestigd.<sup>29</sup> In deze tragische zaak over huiselijk geweld waren een moeder en dochter slachtoffer van mishandeling en bedreiging door hun schoonzoon en echtgenoot. Zowel de moeder als de dochter hadden meerdere malen aangifte gedaan en de schoonzoon en echtgenoot was ook verschillende malen vervolgd maar het kwam nooit tot een veroordeling, anders dan een boete, vanwege belemmeringen die het Turkse strafrecht opwerpt. Dit kwam onder meer door de eis dat een slachtoffer van mishandeling meer dan tien dagen arbeidsongeschikt moet zijn geworden, en de onmogelijkheid om in andere gevallen een vervolging voort te zetten als een aanklacht wordt ingetrokken, hetgeen *in casu* gebeurde als de dader weer vrij was en zijn slachtoffers onder dreiging daartoe dwong. Uiteindelijk werd de moeder in 2002 doodgeschoten door haar schoonzoon. Nadat hij in 2008 (dus pas zes jaar later!) wegens moord tot levenslang was veroordeeld, komt de dader na strafvermindering wegens provocatie door het slachtoffer te hebben gekregen na aftrek van voorarrest in 2008 meteen na het vonnis weer vrij. De dochter vraagt de overheid om bescherming omdat zij opnieuw wordt bedreigd door haar inmiddels ex-echtgenoot, maar de gewenste maatregelen blijven uit. Zij voert onder andere aan dat haar recht op leven (artikel 2 EHRM), het recht om gevrijwaard te zijn van marteling en onmenselijke behandeling (artikel 3 EVRM) en het in artikel 14 EVRM vervatte gelijkheidsbeginsel zijn geschonden. Het Hof oordeelt dat Turkije de genoemde rechten inderdaad heeft geschonden. Hoewel de Staat niet alle misdaden kan voorkomen rust er wel een verplichting op de Staat wanneer zij weet of had moeten weten dat er sprake is van een onmiddellijk en reëel gevaar voor het leven van een bepaalde burger om diens leven te beschermen en passende maatregelen te treffen.

In het geval *Opuz* staat vast dat genoegzaam bekend was dat er een ernstige dreiging was. Desalniettemin heeft de Staat de dood van de moeder niet kunnen voorkomen. Tevens was er sprake van een weinig effectief strafproces, hetgeen betekent dat de verplichtingen van artikel 2 EVRM waren geschonden en tenslotte bood de staat onvoldoende bescherming van de dochter tegen haar ex, zijnde in strijd met de verplichtingen van artikel 3 EVRM.

---

<sup>28</sup> Zie ook EHRM 26 juli 2007, nr. 55523/00 (*Angelova en Iliev/Bulgarije*); en EHRM 31 mei 2007, nr. 40116/02 (*Šečić/Kroatië*).

<sup>29</sup> EHRM 9 juni 2009, nr. 33401/02 (*Opuz/Turkije*), zie ook NJCM-Bulletin (34-7) 2009 p. 758-780 met noot I. Boerefijn en T. Loenen.



## *EHRM onderkent geslachtsgebonden karakter van huiselijk geweld*

In het kader van deze bijdrage is met name interessant dat het EHRM ook toetst aan artikel 14 EVRM en het huiselijk geweld tegen de beide vrouwen als ‘gender-based’ beschouwt. Het verwijst daarbij naar o.a. het VN Comité tot uitbanning van alle vormen van discriminatie jegens de vrouw (CEDAW). De positieve verplichting om rekening te houden met ongelijkheid, zoals in de zaak *Nachova* is vastgelegd, wordt hier toegepast op huiselijk geweld en daarmee rusten op de staat naast de algemene verplichtingen om burgers te beschermen tegen voorzienbare aanslagen op hun leven, zelfstandige specifieke verplichtingen om vrouwen te beschermen tegen deze vormen van geweld die hen bij uitstek treffen. Dat betekent o.a. dat klachten serieus onderzocht moeten worden (en niet geprobeerd mag worden te bemiddelen door slachtoffers te bewegen naar huis te gaan en hun aanklacht in te trekken). Sterker nog, als verzoekster haar klacht intrekt, moeten de autoriteiten erop bedacht zijn dat dit mogelijk onder druk van de geweldpleger is gebeurd, en dat niet licht van vervolging mag worden afgezien. Op die manier worden ook onderliggende oorzaken, gelegen in de ongelijke sekseverhoudingen, erkend, aldus de beide annotatoren in het *NJCM Bulletin*.<sup>30</sup>

### *5.4 Zwaardere verplichtingen uit hoofde accessoir gelijkheidsbeginsel*

De ontwikkeling die het EHRM met de besproken (en andere vergelijkbare) arresten heeft ingezet laat zien dat het (accessoire) gelijkheidsbeginsel een dubbele verplichting op de Staat legt.

#### *Preventieve maatregelen*

Daar waar aanleiding voor is, moet rekening worden gehouden met verschillen, achterstelling en stereotype benaderingen waardoor een ogenschijnlijk neutrale behandeling leidt tot onderscheid op basis van verdachte kenmerken en moeten maatregelen getroffen worden om nadelige effect tegen te gaan en schade te voorkomen. Deze maatregelen dienen effectief te zijn en daadwerkelijk gehandhaafd te worden.

#### *Discriminatieaspecten verdienen afzonderlijk aandacht*

Wanneer er sprake is van een vermoeden van discriminatie dient een diepgaand onderzoek ingesteld te worden naar de gang van zaken waarbij het discriminatieaspect afzonderlijk aandacht krijgt, en ook hier geldt dat sanctionering en de handhaving effectief moeten zijn.

Het gelijkheidsbeginsel leidt dus op zich niet zozeer tot nieuwe positieve verplichtingen maar verzwakt de verplichtingen die op de Staat rusten en breidt de omvang ervan uit.

#### *Daadwerkelijke vooruitgang vereist*

Een verplichting die met name bij sociaal-economische rechten is geformuleerd is de verplichting om te zorgen dat daadwerkelijk voortgang geboekt wordt met het verwezenlijken van mensenrechten voor ieder gelijkelijk. Zo oordeelde het ECSR dat

30 EHRM 9 juni 2009, nr. 33401/02 (Opuz/Turkije), zie ook NJCM-Bulletin (34-7) 2009 p. 758-780 met noot I. Boerefijn en T. Loenen.

Frankrijk het recht op onderwijs voor kinderen met autisme geen recht deed nu er in meer dan tien jaar geen of weinig voortgang was geboekt bij het terugbrengen van het tekort aan voor hen bestemde voorzieningen.<sup>31</sup> Er moet sprake zijn van een effectieve implementatie van de op de Staat rustende verplichtingen. In die zin is sprake van resultaatsverplichtingen, al hoeft niet in één keer volledige gelijkheid bereikt te zijn.

### 5.5 *Verplichtingen bij zelfstandig gelijkheidsbeginsel*

Tot dusverre zijn deze verplichtingen met betrekking tot het voorkomen en bestrijden van ongelijkheid vooral geconceptualiseerd in het kader van de in andere mensenrechten neergelegde inhoudelijke rechten, zoals het recht op leven en het recht op onderwijs. De jurisprudentie van artikel 26 IVBPR laat zien dat het gelijkheidsbeginsel als zelfstandige bepaling evenzeer een revolutionaire potentie heeft.

#### *Verplichting om continu aan verbetering van rechten van kwetsbare groepen te werken*

In de Europese context is dit onlangs bevestigd in de eerste uitspraak waarin het EHRM een schending van het 12<sup>e</sup> Protocol EVRM heeft vastgesteld. In de zaak *Sejdić en Finci*<sup>32</sup> oordeelde het EHRM dat er sprake is van een schending van het 12<sup>e</sup> Protocol EVRM omdat de op de Dayton akkoorden gebaseerde in de Grondwet van Bosnië en Herzegovina vastgelegde kiesregeling, het voor anderen dan Serviërs, Kroaten of Bosniërs niet mogelijk is om zich verkiesbaar te stellen voor het ‘House of Peoples’ of het Presidentschap. De klagers, een Roma - en een Joodse burger, waren hierdoor uitgesloten van het passief kiesrecht voor deze organen. Het Hof stelt nadrukkelijk dat er misschien ten tijde van de beëindiging van het conflict gerechtvaardigd geweest kan zijn om een dergelijke regeling te treffen, maar dat het Hof oordeelt naar de situatie zoals die nu is en dan wordt de vraag negatief beantwoord of een dergelijke regeling die andere groepen uitsluit op basis van verdachte criteria nog langer gerechtvaardigd is. Je kan hier een verplichting lezen die aansluit op de verplichting tot ‘progressive implementation’. De Staat dient aldus voortdurend oog te hebben voor het verbeteren van de rechten van kwetsbare groepen en eventuele beperkingen moeten steeds opnieuw op hun noodzakelijkheid beoordeeld worden. Deze zaak doet vermoeden dat het 12<sup>e</sup> Protocol EVRM een nieuwe impuls zal geven aan de invulling van de verplichtingen tot implementatie van het gelijkheidsbeginsel ook op terreinen die zich aan het oordeel van de CGB onttrekken, zoals de SGP-zaak waarover tegen de tijd dat deze bundel wordt gepubliceerd, de Hoge Raad naar verwachting uitspraak zal hebben gedaan.<sup>33</sup>

Een zaak die hier tenslotte nog vermelding verdient is de zaak *Rantsev*.<sup>34</sup> Deze zaak betrof een Russisch slachtoffer van mensenhandel, dat onder verdachte omstandigheden het leven liet in het land van aankomst, Cyprus. Het Hof geeft in deze zaak concreet inhoud aan de verplichtingen die op basis van verschillende rechten van het EVRM, zoals het recht op leven, vrijwaring van marteling, het recht op vrijheid en veiligheid en het recht op privé-leven, op staten rusten om mensenhandel te voorkomen en te bestrijden. In deze zaak is het gelijkheidsbeginsel niet betrokken, maar

31 ESCR 4 november 2003, nr. 13/2002 (*International Association Autism Europe/France*).

32 EHRM 22 december 2009, nr. 27996/06 en 34836/06 (*Sejdić en Finci/Bosnië-Herzegovina*).

33 Zie de conclusie van de PG van 27 november 2009, IJN BK 4547, Hoge Raad, CPG 09/01354.

34 EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04 (*Rantsev/Cyprus en Rusland*).

gelet op het feit dat vrouwenhandel binnen de categorie mensenhandel een gender-specifiek karakter heeft, kan je verwachten dat de aan het gelijkheidsbeginsel gerelateerde verplichtingen ook een rol zullen spelen als er sprake is van vrouwenhandel.<sup>35</sup>

## 6 IMPLICATIES VOOR HET WERK VAN DE CGB

De verplichtingen die hierboven zijn beschreven hebben betrekking op de verplichtingen die aan verdragsstaten worden opgelegd. Gelet op de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel, en de uitwerking daarvan in de Awgb zijn ze op twee manieren relevant voor de praktijk van de CGB en de rechter bij het toepassen van de gelijkebehandelingswetgeving.

De verplichting van de Staat om te zorgen voor een effectieve bescherming tegen discriminatie geldt voor alle organen van de staat, dus ook voor de rechter en de CGB. Het VN Comité voor Economische, Sociale en Culturele Rechten (CESCR) benadrukt in zijn recente General Comment no. 20<sup>36</sup> over de non-discrimatiebepaling in artikel 2 paragraaf 2 van het IVESCR dat alle instituties die betrokken zijn bij het toezien op gelijke behandeling en het behandelen van klachten verantwoordelijk zijn voor effectieve bescherming en effectieve rechtsmiddelen (paragraaf 40). In het kader van een verdragsconforme interpretatie mag dus van rechter en CGB geëist worden dat zij, waar de verplichtingen nog niet zijn uitgewerkt in specifieke regels hier zelf aandacht aan besteden.

Veel aspecten van de hiervoor beschreven verplichtingen zijn terug te vinden in de geldende Nederlandse en Europese gelijkebehandelingsvoorschriften.

Gewezen is al op de regeling van de verdeling van de bewijslast zoals die, in overeenstemming met de Europese Richtlijnen,<sup>37</sup> in de Awgb en andere wetten is neergelegd. Maar ook de verplichting tot het treffen van een redelijke aanpassing vervat in artikel 2 van de Wgbh/cz sluit aan op de algemene ontwikkeling waarbij verschillen in aanmerking genomen moeten worden.

Ook de verplichting om te zorgen voor een discriminatievrij werkklimaat en klachten over intimidatie en discriminatie serieus te onderzoeken en te sanctioneren komt onder andere in de Arbwet en in oordelen van de CGB terug.

De verplichtingen tot effectieve rechtsbescherming van slachtoffers zijn in het bijzonder van belang voor de handhaving van het victimisatieverbod (zie o.a. artikel 8a Awgb). Uit het recente in opdracht van de CGB verrichte onderzoek blijkt dat in de praktijk nog steeds sprake is van benadeling van werknemers die de moed hebben hun ongelijke behandeling aan te kaarten.<sup>38</sup> De aanbevelingen die in dit onderzoek worden gedaan, ook aan de CGB, moeten om die reden eerder als verplichtingen gezien worden.

Het is essentieel dat onderkend wordt dat dergelijke verplichtingen om aandacht te besteden aan relevante verschillen en de gevolgen van discriminatie geen uitzondering vormen op de algemene gelijkheidsnorm, maar daarvan een uitwerking zijn.

35 Zie ook I. Boerefijn, *De Blinddoek Opzij*, (oratie Maastricht), 2006.

36 25 mei 2009, E/C.12/GC/20.

37 Artikel 8 van Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (*PbEG* 2000, L 180) en artikel 10 van Richtlijn 2000/78/EG, van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*PbEG* 2001, L 303).

38 M. van Genugten en J. Svensson, *Dubbel de Dupe? Een studie naar de benadeling van werknemers die ongelijke behandeling aan de orde stellen*, Enschede: Universiteit Twente 2010.

Positieve verplichtingen zijn dus iets fundamenteel anders dan positieve discriminatie. Positieve discriminatie betekent dat in incidentele gevallen voorkeursbehandeling is toegestaan op ongelijkheden op te heffen. Bij positieve discriminatie mag bij wijze van uitzondering op het discriminatieverbod tijdelijk extra aandacht mag worden besteed aan een in een concreet geval achtergestelde groep. Positieve verplichtingen gebieden als regel een structurele differentiatie waar die nodig is om onderscheid te onderkennen en discriminatie te bestrijden en te voorkomen.

### *Onderkenning meervoudige discriminatie*

Wat betekent het in het specifieke geval dat de CGB positieve verplichtingen moet meenemen in de overwegingen? Loenen heeft gewezen op mogelijke consequenties bij het onderkennen en beoordelen van meervoudige discriminatie, zoals bij uitstek het geval is in hoofddoezaken.<sup>39</sup> Het gaat daarbij immers niet alleen om ongelijke behandeling op grond van godsdienst maar ook om een onderscheid op grond van godsdienst dat alleen vrouwen treft (of voornamelijk mannen bij andere religies: denk aan een keppeltje of tulband). Dit klemt des te meer in zaken die betrekking hebben op onderwijs en arbeid, terreinen die bij uitstek van belang zijn voor maatschappelijke participatie.

### *Versterking maatschappelijke participatie*

In haar in noot 15 genoemde beschouwing over positieve verplichtingen maakt Fredman duidelijk dat de positieve verplichtingen juist gericht zijn op het versterken van de maatschappelijke participatie van leden van kwetsbare groepen. Het belang van participatie is een steeds belangrijker element in het gelijkheidsdebat geworden. Discriminatie leidt immers tot uitsluiting en zet mensen aan de zijlijn. Die uitsluiting is mede te wijten aan de belemmeringen die besloten liggen in stereotype en dominante patronen in de samenleving. Mensenrechten verplichten er juist toe om die zichtbaar te maken en te bestrijden en zijn er op gericht om iedereen als volwaardige burger deel te laten nemen aan de maatschappij. Het door Nederland nog steeds niet geratificeerde VN Gehandicaptenverdrag<sup>40</sup> benadrukt de participatie op verschillende plaatsen in de Preambule en in de bepalingen over de doelstelling (artikel 1) en algemene beginselen (artikel 3). In de preambule wordt onder (e) bovendien expliciet erkend dat sociale en fysieke belemmeringen mede de participatie van mensen met een handicap beperken.

### *Een toetsingskader gericht op wegneming van belemmeringen*

Dit kan uiteraard evenzeer gesteld worden voor andere verdachte kenmerken. Het is daarom van belang dat instellingen als de CGB zich rekenschap geven van de wijze waarop de positieve mensenrechtelijke verplichtingen door internationale toezichthouders worden geconcipieerd, omdat niet alleen de algemene verplichtingen van belang zijn bij de toepassing van het gelijkheidsbeginsel, maar dat beginsel daarnaast dwingt tot een specifiek toetsingskader dat gericht is op het wegnemen van belem-

39 Zie: T. Loenen, 'The Headscarf Debate: Approaching the Intersection of Sex, Religion, and Race under the ECHR and EC Equality Law', in: D. Schiek, V. Chege, *European Union Non-Discrimination Law, Comparative Aspects on Multidimensional Equality Law*, London: Routledge-Cavendish 2008, p. 313-328.

40 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, (Doc. A/61/611) door de Algemene Raad van de Verenigde Naties aangenomen te New York op 13 december 2006 en geopend voor ondertekening per 30 maart 2007. Het verdrag is in de Nederlandse context besproken in de editorial en in het commentaar over de grond handicap en chronische ziekte van Zoontjens in deze bundel.

meringen voor maatschappelijke participatie, en het effectief bestrijden van dergelijke belemmeringen. Als we kijken naar enkele recente oordelen, valt bijvoorbeeld op dat in oordeel 2009-113 wel wordt verwezen naar de Europese jurisprudentie die soms zou kunnen betekenen dat aan Roma gelet op hun specifieke situatie en het bestaande analfabetisme méér ruimte geboden zou moeten worden, bijvoorbeeld een langere termijn, voor het aanleveren van gegevens, maar de motivering (3.16) waarom dat in casu niet doorslaggevend is geacht lijkt mij nogal summier. Het feit dat zij later, met hulp van een advocaat de gegevens wel konden produceren doet immers aan de eerder bestaande situatie niet af.

Ook oordeel 2008-30 over de vraag of een onderwijsinstelling zich voldoende heeft ingespannen om een gehandicapte student de noodzakelijke aanpassingen te geven gaat uit van een betrekkelijk passieve rol van de betreffende school, en niet van een verplichting om actief de participatie in het onderwijs te bevorderen. Binnen het kader van de Wgbh/cz is dit wellicht te verdedigen maar aansluiting bij het mensenrecht op onderwijs had wellicht een striktere toets moeten opleveren. In elk geval zou in de motivering tot uitdrukking kunnen komen welke verplichtingen hier aan de orde zijn.

Met de mogelijke aansluiting van de CGB bij het Nationaal mensenrechteninstituut<sup>41</sup> lijkt een dergelijke aanpak noodzakelijk om te zorgen dat de verschillende taken in onderlinge overeenstemming worden uitgeoefend. Verantwoordelijkheid voor de implementatie van mensenrechten zoals het gelijkheidsbeginsel verplicht ook de CGB.

---

41 zie: <[www.internetconsultatie.nl/collegevoormensenrechtenengelijkebehandeling](http://www.internetconsultatie.nl/collegevoormensenrechtenengelijkebehandeling)>.



# **A bird's eye view of equal treatment bodies across Europe in the light of EU legislation In what circumstances can they act and with what measures?**

*Mr. K. Śmiszek*

## *Abstract*

Hoe vergelijkbaar is ons gelijkebehandelingsorgaan – de Commissie gelijke behandeling – met soortgelijke organen in andere Europese landen? Op grond van Europese richtlijnen zijn lidstaten verplicht om een nationaal gelijkebehandelingsinstituut op te richten/in te stellen. De EU laat het aan de lidstaten over hoe zo'n orgaan er moet uitzien. Bovendien eist de EU-wetgeving alleen een gelijkebehandelingsinstituut voor de gronden ras en geslacht. In de praktijk bestrijkt de geboden bescherming in veel landen een breder terrein en meer gronden dan op grond van de EU-wetgeving is voorgeschreven. In de EU bestaat er daarom een grote variatie op dit gebied. Sommige landen, zoals tot voor kort bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk, kennen voor iedere grond een apart instituut, terwijl andere, waaronder Nederland, één instituut kennen voor alle beschermde gronden. Het gelijkebehandelingsorgaan kan zijn taken en bevoegdheden uitoefenen in de hoedanigheid van één persoon, zoals de ombudspersonen in de Scandinavische landen, of in de vorm van een college. De bevoegdheden om verboden onderscheid te bestrijden kunnen aan één orgaan worden toevertrouwd, of over meerdere instanties worden verspreid. Nederland kent een dergelijke spreiding, waar de ene instantie (anti-discriminatiebureaus) slachtoffers helpt om hun klachten te brengen en het andere (de Commissie gelijke behandeling) de klachten onderzoekt en beoordeelt. Er zijn in Europa grote verschillen met betrekking tot de bevoegdheid om slachtoffers in rechte te vertegenwoordigen, de mogelijkheid om onderzoek te verrichten en de rol van het gelijkebehandelingsorgaan bij de voorbereiding van of advisering over wetgeving. In deze themabijdrage wordt het gelijkebehandelingslandschap van Europa in kaart gebracht. De schrijver van deze bijdrage, werkt voor Equinet, het samenwerkingsverband van Europese gelijkebehandelingsinstituten waar ook de Nederlandse CGB bij is aangesloten. Hij benadrukt het belang van een goede samenwerking tussen de instituten onderling en met NGO's.

## **1 INTRODUCTION**

National equal treatment bodies, which I will refer to as equality bodies, have been established by almost all Member States of the European Union. Most of them were created on the basis of the equality *acquis communautaire* which obliged Member States so to do, but there are also many examples in Europe where national equality institutions were operating years before EU equality legislation came into force. National equality bodies promote equality of opportunities and counteract discrimination. These bodies ensure that individual citizens are protected against discrimination on

the grounds of, *inter alia*, age, gender, ethnicity, religion, disability, and sexual orientation in fields of life varying from employment, education, goods, facilities and services to housing and social security.

The aim of this article is to outline the legal framework regulating equality bodies' performance, their main powers and jurisdiction as well as the scope of their legal interventions. Due to the nature of the directive, a legislative act emanating from the European Union legislator requiring Member States to achieve a particular result without laying down the means of achieving that result, there is no legally binding model of a national equality body which has to be implemented at the national level. When shaping their national equality institutions based on their legal framework, culture and tradition, Member States are free. This scheme results in great diversity among equality bodies regarding the grounds of discrimination they cover, their structure and organization and their interventional powers.

What has to be also underlined is that EU equality laws require national equality bodies to carry out their functions entirely independently. Unfortunately, there is no clarification in EU documents as to what this independence means in practice. Once again, Member States are obliged to implement these general requirements adjusted to, and interpreted in the light of, their local contexts as well as their legal and political framework. As a result, in practice, the independence of specialised equality bodies varies greatly.

What makes the national equality bodies very specific and unique is their role in European societies. This particular position of equality bodies stems from the fact that the role which these institutions are given by national legislation or which they themselves assume determines their and the EU member states' ability to enforce the EU directives on equal treatment. That fact distinguishes them from non-governmental organizations and governmental agencies. The broad and complex mission of equality bodies poses the question how to address the problem of discrimination and how to promote equal rights and opportunities in a way that is effective. Most equality bodies, whilst being independent of non-governmental organisations and national governments, maintain close collaboration with these institutions since an equal opportunity society cannot be achieved if any relevant stakeholder in the field of equality is denied participation. According to Niessen and Cormack, specialised anti-discrimination institutions '(...) are extremely important for the implementation of anti-discrimination legislation on all grounds, given the role that they can play in supporting victims of discrimination, giving guidance to governments and other public and private bodies on how to work towards equality, providing other stakeholders and the public with information on anti-discrimination rights, and conducting specialized surveys and research into discrimination and ways of eradicating it.'<sup>1</sup>

Most Member States have set about implementing their obligations enshrined in EU legislation concerning equality bodies in one of two different ways: either they have designated some existing institution or they have set up a new institution to carry out the competencies mentioned by community equality laws. Because of the speed at which changes at national level are occurring, following these developments is no easy matter. The situation is very dynamic in the European Union since Member States are constantly exerting themselves to meet the obligation which comes not

---

1 J. Niessen & J. Cormack 'National specialised equality bodies in the wake of the EC antidiscrimination Directives', in: Cormack, Janet (Eds.), *Considerations for establishing single equality bodies and integrated equality legislation* Brussels, 2004, p. 21. The report is a product of the project: *Towards the uniform and dynamic implementation of EU anti-discrimination legislation: the role of specialised bodies* and can be found at [http://www.migpolgroup.com/public/docs/60.ConsiderationsforEstablishingSingleEqualityBodiesandIntegratedEqualityLegislation\\_7thExpertMeeting\\_EN\\_17-18.06.04.pdf](http://www.migpolgroup.com/public/docs/60.ConsiderationsforEstablishingSingleEqualityBodiesandIntegratedEqualityLegislation_7thExpertMeeting_EN_17-18.06.04.pdf).



only from EU level but also from other international organisations. Like mushrooms springing from the ground, new bodies are being set up in Europe and some of them are being granted new powers and grounds of discrimination to cover.

The fundamental reason for all this effort should never be lost sight of. That reason is embodied in Moon's assertion<sup>2</sup> that equality bodies are needed to promote the equal treatment of all persons without discrimination on one or more grounds. Their common objective is to achieve cultural change within society by promoting equality values and by implementing those values throughout civil society.

## 2 EU AND INTERNATIONAL STANDARDS REQUIRING CREATION OF NATIONAL EQUALITY BODIES

The obligation to establish national equality bodies at Member State level is laid down in a number of EU directives on equal opportunities and prohibition of discrimination. One point should be made clear at the outset. According to the current EU legislative standards, there is a discrepancy, regarding the protection which equality bodies are required to ensure, between the respective grounds of discrimination. The requirement to create a national equality institution or institutions concern only two of the six grounds of unequal treatment mentioned in Article 13 of The Treaty of Amsterdam (currently Article 19 of the Lisbon Treaty<sup>3</sup>). The only two grounds which are required to be given institutional protection and support are gender and race or ethnic origin. This means that other grounds (sexual orientation, religion or belief, disability and age) enjoy less protection in this respect. Furthermore, there are also differences within the EU equality legislative framework regarding the fields of everyday life in which equality bodies are empowered to intervene. The ground of race and/or ethnic origin is protected in areas of life such as employment (*sensu largo*) and vocational training, education, goods, facilities and services, social protection, health care, social advantages and housing. According to EU legislation the victim of gender discrimination is entitled to seek protection of the equality body in the areas of employment, goods, services and facilities (except for education, advertising and media) and social protection (social security).

A number of equality directives require equality bodies to be established. According to Article 13 of Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin:<sup>4</sup>

1. Member States shall designate a body or bodies for the promotion of equal treatment of all persons without discrimination on the grounds of racial or ethnic origin. These bodies may form part of agencies charged at national level with the defence of human rights or the safeguard of individuals' rights.
2. Member States shall ensure that the competences of these bodies include:
  - without prejudice to the right of victims and of associations, organisations or other legal entities referred to in Article 7(2), providing independent

2 G. Moon, 'Enforcement Bodies', in: D. Schiek, L. Waddington & M. Bell (ed.) *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2007, p. 871-954, p. 871.

3 Article 19 (1) 'Without prejudice to the other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.'

4 Official Journal of the European Communities L 180 19.07.2000.

assistance to victims of discrimination in pursuing their complaints about discrimination;

- conducting independent surveys concerning discrimination;
- publishing independent reports and making recommendations on any issue relating to such discrimination.

The need to create such body or bodies is also highlighted in the Preamble to the above-mentioned directive. Recital 24 stipulates that:

‘protection against discrimination based on racial or ethnic origin would itself be strengthened by the existence of a body or bodies in each Member State, with competence to analyse the problems involved, to study possible solutions and to provide concrete assistance for the victims.’

Accordingly, Article 20 of the Council Directive 2006/54/EC of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation<sup>5</sup> (recast) lays down the following obligation:

1. Member States shall designate and make the necessary arrangements for a body or bodies for the promotion, analysis, monitoring and support of equal treatment of all persons without discrimination on grounds of sex. These bodies may form part of agencies with responsibility at national level for the defence of human rights or the safeguard of individuals’ rights.

2. Member States shall ensure that the competences of these bodies include: (a) without prejudice to the right of victims and of associations, organisations or other legal entities referred to in Article 17(2), providing independent assistance to victims of discrimination in pursuing their complaints about discrimination;

(b) conducting independent surveys concerning discrimination;

(c) publishing independent reports and making recommendations on any issue relating to such discrimination;

(d) at the appropriate level exchanging available information with corresponding European bodies such as any future European Institute for Gender Equality.<sup>6</sup>

The requirement of setting up national equality institution or institutions is also stipulated in Article 12 of Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women regarding access to and supply of goods and services.<sup>7</sup> The Directive obliges Member States to create a body or bodies charged with the tasks of: providing independent assistance to victims of discrimination in pursuit of their complaints about discrimination; of conducting independent surveys on discrimination and publishing independent reports. As is the case with other Directives, the Preamble stresses the importance of the body or bodies in each Member State, which should be seised of competence to

---

5 Official Journal of the European Communities L 204 26.7.2006.

6 This is an additional competence unique only for this Directive. There is still ambiguity as to what this means in practice and whether gender employment equality bodies are required to be able to exchange information only with European-wide gender equality bodies or whether it extends to exchanges with national gender equality bodies, see the comments of G. Moon, loc. cit. n. 2, p. 871.

7 Official Journal of the European Communities L 373 21.12.2004.

analyse the problems involved, empowered to study possible solutions and to provide concrete assistance for the victims of sex discrimination.

It should be noted that the wording of the EU equality Directives requiring equality institutions to be set up has been criticized as being imprecise and far too general.<sup>8</sup> Such a general legal framework leaves a lot of room for interpretation for national authorities and might be used to grant competencies to equality bodies which do not fulfill standards of effective enforcement.

Not only EU laws regulate the obligation of establishing an equality body at the national level. There are also important international recommendations regarding the need for specialised bodies to combat discrimination and promote equal treatment and specifying the functions and powers with which these equality bodies should be equipped in order to work effectively. The Member States have all ratified the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereafter: ECHR). When anti-discrimination provisions are enforced, this must, therefore, be done in compliance with the ECHR including the case law of the European Court of Human Rights. Because equality bodies are part of the national enforcement mechanism, they must deal with complaints about discrimination in a way which complies with the ECHR. For example, when equality bodies investigate complaints about discrimination, they may have to take into consideration the principle against self-incrimination as laid down in Article 6 of the ECHR.<sup>9</sup>

The first important set of principles for human rights bodies – known as the Paris Principles – was laid down by the United Nations for Human Rights Commission in March 1992. The Principles were then adopted by General Assembly resolution 48/134 of 20 December 1993.<sup>10</sup> These Paris Principles are widely referred to as setting the standards for equality bodies even though these were originally made in order to provide a basic framework for human rights bodies. The Paris Principles highlight, inter alia, that human rights bodies should have the following responsibilities:

- to submit to the Government, Parliament and any other competent body, on an advisory basis either at the request of the authorities concerned or through the exercise of its power to hear a matter without higher referral, opinions, recommendations, proposals and reports on any matters concerning the promotion and protection of human rights;
- to promote and ensure the harmonization of national legislation, regulations and practices with the international human rights instruments to which the State is a party, and their effective implementation;
- to assist in the formulation of programmes for the teaching of, and research into, human rights and to take part in their implementation in schools, universities and professional circles;
- to publicize human rights and efforts to combat all forms of discrimination, in particular racial discrimination, by increasing public awareness, especially through information and education and by making use of all press organs.

<sup>8</sup> Prominent critics are: G. Moon, *loc. cit.*, n. 2, and K. Yesilkagit in: *‘Between Impartiality and Responsiveness. Equality Bodies and Practices of Independence. Report’*, EQUINET, Brussels, 2008.

<sup>9</sup> B. D. Jacobsen, ‘The Equality Bodies of the EU Member States – a Scandinavian Perspective. Legal issues arising in regard to the provision of assistance to victims of discrimination and the hearing and investigation of complaints’, not yet published.

<sup>10</sup> UN Commission on Human Rights Resolution 1992/54; See for Paris Principles <http://www2.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm>.

Recommendation No. 17 of the UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD)<sup>11</sup> expressly applies the Paris Principles to its recommendations for race equality bodies. The Committee emphasises the specific importance of these principles in the context of race discrimination, recommending that national bodies should promote respect for human rights without discrimination and should keep government policy in relation to protection against racial discrimination under review.<sup>12</sup>

Another example of this network of law regulating equality bodies is the UN Model National Legislation for the Guidance of Governments in the Enactment of Further Legislation against Racial Discrimination. The European Commission's proposal on the establishment of national equality bodies is based upon that provision.<sup>13</sup>

In the European context, General Recommendation No 2,<sup>14</sup> issued by the Council of Europe's European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), plays a key role in regulating the functioning and status of national equality institutions. The recommendation sets out clear principles which could be applicable to equality bodies possessing jurisdiction to receive complaints on any or all prohibited grounds. ECRI recommends, in that General Recommendation, that governments consider setting up an independent specialised body to combat racism, xenophobia, anti-Semitism and intolerance at national level. ECRI is convinced that such specialised bodies "(...) at national level can make a concrete contribution in a variety of ways to strengthening the effectiveness of a range of measures taken in this field and to providing advice and information to national authorities". This recommendation makes clear that the equality body itself must be independent, not just its functions. These international recommendations are not binding upon the Member States of the European Union. However, as States Parties of the relevant conventions of the United Nations and the Council of Europe they are obliged to follow these recommendations in good faith. The international recommendations are used by both legislators and legal scholars as norms for the equality bodies.<sup>15</sup>

### 3 REVIEW OF THE NATIONAL EQUALITY BODIES AND DIVERSITY AMONG THEM

All EU equality legislation mentioned above establishes merely minimum standards for Member States regarding the creation of a body or bodies responsible for combating discrimination on the grounds of gender and race or ethnic origin. It was (and still is) an exclusive competence of national authorities to decide upon the organisational structure, powers, grounds of discrimination and fields of life in which equality bodies possess jurisdiction to receive complaints and to intervene.

---

11 General Recommendation No. 17: Establishment of National Institutions to Facilitate Implementation of the Convention, 25 March 1993 (General Comments), 42<sup>nd</sup> Session, 1993.

12 G. Moon, loc. cit. n. 2, p. 886.

13 COM(2001) 291, Final Communication from the European Commission, contribution to the world conference against racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance held at Durban, South Africa, 31st August – 7th September 2001.

14 Council of Europe (1997). ECRI general policy recommendation Nr 2. *Specialised bodies to combat racism, xenophobia, anti-semitism and intolerance at the national level*, European Commission against Racism and Intolerance. Strasbourg.

15 B. D. Jacobsen, 'The Equality Bodies of the EU Member States - a Scandinavian Perspective. Legal issues arising in regard to the provision of assistance to victims of discrimination and the hearing and investigation of complaints', not yet published.

### *Grounds of discrimination covered by equality bodies in Europe*

All Member States with the exception of Poland<sup>16</sup> have designated a specialised equality body or bodies, as required by EU equality laws. However, when the equality directives came into force, a number of EU countries already had national institutions responsible for tackling discrimination, at least in relation to gender and racial or ethnicity grounds. This was the case for, *inter alia*, Austria, Belgium, Finland, Sweden and the United Kingdom.

A vast majority of EU Member States has gone beyond the minimum standards set by the EU equality legislative framework and created institutions competent to counteract discrimination on other prohibited grounds specified in article 19 of the Lisbon Treaty grounds (sexual orientation, age, disability and religion or belief). There are also EU countries that have established equality bodies which possess jurisdiction regarding discrimination grounds other than those regulated by EU legislation.

For instance, the Belgian Center For Equal Opportunities And Opposition To Racism is competent to deal with the following grounds of discrimination: race, skin colour, descent, national or ethnic origin, nationality, sexual orientation, marital status, birth, fortune, age, religious or philosophical conviction, current or future state of health, a disability, a physical or genetic characteristic, social origin, political conviction. The Bulgarian Commission for Protection against Discrimination has a mandate to combat unequal treatment on the grounds of: sex, race, nationality, ethnic origin, human genome, citizenship, origin, religion or belief, education, personal convictions political affiliation, personal or public status, disability, age, sexual orientation, family status, property status or any other characteristics established by a law or by an international agreement to which the Republic of Bulgaria is party. Hungarian legislation is an interesting example since the national equality body is competent to deal with cases relating to discrimination on the grounds of sex, racial origin, colour, nationality, national or ethnic origin, mother tongue, disability, state of health, religious or ideological conviction, political or other opinion, family status, motherhood (pregnancy) or fatherhood, sexual orientation, sexual identity, age, social origin, financial status, the part-time nature or definite term of the employment relationship or other relationship related to employment, the membership of an organization representing employee's interests, other status, attribute or characteristic.

Such a legal framework with an open ended-list of grounds of discrimination seems to be over-inclusive. Moreover this broad and open-ended list of grounds creates controversy among legal experts in Hungary since the ground of 'other status, attribute or characteristic' is the most utilized category of protected features. The majority of complaints lodged to the Hungarian Equal Treatment Authority concerns this particular status. This state of affairs is clearly contrary to the purpose of the law and the number of petitions is consistently growing. Statistics show, moreover, that those who invoke jurisdiction of this authority are not those who are the most vulnerable in society.<sup>17</sup>

Recent developments in European Union countries in relation to the grounds of discrimination covered by national equality bodies indicate a specific trend towards merging institutions which are competent to deal with only one ground of discrimination (single ground institutions) thereby creating single bodies holding mandates to combat discrimination on the whole range of grounds. The UK is an example, with the launching of The Equality and Human Rights Commission in October 2007,

<sup>16</sup> Information is accurate as of 28th February 2010.

<sup>17</sup> A. Keri, in: *Strategic Enforcement. The strategic role of equality bodies*, EQUINET, Brussels, 2009, p. 30.

which took over the role and functions of the Commission for Racial Equality (CRE), the Disability Rights Commission (DRC) and the Equal Opportunities Commission (EOC) and assumed new responsibilities regarding sexual orientation, age, religion and belief, and human rights. Similarly, the Swedish Equality Ombudsman was formed on 1st January 2009 when the four previous anti-discrimination ombudsmen were merged into a new body. The previous authorities were the Equal Opportunities Ombudsman (JämO), the Ombudsman against Ethnic Discrimination (DO), the Disability Ombudsman (HO) and the Ombudsman against Discrimination on grounds of Sexual Orientation (HomO). In Lithuania, for instance, the Equal Opportunities Ombudsman, formerly responsible for gender equality only, now deals with all Article 19 of the Lisbon Treaty grounds.

The above-mentioned trend has generated some controversies, especially in the feminist academia. There is both a feminist concern on how to hold onto the improvements already achieved – such as gender mainstreaming and equality machineries –, and a general discussion on the main advantages and challenges posed by these single bodies. Regarding the former, scholars and activists have reflected on the extent to which this integrated and anti-discriminatory approach could undermine the feminist transformative and structural perspective. From that perspective the issue is whether or not the advantages of having a single body – such as a body with more influence, the facility to adapt to the complexity of individual cases and greater coherence – can counteract the evident challenges, such as more complexity, the presence of contradictory objectives within one body and a conflict for decreasing resources.<sup>18</sup> Supporters of single equality bodies point out the possibility of a more effective deployment of limited resources. The advantage of shared resources applies not only to the effective utilisation of limited financial resources, but also to the sharing of knowledge. Second, because the different grounds listed in the Racial Equality Directive and the Employment Equality Directive are to some extent inter-linked, the bodies dealing with cases of discrimination on a range of grounds may more easily address all aspects of a given case. Third, equality bodies covering all grounds of discrimination facilitate access to justice in the sense that a victim of discrimination can have all aspects of his or her complaint heard without having to file several complaints with different organisations. Fourth, the possibility of uncovering structural and institutional discrimination that spans across several grounds, such as ethnic origin and gender, strengthens the horizontal and global approach substantially and makes it possible to deal with the complaints using various specific tools. A fifth aspect of having harmonised and unified access to the assistance of or decisions by quasi-judicial bodies is the ‘signaling’ or ‘warning’ effect of such approach.<sup>19</sup>

Notwithstanding the above-mentioned trend, many EU Member States maintain separate institutional protection for respective grounds of discrimination. In Belgium there are two equality bodies, one deals with gender issues (the Institute for Equality Between Men and Women) and the second with other grounds of discrimination (the Center for Equal Opportunities and Opposition to Racism). In Finland, there are separate Ombudsman offices for ethnic minorities and for equality between women and men.

Unfortunately, due to the limitations of national equality legislation, only a few equality bodies are competent to adjudicate multiple discrimination complaints. One of the rare examples in the EU is Romania, where the anti-discrimination law was

---

18 A. Alonso, ‘Institutionalising intersectionality in Portugal: towards a multiple approach?’ Paper presented to the European Consortium for Political Research (ECPR) Joint Sessions, Lisbon, 14th – 19th April 2009.

19 *Strategic Enforcement. Powers and Competences of Equality Bodies*. EQUINET, Brussels, 2006.

amended to provide that where a person is subjected to discrimination on more than one ground it will be treated as an aggravated situation and the equality body will be competent to proceed with the case taking a comprehensive approach.<sup>20</sup>

#### 4 STRUCTURAL DIVERSITY AMONG EQUALITY BODIES

It has to be underlined at the outset that, as there is a wide range of types of bodies across the EU with greatly varying structures it is a mission impossible to group equality bodies in clear cut clusters. In this context structure refers to the organizational, legal and administrative aspect of the functioning of these institutions. As mentioned above, the EU equality laws outline only a general legal framework within which equality bodies have to operate. It lies within the exclusive discretion of the Member States to decide upon the shape and the structure of national equality institutions. As a result the structure of equality bodies in Europe reflects the differing legal, political and historical culture of respective countries. Those national and legal contexts have also a specific impact on the level of independence enjoyed by equality bodies in the respective EU Member States.

In general, taking into account their governance and administrative structures, it is possible to divide national equality bodies into two clusters. There are those headed by a single person and those headed by a collegiate board.<sup>21</sup> The single-headed bodies are most frequent, especially in Scandinavian countries. Their occurrence is determined by historical context.<sup>22</sup> Separate offices of ombudsmen responsible for equality issues were set up, *inter alia*, in Sweden (Equality Ombudsman), Finland (Office of the Ombudsman for Minorities, Ombudsman for Equality between Women and Men), Norway (Equality and Anti-Discrimination Ombudsman), Lithuania (Equal Opportunities Ombudsman) and Austria (Ombudsman for Equal Treatment). In some countries, equality issues were assigned to one or several single-headed bodies already existing, which continue to carry out other tasks than those relating to anti-discrimination. This is the example of Greece (Office of the Ombudsman), Czech Republic (Office of the Public Defender of Rights), Croatia (Office of the Ombudsman), Cyprus (Office of the Commissioner for Administration) and Latvia (Office of the Ombudsman). In a few cases the mandate of equality body is entrusted to national human rights institutions. This is the example of The Danish Institute for Human Rights (DIHR), The Slovak National Centre for Human Rights and the UK Equality and Human Rights Commission. This is probably also a future perspective for the Netherlands<sup>23</sup> and Poland.<sup>24</sup>

Collegiate-headed bodies are present, for instance, in Belgium (Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism), the United Kingdom (The Equality and Human Rights Commission), The Netherlands (Equal Treatment Commission), France (High Authority against Discrimination and for Equality), Bulgaria (Commis-

20 More about difficulties in handling multi-ground complaints in *Tackling Multiple Discrimination: Practices, policies and laws*, European Commission, Luxembourg, 2007.

21 Division proposed by K. Yesilkagit, in: *Between Impartiality and Responsiveness. Equality Bodies and Practices of Independence* EQUINET, Brussels, 2008

22 The introduction of the Ombudsman institution in Europe dates back 200 years ago when Sweden appointed the first parliamentary ombudsman.

23 Transformation of the Dutch Equal Treatment Commission into a full national human rights institute is expected to take place in 2011 as provided in recent Dutch draft legislation. The draft bill on the Commission for Human Rights and Equal Treatment was posted on the website [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl) on 11th December 2009 for a consultation round. The consultation-period ended on 11th January 2010.

24 According to a recent bill on equal treatment law the Commissioner for Civil Rights Protection, a national human rights institution, will be granted the mandate of the Polish equality body.

sion for Protection against Discrimination) and Romania (National Council for Combating Discrimination). There are significant differences between collegiate-headed bodies regarding the way in which commissioners or board members are appointed. The French High Authority board consists of political appointees. The Irish Equality Authority consists of board members appointed by the Minister of Justice, Equality and Law Reform. The Belgian Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism is governed by a Board of Governors, which has several members. The Board is composed of a Government Commissioner, twenty-one full members and twenty-one deputy members. Candidates are nominated for membership from the ranks of federal government and the district and regional governments. Another approach to the structure of equality bodies and their primary functions is to split the powers between several different agencies. An example of this approach is provided by the Netherlands, where the Equal Treatment Commission is competent to adjudicate cases as a quasi-judicial body but has no mandate to provide assistance to victims of discrimination. In Ireland the Equality Authority carries out mainly promotional activities, provides legal assistance to victims of discrimination and undertakes or sponsors research whilst the Equality Tribunal is the independent body entrusted by law with the task of investigation or mediation of complaints of discrimination.

## 5 EQUALITY BODIES' POWERS

There are three minimum powers which, according to EU legislation, equality bodies must be granted by national equality legislation:

- providing independent assistance to victims of discrimination;
- conducting independent surveys on studies concerning discrimination;
- publishing independent reports and recommendations regarding discrimination.

Independence forms an important prerequisite for the effectiveness of the functions granted to specialised equality bodies. In the official documents it is stated that specialised equality bodies should fulfill their tasks in an 'independent manner', but the question whether this implies merely that these bodies should function independently or whether they should furthermore enjoy an independent status is left unanswered.<sup>25</sup> Some academics maintain that, according to EU equality laws, the equality body only has to have the capacity to perform each of the named functions independently.<sup>26</sup> It appears that, when assessing the independence with which equality bodies are to exercise their competencies, the body is to be judged by its results and not only by looking at the structure.

### *Assistance to victims*

As far as independent assistance for victims is concerned, it is far from clear what is actually meant and what conditions are required in order to comply with the EU equality directives. For this reason assistance to victims of discrimination is provided by the respective equality bodies in various ways. Almost all equality bodies provide information and legal advice to alleged victims of discrimination. They help them

---

25 K. Yesilkagit, *loc. cit.* n. 21, p. 13.

26 G. Moon, *loc. cit.* n. 2, p. 888.



identify the best means to solve their case. In several countries, e.g. Belgium, Italy or the Netherlands, a national helpline has been established to offer individuals information and guidance.

Some equality bodies have power to represent their clients before national courts or equality tribunals. The power of the equality body to refer cases to courts or to the special quasi-judicial equality commissions often plays a crucial role in ensuring effective protection, as victims are easily discouraged from acting on their own motion, given the costs, length and uncertainty of judicial procedure and the difficulty of proving discrimination.

One example<sup>27</sup> is provided by the Austrian Ombudsman for Equal Treatment, who is competent to represent individuals in administrative procedures as provided in the Austrian Equal Treatment Act in cases concerning discriminatory job advertisements. The Austrian equality body also has power to represent individuals at the Equal Treatment Commission. However that body is not legally empowered to bring individual claims before Austrian courts. The only situation in which the Austrian equality body is empowered to appear before national courts is when the body does not agree with the decision of the Equal Treatment Commission or the perpetrator does not comply with the order of the Equal Treatment Commission. The Danish equality body (Danish Institute for Human Rights, DIHR) is competent to provide legal representation but only if the complainant requests the body to do so. Furthermore the complainant must be considered to be in need of assistance in the sense that she or he cannot represent her/himself and she/he must be considered to have a claim which has a reasonable chance of success, or the case should raise a question of principle. Notably, DIHR assists individuals in their applications for legal aid for court proceedings, if the DIHR concludes that the case has not been sufficiently examined by the Equal Treatment Board. This may either be the case where: i) the case is rejected by the Board because it lacks ability to hear the parties or any witnesses under oath whereas DIHR is of the opinion that the individual has a case with a reasonable chance of success, or where ii) the Equal Treatment Board has held that discrimination has not taken place, but where the DIHR is of the opinion that the case raises a matter of principle. According to Hungarian equal treatment legislation the Hungarian Equal Authority may represent clients in court proceedings if the victim authorises that Authority so to do.

The Dutch Equal Treatment Commission (ETC) is not competent to provide representation of individuals. In the Netherlands, representation of individuals is provided by local anti-discrimination bureaus. Every community has to provide an anti-discrimination bureau for its citizens, but smaller communities may work together. There are now several regionally operating anti-discrimination bureaus. These bureaus may bring claims to the ETC or to a court. They may try to settle a case or offer mediation as well.

Some national equality bodies offer legal representation only in particular cases and litigate them strategically. In Ireland, the Equality Authority decides to represent claims before the courts when specific and strategic criteria are met. The strategic criteria are, *inter alia*: the matter raises an important matter of principle; the matter raises issues that refer to grounds where no or no significant case law has been developed; the proceedings are likely to be successful; the proceedings will or are likely to have a beneficial impact on practice by employers or service providers; the procee-

---

27 Examples of equality bodies' powers in relation to assistance to victims of discrimination are based on the unpublished answers to the EQUINET survey 'Influencing the Interpretation of the Law through Litigation. The Powers and Practices of Equality Bodies' carried out in 2010, not yet published.

dings will or are likely to have a beneficial impact on the standing or perception of the Authority in the pursuance of its functions; the geographic spread of the claim and the matter falls within the themes of the strategic plan of the Irish Equality Authority at that time. The Finnish Ombudsman for Equality (gender equality body) may assist a person in court proceedings if the matter is of considerable importance with regard to the application of the Equality Act. The Ombudsman may provide assistance in court proceedings which seek indemnification or compensation. However the Ombudsman is not entitled to give assistance in all forms of proceedings concerning gender discrimination. For example, the Ombudsman may not provide this type of assistance for proceedings in administrative courts.

Strategic litigation requires prioritizing the cases to be assisted. Prioritization ensures that the equality body's resources are used mainly on complaints which can be expected to have a wide impact.<sup>28</sup>

Some equality bodies have the power to initiate proceedings in their own name and without consent of the victim of unequal treatment. This is especially important in so-called 'victimless' situations where no identified victim wishes to institute proceedings and also where the alleged discrimination affects a whole class of persons. According to Hungarian equal treatment laws, the Authority may bring a lawsuit regarding private or labour law if the violation of the principle of equal treatment or a direct threat of the violation was based on an essential characteristic of the individual, and the violation of law or a direct threat of the violation affects a larger group of persons which cannot be precisely determined. The French equality body (HALDE) has a very limited power in such situation. In only one very specific situation HALDE can bring discrimination proceedings – namely, to set public action in motion by a direct summons, should a proposed settlement be rejected or remain unexecuted – but even in this case the HALDE does not represent individuals.

The Dutch equality body has power to bring discrimination proceedings in its own name but the consent of the victim is required. The ETC may request a court to declare illegal behaviour which is in violation of the anti-discrimination legislation, to issue a prohibitive injunction and/or to order that a remedy is provided. It may do so if individuals or groups have no possibility to take action against certain forms of discrimination or if it is important to obtain legal clarity on the interpretation of the law. It is not necessary for the ETC to give a decision on the legality of the behaviour before requesting an injunction, but the idea is that a judicial decision affirming the non-binding decision of the ETC increases the status of the decisions of the ETC. According to Slovak anti-discrimination law, the Slovak Center for Human Rights is competent to bring discrimination proceedings in its own name and the consent of the victim is not required.

The Equality Commission for Northern Ireland does not have, in general, standing in the tribunal or courts to bring cases in its own name on behalf of named (or unnamed) complainants. It cannot bring class or representative actions. It has however, specific powers (as regards some equality grounds) to take proceedings in relation to discriminatory advertisements, instructions to discriminate, pressure to discriminate and persistent discrimination. The Commission can seek an injunction from the County Court in relation to these forms of discrimination. It can also apply for judicial review or intervene in judicial review proceedings. When participating in such judicial review proceedings, it can seek relief in the form of injunctions or other remedies.

---

28 B.D. Jacobsen & E.O. Rosenberg Khawaja, 'Legal Assistance to Individuals: Powers and Procedures of Effective and Strategic Individual Enforcement', *EQUINET report*, Brussels, 2006, p. 24.

Many equality bodies are also involved in mediation and use this tool in order to avoid litigation. One such body entitled to provide mediation is the Greek Ombudsman. The general mandate of the Ombudsman provides for an extrajudicial dispute resolution, and mediation is explicitly defined as the main power/mandate of the Institution. More specifically, the Ombudsman has as its mission to 'mediate between citizens and public services, local authorities, private and public organizations as defined in Greek legislation, with the view to protecting citizens' rights, combating maladministration and ensuring respect of legality'. In Sweden, the Equality Ombudsman has an obligation to try to reach a friendly settlement before bringing a case to court.<sup>29</sup>

Some national equality bodies are empowered to investigate complaints using an inquisitorial procedure which can result in the issue of legally or non-legally binding decisions. In general, these equality bodies investigate complaints in a manner similar to other administrative bodies which enforce civil legislation. Investigation powers include, *inter alia*, compelling the parties to produce documents, granting access to premises and/or giving statements under oath. In France and Lithuania, non-cooperation with the equality body's investigation is a criminal offence.<sup>30</sup> The British Equality and Human Rights Commission (EHRC) can conduct investigations where it suspects that unlawful acts have been committed and it can serve an unlawful act notice. It has powers to require the production of information, documents or oral evidence in inquiries, investigations or assessments. In general, those equality bodies equipped with the most extensive investigative powers are furthermore empowered to issue legally or non-legally binding decisions. Equality bodies empowered to issue legally or non-legally binding decisions are, primarily, so called quasi-judicial bodies. The Bulgarian Commission for Protection Against Discrimination (CPD) is an example of this construction. That Commission is competent to issue binding decisions which can be appealed before the Bulgarian Supreme Administrative Court. The Danish Board of Equal Treatment is also entitled to investigate complaints of discrimination and issue binding decisions. But unlike most other special complaints mechanisms, where the Danish Board finds that discrimination has occurred, it has the power to award compensation to the victim. It can also bring the case to court. Other equality bodies competent to issue legally binding decisions include the Cypriot Ombudsman, the Hungarian Equal Treatment Authority, the Lithuanian Ombudsperson for Equal Opportunities and the Romanian National Council on Combating Discrimination.

In Austria and the Netherlands decisions of the respective Equal Treatment Commissions, which may include recommendations, are not legally binding. In Greece, the decisions of the Ombudsman, which is competent to deal with complaints against public bodies, are, moreover, not legally binding upon administrative authorities. The Dutch Equal Treatment Commission has the power to give an opinion on request of a person who feels that a distinction is or has been made to his/her detriment. The Commission can also recommend changes in the organisation's policies and training for staff but has no legal means of enforcing such recommendations. Once the opinion is issued, the claimant can thereafter use other relevant legal paths such as administrative or civil procedures.

---

<sup>29</sup> 'Strategic Enforcement. Non-litigation tools of solving discrimination cases', EQUINET report, Brussels, 2008.  
<sup>30</sup> B.D. Jacobsen & E.O. Rosenberg Khawaja, *loc. cit.* n. 28, p. 24.

*Independent surveys, reports and recommendations on discrimination, monitoring, promotion of law reform and of legislation*

Most equality bodies are able to conduct surveys and research. The results of these actions are used not only to alert the public to issues arising in the discrimination field. They also form a basis for equality bodies' strategies and determination of their priorities in order to meet and tackle inequalities affecting rights of vulnerable groups. The equality bodies most active in the field of research and surveys include the UK Equality and Human Rights Commission<sup>31</sup>, the Irish Equality Authority<sup>32</sup>, the Belgian Center for Equal Opportunities and Opposition to Racism<sup>33</sup>, the Dutch Equal Treatment Commission<sup>34</sup> and the Belgian Institute for Equality between Women and Men.<sup>35</sup> A great example, of what such research can achieve is provided by the recently published unique and comprehensive report on discrimination of transgender people in Belgium.<sup>36</sup> Most equality bodies are now developing websites to provide the public with any easy means of accessing information.

Some equality bodies are empowered to make recommendations to their government to change legislation or they have at least the mandate to participate in the legislative process by providing comments on the draft laws. The Belgian, Bulgarian, Cypriot, Dutch, French, Hungarian, Irish, Slovak, Swedish or UK equality bodies are regularly requested by the government to comment on draft legislation relating to equal treatment. In Ireland, Northern Ireland and Romania, the equality body is specifically entrusted with keeping the legislation under review and making proposals for reforms as necessary to ensure and promote equal treatment.

Although the EU equality laws<sup>37</sup> do not require national equality bodies to possess specific competences regarding promotional activities, most of them do engage in promotion of recently enacted equality legislation and stimulate knowledge on equality rights. However, in some member states such promotional activity is entrusted to or shared with a ministry or another institution. Some national equality bodies have established departments or units for such activities.<sup>38</sup>

---

31 <http://www.equalityhumanrights.com/our-job/our-publications/research-reports/>

32 <http://www.equality.ie/index.asp?locID=307&docID=-1>

33 <http://www.diversite.be/?action=onderdeel&onderdeel=216&titel=Publicaties>

34 <http://www.cgb.nl/artikel/publicaties>

35 <http://igvm-iefh.belgium.be/fr/etudes/>

36 [http://igvm-iefh.belgium.be/fr/binaries/34%20-%20Transgender\\_FR\\_tcm337-81094.pdf](http://igvm-iefh.belgium.be/fr/binaries/34%20-%20Transgender_FR_tcm337-81094.pdf)

37 The EU legal basis for equality bodies to have promotional powers could be the following provisions: "With a view to ensuring full equality in practice, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting specific measures to prevent or compensate for disadvantages linked to racial or ethnic origin". (Race Directive, Directive 2000/43/EU of the Council of Ministers of 29th June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (Pb L 180 of 19th July 2000, p. 22), Article 5, 'Positive action') or: 'Member States shall, in accordance with their national traditions and practice, take adequate measures to promote dialogue between the social partners with a view to fostering equal treatment, including through the monitoring of workplace practices, collective agreements, codes of conduct and through research or exchange of experiences and good practices.' (Employment Directive, Directive 2000/78/EC of the Council of Ministers 27th November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, (O.J. L 303 , 02/12/2000 p. 16 – 22), Article 13 Social dialogue).

38 More about equality bodies; competences and activities in the fields of equality promotion see: 'Promoting equality. Overview of positive measures used by national equality bodies', EQUINET report, Brussels, 2008.

## 6 PERSPECTIVES

On 2 July 2008, after years of negotiations, the European Commission proposed a single anti-discrimination directive<sup>39</sup> which covers protection against discrimination based on sexual orientation, age, disability, religion and belief with regard to access to social protection (including social security), goods and services (including housing), health care and education. The newly proposed legislation will open up new areas in which equality bodies will act since, as explained at the beginning of this article, there were to date according to the current EU anti-discrimination framework no obligations imposed upon national equality bodies to deal with inequalities in the above-mentioned fields and grounds. If the new directive comes into force, most of the national equality bodies will have to redefine their role and prepare themselves for more positive action. One of their most important tasks will be the intensification of cooperation between themselves and other stakeholders dealing with anti-discrimination, especially with NGOs. Under the new directive, equality bodies will be one of the key links in the chain leading to justice and equality. That is why equality bodies will, on the one hand, have to be more embedded into the national context and more aware of the concrete needs of vulnerable groups whilst, on the other hand, need to be more active at a European level in cooperation with equality bodies from all over Europe and in exchanging their experiences and best practices in the field of equality.<sup>40</sup>

---

39 COM(2008) 426 final.

40 A. Gaspard, New anti-discrimination initiative. What it means for national equality bodies and EQUINET in: *Destination EQUALITY*, Magazine of ILGA-Europe, 2008, pp. 26-27.



# **Annotaties bij oordelen**







## 2009-2

### School en scheiding: hoever strekt de dienstverlening aan gescheiden ouders?

*Noot: prof. mr. S.F.M. Wortmann*

#### 1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerster jegens hem onderscheid heeft gemaakt en haar oordeel daaromtrent kenbaar te maken.

1.2 Verzoeker heeft de Commissie aanvullende informatie gestuurd, ontvangen door de Commissie op 23 september 2008, 2 oktober 2008 en 14 oktober 2008.

1.3 De Commissie heeft verweerster in de gelegenheid gesteld op het verzoek te reageren. Verweerster heeft op 23 oktober 2008 schriftelijk verweer gevoerd. Verzoeker heeft hierop gereageerd bij brief van 26 oktober 2008.

1.4 De Commissie heeft partijen opgeroepen de standpunten ter zitting van 4 november 2008 mondeling nader toe te lichten. Namens verweerster waren . . . , directeur . . . , hierna: de basisschool of de school, en . . . , voorzitter algemene directie, aanwezig. Hoewel verzoeker deugdelijk is opgeroepen, is hij niet verschenen.

#### 2 Feiten

2.1 Verzoeker is gescheiden en heeft twee kinderen. De moeder van de kinderen is als enige belast met het ouderlijk gezag over en de verzorging en de opvoeding van de kinderen. Tussen de kinderen en de vader geldt een omgangsregeling. De kinderen zaten ten tijde van de zitting in groep vijf respectievelijk groep zeven van de basisschool. Verweerster is het bevoegd gezag van veertien openbare basisscholen, waaronder de school waar de kinderen van verzoeker onderwijs volgen.

2.2 Op 18 december 2006 heeft verzoeker een schriftelijke klacht ingediend tegen de toenmalige directeur. Bij brief van 7 maart 2007 en 11 mei 2007 heeft de voorzitter algemene directie verzoeker erop gewezen dat hij een klacht kan indienen bij de Landelijke Klachten Commissie Onderwijs (LKC).

2.3 Op 3 april 2007 hebben verzoeker en de adjunct-directeur van de school, die tevens fungeerde als waarnemend directeur, met elkaar gesproken. Van het gesprek is een verslag gemaakt. Onder het kopje 'afspraken' staat vermeld dat informatie over de kinderen per post wordt verstuurd en dat de adjunct-directeur het aanspreekpunt is voor de communicatie met de school.

2.4 Op 19 juni 2007 heeft een gesprek plaats gehad tussen verzoeker en de adjunct-directeur met als doel het evalueren van de informatieverstrekking.

2.5 Naar aanleiding van een e-mail van verzoeker van 12 augustus 2007 bericht de adjunct-directeur op 15 augustus 2007 als volgt: "Ik heb een overleg gepland met [docent 1] en [docent 2] (...). Wij bekijken daar met z'n drieën wat we voor u kunnen betekenen in de verslaglegging en dergelijke, waarna ik u verder op de hoogte stel." Op 3 september 2007 heeft een gesprek plaatsgehadt tussen verzoeker, docent 1, docent 2 en de adjunct-directeur.

2.6 In 2007 heeft de ex-echtgenote van verzoeker aangifte van belaging tegen hem gedaan.

2.7 In de eerste helft van 2008 is een klanttevredenheidsonderzoek uitgevoerd onder alle scholen waarvan verweerster het bevoegd gezag is. Per gezin is één enquête uitgedeeld die anoniem kon worden ingevuld. Deze is meegegeven aan het (oudste) kind met de instructie deze thuis af te geven.

2.8 In zijn e-mail van 17 januari 2008 aan de adjunct-directeur klaagt verzoeker er over dat hij er niet van op de hoogte was dat zijn dochter moest afzwemmen. In reactie hierop schrijft de adjunct-directeur op 18 januari 2008: "Ik was zelf ook niet op de hoogte van het afzwemmen, anders had het ook wel in de Nieuwsbrief gestaan. Ik zal daarom eerst maar met [docent] om de tafel gaan, zij is voor mij degene die informatie moet aanleveren." Vervolgens schrijft hij op 21 januari 2008 aan verzoeker: "Ik begrijp je frustratie, omdat je niet alle informatie krijgt. (...) De verslagen worden voor je gekopieerd en ik zal de brief met andere data over het zwemmen bijvoegen. Ook zal ik [docenten] vragen om een schriftelijk verslag met specifiek aanvullende punten."

2.9 In zijn e-mail van 2 maart 2008 schrijft verzoeker voor zover relevant het volgende: "Het is jullie bekend dat ik diverse malen verzocht heb om alle relevante informatie omtrent mijn kinderen aan mij mee te delen. (...) Ik begreep van mijn kinderen dat ze hun schriften

deze week mee gekregen hadden van school voor de moeder. Ik heb weer helemaal niets gezien.” In reactie hierop schrijft de adjunct-directeur op 5 maart 2008:

“Het meegeven van de schriften staat in de nieuwsbrief en op de jaarkalender. (...) Jammer dat je er zo boos over wordt, maar als je kan aangeven wanneer je de schriften wilt inzien, kan dat uiteraard geregeld worden.”

2.10 Op 19 maart 2008 heeft een gesprek plaats gehad tussen verzoeker en de voorzitter algemene directie over de verschillende klachten van verzoeker. Van dit gesprek is een verslag gemaakt.

2.11 Per 1 mei 2008 is een nieuwe directeur in dienst getreden bij de school. In een e-mail van 20 mei 2008 schrijft verzoeker aan de directeur: “Helaas gaat de school op oude voet door met mij volkomen te negeren ondanks tot drie maal toe schriftelijke afspraken dat ik alle info die mijn ex ontvangt zelf ook wil ontvangen. Dit heb ik dus weer niet gehad. Graag per omgaande. Overigens heeft een klanttevredenheidsonderzoek weinig zin als je bij voorbaat de ontevreden ouders geen lijsten stuurt.” Dezelfde dag schrijft de adjunct-directeur in reactie hierop: “Het tevredenheidsonderzoek valt niet onder de afspraken over de informatieverstrekking en volgens de richtlijnen waar het onderzoek aan moet voldoen, gaat er één vragenlijst naar de contactpersoon en worden er geen nieuwe vragenlijst verstrekt. Dit is de reden dat je er geen hebt gehad.” In een e-mail van 22 mei 2008 schrijft verzoeker aan de adjunct-directeur: “Een op deze wijze uitgevoerd onderzoek is niet representatief dus waardeloos. Er zijn steeds meer gescheiden ouders en de informatievoorziening naar vaders is in de praktijk waardeloos.” In reactie hierop schrijft de directeur op 26 mei 2008: “Ik nodig u hierbij uit voor een gesprek waarin u kunt toelichten wat u dwars zit. (...) Als u uw wettelijke rechten als ouder/verzorger heeft (behouden), dan kan het m.i. niet zo zijn dat u geen informatie krijgt. Ook is het absoluut geen schoolbeleid (gescheiden) vaders uit te sluiten. Wel is het zo dat er naar één adres, dat van de plek waar het kind woont, een enquête is verstuurd. Dat zijn de voorwaarden waaraan het onderzoek moet voldoen. U zult begrijpen dat het onderzoek ook niet representatief is als alle kinderen van gescheiden ouders twee, en van de overige kinderen en één-ouder gezinnen er slechts één formulier terugkomt. Maar omdat we ook uw mening en wensen op prijs stellen, kunnen we tijdens dat gesprek o.a. bespreken hoe we uw opmerkingen toch een plaats kunnen geven in het onderzoek.”

2.12 Bij e-mail van 9 september 2008 klaagt

verzoeker er over dat hij niet is uitgenodigd voor de ouderavond. In zijn e-mail van 10 september 2008 schrijft verzoeker: “A.s. donderdag ben ik er. Wil je er voor zorgen dat [ex-echtgenote] er niet is?”

2.13 Bij e-mail van 11 september 2008 heeft verzoeker een klacht ingediend bij de directie van de school. Op 26 september 2008 heeft verzoeker per mail een klacht ingediend tegen de voorzitter van de algemene directie en tegen een lid van de medezeggenschapsraad.

2.14 Verweerster heeft een interne klachtenregeling, waarvan melding wordt gemaakt in de schoolgids. De regeling staat op de website van verweerster.

2.15 Bij brief van 29 september 2008 schrijft de advocaat van verweerster voor zover relevant het volgende aan verzoeker: “U verstoort de orde en rust van de school en het onderwijs. U scheidt door uw gedrag een dreigende situatie. U intimideert de werknemers waardoor zij zich niet langer veilig voelen. Cliënte accepteert dat niet langer. Cliënte zal daarom in het geheel niet meer op de door u te verzenden e-mails reageren. Cliënte zal geen verzoeken van u om informatie meer in behandeling nemen. Cliënte zal u niet meer uitnodigen voor ouderavonden. U bent daar niet meer welkom. U wordt bij deze uitdrukkelijk verboden om de terreinen en gebouwen van de [basis-school] te betreden. De algehele toegang wordt u hierbij ontzegd. Deze ontzegging is voor onbepaalde duur. Op het moment dat blijkt dat u dat verbod overtreedt, zal cliënte de politie inschakelen. Deze is inmiddels van het verbod op de hoogte gesteld.”

### 3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Verzoeker stelt dat verweerster jegens hem, als gescheiden vader, onderscheid maakt op grond van geslacht en burgerlijke staat. Volgens verzoeker maakt de school onderscheid vanwege deze gronden bij de uitvoering van het klanttevredenheidsonderzoek, bij de informatieverstrekking over zijn kinderen en door hem de toegang te ontzeggen tot de school en de ouderavonden. Daarnaast klaagt verzoeker over de rol van de school inzake de aangifte tegen hem door zijn ex-echtgenote en de wijze waarop de school zijn klachten behandelt.

#### *Wettelijke kader*

3.2 Op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), in samenhang met artikel 1 van deze

wet, is bepaald dat een instelling werkzaam op het gebied van onderwijs geen onderscheid mag maken op grond van geslacht en/of burgerlijke staat bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake.

3.3 In artikel 1 AWGB is bepaald dat onder onderscheid zowel direct als indirect onderscheid wordt begrepen. Het begrip direct onderscheid ziet op onderscheid dat rechtstreeks verwijst naar of gebaseerd is op één van de door de AWGB beschermde gronden, waaronder geslacht en burgerlijke staat. Onder indirect onderscheid wordt verstaan onderscheid op grond van een neutraal criterium, voorschrift of handelen dat personen bijzonder treft in verband met een of meer in de AWGB genoemde gronden. Op grond van artikel 2, eerste lid, AWGB geldt het verbod van indirect onderscheid niet indien dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

3.4 Op grond van artikel 10 AWGB dient verzoeker feiten aan te voeren die onderscheid kunnen doen vermoeden. Indien de verzokende partij daarin slaagt, is het vervolgens aan de verwerende partij om te bewijzen dat niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving is gehandeld.

#### *Bevoegdheid van de Commissie*

3.5 Verweerster stelt zich op het standpunt dat de Commissie niet bevoegd is om een oordeel te geven over de uitvoering van het klanttevredenheidsonderzoek, de informatieverstrekking aan verzoeker over zijn kinderen, de ontzegging van de toegang tot de school en de ouderavonden en de rol van de school inzake de aangifte tegen verzoeker door zijn ex-echtgenote, omdat de klachten geen betrekking hebben op het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen en diensten, zoals bedoeld in artikel 7 AWGB.

3.6 Verweerster biedt als bevoegd gezag van een aantal basisscholen diensten aan in de vorm van onderwijs. De Commissie heeft eerder geoordeeld dat het verstrekken van informatie over de gang van zaken op school en over de ontwikkeling van kinderen een dienst is in de zin van artikel 7 AWGB, waarbij de onderwijsinstelling zich richt tot de ouders van de leerlingen (vgl. o.a. CGB 20 mei 2005, oordeel 2005-85). Dit geldt eveneens voor het bieden van toegang tot de school en de ouderavonden (vgl. CGB 29 mei 1998, oordeel 1998-59 en CGB 22 december 1997, oordeel 1997-131). Gezien het voorgaande oordeelt de Commissie

dat zij bevoegd is te onderzoeken of verweerster in strijd heeft gehandeld met artikel 7 AWGB bij de informatieverstrekking aan verzoeker over zijn kinderen en bij de weigering hem toegang te verlenen tot de school en de ouderavonden.

3.7 Met betrekking tot het klanttevredenheidsonderzoek overweegt de Commissie dat verweerster ten behoeve van de kwaliteit van het onderwijs de ouders in de gelegenheid stelt hun mening te geven over onder andere de begeleiding van de leerlingen, de sfeer op school, de kennisontwikkeling, de persoonlijke ontwikkeling en het contact met de school. De mogelijkheid die verweerster ouders biedt om hun mening kenbaar te maken komt ten goede aan en is dusdanig nauw verbonden met het onderwijs dat verweerster aanbiedt dat dit kan worden beschouwd als een dienst als bedoeld in artikel 7, eerste lid, AWGB. De Commissie is derhalve eveneens bevoegd te onderzoeken of verweerster in strijd heeft gehandeld met artikel 7 AWGB bij de uitvoering van het klanttevredenheidsonderzoek.

3.8 Ten aanzien van de klacht van verzoeker over de rol van de school inzake de aangifte van zijn ex-echtgenote tegen hem, overweegt de Commissie dat deze klacht, over de eventuele medewerking aan een strafrechtelijk onderzoek door de school, niet onder het aanbieden van goederen en diensten in de zin van artikel 7 AWGB valt en derhalve buiten de reikwijdte van de AWGB valt. De Commissie is daarom niet bevoegd over dit onderdeel van verzoekers klacht een oordeel te geven.

3.9 Hierna zal de Commissie achtereenvolgens onderzoeken of verweerster jegens verzoeker (verboden) onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en/of burgerlijke staat door:

1. de wijze waarop verweerster het klanttevredenheidsonderzoek uitvoert;
2. de wijze van informatieverstrekking aan verzoeker over zijn kinderen;
3. hem de toegang tot de school en de ouderavonden te ontzeggen;
4. de wijze waarop verzoekers klachten zijn behandeld.

#### *Klanttevredenheidsonderzoek*

3.10 Verzoeker stelt dat onderscheid wordt gemaakt op grond van geslacht en burgerlijke staat bij de uitvoering van het klanttevredenheidsonderzoek, omdat slechts één persoon per gezin kan deelnemen aan het onderzoek. Bij gescheiden ouders is dat de met de zorg en opvoeding belaste ouder. Dat is doorgaans een vrouw, aldus verzoeker.

3.11 Verweerster betwist dat zij onderscheid op grond van geslacht en/of burgerlijke staat maakt bij de uitvoering van het klanttevredenheidsonderzoek. Aan elke leerling wordt een enquêteformulier meegegeven, met het verzoek om dat thuis af te geven. Indien een gezin meerdere kinderen telt, wordt de enquête uitsluitend meegegeven aan het oudste kind. Het is de bedoeling dat de enquête wordt ingevuld door de ouder(s) of verzorger(s) van het kind, die is/zijn belast met de dagelijkse zorg over het kind. Het maakt niet uit wie de enquête invult. Verweerster benadrukt dat het ouders, ook gescheiden ouders, vrij staat om de enquête gezamenlijk in te vullen. Dat sommige ouders hiertoe niet in staat zijn, omdat de relatie is verstoord, kan de school niet worden aangerekend, aldus verweerster. Verzoeker is naar aanleiding van zijn kritiek over de uitvoering van het klanttevredenheidsonderzoek uitgenodigd voor een gesprek met de directeur van de school om te bezien op welke wijze zijn opmerkingen konden worden meegenomen in het onderzoek. Hij is niet ingegaan op deze uitnodiging.

3.12 De Commissie overweegt dat door de wijze waarop verweerster uitvoering geeft aan het klanttevredenheidsonderzoek geen direct onderscheid op grond van geslacht en/of burgerlijke staat wordt gemaakt. De vraag die thans moet worden beantwoord is of hierdoor indirect onderscheid naar geslacht en/of burgerlijke staat wordt gemaakt.

3.13 Uit cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) over 2007 blijkt dat 82% van de gescheiden ouders (zonder een vaste partner) met thuiswonende kinderen een vrouw is. De cijfers over 2008 zijn nog niet definitief, maar de prognose is dat het percentage over 2008 gelijk is aan het percentage over 2007. Dit betekent dat het grootste gedeelte van de kinderen na een echtscheiding bij de moeder woont. Nu het merendeel van de ouderparen bestaat uit partners van verschillend geslacht kan de conclusie worden getrokken dat door slechts één enquête mee te geven aan het (oudste) kind meer gescheiden vaders dan moeders worden benadeeld. Verzoeker is gescheiden en de kinderen wonen bij zijn ex-echtgenote. Dit betekent dat verweerster jegens verzoeker indirect onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt bij de uitvoering van het klanttevredenheidsonderzoek. Dat verweerster ter zitting kenbaar heeft gemaakt dat verzoeker alsnog een enquête kan invullen en dat verzoeker naar aanleiding van zijn kritiek is uitgenodigd voor een gesprek met de directeur om te bezien op welke wijze zijn opmerkingen alsnog konden worden meegenomen, doet daaraan niet af.

3.14 Ten aanzien van de vraag of indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat wordt gemaakt, is relevant of de wijze waarop verweerster uitvoering geeft aan het klanttevredenheidsonderzoek gescheiden ouders in het bijzonder treft. Kinderen van gescheiden ouders wonen voor het overgrote deel bij één van beide ouders. Door slechts één enquête mee te geven aan het (oudste) kind, worden gescheiden ouders in het bijzonder getroffen. Dit betekent dat het beleid van verweerster kan leiden tot indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat (vgl. ook CGB 20 mei 2005, oordeel 2005-85). Verzoeker is gescheiden en de kinderen wonen bij zijn ex-echtgenote. Als gevolg hiervan heeft hij geen enquête kunnen invullen. Op grond van het voorgaande oordeelt de Commissie dat verweerster jegens verzoeker indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat heeft gemaakt bij de uitvoering van het klanttevredenheidsonderzoek.

3.15 Ingevolge de gelijkebehandelingswetgeving kan het maken van indirect onderscheid onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. In dat geval dient de partij die onderscheid heeft gemaakt feiten aan te dragen ter rechtvaardiging hiervan. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan levert het indirecte onderscheid geen strijd op met de gelijkebehandelingswetgeving.

#### *Doel*

3.16 Verweerster heeft aangevoerd dat zij met het klanttevredenheidsonderzoek informatie beoogt te verkrijgen over de ervaringen van de met de dagelijkse zorg en verantwoordelijkheid van de kinderen belaste ouder(s) of verzorger(s) met de school en het onderwijs. Om deze informatie te verkrijgen, heeft verweerster aan ieder (oudste) kind van het gezin één enquête meegegeven. De Commissie begrijpt hieruit dat het doel van het onderscheid is: het verkrijgen van informatie van de ouder(s) of

verzorger(s) die belast is/zijn met de dagelijkse verzorging van het kind. Dit doel beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de organisatie. Het doel heeft geen discriminerend oogmerk en kan voorzien in een werkelijke behoefte (vgl. CGB 20 mei 2008, oordeel 2005-84). Het doel is derhalve legitiem.

#### *Middel*

3.17 Verweerster tracht het bovenstaande doel te bereiken door per gezin één enquête uit te delen. Hiermee kan worden bereikt dat informatie wordt verkregen van de met de zorg en verantwoordelijkheid van de kinderen belaste ouder(s) of verzorger(s). Het middel is daarmee geschikt.

3.18 Met betrekking tot de vraag of het middel noodzakelijk is, overweegt de Commissie dat verweerster de tevredenheid van de met de dagelijkse zorg belaste ouder(s) of verzorger(s) wil peilen. Om die reden is het geen alternatief om, ook aan de niet met de dagelijkse zorg belaste ouder(s) of verzorger(s) een enquête te doen toekomen. Bovendien kan het, zoals verweerster heeft aangevoerd, leiden tot een vertekening van de uitkomsten indien aan gescheiden ouders twee enquêteformulieren worden verstrekt, en aan andere ouders één. Het middel is voorts niet disproportioneel. Dit geldt te meer gezien de mogelijkheden die verzoeker zijn geboden om alsnog zijn mening naar voren te brengen. De Commissie oordeelt dat het middel voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en daarmee noodzakelijk is.

#### *Informatieverstrekking*

3.19 Verzoeker stelt dat verweerster onvoldoende waarborgt dat gescheiden vaders worden geïnformeerd over hun kinderen en dat de school afspraken die zijn gemaakt omtrent de informatievoorziening niet nakomt. Verzoeker klaagt er over dat hij geen antwoord kreeg op zijn vraag wat het beleid is van de school indien één van de ouders het niet eens is met de plaatsing van een kind op de school door de andere ouder. Verzoeker stelt voorts dat hij niet op de hoogte is gesteld dat zijn oudste dochter onder psychologische begeleiding stond, dat zijn jongste dochter moest afzwemen en dat de schoolfoto graaf langskwam. Verder stelt verzoeker dat hij de schriften van zijn kinderen niet heeft kunnen inzien, terwijl zijn ex-echtgenote hiertoe wel in de gelegenheid is gesteld. Tot slot klaagt hij er over dat de school, blijkens de brief van de advocaat van 29 september 2008, zoals vermeld onder 2.15, zijn verzoeken om informatie niet meer in behandeling zal nemen.

3.20 Verweerster betwist dat zij onderscheid maakt op grond van geslacht of burgerlijke staat door de wijze waarop zij informatie verstrekt aan gescheiden ouders. Verweerster wijst erop dat zij gehouden is artikel 1:377c Burgerlijk Wetboek (BW) na te leven. Dit betekent dat de niet met het gezag belaste ouder desgevraagd op de hoogte wordt gesteld van informatie inzake belangrijke feiten en omstandigheden die de persoon van het kind of diens verzorging en opvoeding betreffen. In de praktijk betekent dit dat deze informatie zowel aan de “zorgouder” als ook aan de andere ouder wordt verstrekt. Met verzoeker zijn schriftelijke afspraken gemaakt over de informatievoorziening. Verzoeker kon met de schoolleiding over zijn kinderen spreken en is uitgenodigd voor de tienminutengesprekken. De leerkrachten hebben korte verslagen opgesteld over zijn kinderen en deze zijn aan hem zijn opgestuurd. Ook alle nieuwsbrieven, waarin onder andere de komst van de schoolfoto graaf was aangekondigd, zijn aan verzoeker opgestuurd. De mededeling in de brief van de advocaat van 29 september 2008 neemt niet weg dat de school alle informatie waar verzoeker op grond van artikel 1:377c BW recht op heeft, zal blijven toesturen. Ten aanzien van verzoekers klacht dat hij niet is geïnformeerd over de psychologische begeleiding van zijn dochter, stelt verweerster dat dit een besluit is geweest van de moeder van de kinderen, waarbij de school geen rol heeft gespeeld. Met betrekking tot verzoekers klacht dat hij de schriften van de kinderen niet kon inzien, stelt verweerster dat het gebruikelijk is dat de kinderen op woensdag hun schriften mee naar huis nemen. Het is echter mogelijk, bijvoorbeeld in geval de ouders gescheiden zijn, dat naast de woensdag ook op een andere dag de schriften mee naar huis worden genomen, zodat beide ouders de schriften kunnen inzien.

3.21 Ten aanzien van de vraag of verzoeker feiten heeft aangevoerd die (indirect) onderscheid op grond van geslacht en/of burgerlijke staat kunnen doen vermoeden overweegt de Commissie als volgt. Mede omdat verzoeker, hoewel deugdelijk opgeroepen, niet ter zitting is verschenen, is het volgende als niet betwist komen vast te staan. Verweerster heeft alle informatie aan hem verstrekt waartoe zij is verplicht op grond van artikel 1:377c BW. Bij het besluit van de moeder omtrent de psychologische begeleiding van hun dochter was de school niet betrokken. Bovendien heeft verweerster, nadat verzoeker hier per mail vragen over had gesteld een reactie gestuurd per mail. Dat verzoeker niet kan instemmen met de besluiten van zijn ex-echtgenote en de wijze waarop hij hiervan door haar op de hoogte is gebracht,

kan de school niet worden verweten. Dit geldt ook voor de plaatsing van de kinderen van verzoeker op de school. Overigens is verzoeker naar aanleiding van zijn vraag hierover uitgenodigd voor een gesprek. Verzoeker is daarnaast uitgenodigd voor de tienminutengesprekken, kon met de schoolleiding spreken over zijn kinderen en kreeg de nieuwsbrieven toegestuurd, waarin onder andere informatie over de schoolfotoğraf stond.

3.22 Verder staat vast dat verzoeker de verslagen over zijn kinderen heeft ontvangen en dat hij, zoals beschreven in de e-mail van de adjunct-directeur van 5 maart 2008, opgenomen onder 2.9, kon aangeven wanneer hij de schriften van zijn kinderen wilde inzien. Dat verzoeker niet tevoren op de hoogte was gesteld van het afzwemmen van zijn dochter is geen feit dat onderscheid op grond van geslacht en of burgerlijke staat kan doen vermoeden, nu op geen enkele wijze is onderbouwd waarom dit verband zou houden met zijn geslacht of burgerlijke staat. De adjunct-directeur heeft immers in zijn e-mail van 18 januari 2008 aan verzoeker gemeld dat ook hij er niet van op de hoogte was dat leerlingen moesten afzwemmen. Per abuis was dit dan ook niet in de nieuwsbrief vermeld. Voorts heeft verweerster ter zitting verklaard dat de inhoud van de brief van de advocaat van 29 september 2008 onverlet laat dat zij verzoeker alle informatie blijft sturen waarop hij op grond van artikel 1:1:377c BW recht heeft.

3.23 Gezien het bovenstaande oordeelt de Commissie dat verzoeker geen feiten heeft aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat verweerster jegens hem bij de informatievoorziening onderscheid heeft gemaakt op grond van zijn geslacht en/of zijn burgerlijke staat.

#### *Toegang tot de school en de ouderavonden*

3.24 Verzoeker stelt dat verweerster jegens hem onderscheid maakt op grond van geslacht en burgerlijke staat, door hem per brief van 29 september 2008 de toegang tot de school en de ouderavonden te ontzeggen. Verweerster heeft hierover het volgende aangevoerd. Begin september 2007 heeft er een ouderavond plaatsgehad, waarbij ook verzoeker aanwezig was. Tevoren had verzoeker van de adjunct-directeur geëist dat zijn ex-echtgenote niet aanwezig zou zijn. De adjunct-directeur is niet ingegaan op dit verzoek. Gezien de opstelling van verzoeker gedurende de ouderavond voelde de school zich genoodzaakt om contact op te nemen met de politie. Verzoeker verstoort volgens verweerster de orde en rust in de school en zijn houding leidt tot gevoelens van onveiligheid

bij het personeel en andere ouders. Dit is voor verweerster uiteindelijk aanleiding geweest om verzoeker middels haar advocaat in september 2008 (zie 2.15) te berichten dat zij verzoeker niet meer zal uitnodigen voor ouderavonden en dat zij hem verbiedt de terreinen en de gebouwen van de school te betreden. Verweerster benadrukt dat deze ordemaatregel op geen enkele wijze verband houdt met het geslacht van verzoeker, noch met het feit dat hij gescheiden is, maar gelegen is in zijn opstelling en houding.

3.25 Gelet op het voorgaande oordeelt de Commissie dat geen sprake is van feiten die onderscheid op grond van geslacht en/of burgerlijke staat kunnen doen vermoeden bij het weigeren van de toegang tot de school en/of de ouderavonden met ingang van 29 september 2008.

#### *Klachtbehandeling*

3.26 De Commissie heeft eerder geoordeeld dat de verplichting van een aanbieder van goederen of diensten zich te onthouden van ongelijke behandeling tevens de plicht omvat klachten hierover zorgvuldig te behandelen (vgl. CGB 10 april 2007, oordeel 2007-59). Een zorgvuldige klachtbehandeling vereist een deugdelijk onderzoek. Dat wil zeggen dat in ieder geval het principe van hoor en wederhoor dient te worden toegepast door een onpartijdige en bij voorkeur onafhankelijke en deskundige klachtenbehandelaar. Daarnaast vereist de zorgvuldigheid dat een klacht voortvarend en vertrouwelijk wordt behandeld en dat klager(s) en beklagde(n) op de hoogte worden gesteld van de conclusies en de eventueel te treffen maatregelen.

3.27 Verzoekers klachten hebben mede betrekking op de wijze waarop verweerster zijn klachten heeft behandeld. Hij klaagt er in dit verband onder andere over dat verweerster zijn klachten niet heeft behandeld volgens de interne klachtenprocedure. Allereerst is van belang dat de Commissie enkel kan onderzoeken of verweerster in strijd heeft gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving door de wijze waarop verweerster de klachten van verzoeker over ongelijke behandeling heeft behandeld. Voor zover verzoekers klachten hiermee geen verband houden, komt de Commissie niet de bevoegdheid toe de klachtbehandeling te beoordelen. Bovendien betekent het niet behandelen van klachten conform de interne klachtenprocedure niet, dat daarmee ook de afhandeling van die klachten niet zorgvuldig is gebeurd.

3.28 Bij brief van 18 december 2006 heeft verzoeker een klacht ingediend tegen de toenmalige directeur. Naar aanleiding hiervan heeft de voorzitter algemene directie in zijn brief van 7 maart 2007 verzoeker erop gewezen dat hij een klacht kan indienen bij de LKC en hem gewezen op de klachtenregeling, zoals neergeld in artikel 14 Wet op het Primair onderwijs (WPO). Mede naar aanleiding van verzoekers klacht heeft op 3 april 2007 een gesprek plaatsgevonden tussen verzoeker en de adjunct-directeur, waarin afspraken zijn gemaakt over de informatievoorziening aan verzoeker. Naar aanleiding van een aantal e-mails van verzoeker van begin mei 2007 heeft de voorzitter algemene directie in zijn brief van 11 mei 2007 verzoeker nogmaals gewezen op de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de LKC. Verzoeker heeft nadien, onder andere in zijn e-mails van 12 augustus 2007, 17 januari 2008, 19 januari 2008 en 2 maart 2008, opnieuw zijn onvrede geuit over het handelen van verweerster. Op 19 maart 2008 heeft een gesprek plaats gehad tussen verzoeker en de voorzitter van de algemene directie. Op 20 mei 2008 heeft verzoeker een e-mail gestuurd aan de nieuwe directeur waarin hij klaagt over de informatievoorziening en een klacht indient over de uitvoering van het klanttevredenheidsonderzoek. De directeur heeft binnen een week een reactie gestuurd en verzoeker uitgenodigd voor een gesprek. Verzoeker heeft hierop niet gereageerd. Vervolgens heeft verzoeker in september 2008 meerdere e-mails gestuurd, waarin hij zijn onvrede uit en klachten indient tegen de directie van de school. Ter zitting heeft verweerster toegelicht dat verzoeker dezelfde klachten steeds blijft herhalen. Zij stelt zich op het standpunt dat zij niet elke e-mail waarin verzoeker een klacht ventileert als officiële klacht kan aanmerken.

3.29 Naar aanleiding van het bovenstaande constateert de Commissie dat, hoewel het wellicht voor de hand had gelegen om verzoeker direct na zijn eerste brief van 18 december 2006 te wijzen op de mogelijkheid om gebruik te maken van de interne klachtprocedure, dit de klachtbehandeling nog niet onzorgvuldig maakt. Hierbij neemt de Commissie mede in overweging dat met uitzondering van de klacht van verzoeker van 18 december 2006 verweerster steeds – ondanks de hoeveelheid correspondentie en de toon hierin van verzoeker – binnen zeer korte termijn heeft gereageerd. Ook toen de toon van verzoeker in zijn e-mails dwingender werd, heeft verweerster steeds getracht er samen met verzoeker uit te komen. Bovendien is verzoeker er meer dan eens op gewezen dat hij een klacht kan indienen bij de LKC en is hij verschillende keren

uitgenodigd voor een gesprek om zijn klachten toe te lichten. Bovenstaande leidt tot de conclusie dat in het licht van de onderhavige situatie niet kan worden gezegd dat verweerster de klachten van verzoeker niet zorgvuldig heeft behandeld.

#### 4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat:

- . . . . jegens . . . . geen verboden onderscheid op grond van geslacht en/of burgerlijke staat heeft gemaakt bij de uitvoering van het klanttevredenheidsonderzoek;
- niet is gebleken dat . . . . jegens . . . . onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en/of burgerlijke staat bij de wijze waarop informatie is verstrekt aan verzoeker over zijn kinderen;
- . . . . jegens . . . . niet in strijd met de wet heeft gehandeld bij de klachtbehandeling.

#### 5 Aanbeveling

In het kader van een zorgvuldige klachtbehandeling beveelt de Commissie verweerster aan de interne klachtregeling aan te passen en hierbij de volgende randvoorwaarden in acht te nemen:

– de klachtenregeling moet inzichtelijk zijn. Daarvan is sprake indien klagers en beklagden bekend zijn met het bestaan van de regeling en de werking ervan en weten welke maatregelen uit de procedure kunnen voortvloeien;

– de klachtenbehandeling moet systematisch zijn. Daarvan is sprake indien werkwijze en termijnen zijn vastgelegd in de regeling;

– de klachtenregeling dient te voldoen aan de voorwaarden die aan een zorgvuldige klachtenbehandeling worden gesteld, te weten: hoor en wederhoor, vertrouwelijkheid en informatievoorziening.

Aldus gegeven te Utrecht op 15 januari 2009 door mr. M. van den Brink, voorzitter, mr. Ch. M. van der Bas en mr. P. de Casparis, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. A. Swarte, secretaris.

**Noot door prof. mr. S.F.M. Wortmann**

1. Het komt met enige regelmaat voor dat de Commissie Gelijke Behandeling (CGB of Commissie) het verzoek krijgt te onderzoeken of een school jegens de verzoeker, een gescheiden ouder, verboden onderscheid heeft gemaakt. Het gaat om onderscheid op grond van geslacht of burgerlijke staat en betreft onderscheid bij de informatieverstrekking aan de gescheiden ouder over de kinderen, de toegang tot ouderavonden en soms ook tot de school zelf, de informatievoorziening over en deelname aan schoolactiviteiten, zoals bijvoorbeeld het bijwonen van een kerstvoorstelling, of de weigering presentjes van de ouder aan de kinderen te geven (zie voor dit laatste CGB 29 mei 1998, 1998-59).

2. Artikel 7, aanhef en onder c, Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) bepaalt, voor zover van belang, dat onderscheid verboden is bij het aanbieden van goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten terzake, indien dit geschiedt door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van onderwijs. (Het bevoegd gezag van) een school biedt diensten aan in de vorm van onderwijs aan minderjarige kinderen. In het kader van die dienstverlening verstrekt de school informatie aan ouders, nodigt ouders uit op ouderavonden en bijvoorbeeld kerstvoorstellingen en stelt ouders in de gelegenheid om een dagdeel in de klas door te brengen of als leesouder op te treden. Ook al heeft een gescheiden ouder geen overeenkomst met de school gesloten tot het verlenen van onderwijs aan zijn kind, toch kan deze ouder zich beroepen op het verbod om bij de dienstverlening in de vorm van bijvoorbeeld informatieverstrekking onderscheid te maken tussen de ouders (zie CGB 22 december 1997, 1997-131, 4.3). Zorgvuldige klachtbehandeling maakt deel uit van de dienstverlening (het onderhavige oordeel, zie 3.26).

3. Tot de dienstverlening van scholen kan niet alles worden gerekend. Een school is geen doorgeefluik voor presentjes of post. Dat behoort niet tot de onderwijstaak of de normale dienstverlening door een school (zie oordeel 1998-59, 4.9). Het gaat mijns inziens erg ver om tot de dienstverlening te rekenen een klanttevredenheidsonderzoek, zoals in dit oordeel is gedaan. Dat onderzoek wordt gedaan in het kader van de door een school te handhaven kwaliteit. Doel is om inzicht te krijgen in de ervaringen met de school en het onderwijs van de met de dagelijkse zorg en verantwoordelijkheid belaste ouders of anderen. De uitkomsten van het onderzoek kunnen een bijdrage

leveren aan de verbetering van de kwaliteit van het onderwijs. Een dergelijk onderzoek heeft slechts indirect te maken met de door de school te verrichten diensten. Deze diensten zien op het onderwijs en de activiteiten die daarmee rechtstreeks verbonden zijn. Daartoe wordt ook de ouderparticipatie gerekend (zie oordeel 1997-131, 4.3). De kwaliteit van de dienstverlening is uiteraard van belang, maar daarmee behoort een instrument dat inzicht kan bieden in een of meer aspecten van die kwaliteit nog niet tot de dienstverlening zelf. De oprekking van wat tot de dienstverlening kan worden gerekend, leidt ertoe dat scholen voor steeds verder van de eigenlijke dienstverlening af staande onderwerpen wegens het maken van onderscheid tussen ouders voor de Commissie worden gedaagd. Het is wenselijk dat daaraan redelijke grenzen worden gesteld.

4. Het onderscheid waarom het hier gaat betreft in het algemeen geen direct onderscheid op grond van geslacht of burgerlijke staat, maar indirect onderscheid. Het gaat erom dat de gescheiden ouder niet de dagelijkse zorg voor het kind heeft. Of hij al dan niet het gezag over het kind heeft, is in zoverre mijns inziens niet van belang. Tegenwoordig houden na scheiding beide ouders in verreweg de meeste gevallen gezamenlijk het gezag over de kinderen, maar is de hoofdverblijfplaats van de kinderen bij één van beide ouders. Scholen richten zich primair tot de ouder(s) die de dagelijkse zorg heeft (of hebben) voor het kind. Het als school niet of niet voldoende betrekken van de andere ouder bij de informatievoorziening impliceert daarmee geen direct onderscheid naar geslacht of burgerlijke staat. De school maakt terecht onderscheid tussen ouders die wel en die niet de zorg voor het kind hebben (3.12). Maar omdat in verreweg de meeste gevallen moeders na scheiding de dagelijkse zorg voor het kind hebben, wordt daardoor wel indirect onderscheid gemaakt naar geslacht (zie voor cijfers: 3.13). Voorts gaat het om indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat, omdat bij de dienstverlening in de vorm van bijvoorbeeld informatieverstrekking verschil wordt gemaakt tussen gehuwde en gescheiden ouders (zie bijvoorbeeld CGB 20 mei 2005, 2005-84 en CGB 20 mei 2005, 2005-85). Dat verschil treft vooral gescheiden ouders.

5. De verzoeker die meent dat in zijn nadeel een onderscheid wordt gemaakt, dient feiten aan te voeren die dat onderscheid kunnen doen vermoeden. Daartegen kan de school zich verweren door te bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld (artikel 10, eerste lid, Awgb). In het onderhavige oordeel



(2009-2) wordt de verzoeker teruggefloten omdat hij geen feiten had aangevoerd die konden doen vermoeden dat er ten aanzien van de informatieverstrekking onderscheid werd gemaakt, zie 3.21-3.23; vergelijk CGB 13 april 2006, 2006-68, 4.12 en 4.13. Ook toen had de verzoeker geen relevante feiten aangevoerd om onderscheid te kunnen vermoeden.

6. Van indirect onderscheid kan niet worden gesproken als de school gescheiden ouders gelijk behandelt, maar bijvoorbeeld informatie over ouderavonden en andere schoolactiviteiten weigert op grond van gedragingen van de gescheiden, niet-verzorgende ouder zelf (zie in dit oordeel 3.24 en 3.25). Er werd geen onderscheid tussen ouders gemaakt in de toegang tot ouderavonden. Die toegang was de verzoeker geweigerd wegens zijn gedrag. Zie voor een ander voorbeeld CGB 26 juli 1999, 1999-77.

7. Indirect onderscheid kan objectief gerechtvaardigd zijn. In overweging 3.15 zijn de criteria daarvoor aangeduid: een voldoende zwaarwegend doel of een doel dat beantwoordt aan een werkelijke behoefte en dat geen discriminerend oogmerk heeft. Daarmee is het doel legitiem. Het middel moet geschikt zijn om het doel te bereiken en in een evenredige verhouding staan tot het doel. Voorts moet het doel niet bereikt kunnen worden met een middel dat niet tot onderscheid leidt. Het zijn mutatis mutandis de criteria die algemeen toegepast worden om te beoordelen of de inbreuk op een grondrecht gerechtvaardigd is. In dit geval ging het erom de wijze waarop het klanttevredenheidsonderzoek was uitgevoerd door de beugel kon. De uiteindelijke toetsing is vrij beperkt. Het komt erop neer dat het legitieme doel van het klanttevredenheidsonderzoek het middel van één enquête per gezin rechtvaardigt. Hierboven preludeerde ik er al op dat het welomschreven doel van dit onderzoek had moeten leiden tot de conclusie dat het niet om de eigenlijke dienstverlening van de school gaat. Een beperkte toetsing als in dit geval heeft plaatsgevonden, kan dan achterwege blijven. Een objectieve rechtvaardiging tot het maken van onderscheid kan overigens ook gelegen zijn in het belang van het kind, zie daaromtrent CGB 4 juni 2004, 2004-60, 5.23.

8. Een belangrijke en steeds terugkerende klacht betreft het onderscheid bij de informatieverstrekking en de deelname aan schoolactiviteiten. Scholen hebben beleid ontwikkeld ten aanzien van de verstrekking van informatie aan de gescheiden, niet verzorgende ouder. Een voorbeeld daarvan is te vinden in oordeel 2006-68, 4.9. In de schoolgids van de desbetreffende school staat dat de school, mits

aan haar het adres van de gescheiden, niet-verzorgende ouder bekend is, deze op de hoogte stelt van de volgende informatie: algemene schoolinformatie, de schoolgids, de schoolkrant, de nieuwsbrief, kindgebonden informatie, schoolrapportage, toetsresultaten, schoolfoto's of het adres van de schoolfotograaf, verwijzing naar vervolgonderwijs, aanmelding bij externen en rapportage van externen. Beleid van de school is voorts dat deelname aan schoolactiviteiten door gescheiden ouders die het kind niet dagelijks verzorgen, alleen mogelijk is, indien beide ouders en de kinderen akkoord gaan. De Commissie gaat op grond van het door de verzoeker gestelde na of het op gelijke behandeling van gescheiden ouders gerichte beleid wordt uitgevoerd. In het desbetreffende oordeel vond de verzoeker dat hij op elk door hem gewenst moment door de school van informatie moest worden voorzien. Zo had de school hem op de hoogte moeten stellen van het feit dat zijn kind tijdens schooltijd niet laker was geworden. De moeder was daarvan op de hoogte gesteld en had het kind van school opgehaald. Een dergelijke praktische regeling die erop gericht is dat het zieke kind wordt opgevangen, maakt geen onderscheid. Van een school kan niet worden gevergd dat deze op elk moment de gescheiden, niet-verzorgende ouder te woord staat en over alle praktische zaken inlicht.

9. De oordelen van de Commissie betreffen de toepassing van de Awgb. Deze toepassing dient te worden onderscheiden van die van artikel 1:377c Burgerlijk Wetboek (BW). Een school is op grond van dit artikel gehouden desgevraagd de gescheiden ouder die niet met de dagelijkse zorg is belast, op de hoogte te stellen van informatie inzake belangrijke feiten en omstandigheden die de persoon van het kind of diens verzorging en opvoeding betreffen, tenzij die informatie niet op gelijke wijze aan de verzorgende ouder zou worden verschaft of het belang van het kind zich tegen die verschaffing verzet. Sinds 1 maart 2009 geldt op grond van artikel 1:253a, tweede lid, aanhef en onder d, BW hetzelfde voor het – in de praktijk meest voorkomende – geval dat beide ouders na scheiding gezamenlijk het gezag hebben. Los hiervan is het een school verboden (indirect) onderscheid te maken op grond van geslacht of burgerlijke staat. Zie ook oordeel 1997-131, 4.3.

10. Het verbod van (indirect) onderscheid gaat verder dan de plicht van de school jegens gescheiden ouders die uit het BW voortvloeit. Dit betekent niet dat artikel 1:377c BW een basis is met daar bovenop de eisen die voortvloeien uit de Awgb. De toepassing

.....

van de Awgb staat naast en los van de toepassing van artikel 1:377c BW. Op grond van het BW behoeft de aan de persoon van het kind gerelateerde informatie slechts desgevraagd te worden verstrekt. Het verbod tot het maken van (indirect) onderscheid leidt tot het eigenere beweging verstrekken van veel meer informatie. Reeds daarom is de regeling over de informatieverstrekking op grond van het BW van andere aard dan die op grond van de Awgb. De uit het BW voor de school voortvloeiende plicht ziet op belangrijke feiten en omstandigheden die de persoon van het kind betreffen of zijn verzorging en opvoeding. Algemene schoolinformatie, de schoolgids, de nieuwskrant, de schoolkrant, schoolfoto's of het adres van de schoolfoto's vallen daarbuiten. Informatie over schoolactiviteiten en uitnodigingen om een dagdeel op school door te brengen of om leesouder te worden, vallen evenmin onder de verplichtingen die uit het BW voortvloeien.

11. Ik kom op grond van de oordelen die sinds 1997 door de Commissie op dit terrein zijn gegeven, tot de conclusie dat gescheiden niet-verzorgende ouders beter bij de Commissie kunnen aankloppen als zij menen als gescheiden ouder door een school benadeeld te worden ten opzichte van de verzorgende ouder en van gehuwde ouders dan zich beroepen op de plicht die voortvloeit uit het BW. Duidelijk moet zijn wat wel en wat niet tot de dienstverlening van de school gerekend moet worden. Wat mij betreft is de dienstverlening beperkt tot die zaken die rechtstreeks met de onderwijsstaak verband houden en normaliter daartoe worden gerekend. De verzoeker moet relevante feiten stellen om het onderscheid te kunnen doen vermoeden. Het eigen (wan)gedrag kan ertoe leiden ertoe dat van het maken van onderscheid niet kan worden gesproken. Een school die goed geformuleerd beleid heeft waaruit van onderscheid niet blijkt, en dat ook uitvoert, heeft niets te vrezen. Voorts moet een school kunnen blijven functioneren. Functionele oplossingen voor praktische problemen leiden niet tot onderscheid.

## 2009-21

### Maximumbedrag in vrijwillige vertrekregeling: bescherming of discriminatie ouderen?

*Noot: mr. dr. M. Heemskerck*

#### 1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerder jegens hem onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt en haar oordeel daaromtrent kenbaar te maken.

1.2 Verzoeker heeft desgevraagd op 12 december 2008 aan de Commissie aanvullende informatie gestuurd.

1.3 Verweerder heeft op 22 december 2008 schriftelijk verweer gevoerd. Vervolgens heeft verzoeker bij brief van 15 januari 2009 gereageerd op het verweerschrift. Verweerder is in de gelegenheid gesteld te reageren op de reactie van verzoeker. De reactie van verweerder heeft de Commissie op 26 januari 2009 ontvangen.

1.4 De Commissie heeft partijen opgeroepen de standpunten ter zitting van 27 januari 2009 mondeling nader toe te lichten. Partijen hebben van die mogelijkheid gebruik gemaakt. De gemachtigde van verweerder was daarbij vergezeld van . . . . , Chief Investment Officer van verweerder, . . . . , voormalig Head of Group HR van verweerder, . . . . , Head of HR International HQ van verweerder, en . . . . , advocaat.

#### 2 Feiten

2.1 Verzoeker, geboren op 18 november 1947, werkt sinds 1 oktober 1972 bij (een rechtsvoorganger van) verweerder in de functie van Senior Portfolio Manager.

2.2 Verweerder, ontstaan uit een fusie in juni 2007 tussen . . . . en . . . . , is een beursgenoteerde belegger en ontwikkelaar van commercieel onroerend goed in Europa. Verweerder is operationeel in veertien landen en actief in drie sectoren: winkelcentra, kantoren en congres- & expositieruimtes. Het operationele hoofdkantoor van verweerder is gevestigd in het World Trade Center op Schiphol. Verweerder valt niet onder enige CAO.

2.3 Verweerder heeft samen met de ondernemingsraad op 6 juli 2007 een Mobility Plan

vastgesteld in verband met de verhuizing van de onderneming van Rotterdam naar Schiphol. Het Mobility Plan loopt van 1 augustus 2007 tot en met 1 augustus 2010.

2.4 In het Mobility Plan zijn voor de werknemers diverse faciliteiten opgenomen om tegemoet te komen aan de mogelijke nadelige gevolgen van de verhuizing, zoals additionele reiskostenvergoeding, compensatie van extra reistijd, werken vanuit huis, flexibele werktijden, mogelijkheid om 4x9 uur per dag te werken, een uitgebreid verhuiskostenpakket en een extra vergoeding voor gemaakte kosten voor kinderopvang. Deze faciliteiten staan open zowel voor werknemers die niet willen en/of kunnen meeverhuizen en/of reizen naar de nieuwe locatie als voor werknemers die wel willen meeverhuizen en/of reizen naar de nieuwe locatie.

2.5 Een werknemer kan, in geval er verschil van inzicht bestaat over de toepassing van een faciliteit uit het Mobility Plan, een verzoek indienen bij de Bezwarencommissie van verweerder.

2.6 Het Mobility Plan bevat ook een 55-plus regeling, waarin is opgenomen dat werknemers van 55 jaar en ouder in plaats van 40 uur 36 uur per week kunnen gaan werken met behoud van salaris. Indien deze werknemers gebruik maken van de mogelijkheid om 4x9 uur per week te gaan werken, kunnen zij er ook voor kiezen om in plaats van 36 uur 32 uur per week te gaan werken, eveneens met behoud van salaris.

2.7 Voorts is in het Mobility Plan in hoofdstuk 6 een vrijwillige vertrekregeling opgenomen. Ingevolge artikel 6.1 van het Mobility Plan kunnen werknemers opteren voor beëindiging van het dienstverband met verweerder als zij voldoen aan een aantal cumulatieve voorwaarden, onder meer verband houdend met de (door de verhuizing toegenomen) reistijd. Door partijen wordt niet betwist dat verzoeker voldoet aan de criteria om in aanmerking te komen voor de vertrekregeling.

2.8 De vertrekregeling bestaat uit een vertrekvergoeding die is gebaseerd op de kantonrechttersformule  $A \times B \times C$ , waarbij A staat voor het aantal gewogen dienstjaren en B voor het maandsalaris, vermeerderd met een twaalfde deel van het gemiddelde van de daadwerkelijk uitbetaalde Pay for Performance over 2006, 2005 en 2004, plus hypotheeksuppletie. De factor C is vastgesteld op 1.4.

2.9 Ter vaststelling van de hoogte van factor A worden de dienstjaren afgerond tot hele dienstjaren, waarbij een periode van zes maanden of meer wordt afgerond naar één dienstjaar. Een periode van minder dan zes maanden telt niet mee als dienstjaar. De dienstjaren worden vervolgens als volgt gewogen:

Elk dienstjaar tot het 40e levensjaar telt als 1; elk dienstjaar vanaf het 40e tot het 50e levensjaar telt als 1,5; elk dienstjaar vanaf het 50e levensjaar telt als 2.

2.10 In artikel 6.1 van het Mobility Plan is tevens bepaald dat de vertrekvergoeding niet meer bedraagt dan het laagste bedrag van de volgende twee opties:

- (1) het salaris dat de werknemer zou hebben verdiend als hij in dienst zou zijn gebleven tot zijn pensioengerechtigde leeftijd, waarbij vroegpensioenbetalingen en/of inkomen in aanmerking worden genomen, voor zover van toepassing, óf
- (2) een bedrag van € 300.000,-.

2.11 Op grond van artikel 6.2 van het Mobility Plan had een werknemer tot uiterlijk 19 mei 2008 de tijd om aan verweerder kenbaar te maken of hij gebruik wilde maken van de vertrekregeling. Verzoeker heeft in verband met zijn gezondheidstoestand uitstel gekregen tot 31 oktober 2008. Verzoeker had ten tijde van de behandeling van dit verzoek niet aan verweerder kenbaar gemaakt of hij gebruik wil maken van de vertrekregeling.

2.12 Uit het overzicht dat verweerder heeft overgelegd aan de Commissie, blijkt dat op 1 augustus 2007 67 werknemers in dienst waren bij verweerder. Van deze 67 werknemers vielen 60 werknemers onder de werkingssfeer van het Mobility Plan. Van deze 60 werknemers hebben 27 werknemers gebruik gemaakt van de vertrekregeling.

2.13 De leeftijd van de 60 werknemers die onder het Mobility Plan vallen is als volgt:

25-30 jaar: vijf werknemers die onder de werkingssfeer van het Mobility Plan vielen, waarvan vier werknemers gebruik hebben gemaakt van de vertrekregeling. De vergoeding die ieder van deze vier werknemers heeft ontvangen lag onder € 300.000,-.

30-35: zestien werknemers die onder de werkingssfeer van het Mobility Plan vielen, waarvan zeven werknemers gebruik hebben gemaakt van de vertrekregeling. De vergoeding die ieder van deze zeven werknemers heeft ontvangen lag onder € 300.000,-.

35-40: veertien werknemers die onder de werkingssfeer van het Mobility Plan vielen, waarvan zeven werknemers gebruik hebben gemaakt van de vertrekregeling. De vergoeding die ieder van deze zeven werknemers heeft ontvangen lag onder € 300.000,-.

40-45: tien werknemers die onder de werkingssfeer van het Mobility Plan vielen, waarvan vier werknemers gebruik hebben gemaakt van de vertrekregeling. De vergoeding die ieder van deze vier werknemers heeft ontvangen lag onder € 300.000,-.

45-50: acht werknemers die onder de werkingssfeer van het Mobility Plan vielen, waarvan twee werknemers gebruik hebben gemaakt van de vertrekregeling. De vergoeding die ieder van deze twee werknemers heeft ontvangen lag onder € 300.000,-.

50-55: één werknemer die onder de werkingssfeer van het Mobility Plan viel. Deze werknemer heeft geen gebruik gemaakt van de vertrekregeling.

55-60: vier werknemers die onder de werkingssfeer van het Mobility Plan vielen, waarvan twee werknemers gebruik hebben gemaakt van de vertrekregeling. De vergoeding die een van deze werknemers heeft ontvangen lag onder € 300.000,-. Op één werknemer is de maximering van toepassing en hij zou een vergoeding van € 300.000,- ontvangen. Deze werknemer heeft echter bezwaar aangetekend bij de Bezwarencommissie. Uiteindelijk heeft verweerder aan deze werknemer een vertrekvergoeding betaald zonder maximering, waarbij de C-factor is verlaagd naar 1.

60-65: twee werknemers die onder de werkingssfeer van het Mobility Plan vielen, waarvan één van deze werknemers gebruik heeft gemaakt van de vertrekregeling. De vergoeding die deze werknemer heeft ontvangen lag onder € 300.000,-. De tweede werknemer is verzoeker, die, wanneer hij gebruik zou maken van de vertrekregeling, de gemaximeerde vergoeding van € 300.000,- zou ontvangen.

2.14 De vertrekregeling staat nog tijdelijk open voor twee werknemers in de leeftijdscategorie 55-65 jaar. Aan de ene werknemer, die langdurig arbeidsongeschikt is, is uitstel verleend tot 1 april 2009 en aan de andere werknemer, die al geruime tijd in het buitenland zijn werkzaamheden verricht, tot 1 september 2009. Indien zij gebruik maken van de vertrekregeling, zullen deze twee medewerkers te maken krijgen met de maximering van de vertrekvergoeding.

2.15 In totaal is van de zes werknemers van 55 jaar en ouder, van één medewerker de vergoeding door de maximering begrensd. Na bezwaar is verweerder met deze medewerker een andere regeling overeengekomen.

Drie medewerkers zullen, wanneer zij van de vertrekregeling gebruik maken, te maken krijgen met de maximering. Verzoeker is één van hen. Géén van de werknemers jonger dan 55 jaar kwam in aanmerking voor een vergoeding die zo hoog was, dat de maximering van toepassing was.

2.16 Hoewel daarvoor oorspronkelijk niet bedoeld, heeft verweerder ter zitting verklaard dat de vertrekregeling ook is aangeboden aan werknemers, die niet tevreden waren met de functie waarop zij binnen de binnen de nieuwe organisatie waren geplaatst. Hiervan heeft een aantal werknemers gebruik gemaakt. In totaal hebben hierdoor 40 tot 45 werknemers gebruik gemaakt van de vertrekregeling.

### 3 Beoordeling van het verzoek

3.1 In geding is de vraag of verweerder jegens verzoeker onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt door de vertrekvergoeding, zoals geregeld in het Mobility Plan ten behoeve van de verhuizing van verweerder, te maximeren tot € 300.000,-.

#### *Wettelijk kader*

3.2 Ingevolge artikel 3, aanhef en onderdeel e, van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL), is onderscheid naar leeftijd bij de (toepassing van) arbeidsvoorwaarden, waaronder begrepen beloning, verboden. Het begrip beloning in de zin van artikel 141 EG omvat alle tegenwoordige en toekomstige in geld of natura betaalde vergoedingen, mits de werkgever deze aan de werknemer betaalt - direct dan wel indirect - uit hoofde van de dienstbetrekking. Nu de onderhavige vertrekvergoeding wordt toegekend in het kader van de beëindiging van de arbeidsverhouding met verweerder, valt daarmee de vertrekvergoeding onder het begrip beloning. Derhalve kan getoetst worden aan artikel 3 WGBL.

#### *Ontvankelijkheid van het verzoek*

3.3 Verweerder heeft aangevoerd dat verzoeker geen belang heeft bij een oordeel van de Commissie. Alhoewel verzoeker in verband met zijn gezondheid tot 31 oktober 2008 uitstel heeft gekregen, heeft hij niet aan verweerder laten

weten dat hij gebruik wil maken van de vertrekvergoeding. Zodoende kan verzoeker daar geen aanspraak meer op maken.

3.4 Tevens betwist verweerder de ontvankelijkheid van verzoeker ten aanzien van de mogelijkheid om gebruik te maken van de vertrekvergoeding in verband met het feit dat de functie van verzoeker zou zijn komen te vervallen. De werkzaamheden van verzoeker zijn nog steeds voorhanden. Verweerder is met verzoeker in gesprek over de invulling van zijn functie.

3.5 Tot slot heeft verweerder aangevoerd dat verzoeker nooit de mogelijkheid heeft benut om de Bezwarencommissie in te schakelen om op die wijze een oordeel over de vertrekregeling te verkrijgen, waardoor hij thans niet ontvankelijk is bij de Commissie.

3.6 Verzoeker heeft aangevoerd dat hij vanwege zijn leeftijd benadeeld wordt door de maximering van de vertrekvergoeding. Jongere collega's daarentegen worden niet getroffen.

Daarnaast heeft verzoeker aangevoerd dat verweerder de vertrekvergoeding tevens toepast als er voor een werknemer geen passende functie meer voorhanden is. Zijn functie is deels vervallen en deels naar Parijs verplaatst. Verweerder heeft verzoeker geen passende functie aangeboden en dient derhalve minimaal de vertrekregeling toe te passen, zoals ook afgesproken met de OR. Ter bepaling van de hoogte van de vertrekvergoeding heeft verzoeker belang bij een oordeel.

3.7 De Commissie overweegt hieromtrent als volgt. Het verstrijken van de sluitingstermijn om aanspraak te kunnen maken op een vertrekvergoeding tast de ontvankelijkheid van verzoeker niet aan. Het verzoek valt onder de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving en derhalve is verzoeker ontvankelijk. Ook het verweer dat verzoeker nooit de maximering van zijn vertrekvergoeding heeft voorgelegd aan de bezwarencommissie treft geen doel. Voor de ontvankelijkheid van een verzoek bij de Commissie is niet vereist dat verzoeker eerst andere juridische middelen heeft uitgeput en/of een interne procedure heeft doorlopen. De Commissie ziet voldoende belang om de voorliggende vraag te beantwoorden. Verzoeker is derhalve ontvankelijk in zijn verzoek (vergelijk CGB 5 juni 2007, 2007-89 en CGB 7 augustus 2006, 2006-172).

3.8 Met betrekking tot hetgeen door partijen ter zitting is aangevoerd over het toepassen van een vertrekvergoeding ingeval geen passende

functie beschikbaar is, merkt de Commissie op dat partijen verdeeld zijn over de vraag of er een passende functie voor verzoeker aanwezig is. De Commissie zal dit aspect buiten beschouwing laten, aangezien de rechtsvraag die aan de Commissie is voorgelegd de vertrekvergoeding betreft zoals die in het kader van de verhuizing in het Mobility Plan is vastgelegd. Dat de vertrekvergoeding in een later stadium mogelijk voor een ander doel is gebruikt, valt buiten de reikwijdte van het verzoek.

#### *Direct of indirect onderscheid?*

3.9 Artikel 1 van de WGBL verbiedt onderscheid op grond van leeftijd. Onder onderscheid wordt verstaan onderscheid op grond van leeftijd (direct onderscheid) of op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dat onderscheid op grond van leeftijd tot gevolg heeft (indirect onderscheid).

3.10 De Commissie constateert dat de maximering van de vertrekregeling niet afhankelijk is gesteld van de leeftijd van de werknemer. Verweerder heeft ter zitting bevestigd dat de maximering van de vertrekvergoeding geldt voor alle werknemers die vallen onder het Mobility Plan. Derhalve is geen sprake van direct onderscheid op grond van leeftijd.

3.11 Vervolgens is de vraag aan de orde of de maximering van de vertrekvergoeding leidt tot indirect onderscheid op grond van leeftijd.

3.12 Verzoeker wijst erop dat jongere werknemers die gebruik maken van de vertrekregeling een volledige vertrekvergoeding krijgen uitbetaald. Met name, zo niet uitsluitend, oudere werknemers worden getroffen door de maximering. Oudere werknemers hebben immers vaker een groter aantal dienstjaren en deze dienstjaren tellen bij de berekening van de factor A voor oudere werknemers extra mee.

Door de maximering van de vertrekvergoeding worden oudere werknemers getroffen, omdat de vergoeding die normaliter gezien de duur van het dienstverband en de leeftijd tot uitbetaling zou komen, door de maximering niet meer tot uitbetaling komt.

Verzoeker stelt dat vier van de zes werknemers van 55 jaar en ouder, inclusief verzoeker, worden getroffen door de regeling, terwijl dat bij geen van de werknemers jonger dan 55 jaar het geval is. Nu door de maximering van de vertrekvergoeding slechts oudere werknemers worden getroffen, is volgens verzoeker sprake van onderscheid op grond van leeftijd.

3.13 Verweerder heeft verklaard dat het salaris van verzoeker behoort tot de top 5 van de medewerkers, die in aanmerking komen voor de vertrekregeling. Het gemiddelde salaris van het werknemersbestand is € 5.500,- en van verzoeker € 12.000,- bruto per maand. Daarnaast is het gemiddelde aantal dienstjaren van de werknemers die in aanmerking komen voor de vertrekregeling ongeveer 5 jaar, terwijl verzoeker 36 dienstjaren heeft.

Juist de combinatie van dit hoge salaris en het hoge aantal dienstjaren maken dat de vergoeding van verzoeker gemaximeerd wordt als hij opteert uit dienst te treden. Het is niet de leeftijd van verzoeker die dit veroorzaakt. Van oudere werknemers met minder dienstjaren en/of lagere inkomens wordt immers de vergoeding niet begrensd door de maximering. Uit de groep van 55-plussers wordt de vergoeding van twee werknemers niet gemaximeerd. Werknemer X is 62 jaar oud en blijft ver onder het maximum: hij ontvangt € 130.815,-. De vergoeding van werknemer Y, 56 jaar oud en 23 jaar in dienst, wordt ook niet begrensd door de maximering. Hij ontvangt € 184.664,-. Ook jongere werknemers met een substantieel aantal dienstjaren en met een hoog salaris zouden aan de maximale vergoeding kunnen komen. Verweerder is daarom van mening dat er geen onderscheid wordt gemaakt op grond van leeftijd.

3.14 Allereerst merkt de Commissie op dat met toepassing van de factor A (gewogen dienstjaren) in de vertrekregeling als zodanig, zowel indirect als direct onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt ten nadele van jongeren. Immers, er is sprake van indirect onderscheid op grond van leeftijd door rekening te houden met het aantal dienstjaren, aangezien oudere werknemers vaker een langere diensttijd hebben dan jongere werknemers. Direct onderscheid ligt besloten in het vermenigvuldigen van de dienstjaren die zijn doorlopen boven de 40 met 1,5 en dienstjaren boven de 50 met 2 (zie advies "Leeftijdsonderscheid in Sociale Plannen", advies 2007/05 van 14 september 2007, p. 17). Hieruit volgt dat verweerder met de vertrekregeling een onderscheidmakende regeling hanteert, die met name jongeren benadeelt.

3.15 De Commissie constateert dat alhoewel met het toepassen van factor A in de vertrekregeling onderscheid naar leeftijd wordt gemaakt, dit niet leidt tot nadeel voor verzoeker. Verzoekers nadeel ontstaat door de maximering van de vertrekvergoeding. Alhoewel partijen uitkomen op verschillende bedragen, staat tussen partijen vast dat verzoeker zonder maximering een hogere vergoeding dan € 300.000,- zou

hebben ontvangen. De beoordeling beperkt zich derhalve tot de maximering van de vertrekvergoeding.

3.16 Vervolgens is de vraag aan de orde of de maximering van de vertrekvergoeding leidt tot indirect onderscheid op grond van leeftijd. Zoals gezegd hebben ouderen gemiddeld meer gewogen dienstjaren dan jongeren, waardoor bij ouderen de berekening op basis van de kantonrechtर्सformule eerder de hoogte van het maximum van € 300.000,- overstijgt dan bij jongeren. Dit blijkt ook uit het overzicht van verweerder van de werknemers die in aanmerking komen voor de vertrekvergoeding (zie overweging 2.12 en 2.13).

Uit dit overzicht, gevoegd bij de toelichting van verweerder ter zitting, blijkt dat voor vier van de zes werknemers uit de leeftijdscategorie 55-plus, waaronder verzoeker, de vertrekvergoeding op basis van de formule  $A \times B \times C$  hoger is dan de maximering. De maximering van de vertrekvergoeding leidt daarom tot indirect onderscheid op grond van leeftijd.

3.17 Dat van drie werknemers, waaronder verzoeker, de vergoeding nog niet is begrensd door de maximering omdat zij nog geen aanspraak hebben gemaakt op de vertrekvergoeding, doet naar het oordeel van de Commissie niet af aan bovenstaande conclusie dat de maximering van de vertrekvergoeding leidt tot indirect onderscheid op grond van leeftijd, nu ingevolge Richtlijn 2000/78 van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep er niet alleen sprake is van onderscheid wanneer een betrokkene ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie, maar ook als hij ongunstiger zou worden behandeld.

#### *Objectieve rechtvaardiging*

3.18 Ingevolge artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, WGBL kan het maken van onderscheid op grond van leeftijd onder omstandigheden objectief gerechtvaardigd zijn. In dat geval dient de partij die mogelijk verboden onderscheid heeft gemaakt feiten aan te dragen ter rechtvaardiging hiervan. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte. Een legitiem doel vereist voorts

dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan, levert het onderscheid geen strijd op met de WGBL.

#### *Doel van de maximering van de vertrekvergoeding*

3.19 Verweerder heeft aangevoerd dat bij het opstellen van het Mobilityplan het streven is geweest dat alle werknemers in dezelfde functie als voorheen naar de nieuwe vestigingsplaats mee zouden overgaan. Aan die werknemers die niet mee konden of wilden verhuizen, heeft verweerder een vertrekvergoeding willen geven. Echter, verweerder heeft deze vergoeding gemaximeerd met als doel om zo het dienstverband met zijn werknemers, in het bijzonder zijn oudere, meer ervaren medewerkers, te continueren. Verweerder heeft er belang bij om kennis binnen zijn organisatie te houden omdat de werkzaamheden van verweerder voor een groot deel afhankelijk zijn van de kennis en kunde van deze werknemers.

Juist om te voorkomen dat oudere, meer ervaren werknemers door de verhuizing vertrekken, heeft verweerder in overleg met de OR afgesproken dat de vertrekvergoeding niet hoger mag zijn dan € 300.000,- om te voorkomen dat deze groep werknemers een te grote financiële prikkel ervaren om hun dienstverband op te zeggen. Voorts heeft verweerder de 55-plus regeling ingevoerd (zie onder 2.6), ook om het voor oudere werknemers aantrekkelijk te maken om in dienst te blijven.

3.20 De Commissie acht het doel dat verweerder nastreeft voldoende zwaarwegend. Hoewel het doel van verweerder gericht is op het behoud van een specifieke groep werknemers, namelijk oudere, meer ervaren werknemers, en derhalve refereert aan de leeftijd van de werknemers, acht de Commissie het doel in zichzelf niet discriminerend. Het gaat verweerder immers niet om de leeftijd van de werknemers, maar juist om de kennis en kunde die deze werknemers over de jaren heen hebben opgebouwd. Daarbij komt dat een van de doelstellingen van de WGBL is het vergroten van de arbeidsparticipatie van met name ouderen en hen zoveel mogelijk te behouden binnen de organisatie en met zijn doel draagt verweerder juist bij aan deze doelstelling van de WGBL. De Commissie acht het doel derhalve legitiem.

*Middel passend?*

3.21 Het middel om het doel – het dienstverband met in het bijzonder de oudere, meer ervaren medewerkers te continueren – te bereiken is het maximaleren van de vertrekvergoeding tot € 300.000,-. Duidelijk is dat de vertrekpremie voor het overgrote deel van het personeel zodanig aantrekkelijk is geweest dat voor vertrek is gekozen. Daardoor zijn nogal wat werknemers met zeven tot tien jaar ervaring vertrokken, evenals de werknemers met meer ervaringsjaren maar een lager salaris. De enige medewerkers van wie de vertrekvergoeding door de maximering begrensd (zullen) worden zijn vier werknemers van 55 jaar en ouder met veel anciënniteit en een hoog salaris. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de maximering maar in beperkte mate het doel heeft bereikt. Verweerder heeft dit erkend en heeft verklaard dat achteraf bezien het bedrag van de maximering te hoog is gekozen. Dat neemt naar het oordeel van de Commissie niet weg dat het middel, hoewel ‘under inclusive’, in beginsel geschikt is om het doel, namelijk het behoud van met name oudere, meer ervaren werknemers, te bereiken. Immers, door de maximering van de vertrekregeling wordt een lagere vergoeding uitgekeerd, waardoor in ieder geval de werknemers met een lange staat van dienst worden gestimuleerd in dienst te blijven. Dit geldt te meer nu verweerder naast de maximering van de vertrekregeling de 55-plus regeling, zoals vermeld onder 2.6, heeft gemaakt die moet bijdragen aan het behouden van oudere, meer ervaren werknemers.

*Middel noodzakelijk?*

3.22 Verzoeker is van mening dat het middel niet noodzakelijk is. Er is immers een alternatief voorhanden dat geen onderscheid naar leeftijd maakt. Verweerder had het totale uitkeringsbedrag gelijkelijk over de werknemers kunnen verdelen en niet hoeven kiezen voor een constructie waardoor alleen ouderen worden getroffen. Verzoeker is van mening dat als factor C op 1 was vastgesteld en er geen maximering was gehanteerd, de totale kosten voor verweerder ongeveer gelijk waren geweest aan de uitkomst met factor C = 1,4 in combinatie met de maximering.

3.23 Verweerder stelt dat het middel noodzakelijk is. Hiertoe heeft hij aangevoerd dat de maximering van de vertrekvergoeding de enige mogelijkheid was om het doel zo optimaal mogelijk te bereiken. Anders zou het te aantrekkelijk worden voor zijn meer ervaren werknemers om uit dienst te treden. Daarbij komt dat verweerder tegemoet wilde komen

aan de wens van de OR tijdens de onderhandelingen om factor C op 1,4 vast te stellen. Daarnaast stelt verweerder dat door verlaging van de C-factor, zoals verzoeker voorstelt, juist werknemers met een kort dienstverband in het nadeel zouden zijn.

3.24 De Commissie acht het niet goed voorstelbaar dat een ander, minder onderscheidmakend middel voorhanden is om het doel te bereiken. Het verlagen van factor C naar 1 zonder een maximering te hanteren, zoals verzoeker voorstelt, heeft weliswaar een gunstig effect op de hoogte van de vertrekvergoeding van verzoeker, maar kan niet dienen om het doel te bereiken. Immers door het hanteren van factor C = 1 en het opheffen van de maximering wordt het voor verzoeker aantrekkelijker om van de vertrekvergoeding gebruik te maken, terwijl verweerder juist met haar vertrekregeling beoogt (ervaren) medewerkers voor haar organisatie te behouden. Het middel voldoet derhalve aan de subsidiariteits eis. Ten aanzien van de proportionaliteit van het middel geldt dat het onvermijdelijk is dat bij regelingen als de onderhavige grenzen worden getrokken. Verweerder heeft in het Mobily Plan een royale vertrekregeling opgenomen en de vergoeding gemaximeerd tot € 300.000,- naast alle andere faciliteiten, zoals opgenomen onder 2.4 en 2.6. De Commissie acht deze maximering in redelijke verhouding staan tot het doel en acht derhalve het middel proportioneel. De Commissie acht daarom het gekozen middel ook noodzakelijk om het doel te bereiken.

3.25 Gelet op bovenstaande overwegingen oordeelt de Commissie dat het onderscheid op grond van leeftijd dat voortvloeit uit de maximering van de vertrekvergoeding objectief gerechtvaardigd is. Verweerder heeft derhalve geen onderscheid op grond van leeftijd jegens verzoeker gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden, zoals verboden in artikel 3, aanhef, onderdeel e, WGBL.

#### 4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . . jegens . . . . geen verboden onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt door de vertrekvergoeding te maximaleren.

Aldus gegeven te Utrecht op 3 april 2009 door mr. drs. P.H.A. van Geel, voorzitter, mr. C.A. Goudsmit en mr. P. de Casparis, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. N. Günes, secretaris.



## Noot door mr. dr. M. Heemskerck

1. Deze zaak betreft de vraag of een maximering van de vergoeding tot een bedrag van €300.000,- in een vrijwillige vertrekregeling verboden leeftijdsonderscheid meebrengt. Een oudere werknemer verzocht de Commissie Gelijke Behandeling (CGB of Commissie) zich hierover uit te spreken. De Commissie oordeelde dat het maximumbedrag voor oudere werknemers geen verboden leeftijdsonderscheid vormde. In deze bijdrage bespreek ik het oordeel van de Commissie en de betekenis daarvan voor vrijwillige vertrekregelingen.

2. In juni 2007 fuseerde de oude werkgever van verzoeker. Het gevolg van die fusie was een verhuizing van de onderneming van Rotterdam naar het WTC op Schiphol. In juli 2007 heeft het fusielichaam met de OR een Mobility Plan vastgesteld in verband met de verhuizing naar Schiphol. In dat Mobility Plan stonden verschillende faciliteiten om tegemoet te komen aan de nadelen van de verhuizing, zoals aanvullende reiskostenvergoeding, thuiswerkmogelijkheden en arbeidsduurverkortung voor 55-plussers. Onderdeel van dat plan vormde ook een vrijwillige vertrekregeling voor werknemers die aan bepaalde criteria voldeden. Eén van die criteria was een toegenomen reistijd. De maximering van de vertrekvergoeding vormde de aanleiding voor een oudere werknemer om de Commissie te benaderen.

3. De vertrekvergoeding was gebaseerd op de toen geldende kantonrechtersformule aantal gewogen dienstjaren (A) maal beloning (B), met een correctiefactor van 1.4 (C). Zoals bekend nemen kantonrechters bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst deze formule tot uitgangspunt om de ontslagvergoeding te bepalen. Die formule wordt in veel vertrekregelingen en sociale plannen tot uitgangspunt genomen. De vertrekvergoeding was in dit geval gemaximeerd tot het laagste van de volgende twee bedragen: (1) inkomensderving tot de pensioengerechtigde leeftijd of (2) €300.000,-. De 'reguliere' kantonrechtersformule kent alleen de maximering van inkomensderving tot pensioengerechtigde leeftijd en niet een maximumbedrag.

4. De eerste vraag waar de Commissie zich over moest buigen betrof de ontvankelijkheid. Het aanbod voor de vertrekregeling stond namelijk slechts tijdelijk open voor werknemers. De gegeven en later verlengde termijn had de werknemer laten verstrijken. Evenmin had hij gebruik gemaakt van de mogelijkheid om zijn bezwaren voor te leggen aan de aanwezige

bezwarencommissie. Beide argumenten vormden geen aanleiding voor de Commissie om zich niet-ontvankelijk te verklaren. De CGB verwees daarbij naar eerdere oordelen (CGB 7 augustus 2006, 2006-172 en CGB 5 juni 2007, 2007-89).

5. Vanuit de wettelijke taak van de Commissie bezien is die opstelling juist. Die taak is beperkt tot het beoordelen van de gelijkebehandelvraag (discriminatie of geen discriminatie). In oordeel 2007-89 claimde de werkgever – het betrof de vraag of een leeftijdsafhankelijke vertrekregeling in strijd was met de WGBL – dat verzoeker niet-ontvankelijk was wegens de aanwezigheid van een vaststellingsovereenkomst. De werkgever voerde aan dat de wet voorzag in de mogelijkheid om bij een vaststellingsovereenkomst af te wijken van dwingend recht (vergelijk artikel 7:900 BW), dus ook van de WGBL. De Commissie liet beantwoording van die vraag in het midden omdat de taak van de CGB is beperkt tot het geven van een oordeel over de gelijkebehandelvraag.

6. In oordeel 2006-179 werd de CGB een ouderenregeling in een sociaal plan voorgelegd, terwijl de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter al was ontbonden met een vergoeding die afweek van het sociaal plan. Bovendien had de kantonrechter geoordeeld dat sprake was van verboden leeftijdsonderscheid. De werkgever stelde dat verzoeker geen belang meer had bij een oordeel van de CGB. De Commissie ging daar niet in mee omdat het niet uitgesloten was dat verzoeker nog een vordering aan de kantonrechter kon voorleggen (zie overweging 3.3).

7. Het passeren van dergelijke niet-ontvankelijkheidsverzoeken door de Commissie – zoals de gestelde termijnoverschrijding of het niet uitgeput zijn van juridische middelen – lijkt mij conform de wet. De Commissie onderzoekt immers slechts of er verboden onderscheid wordt gemaakt (artikel 12 AWGB jo. 14 WGBL). Bij de civiele rechter kan een zelfde soort vordering afstuiten op ontvankelijkheidsgronden die de Commissie niet toetst. Dat is inherent aan het systeem. Het toetsingsbereik van de rechter – ook voor wat betreft rechtsvragen over niet-ontvankelijkheid – is breder dan dat van de Commissie. De wettelijke beperking vanuit de taak van de Commissie geldt ook voor de in dit oordeel opgeworpen vraag of er na het vervallen van de functie van verzoeker een passende functie is. Dat is geen gelijkebehandelvraag. Daarom valt die vraag buiten het bereik van de Commissie. Aan justitiabelen valt dat verschil soms moeilijk uit te leggen.

8. Terug naar de maximering van de vertrekvergoeding. Het plafond van €300.000,- bevat geen directe leeftijdsgrens maar treft in overwegende mate oudere werknemers. Ouderen hebben doorgaans meer gewogen dienstjaren en bereiken eerder het plafond dan jongeren. De feitelijke gegevens bij de werkgever bevestigen dat beeld. Voor vier van de zes werknemers in de leeftijdscategorie 55-plus zou de kantonrechttersformule meer opleveren dan het plafond van €300.000,-. 55-minners werden niet getroffen door de maximering.

9. Als objectieve rechtvaardiging voerde de werkgever aan dat hij de vertrekvergoeding had gemaximeerd om het dienstverband met zijn werknemers, in het bijzonder zijn oudere werknemers voort te zetten. De werkgever heeft er belang bij om kennis en kunde van met name oudere werknemers te behouden.

10. De CGB acht het behoud van ervaren, oudere werknemers een legitiem doel, dat aansluit bij de doelstelling van de WGBL om de arbeidsdeelname van ouderen te vergroten. Hoewel de maximering volgens de CGB onder-inclusive is – de maximering leidt maar in beperkte mate tot het doel omdat slechts vier 55-plussers worden geraakt door het plafond en het overgrote deel gebruik heeft gemaakt van de vertrekregeling – is de maximering in beginsel een geschikt middel. De lagere vergoeding stimuleert oudere, ervaren werknemers met een lange staat van dienst immers om in dienst te blijven, aldus de CGB.

11. Het plafond doorstaat eveneens de noodzakelijkheidstoets. De werknemer noemde als alternatief voor de maximering een neutrale kantonrechttersformule op basis van  $C=1$ . In dat geval waren de totale kosten van de vertrekregeling gelijk gebleven. De CGB ging daar niet in mee. Opheffing van de maximering zou de stimulans voor ervaren werknemers om te blijven wegnemen. De royale vertrekregeling, een vertrekpremie van €300.000,-, was proportioneel. De Commissie oordeelde dan ook dat de werkgever geen verboden leeftijds onderscheid had gemaakt door de vertrekvergoeding te maximieren.

12. De Commissie heeft de knoop doorgehakt en geoordeeld dat deze maximumvergoeding geen verboden onderscheid oplevert. Het dubbelteje had mijns inziens ook de andere kant kunnen oprollen. Dat het stimuleren van de arbeidsdeelname van oudere werknemers een legitiem doel is, lijkt mij geen onderwerp van discussie. Minder overtuigd ben ik van de stelling dat de maximering van de vertrekregeling

door een lump sum een geschikt middel is om oudere werknemers in dienst te houden.

13. Bij de doelmatigheidstoets gaat het om de vraag of het middel, de maximering van de vertrekregeling, leidt tot het beoogde doel, namelijk behoud van oudere werknemers. De CGB noemt de regeling onder-inclusive. Dat ontbreken van voldoende causaal verband tussen doel en middel is een aanwijzing dat de maximering niet passend is. Uit de kwalificatie onder-inclusive leid ik af dat ook de Commissie hier zijn aarzelingen had. Kennelijk geeft de Commissie de werkgever hier het voordeel van de twijfel door de stimulans die de regeling oudere werknemers geeft om te blijven. Dat roept de vraag op wanneer een regeling die onder-inclusive is, niet meer passend is in de ogen van de Commissie. Die grens is (mij) niet duidelijk.

14. Een andere visie op de geschiktheid van het harde plafond is mogelijk. Leidt de maximering er daadwerkelijk toe dat oudere, ervaren werknemers geen gebruik maken van de vertrekregeling en blijven? Uit de casus wordt mij niet duidelijk of de door het plafond getroffen oudere werknemers besluiten om (1) af te zien van de vertrekregeling en (2) of dat verband houdt met de maximering. Ik ben er niet van overtuigd dat een maximering van €300.000,- oudere werknemers er van weerhoudt om gebruik te maken van de vertrekregeling. Een vergoeding van drie ton wekt overigens niet bepaald medelijden op. De gelijkebehandelvraag is evenwel of de vergoeding van drie ton een gerechtvaardigde benadeling is ten opzichte van de kantonrechttersformule die jongeren toucheren omdat jongeren het plafond niet bereiken. Voor zover het maximum oudere werknemers al stimuleert om te blijven werken, is dat een negatieve prikkel. Wordt die negatieve prikkel groter – bijvoorbeeld een maximum van €100.000,- – dan is de regeling sneller disproportioneel.

15. Werknemers zoals verzoeker zien zich gesteld voor de keuze tussen een bedrag van €300.000,- zonder de verplichting nog langer te werken of daarvan afzien en in dienst blijven. In dat geval moet de oudere werknemer natuurlijk wel doorwerken, al biedt de arbeidsduurvermindering uit het Mobility Plan (behoud van volledig loon ondanks ADV) hem enig soelaas. Wanneer vrije tijd geld waard is, zullen vermoedelijk weinig oudere werknemers bereid zijn te blijven werken. Daarom heb ik aarzelingen over de effectiviteit van die prikkel en daarmee de geschiktheid van het middel.

16. Indien het middel op grond van bovenstaande argumenten niet geschikt is, had de maximering van €300.000,- tot verboden leeftijdsonderscheid geleid. De werknemer had dan terug kunnen vallen op ofwel de kantonrechttersformule of de inkomensschade tot de pensioendatum (conform aanbeveling 3.5 van de kantonrechttersformule).

17. De oudere werknemers op wie de maximering van toepassing is, zullen geïrriteerd zijn dat zij in plaats van de kantonrechttersformule (hier op basis van  $C=1.4$ ) of de inkomensschade tot pensioendatum de maximumvergoeding krijgen. De maximering staat haaks staat op het beginsel van beloning van bedrijfstrouw. Oudere, ervaren werknemers zijn relatief slechter af dan jongere collega's die het bedrijf minder lang hebben gediend. Bij het andere plafond - de inkomensschade tot pensioendatum - is de ratio voor maximering beter uitlegbaar. Werknemers krijgen dan hetzelfde bedrag dat zij zouden hebben verdiend tot hun pensioendatum, zodat het ontslag geen (financieel) nadelige gevolgen voor hen heeft. Dat alternatieve plafond was er dus al. Zowel CGB als de kantonrechter Heerlen was van oordeel dat een maximering van inkomensschade tot pensioendatum geen verboden leeftijds onderscheid oplevert (CGB 18 oktober 2007, 2007-182, Ktr. Heerlen 23 augustus 2006, *JAR* 2006, 230, kritisch is Ktr. Maastricht 14 oktober 2009, *PJ* 2009, 193)

18. Als alternatief voor het maximumbedrag kan - tegemoet komend aan het argument om bedrijfstrouw te belonen - een ander instrument soelaas bieden om oudere werknemers te behouden. In plaats van een negatieve prikkel voor oudere werknemers kan een retentievergoeding geboden worden voor (oudere) werknemers die bij het bedrijf blijven. Voordeel van die retentievergoeding is dat daarmee de loyale werknemers worden beloond. Dat lijkt beter aan te sluiten en is naar mijn verwachting effectiever dan het verminderen van een vertrekregeling. Doorwerken loont dan. Die

positieve prikkel is niet zonder meer een gelijkwaardig alternatief (denk aan de subsidiariteitstoets) voor de maximumvergoeding. Meegewogen moet worden dat de positieve prikkel van een retentievergoeding de werkgever meer geld kost dan de negatieve prikkel van een maximumvergoeding. Dat alternatief leidt derhalve tot verschuivingen in het budget voor de vertrekregeling.

19. De redenering dat oudere werknemers gestimuleerd worden om langer te blijven werken door hen een lagere vertrekregeling toe te kennen, heeft iets tegenstrijdigs. Het doet denken aan een Johan Cruijff-achtige redenering (ieder voordeel heeft zijn nadeel). Het voordeel voor de groep oudere werknemers [stimulus om te blijven] gaat ten koste van diezelfde groep; de spreekwoordelijke sigaar uit eigen doos. Oudere werknemers worden beschermd door hen minder gunstig te behandelen. De oudere werknemer in dit oordeel was in ieder geval niet blij met deze 'bescherming'.

20. De consequentie van het oordeel van de Commissie kan zijn dat werkgevers naast de inkomensschade tot de pensioengerechtigde leeftijd (conform aanbeveling 3.5) in vrijwillige vertrekregelingen een lager maximumbedrag opnemen als plafond. Een ietwat cynische gedachte dringt zich bij mij op. Behoud van oudere, ervaren werknemers is een nobel streven en een legitiem doel. Maar ik sluit niet uit dat dit de bijvangst is van een andere, minder noble reden van werkgevers. Een lagere maximumvergoeding voor oudere werknemers betekent voor werkgevers mogelijk een kostenbesparing in de vertrekregeling. Bescherming van oudere werknemers door hun vertrek financieel onaantrekkelijker te maken dan voor jongeren is in die zin geen onverdacht instrument. En dat verkapte kostenmotief staat op gespannen voet met de beschermingsgedachte van de WGBL. Dat pleit ervoor om deze maximumvergoeding voor oudere werknemers kritisch te benaderen.

## 2009-31

### Discrimineert een IVF Polikliniek tegen lesbiennes door weigering van donorzaad?

Noot: prof. dr. C.J. Forder

#### 1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift hebben verzoeksters de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerster jegens hen onderscheid op grond van seksuele gerichtheid heeft gemaakt en haar oordeel daaromtrent kenbaar te maken.

1.2 Verweerster heeft schriftelijk verweer gevoerd. Verzoeksters hebben daarop een schriftelijke reactie gegeven.

1.3 De Commissie heeft partijen opgeroepen hun standpunten ter zitting van 4 november 2008 mondeling nader toe te lichten. De vertegenwoordigers van verweerster waren vergezeld van . . . , coördinator IVF Polikliniek, afdeling gynaecologie.

1.4 Op 17 november 2008 hebben verzoeksters uit eigen beweging nieuwe informatie toegestuurd aan de Commissie en aan verweerster. De Commissie heeft naar aanleiding van deze informatie het onderzoek heropend en verweerster om een reactie gevraagd. Verweerster heeft bezwaar gemaakt tegen de heropening van het onderzoek. De Commissie heeft dit bezwaar niet gehonoreerd. De relevante overwegingen zijn weergegeven onder 3.12 - 3.15. Vervolgens heeft verweerster haar reactie gegeven. Verzoeksters hebben hierop gereageerd bij brief van 19 maart 2009, waarna de Commissie het onderzoek definitief heeft gesloten.

#### 2 Feiten

2.1 Verzoeksters zijn gehuwd. Zij hebben sinds enige jaren een kinderwens. Zij hebben een mannelijk familielid van verzoekster 2 bereid gevonden hen te helpen bij het vervullen van die wens. Na een aantal mislukte pogingen tot zelfinseminatie is in januari 2008 een vruchtbaarheidstraject gestart in een ziekenhuis in Den Haag. Ook hierdoor kwam geen zwangerschap tot stand. In juni 2008 kreeg verzoekster 1 een medische indicatie voor in vitro fertilisatie, hierna: IVF.

2.2 Het Haagse ziekenhuis kent geen voorzieningen voor het uitvoeren van IVF-behandelingen. Daarom heeft dit ziekenhuis verzoeksters verwezen naar verweerster, een academisch ziekenhuis, waarmee zij een samenwerkingsverband heeft. Patiënten van het Haagse ziekenhuis kunnen bij verweerster terecht voor de bevruchting en de terugplaatsing van het embryo. Het eigen, Haagse ziekenhuis verzorgt de controles en de nazorg.

2.3 De behandelende arts in het Haagse ziekenhuis heeft verzoeksters op dezelfde dag dat zij hen had meegedeeld dat verzoekster 1 naar verweerster zou worden doorverwezen, teruggebeld met de mededeling dat verzoekster 1 niet voor behandeling bij verweerster in aanmerking komt, omdat zij gebruik maakt van donorzaad.

2.4 Verweerster beheerde tot 2005 een spermabank. Het bestuur van verweerster heeft besloten tot opheffing daarvan in verband met de aanscherping van de regelgeving voor het beheer van spermabanken.

#### 3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling liggen de volgende vragen voor:

- 1) Maakt verweerster verboden onderscheid op grond van seksuele gerichtheid door het beleid te voeren dat geen IVF-behandelingen worden aangeboden aan vrouwen die gebruik maken van donorzaad?
- 2) Maakt verweerster verboden onderscheid op grond van seksuele gerichtheid bij de feitelijke uitvoering van dat beleid?

##### Wettelijk kader

3.2 In artikel 7, eerste lid, onderdeel c, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), in samenhang met artikel 1 AWGB, is bepaald dat het maken van onderscheid op grond van onder meer seksuele gerichtheid is verboden bij het aanbieden van en het verlenen van toegang tot goederen of diensten, indien dit geschiedt door een instelling die werkzaam is op het gebied van de gezondheidszorg.

3.3 In artikel 1 AWGB is bepaald dat onderscheid zowel direct als indirect onderscheid wordt verstaan. Het begrip direct onderscheid ziet op onderscheid dat rechtstreeks verwijst naar of gebaseerd is op een van de door de AWGB beschermde gronden, waaronder seksuele gerichtheid. Onder indirect onderscheid wordt verstaan onderscheid dat

het gevolg is van een ogenschijnlijk neutraal criterium, voorschrift of handelen dat bepaalde mensen in het bijzonder treft, vanwege een door de AWGB beschermde persoonsgebonden kenmerk.

*Vraag 1: het beleid*

*Onderscheid*

3.4 Verweerster ontkent onderscheid te maken op grond van seksuele voorkeur in haar beleid ten aanzien van de door haar aangeboden behandelingen. In dit verband wijst zij erop dat zij tot 2005 een spermabank beheerde en toen ook IVF-behandelingen aanbood aan lesbische paren die gebruik maakten van een anonieme donor. Sinds zij echter, in verband met de aangescherpte wetgeving, heeft besloten de spermabank op te heffen, is zij niet langer bevoegd om IVF-behandelingen uit te voeren waarbij gebruik wordt gemaakt van donorzaad. Dit is de enige beleidswijziging die zij heeft doorgevoerd en die staat geheel los van de seksuele voorkeur van de patiënt.

3.5 Verzoeksters stellen zich op het standpunt dat het gevolg van het door verweerster gevoerde beleid niettemin is, dat lesbische paren, anders dan man/vrouw-paren, per definitie zijn uitgesloten van het IVF-aanbod van verweerster. Verzoeksters vergelijken hun situatie, waarin zij gebruik maken van een bekende donor, met die van een heteroseksueel paar dat gebruik kan maken van het eigen sperma van de mannelijke partner. Ook dan is immers sprake van zaad dat ter plekke verzameld en gebruikt wordt ten behoeve van de behandeling. Het argument van verweerster dat donorzaad van anderen dan de echtgenoot of vaste partner van de vrouw eerst moet worden getest in verband met besmettingsrisico's, gaat volgens verzoekster niet op. Verzoekster 1 is immers al diverse malen met hetzelfde zaad geïnsemineerd, zowel tijdens zelfinseminatie thuis als tijdens iui-behandelingen (intra uterine inseminatie) in het Haagse ziekenhuis.

3.6 De Commissie stelt vast dat verweersters besluit en het daaruit voortvloeiende beleid om geen spermabank te beheren als zodanig geen verband houdt met een bepaalde, door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde grond, waaronder seksuele gerichtheid. Ook het uit dit besluit voortvloeiende gevolg, te weten dat geen IVF-behandelingen worden aangeboden waarbij gebruik wordt gemaakt van donorzaad, houdt geen (rechtstreeks) verband met seksuele gerichtheid. Daarom is er geen sprake van direct onderscheid. Echter, door dit beleid worden lesbische paren in het

bijzonder getroffen omdat ze altijd aangewezen zijn op donorzaad. Dat sommige heteroseksuele paren ook aangewezen zijn op donorzaad maakt dit niet anders. Zoals verzoeksters signaleren is het enige verschil tussen de situatie van verzoeksters en die van een heteroseksueel paar dat gebruik maakt van eigen zaad van de man, het ontbreken van een partnerrelatie tussen verzoekster 1 en de (bekende) zaaddonor. Gezien het bovenstaande is de Commissie van oordeel dat er sprake is van indirect onderscheid naar seksuele gerichtheid.

*Objectieve rechtvaardiging*

3.7 Indirect onderscheid kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Ingevolge artikel 2, eerste lid, AWGB, geldt het verbod van onderscheid niet ten aanzien van indirect onderscheid dat objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel terwijl de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Ten aanzien van deze uitzondering geldt dat de partij die onderscheid heeft gemaakt (verweerster) feiten dient aan te voeren ter rechtvaardiging van dit onderscheid.

3.8 De Commissie stelt voorop dat het verweerster vrij staat al dan niet te kiezen voor het in stand houden van een spermabank. Ziekenhuizen mogen zelf beslissen welke accenten zij leggen in hun zorg. Echter, als een ziekenhuis besluit bepaalde zorg aan te bieden of juist niet aan te bieden, mag daarbij geen verboden onderscheid – dat wil zeggen: onderscheid dat niet is gerechtvaardigd – worden gemaakt op grond van één van de non-discriminatiegronden.

3.9 Verweerster stelt dat zij met haar beleid uitvoering geeft aan wettelijke voorschriften met betrekking tot het gebruik van lichaamsmateriaal. Ingevolge artikel 4, eerste lid van de Wet Veiligheid en Kwaliteit van Lichaamsmateriaal (WVKL) moet zij lichaamsmateriaal, waaronder ook geslachtscellen worden begrepen, aanbieden aan een orgaanbank. Het tweede lid van dit artikel zondert geslachtscellen ten behoeve van onder meer IVF-behandelingen onder voorwaarden uit van dit vereiste. Ingevolge artikel 1, onder c, 1e, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting geldt die uitzondering echter alléén voor sperma van echtgenoten, geregistreerde partners of andere 'levensgezellen'.

Met deze bepalingen heeft de wetgever uitvoering gegeven aan Richtlijn 2004/23/EG van 31 maart 2004 tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van menselijke weefsels en cellen, alsmede

Richtlijn 2006/17/EG van 8 februari 2006 ter uitvoering van Richtlijn 2004/23/EG wat betreft bepaalde technische voorschriften voor het doneren, verkrijgen en testen van menselijke weefsels en cellen. Artikel 1 van bijlage III bij Richtlijn 2006/17/EG, bepaalt dat 'In geval van partnerdonatie van geslachtscellen voor direct gebruik [...] de donorselectiecriteria voor donoren en de laboratoriumtests [kunnen] vervallen.' In artikel 1 van deze richtlijn wordt partnerdonatie gedefinieerd als 'Donatie van geslachtscellen tussen een man en een vrouw die verklaren een intieme lichamelijke relatie te hebben.'

Verweerster meent dat er geen twijfel mogelijk is dat genoemde bepalingen uitsluitend voorzien in een uitzondering voor zaad van de mannelijke partner van een vrouw met een IVF-indicatie. Dat betekent dat zij - nu zij niet over een vergunning beschikt om een spermabank te beheren - niet bevoegd is om IVF-behandelingen met donorzaad van anderen dan de vaste partner uit te voeren.

3.10 De Commissie kan de opvatting van verweerster volgen dat voornoemde bepalingen geen ruimere interpretatie van het begrip 'partnerdonatie' toelaten, te meer nu het hier gaat om een uitzondering op een zeer strikt geformuleerd beleid dat besmettingsrisico's beoogt te voorkomen. Dat betekent dat, wat er ook zij van de stelling van verzoeksters dat er kennelijk andere ziekenhuizen zijn die geen spermabank hebben, maar wél IVF-behandelingen met gebruik van donorzaad aanbieden, verweerster niet kan worden verweten dat zij de wettelijke voorschriften omtrent het handelen met lichaamsmateriaal naleeft. De Commissie oordeelt dan ook dat het indirecte onderscheid op grond van seksuele gerichtheid dat het gevolg is van het beleid van verweerster, objectief gerechtvaardigd is.

3.11 In dit verband merkt de Commissie op dat uit de toelichtingen op de verschillende bepalingen die tezamen het relevante wettelijk stelsel met betrekking tot het gebruik en de behandeling van sperma ten behoeve van IVF vormen, niet blijkt wat de ratio is geweest van het onderscheid tussen sperma afkomstig van de partner en sperma afkomstig van een bekende donor. De Commissie zal daarom gebruik maken van haar bevoegdheid om dit oordeel ter kennis te brengen van de verantwoordelijke minister (zie hierna overweging ten overvloede onder 3.26 - 3.28).

#### *Heropening van het onderzoek*

3.12 Na de zitting hebben verzoeksters de Commissie nieuwe informatie toegezonden

(zie 1.4). Dit betrof een bericht aan verzoeksters van een bezoeker van een internetforum waaraan ook verzoeksters deelnemen. Op dat forum wisselen mensen onder een pseudoniem ervaringen met IVF-procedures met elkaar uit. Verzoeksters hebben verklaard dat de vrouw, die met haar mannelijke partner bij verweerster een vruchtbaarheidsbehandeling ondergaat, hen schreef dat zij naar aanleiding van een radiobERICHT - waarin de behandeling van de zaak van verzoeksters door de Commissie aan de orde kwam - haar behandelend arts had gevraagd of de situatie van verzoeksters consequenties voor haar zou hebben, nu zij en haar man ook gebruik maakten van een bekende zaaddonor. De behandelend arts zou echter hun zorgen hebben weggewuifd en haar hebben meegedeeld dat dit geen betrekking had op hun situatie.

3.13 Deze informatie was voor de Commissie aanleiding het onderzoek te heropenen (artikel 26 Besluit werkwijze Commissie gelijke behandeling), omdat zij de informatie van belang acht voor de beantwoording van de in dit verzoek voorliggende vraag. Immers, verweerster heeft gesteld dat alle vrouwen met een medische indicatie voor IVF die gebruik willen maken van zaad dat niet afkomstig is van hun eigen partner, worden doorverwezen, omdat verweerster niet langer een spermabank beheert. Verder heeft verweerster verklaard dat de relevante wetgeving inzake spermabanken hierop geen enkele uitzondering toestaat en dat zij die daarom ook niet maakt. Het door verzoeksters overgelegde bericht behelst echter gedetailleerde en concrete aanwijzingen dat verweerster mogelijk toch uitzonderingen op haar eigen beleid maakt.

In het hier voorliggende geval geldt bovendien dat het gaat om informatie die pas na de zitting, meer in het bijzonder naar aanleiding van berichtgeving over de zitting, bekend was geworden. Verzoeksters hadden deze informatie derhalve niet eerder kunnen overleggen.

3.14 Verweerster heeft bezwaar gemaakt tegen de heropening van het onderzoek. Zij heeft in dat verband gesteld dat op grond van artikel 27, tweede lid, van het Besluit, in combinatie met artikel 19 van dit Besluit, heropening van het onderzoek slechts mogelijk is op basis van informatie waar door de Commissie om is gevraagd, en niet op basis van informatie die na sluiting spontaan door een der partijen wordt overgelegd.

3.15 De Commissie heeft dit bezwaar verworpen. Met genoemde artikelen wordt beoogd de beginselen van een behoorlijke procesvoering te waarborgen, waaronder het beginsel van

hoor en wederhoor. Dat beginsel is door het besluit van de Commissie tot heropening van het onderzoek op geen enkele wijze geschonden, of zelfs maar in gevaar gebracht, nu partijen kennis hebben kunnen nemen van alle stukken en ruimschoots de gelegenheid hebben gehad daarop te reageren.

### *Medisch beroepsgeheim*

3.16 Verweerster heeft in reactie op het bericht van verzoeksters geantwoord dat zij geen uitzonderingen maakt op het beleid zoals in het verweer en ter zitting verwoord, ook niet in bijzondere omstandigheden. Voorts heeft verweerster verklaard dat de arts in kwestie “op belangrijke onderdelen een andere herinnering heeft aan haar mededelingen dan in het bericht van verzoeksters is weergegeven”. Welke mededelingen de behandelend arts heeft gedaan, wil verweerster evenwel niet prijsgeven, omdat deze mededelingen zijn gedaan in het kader van een behandelgesprek tussen arts en patiënt en mitsdien onder het medisch beroepsgeheim vallen.

3.17 Verweerster heeft toegelicht dat zij het op zichzelf geen probleem had gevonden om de Commissie te informeren over de door de arts gedane mededelingen en de relevante bijzonderheden omtrent het paar in kwestie. Echter, verweerster meent dat verzoeksters via het internetforum relatief eenvoudig achter de identiteit van deze mensen kunnen komen en dat zij hen in ieder geval in abstracto kennen. Daarom kan de anonimiteit van deze patiënten, ook als verweerster geanonimiseerde informatie zou verstrekken, niet worden gewaarborgd. Verweerster heeft betrokkenen toestemming gevraagd de relevante gegevens geanonimiseerd aan de Commissie te mogen verstrekken, maar zij hebben dat geweigerd.

3.18 In artikel 19, tweede lid, AWGB is bepaald dat een ieder verplicht is de door de Commissie gevorderde inlichtingen en bescheiden te verstrekken, behoudens verschoning wegens ambts- of beroepsgeheim. Het medisch beroepsgeheim ziet op gevoelige gegevens. Wat daar onder moet worden verstaan is neergelegd in artikel 16 van de Wet bescherming persoonsgegevens: het gaat om - onder meer - persoonsgegevens betreffende iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven. Gegevens als hier aan de orde, dat wil zeggen gegevens betreffende de vruchtbaarheid van betrokkenen, moeten worden gekwalificeerd als gevoelige gegevens betreffende het privéleven van betrokkenen. Verweerster heeft gemotiveerd betoogd dat zij niet aan het ver-

zoek van de Commissie om nadere informatie kan voldoen zonder haar medisch beroepsgeheim te schenden. Betrokkenen hebben immers verweerster geen toestemming gegeven de relevante gegevens geanonimiseerd aan de Commissie te verstrekken. Bovendien is het risico niet ondenkbaar dat de gegevens tot de personen in kwestie te herleiden zijn. Daarom honoreert de Commissie verweersters beroep op haar medisch beroepsgeheim.

### *Vraag 2: de praktijk*

3.19 In artikel 10 AWGB is bepaald dat degene die meent dat in zijn nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in de wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, de bewijslast verschuift naar de verwerende partij die moet aantonen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.

3.20 Verzoeksters hebben met de aanvullende informatie die zij de Commissie hebben toegestuurd, aanwijzingen naar voren gebracht die doen vermoeden dat verweerster in de praktijk, anders dan zij heeft verklaard, toch uitzonderingen maakt, althans één uitzondering heeft gemaakt, op het beleid dat geen IVF-behandelingen worden uitgevoerd met donorzaad. Volgens deze informatie biedt verweerster wel een IVF-behandeling aan een vrouw/man-paar terwijl zij ook gebruik maken van donorzaad. Op basis van deze informatie lijkt het enige verschil tussen de situatie van verzoeksters en die van het betreffende echtpaar erin te bestaan dat verzoeksters beide vrouw zijn, terwijl het paar uit een man en een vrouw bestaat. Verweerster betwist weliswaar dat zij onderscheid zou maken, maar heeft bevestigd dat de informatie in ieder geval zodanig concreet is, dat haar op grond daarvan bekend is om welke patiënt(en) het gaat. De Commissie oordeelt dat verzoeksters hiermee aanwijzingen naar voren hebben gebracht die kunnen doen vermoeden dat verweerster in de praktijk onderscheid op grond van seksuele gerichtheid maakt.

3.21 Verweerster heeft dit vermoeden weersproken, door te verklaren dat zij geen uitzonderingen toelaat, maar zij heeft dit niet nader onderbouwd, onder verwijzing naar haar medisch beroepsgeheim.

3.22 De Commissie constateert dat de bewijslastverdeling in de gelijkebehandelingswetgeving (zie hierboven 3.19) in dit geval voor een bijzondere situatie zorgt. Het vermoeden is door verzoeksters gevestigd, maar verweerster verkeert vanwege haar medisch beroepsgeheim in de onmogelijkheid dit vermoeden te weerleggen.

3.23 De Commissie heeft verweerster nadrukkelijk gewezen op de bewijslastverdeling zoals die geldt in het gelijkebehandelingsrecht en heeft verweerster daarom bij herhaling gevraagd om daarom, eventueel in zeer algemene zin, toch op deze informatie van verzoeksters te reageren. Verweerster heeft verklaard zich bewust te zijn van de mogelijke consequenties van de bewijslastverdeling, maar geen manier te zien om daaraan te ontsnappen zonder haar beroepsgeheim te schenden.

3.24 De Commissie oordeelt dat het (proces) risico van verweersters verplichtingen in verband met haar beroepsgeheim, dient te liggen bij de partij die zich beroept op haar geheimhoudingsverplichting. Een ander oordeel zou afbreuk doen aan de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving. De Commissie zou dan immers geen oordeel kunnen geven over een situatie waarvan het vermoeden bestaat dat er verboden onderscheid wordt gemaakt. Wanneer het procesrisico bij verweerster ligt, kan van haar ten minste worden gevergd dat zij, met behulp van een oordeel van de Commissie, zelf zorgvuldig onderzoek of haar beleid en praktijk conform de eisen van de gelijkebehandelingswetgeving zijn.

3.25 Ingevolge de systematiek van de gelijkebehandelingswetgeving leidt de conclusie dat een vermoeden van onderscheid niet gemotiveerd is weerlegd, tot het oordeel dat onderscheid is gemaakt, ook in het geval, zoals in het onderhavige, dat de Commissie wordt geconfronteerd met een feitelijke onmogelijkheid om te onderzoeken of dit daadwerkelijk het geval is. De Commissie is derhalve van oordeel dat verweerster direct onderscheid maakt op grond van seksuele gerichtheid bij de uitvoering van haar beleid.

#### *Ten overvloede*

3.26 Ten overvloede overweegt de Commissie als volgt. Verweerster heeft verklaard dat zij, wanneer zij nog wel een spermabank zou beheren, ook niet zou werken met zaad van bekende donoren en dat zij dit ook niet deed toen zij nog wel een spermabank beheerde. Het is haar ervaring, onder meer gebaseerd op een situatie waarbij draagmoederschap aan de orde was, dat bekendheid van de donor tot medische en/of sociale problemen kan leiden. Zij verwijst in dit verband naar CGB-oordeel 2000-4, waarbij ook het beleid ter zake van IVF-behandelingen van onder andere verweerster aan de orde was. De Commissie heeft destijds echter de vraag centraal gesteld of de betreffende instellingen bij het aanbieden van IVF-behandelingen onderscheid maakten

jegens (onder meer) lesbische paren. De vraag of de weigering om met bekende donoren te werken als zodanig tot (verboden) onderscheid kan leiden, is destijds niet aan de orde geweest. Uit een door Movisie in opdracht van de Commissie gemaakte verkenning van het beschikbare wetenschappelijke onderzoek naar inschakeling van bekende en onbekende spermadonoren (gepubliceerd op [www.cgb.nl](http://www.cgb.nl)), blijkt dat het meeste onderzoek naar het gebruik van bekende en onbekende spermadonoren is verricht onder lesbische paren. Heterostellen blijven in dergelijk onderzoek doorgaans buiten beschouwing. Uit het onderzoek blijkt echter tevens dat onderzoekers ervan uitgaan dat heterostellen de voorkeur geven aan gebruik van een onbekende (anonieme) donor. Dat geldt niet voor lesbische paren, zij maken doorgaans een weloverwogen keuze voor een bekende of onbekende donor. Dat betekent dat onderscheid naar seksuele voorkeur ten gevolge van het destijds door verweerster gevoerde beleid - niet werken met zaad van bekende donoren, ook wanneer ze een spermabank zou beheren - dan ook niet op voorhand kan worden uitgesloten.

3.27 Daarnaast overweegt de Commissie, zoals in 3.11 al aangegeven, omtrent de wettelijke regels inzake het gebruik van sperma ten behoeve van IVF-behandelingen nog het volgende.

Uit de parlementaire geschiedenis en de relevante wet- en regelgeving komen drie redenen naar voren waarom de uitzondering op de verplichting om donorzaad aan te bieden aan een spermabank is beperkt tot intieme of partnerrelaties. De wetgever noemt als motief de wens commerciële belangen uit te sluiten (*Kamerstukken II* 2005-06, 30 338, nr. 4, p. 5). Richtlijn 2004/23/EG bevat hiertoe geen verplichting, maar laat voor een dergelijke aanscherping wel ruimte: artikel 4, tweede lid van de Richtlijn bepaalt dat de lidstaten 'teneinde een hoog niveau van gezondheidsbescherming te waarborgen, kunnen [...] voorschrijven dat donaties vrijwillig en onbetaald moeten zijn'. Een tweede reden komt naar voren in de vijfde overweging van de preambule van Richtlijn 2006/17/EG. Daar wordt als reden voor de uitzondering genoemd dat het risico van kruisbesmetting voor de ontvanger in geval van partnerdonatie kleiner zal zijn. Een derde reden, ten slotte, lijkt gelegen te zijn in het feit dat in het geval van partnerdonatie veelal het zaad van de partner onmiddellijk, dat wil zeggen zonder noodzaak tot bewaren of bewerking van het zaad, wordt gebruikt. Voor situaties waarin dat niet het geval is en het zaad moet worden bewaard of behandeld, gelden strengere regels.



3.28 Deze redenen bieden op het eerste gezicht geen verklaring voor de uitsluiting van situaties als die waarin verzoeksters zich bevinden. Met verzoeksters acht de Commissie het aannemelijk dat, na de pogingen tot zelfinseminatie en iui-behandelingen, het risico voor verzoekster 1 om alsnog via IVF te worden besmet met een geslachtziekte vergelijkbaar is met de situatie van een vrouw die sperma van haar levenspartner gebruikt. Verder wordt ook in de situatie van verzoeksters, anders dan wanneer van een anonieme donor gebruik wordt gemaakt, het zaad direct na donatie gebruikt. En ten slotte lijkt de kans op commerciële belangen, met alle mogelijke risico's voor de gezondheid van dien, niet groter wanneer de donor, zoals in dit geval, een naaste verwant is van de mee-wensmoeder, verzoekster 2, dan wanneer de donor de echtgenoot of partner van de wensmoeder is.

3.29 Het komt de Commissie voor dat niet is uit te sluiten dat bij de totstandkoming van de hier aan de orde zijnde wetgeving vooral is gedacht aan heteroseksuele relaties en anonieme donoren. Het - mogelijk onbedoelde - gevolg daarvan is dat voor alleenstaande en lesbische vrouwen met vruchtbaarheidsproblemen minder behandelcentra beschikbaar zijn dan voor vrouwen met een mannelijke partner, ook wanneer eerstgenoemde gebruik willen maken van het sperma van een verwant of anderszins bekende donor. Omdat de ratio voor deze verschillende behandeling van, althans op het eerste gezicht, gelijke gevallen niet duidelijk is, terwijl de nadelige gevolgen voor lesbische paren die gebruik willen maken van een bekende donor aanzienlijk zijn, zal de Commissie dit oordeel ter kennis van de verantwoordelijke minister brengen.

#### 4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat .... jegens .... en ....:

- geen verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van seksuele gerichtheid in haar beleid ten aanzien van het aanbieden van IVF-behandelingen;
- verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van seksuele gerichtheid bij het aanbieden van IVF-behandelingen.

Aldus gegeven te Utrecht op 20 april 2009 door mr. M. van den Brink, voorzitter, mr. D. Ghidde en mr. H.J. Vilters, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. M. Graven, secretaris.

#### Noot van prof. dr. C.J. Forder

1. Twee vrouwen zijn met elkaar gehuwd en wensen een gezin te stichten. Een mannelijk familielid van verzoekster 2 (hierna aangeduid als de meemoeder) is bereid zijn zaad te verstrekken. Zelfinseminatie leidt niet tot zwangerschap. In januari 2008 starten de vrouwen een vruchtbaarheidstraject in een ziekenhuis. In juni 2008 geeft het ziekenhuis verzoekster 1 (de vrouw die zwanger wil worden) een medische indicatie voor in vitro fertilisatie (IVF) en verwijst haar door naar verweerster, een gespecialiseerde IVF-polikliniek. Verweerster doet, volgens haar beleid, uitsluitend IVF-behandelingen met partnerzaad (zaad dat van de levenspartner afkomstig is). Aanscherping in 2005 van de wetgeving over het beheer van menselijk lichaamsmateriaal heeft verweerster doen besluiten haar spermabank op te heffen. Verweerster meent dat zij ingevolge de aanscherping van de wetgeving uitsluitend met partnerzaad mag werken. Omdat verzoeksters slechts donorzaad (afkomstig van een donor) kunnen leveren, neemt verweerster hen niet in behandeling. Bij de Commissie Gelijke Behandeling (CGB of de Commissie) voeren verzoeksters aan dat het beleid van verweerster in strijd is met artikel 1 juncto artikel 7, eerste lid, onder c, Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), en dus discriminatie oplevert.

2. Volgens de CGB maakt het beleid van verweerster - op grond waarvan zij IVF-behandeling met partnerzaad maar niet met donorzaad aanbiedt - geen direct onderscheid op grond van geslacht. Omdat dit beleid tot gevolg heeft dat een vrouw-vrouw stel nooit, en een man-vrouw stel wel, in aanmerking kan komen voor IVF-behandeling, oordeelt de CGB echter dat verweerster indirect onderscheid op grond van geslacht maakt (r.o. 3.6). Tot dit oordeel was de CGB al eerder gekomen in haar uit eigen beweging verrichte onderzoek naar discriminatoire praktijken in IVF-klinieken (CGB 7 februari 2000, oordeel 2000-4, r.o. 4.6). Voor een kritische visie op de keuze van de CGB om het onderscheid niet als direct maar als indirect aan te merken, verwijs ik naar de bijdrage van Maurice Strijkers in deze bundel.

3. Op grond van artikel 2, eerste lid, Awgb geldt het verbod van indirect onderscheid niet indien dat onderscheid gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Volgens de CGB bestaat voor het beleid van verweerster een dergelijke objectieve rechtvaardiging. De redenering van de CGB op dit punt begint mijns inziens goed. In r.o. 3.8 overweegt zij dat

het verweerster vrij staat te kiezen of zij wel of niet een spermabank in stand houdt. Daarbij plaatst zij terecht de kanttekening dat verweerster bij de keuze om al dan niet bepaalde zorg te bieden geen verboden onderscheid mag maken. Meer moeite heb ik met de volgende stappen. Verweerster geeft aan dat zij op grond van artikel 4, eerste lid, van de Wet veiligheid en kwaliteit van lichaamsmateriaal (Wet van 6 februari 2003, Staatsblad 2003, 90, zoals gewijzigd door de Wet van 21 december 2006, Staatsblad 2007, 58, hierna: Wvkl) verplicht is om geslachtscellen waarover zij beschikt aan een orgaan- of spermabank te bieden, behalve indien gebruik wordt gemaakt van partnerzaad (artikel 4, tweede lid, onder d Wvkl). Verweerster meent dat zij op grond van artikel 4, eerste en tweede lid, Wvkl uitsluitend bevoegd is om IVF-behandeling te bieden aan een vrouw die behandeling wenst met partnerzaad. Verweerster beschikt immers niet over een spermabank. Volgens de voorschriften van artikel 4 Wvkl kan alleen een spermabank de noodzakelijke kwaliteits- en veiligheidstesten uitvoeren die voor donorzaad vereist zijn. De CGB oordeelt dat verweerster de naleving van strikt geformuleerde wettelijke voorschriften niet kan worden verweten (r.o. 3.10).

4. In geval van indirecte discriminatie waarbij de vraag rijst of sprake is van een objectieve rechtvaardiging, moet eerst worden nagegaan of met het beleid een legitiem doel werd nagestreefd. Vervolgens moet worden onderzocht of de middelen tot dat doel passend en noodzakelijk zijn om het doel te bereiken. In het onderhavige oordeel leek echter de vaststelling dat verweerster haar beleid in het verlengde van wettelijke voorschriften (artikel 4, eerste en tweede leden, Wvkl) had ontwikkeld voldoende reden om de in artikel 2, eerste lid, Awgb uitgestippelde weg te verlaten. De CGB mag wetgeving niet aan de regels van de Awgb toetsen. Als een verweerder zich aan wettelijke regels heeft te houden kan de Commissie niet verlangen dat de verweerder in strijd met de wet gaat handelen. Uit deze beperkingen in de toetsing die de Commissie mag verrichten vloeit geenszins voort dat het beleid van een kliniek geheel buiten schot blijft. Ook niet als de kliniek meent dat haar beleid steunt op wettelijke voorschriften. De CGB mag in ieder geval onderzoeken of de wettelijke voorschriften de kliniek daadwerkelijk tot het beleid dwingen. De CGB moet het doel en de strekking van de wetgeving onderzoeken en het beleid hiermee in verband brengen.

5. Verweerster meent dat haar beleid voortvloeit uit de in artikel 4, eerste lid, Wvkl opgelegde verplichting om zaad aan een

spermabank aan te bieden. Artikel 4, eerste lid, Wvkl geeft uitvoering aan Richtlijn 2004/23/EG van 31 maart 2004 tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van menselijke weefsels en cellen (*PbEG* 2004 L 102), en aan Richtlijn 2006/17/EG van 9 februari 2006 ter uitvoering van Richtlijn 2004/23/EG van het Europees parlement en de Raad wat betreft bepaalde technische voorschriften voor het doneren, verkrijgen en testen van menselijke weefsels (*PbEG* 2006, L 38). Zoals de CGB in haar oordeel in r.o. 3.10 aangeeft, is het beleid achter de Wvkl en de twee Richtlijnen gericht op bescherming van de ontvanger tegen besmettelijke ziektes, virussen, schimmels en soortgelijke infecties en tegen biologische incompatibiliteit tussen de donor en ontvanger (*Kamerstukken II* 2000/01, 27 844, nr. 3, p. 3-4.) Dit beleid vindt in de Wvkl zijn weerslag in kanalisatie van lichaamsmateriaal naar orgaanbanken en door hieraan kwaliteits- en veiligheidseisen te stellen (*Kamerstukken II* 2000/01, 27 844, nr. 3, p. 7-10).

6. Zowel artikel 4, tweede lid, onder d, van de Wvkl als de genoemde Richtlijnen zonden partnerzaad uit van de verplichting tot aanbidding aan een orgaanbank. In r.o. 3.11 van het besproken oordeel geeft de CGB aan dat de ratio van het onderscheid tussen donorzaad en partnerzaad haar niet duidelijk is, en besluit zij deze vraag aan de verantwoordelijke minister ter kennis te brengen (artikel 13, derde lid, Awgb). De reden voor de uitzondering voor partnerzaad in artikel 4, tweede lid, onder d, Wvkl hoeft niet identiek te zijn aan de reden voor de in de Richtlijnen gemaakte uitzondering. Het zijn immers afzonderlijke wetgevingsproducten van twee verschillende wetgevers. Ik ga eerst in op de uitzondering in artikel 4, tweede lid, onder d, Wvkl.

7. Op grond van artikel 4, tweede lid onder d, Wvkl is de instelling, kliniek of geneesheer niet verplicht om partnerzaad dat aan hem is afgegeven ten behoeve van IVF of inseminatie aan een orgaan- of spermabank aan te bieden. Deze verplichting geldt echter wel indien de instelling, kliniek of geneesheer *donorzaad* ontvangt met het oog op IVF-behandeling. Artikel 4, tweede lid, onder d, Wvkl is ingevoerd bij de Wet van 21 december 2006 tot aanpassing van de Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal en enkele andere wetten aan Richtlijn 2004/23/EG (Staatsblad 2007, 58). Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer van het wetsvoorstel dat uiteindelijk tot de Wet van 21 december 2006 heeft geleid, vroegen leden van de VVD-fractie toenmalig minister

van Volksgezondheid, Welzijn en Sport Borst-Eilers of het werkelijk de bedoeling was dat zaad dat met het oog op IVF-behandeling aan een IVF kliniek was afgegeven daadwerkelijk als 'orgaan' in een orgaanbank moest worden ondergebracht. De fractieleden wezen erop hoe onpraktisch de regeling zou zijn. Zij vroegen: 'Moeten de geslachtscellen eerst worden ondergebracht bij een orgaanbank om vervolgens voor de IVF-behandeling te worden teruggevoerd naar het ziekenhuis wanneer dit om hem moverende redenen niet gekozen heeft voor een erkenningaanvraag als orgaanbank?' (*Kamerstukken II 2001/02, 27 844, nr. 5, p. 9-10.*) De fractieleden hadden een punt volgens de bewindsvrouw. Zij antwoordde: 'Geslachtscellen die gebruikt worden voor de IVF-behandeling [worden] in de regel korte tijd nadat zij ter beschikking zijn gekomen bij elkaar gebracht voor de in vitro fertilisatie. De tussenkomst van een spermabank is onlogisch en voegt niets toe aan de kwaliteit van het eindproduct mede omdat de expertise van de spermabank niet toereikend is. Bij de nota van wijziging is dan in een nieuw onderdeel d van artikel 4, tweede lid, een uitzondering gemaakt voor de kanalisatie van geslachtscellen bestemd voor in vitro fertilisatie. Kwaliteitseisen aan het omgaan met de geslachtscellen en de embryo's bestemd voor in vitro fertilisatie werden al gesteld op grond van het Planningsbesluit IVF op grond van de Wet op bijzondere medische verichtingen. In de gevallen dat bij de IVF-behandeling donorsperma wordt gebruikt, wordt sperma gebruikt van een spermabank. De bank zal op grond van deze wet een erkenning moeten hebben.' (*Kamerstukken II 2001/02, 27 844, nr. 6, p. 12.*)

Kortom, de uitzondering van partnerzaad op de hoofdregel ten aanzien van menselijke organen in artikel 4, tweede lid, onder d, Wvkl dient ter voorkoming van het onnodig heen en weer gaan van partnerzaad dat is verstrekt met het oog op IVF-behandeling. Bij het gebruik van donorzaad kan echter geen sprake zijn van heen en weer gaan, omdat het zaad door de IVF-behandelaar vanuit een zaadbank moet worden besteld. Zoals blijkt uit het zojuist vermelde citaat hebben de bewindsheden dit feitelijke verschil nadrukkelijk onder ogen gezien.

8. Ook de EG wetgever heeft een uitzondering gemaakt voor partnerzaad. Op grond van artikel 1 van bijlage II van Richtlijn 2006/17/EG ter uitvoering van Richtlijn 2004/23/EG (*PbEG 2006 L 38*) kunnen in geval van partnerdonatie van zaad voor direct gebruik 'de donorselectiecriteria voor donoren en de laboratoriumtests vervallen.' In dezelfde bepaling wordt partnerdonatie aangeduid als 'Donatie van geslachtscellen tussen een man en vrouw

die verklaren een intieme lichamelijke relatie te hebben.' Uit de Richtlijn 2006/17/EG, considerans 5, blijkt de reden voor de uitzondering. Daar staat: 'In het geval van geslachtscellendotatie tussen partners die een intieme lichamelijke relatie hebben, is het gerechtvaardigd om minder strenge biologische tests te eisen dan bij donaties door anderen dan de partner, aangezien het risico voor de ontvanger in het eerste geval kleiner zal zijn. Biologische tests bij de donor om het risico van kruisbesmetting zo klein mogelijk te maken zijn alleen nodig als de gedoneerde cellen worden bewerkt, gekweekt of bewaard.'

9. Hoe verhoudt dit alles zich tot het beleid van verweerster? De wetgever heeft voorzien dat verhoging van de kwaliteitseisen voor het beheer van menselijk lichaamsmateriaal, met inbegrip van geslachtscellen, voor sommige instellingen aanleiding zou zijn om bepaalde werkzaamheden niet (meer) te doen. Wie menselijk lichaamsmateriaal in huis heeft moet dat materiaal van de wetgever vooral goed beheren. Niet iedere kliniek hoeft een spermabank in huis te hebben. De bedoeling van de wetgever was uitdrukkelijk niet dat bepaalde diensten of voorzieningen minder toegankelijk zouden worden. De instellingen zouden met elkaar gaan samenwerken. Wie geen donorzaad in huis heeft, kan het desnoods bij een spermabank bestellen. Dat dit de verwachting was van de wetgever blijkt uit de laatste twee zinnen van het in paragraaf 7 vermelde citaat. Ook Minister Klink (VWS) heeft mede namens de minister van OCW in reactie op kamervragen van kamerleden Sap en Heemelaar (Groen-Links) aangegeven dat de Wvkl niet noodgedwongen leidt tot het door de Commissie geconstateerde onderscheid, maar dat dit eerder voortvloeit uit beleidskeuzes van verweerster (*Kamerstukken II, 2008/09, Aanhangsel Handelingen nr. 3715 (23 april 2009)*).

10. In het onderhavige geval wil de vrouw zich met zaad van een haar bekende man laten bevruchten. Tegemoetkoming aan de keuze van de vrouw lijkt goed haalbaar voor de IVF-kliniek. De bekende donor kan zijn zaad bij een spermabank afgeven. Daar kan worden onderzocht of hij aan de wettelijke donorselectiecriteria voldoet en kan zijn zaad op gezondheidsrisico's worden gescreend. Vervolgens kan het zaad naar de IVF-polikliniek worden overgebracht. Een dergelijke gang van zaken lijkt uit mensenrechtelijk oogpunt geboden. Op grond van recente uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) durf ik de stelling aan dat de Staat zich moet onthouden van inmenging in de hoogstpersoonlijke keuze of iemand een kind krijgt, met

wie en op welk tijdstip. In de zaak *Dickson* overwoog het EHRM dat het Britse gevangeniswezen zich onvoldoende had aangetrokken van het recht op respect voor familie- en gezinsleven (artikel 8 EVRM) van een gedetineerde moordenaar die tijdens zijn gevangenisverblijf een kind wenste te verwekken (EHRM 4 december 2007, zaaknr. 44362/04, (*Dickson t. VK.*) § 67-68). In de zaken *Frasik & Jaremwicz* wilden twee gevangenen met elkaar in het huwelijk treden. Het Poolse gevangeniswezen kon de verbintenis niet serieus nemen en weigerde de gevraagde ceremonie te faciliteren. Het EHRM veroordeelde Polen voor schending van het recht om te huwen (artikel 12 EVRM). De weigering was zowel disproportioneel als door willekeur gekenmerkt (EHRM 5 januari 2010 nr. 22933/02 & 24023/03 (*Frasik t. Polen, Jaremwicz t. Polen*) § 93, 100). In de zaak *S.H. en anderen t. Oostenrijk* overwoog het EHRM dat de onmogelijkheid voor een man-vrouw paar om donorzaad te gebruiken in combinatie met in vitro bevruchting discriminatoir was en in strijd met artikel 14 juncto 8 EVRM. Het belang van het paar om een kind te krijgen met gebruikmaking van genetisch materiaal van minstens één van hen woog veel zwaarder dan de door de Staat aangevoerde belangen van efficiëntie, aldus het EHRM (EHRM 1 april 2010, zaaknr. 57813/00, § 93).

11. Ik onderwerp de casus nu aan het in artikel 2, eerste lid, Awgb voorgeschreven stappenplan, hiervoor in paragraaf 4 aangekaart. Het doel van verweerster - strikte toepassing van de Wvkl wetgeving om vrouwen in fertiliteitbehandeling te beschermen tegen infecties - is zeker nobel en terecht. Maar was het door verweerster gehanteerde beleid nodig om dit doel te bereiken? Zoals uit de in paragraaf 9 vermelde afweging blijkt, kon dit doel ook op een andere, voor verzoekster veel minder ingrijpende, manier worden nagestreefd, namelijk door ervoor te zorgen dat het donorzaad en de donor door een spermabank conform de Wvkl onderzocht zouden worden. Bovendien is het beleid van verweerster niet effectief om het doel te bereiken. Zoals verzoekster aangeeft, heeft zij zich meermalen met het zaad van de bekende donor geïnsemineerd, waardoor zij zich al aan infecties en andere risico's heeft blootgesteld. Het doel van de Wvkl zou beter worden nagestreefd indien verweerster haar in behandeling zou nemen en ervoor zou zorgen dat het zaad en de donor aan de wettelijk voorgeschreven onderzoeken onderworpen zouden worden.

Een en ander leidt er toe dat ik van mening ben dat er voor het maken van een indirect onderscheid door verweerster geen objectieve rechtvaardiging bestaat.

12. De CGB kwam langs een andere weg tot veroordeling van het beleid van verweerster. In dit tweede luik van het oordeel overwoog de CGB dat verweerster het beleid niet consistent heeft toegepast. De inconsistentie kwam na de zitting aan het licht toen verzoekster nieuwe informatie, verkregen van een internetforum, naar de CGB stuurde over een heteroseksueel paar met infertiliteitsproblemen. Dat paar werd door dezelfde IVF-polikliniek behandeld met gebruikmaking van zaad van een bekende donor. De behandelende arts heeft volgens verweerster 'op belangrijke onderdelen een andere herinnering aan haar mededeling dan in het bericht van verzoeksters is weergegeven'. Verweerster kan echter geen nadere duidelijkheid verschaffen, omdat de relevante mededelingen tussen de arts en het heteroseksuele paar onder het medische beroepsgeheim van de arts vallen en dit beroepsgeheim door de CGB wordt erkend (r.o. 3.18). Hierdoor is vast komen te staan dat verweerster in de praktijk, en anders dan zij verklaard heeft, in minstens één geval een uitzondering heeft gemaakt op het beleid dat zij niet werkt met donorzaad. Het enige verschil tussen verzoeksters en het desbetreffende echtpaar lijkt erin te bestaan dat verzoeksters beide vrouw zijn, terwijl dat paar uit een man en vrouw bestaat. Op grond van deze feiten ontstaat een vermoeden van onderscheid, aldus de CGB, en verschuift de bewijslast naar de verweerster die feiten en omstandigheden moet aanvoeren waaruit blijkt dat niet in strijd met de wet is gehandeld. Verweerster kan het van haar verlangde bewijs echter niet leveren, zonder schending van het door de CGB erkende medisch beroepsgeheim. Het procesrisico hiervan dient door verweerster te worden gedragen, aldus de CGB (r.o. 3.24). De CGB concludeert daarom dat verweerster direct onderscheid maakt tussen heteroseksuele en lesbische paren bij de uitvoering van haar beleid.

13. Deze gang van zaken doet mijns inziens te weinig recht aan het beroepsgeheim van een arts. Dit ligt niet aan het oordeel van de CGB in deze zaak, maar aan het ontbreken van enige regeling in CGB-procedures voor het geval dat een beroep wordt gedaan op het beroepsgeheim. Veel beter dan de door de CGB gehanteerde werkwijze lijkt mij de regeling van het functionele verschoningsrecht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de uitwerking daarvan door de Hoge Raad. Op grond van artikel 165, tweede lid, onder b, Rv zijn 'zij die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd' van de verplichting getuigenis af te leggen verschoond. Een dergelijk functio-

neel verschoningsrecht komt onder meer aan artsen toe. De informatie die volgens de arts onder het beroepsgeheim valt moet aan de rechter ter afweging worden voorgelegd. Volgens de Hoge Raad dient het zwaarwegende belang van de waarheidsvinding uitsluitend voor het beroepsgeheim te wijken indien aan drie voorwaarden zijn voldaan. Deze zijn: (1) met het effectief kunnen uitoefenen van het desbetreffende beroep zijn zwaarwegende belangen gemoeid; (2) zonder aanvaarding van het beroepsgeheim – en het daarop gebaseerde verschoningsrecht – zouden deze belangen aanmerkelijk kunnen worden geschaad; en (3) daarom zou de waarheidsvinding voor het beroepsgeheim moeten wijken (HR 15 oktober 1999, LJN AA3797, o.w. 3.4; HR 9 mei 2006, LJN AV2386, o.w. 4.4). Zou een dergelijke regeling niet beter zijn dan de werkwijze van de CGB?

14. In de onderhavige casus had de arts dan de informatie aan de CGB – of wat mij betreft, een ander orgaan – moeten voorleggen, om die informatie door dat orgaan te laten beoordelen, met toepassing van de belangenafweging ter beantwoording van de vraag of het beroep op het beroepsgeheim gehonoreerd moest worden. Een troost voor verweerster is dat het resultaat bij toepassing van deze belangenafweging niet anders zou zijn geweest. In bovengenoemde uitspraak van de Hoge Raad op 15 oktober 1999 delfde een vertrouwensarts, die zich omtrent gegevens over gepleegde incest op zijn medisch beroepsgeheim beriep, namelijk het onderspit. Veel minder zwaarwegend zijn de belangen van de IVF-polikliniek in de zaak waarover de CGB oordeelde. Een civiele rechter zou het beroepsgeheim dus net zo min als de CGB hebben gehonoreerd. Naar mijn mening is de civielrechtelijke regeling echter veel duidelijker, begrijpelijker en zuiverder dan hetgeen de CGB in dit oordeel doet, namelijk enerzijds het beroepsgeheim erkennen, maar anderzijds door een bewijslast- en procesrisico-verdeling het beroepsgeheim niet daadwerkelijk honoreren.

## 2009-44

### Het pensioenfonds en de bommoeder

Noot: mr. dr. A. G. Veldman

#### 1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerster jegens haar onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd, burgerlijke staat en/of geslacht en haar oordeel daaromtrent kenbaar te maken.

1.2 Verweerster heeft schriftelijk verweer gevoerd.

1.3 Zowel verzoekster als verweerster heeft de Commissie desgevraagd aanvullende informatie gestuurd.

1.4 De Commissie heeft partijen opgeroepen de standpunten ter zitting van 2 maart 2009 mondeling nader toe te lichten. Partijen hebben hun standpunten ter zitting van 2 maart 2009 mondeling toegelicht.

#### 2 Feiten

2.1 Verzoekster, geboren in december 1943, is vanaf 15 oktober 1982 tot 1 augustus 2004 onderbroken deelnemer geweest bij verweerster, een bedrijfstakpensioenfonds. Sinds 2008 zijn beleid en uitvoering van de pensioenregeling van verweerster gescheiden: verweerster beheert het pensioenvermogen; de uitvoering van de pensioenregeling is uitbesteed aan . . . .

2.2 Verzoekster heeft over een periode van bijna 22 jaar (21,833 jaar) via verschillende werkgevers pensioen bij verweerster opgebouwd op basis van een gemiddeld parttime-percentage van 77%. Verzoekster heeft tot 1999 verplicht premie afgedragen ten behoeve van nabestaandenpensioen op opbouw-basis en vanaf 1999 op risicobasis. Verzoekster is een bewust alleenstaande moeder.

2.3 Met ingang van 1 december 2003 - vanaf 60-jarige leeftijd - maakt verzoekster gebruik van de Overbruggingsuitkering (OBU), waaraan een recht op premievrije pensioenopbouw tussen de leeftijd van 60 en 65 jaar is verbonden.

2.4 De pensioenregeling van verweerster kende tot 1999 zowel een ouderdomspensioen als een partner- en wezenpensioen in opbouw. Daarnaast kende de pensioenregeling de OBU om vervroegd te kunnen uittreden op 60-jarige leeftijd. De OBU betreft geen kapitaalgedekt pensioen.

Tot 1983 was in de pensioenregeling alleen een weduwepensioen geregeld, omdat het stelsel was gebaseerd op het mannelijk kostwinnerschap. In 1983 is eerst het weduwnaarspensioen ingevoerd. Dat is in 1988 vervangen door het partnerpensioen, waarmee ook ongehuwd samenwonenden met een gemeenschappelijke huishouding en, vanaf 1 januari 1998, deelnemers met een wettelijk geregistreerd partnerschap in aanmerking kwamen voor nabestaandenpensioen.

2.5 Met ingang van 1 januari 1999 heeft verweerster haar pensioenregeling ingrijpend gewijzigd. Vanaf die datum is het partnerpensioen bij verweerster verzekerd op basis van risicodekking. Er wordt geen partnerpensioen meer opgebouwd. Dit betekent dat, indien en zolang iemand actief deelnemer is in de sector, hij of zij verzekerd is voor een partnerpensioen. Het partnerpensioen vervalt als de premiebetaling eindigt. De tot 1 januari 1999 opgebouwde aanspraken op partnerpensioen blijven in stand. In de pensioenregeling van verweerster bestond en bestaat niet de mogelijkheid het vóór 1999 opgebouwde partnerpensioen te ruilen voor ouderdomspensioen. Dit gold en geldt voor alle deelnemers.

Tevens heeft verweerster in de nieuwe pensioenregeling, in plaats van de OBU, het grotendeel kapitaalgedekt FLEX-pensioen ingevoerd.

2.6 Met ingang van 1 januari 2006 is de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling (Wet VPL) in werking getreden. Naar aanleiding hiervan heeft verweerster de pensioenregeling aangepast.

Voor deelnemers geboren op of na 1950 en voor alle nieuwe toetreders vanaf

1 januari 2006 is een nieuwe flexibele pensioenregeling ingevoerd. Voor deze deelnemers geldt vanaf die datum verplicht een pensioenregeling met een pensioenleeftijd van 65 jaar. Dit is de zogenoemde A-regeling. In deze nieuwe pensioenregeling zijn diverse compensatoire maatregelen ingebouwd om de pakketten voor de verschillende leeftijdsgroepen evenwichtig te houden en om ook voor deze groep een vroegere uittreedingsleeftijd dan 65 jaar mogelijk te maken. Deze maatregelen betreffen onder meer:

- een hoger ouderdomspensioen vanaf 65 jaar;

- het partnerpensioen voor de helft in opbouw (en dus kapitaalgedekt); en
- het onderling kunnen ruilen van ouderdomspensioen en opgebouwd partnerpensioen.

2.7 Deelnemers die zijn geboren vóór 1 januari 1950, zoals verzoekster, blijven vallen onder de oude pensioenregeling, zoals die gold in 2005. Handhaving van deze regeling, de zogenoemde B-regeling, voor een beperkte groep is mogelijk door het in de Wet VPL geregelde overgangsrecht.

Dit overgangsrecht houdt in dat het 'oude', voordelige fiscale regime, dat vervroegde uitstreding mogelijk maakte, van kracht blijft op vervroegde uitstreding vanaf 60 jaar door deelnemers geboren voor 1 januari 1950. Voor deze groep deelnemers kon, met andere woorden, de mogelijkheid van OBU en FLEX-pensioen worden gehandhaafd. Het partnerpensioen van deze groep deelnemers is verzekerd in risicodekking, waardoor uitruil van partnerpensioen in ouderdomspensioen voor deze groep niet mogelijk is (zie hiervoor 2.4).

2.8 Verzoekster heeft verweerster bij brief van 12 augustus 2008 verzocht het door haar opgebouwde partnerpensioen te mogen ruilen tegen een hoger ouderdomspensioen. Bij brief van 3 september 2008 heeft verweerster aan verzoekster meegedeeld dat zij haar partnerpensioen niet kan uitruilen voor een hoger ouderdomspensioen, omdat zij onder de oude pensioenregeling valt en het partnerpensioen onder de oude pensioenregeling is verzekerd op basis van risicodekking.

2.9 Het pensioenreglement van verweerster kent voor schrijnende gevallen een hardheidsclausule (artikel 10.2).

### 3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt voor of verweerster jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en/of burgerlijke staat en/of leeftijd door het hanteren van de regel dat uitruilen van partnerpensioen voor een (hoger) ouderdomspensioen alleen mogelijk is voor deelnemers die op 1 januari 2006 55 jaar of jonger waren (dus die geboren waren op of na 1 januari 1950) en/of door bij de uitvoering van deze regel de hardheidsclausule niet op haar toe te passen.

3.2 Verzoekster stelt in het algemeen dat het onderscheid in dit geval heeft te maken met zowel leeftijd - haar generatie vrouwen in vergelijking met de jongere generatie vrouwen -

als met de man/vrouwverhoudingen in Nederland, aangezien pensioenregelingen impliciet nog steeds uitgaan van het kostwinnersprincipe. Door dat laatste is volgens verzoekster ook de grond burgerlijke staat in geding. Verzoekster vraagt de Commissie om een 'brede blik'.

3.3 De Commissie begrijpt dit verzoek aldus dat verzoekster de Commissie vraagt te beoordelen of verweerster op grond van leeftijd, burgerlijke staat en geslacht, afzonderlijk en/of in samenhang met elkaar, onderscheid jegens verzoekster heeft gemaakt door het hanteren van een knip naar geboortjaar, of althans door haar beroep op de hardheidsclausule niet te honoreren. Zij vraagt de Commissie te onderzoeken of het nadeel dat zij ondervindt, te weten een relatief laag ouderdomspensioen, te wijten is aan verboden onderscheid op deze gronden, afzonderlijk en/of in samenhang met elkaar, en daarbij tevens de maatschappelijke context in aanmerking te nemen. Daargelaten dat de aan de Commissie voorgelegde casuïstiek vrijwel altijd vraagt om een contextuele benadering, begrijpt de Commissie dat verzoekster de Commissie vraagt om in haar onderzoek rekening te houden met de mogelijkheid dat een samenloop van met haar persoon verbonden omstandigheden tot dit resultaat heeft geleid (vergelijk CGB 22 december 2006, 2006-256), alsook om het begrip 'onderscheid' niet te eng op te vatten. Om te kunnen vaststellen of sprake is van enige vorm van interactie tussen twee of meer beschermde gronden, is het echter efficiënt om eerst te onderzoeken of op de verschillende gronden afzonderlijk onderscheid is gemaakt. Daarna kan, wanneer daartoe voldoende aanwijzingen zijn gevonden, worden onderzocht of er wellicht sprake is van bijzondere effecten ten gevolge van samenlopende, mogelijk cumulerende gronden.

#### *Het recht op uitruil*

3.4 Ten aanzien van het recht op uitruil van partnerpensioen voor een (hoger) ouderdomspensioen zijn de volgende wettelijke bepalingen van belang.

Op 1 januari 2002 trad artikel 2b van de Pensioen- en Spaarfondswet (PSW) in werking. Dit artikel bepaalde dat, indien een pensioenregeling voorziet in een ouderdomspensioen en een nabestaandenpensioen op opbouwbasis, de deelnemer de mogelijkheid moet worden geboden het nabestaandenpensioen uit te ruilen voor:

- een hoger ouderdomspensioen;
- een eerder ingaand ouderdomspensioen;
- een hoger en eerder ingaand ouderdomspensioen.

Dit artikel had geen terugwerkende kracht.

3.5 Op 1 januari 2007 trad de Pensioenwet in werking, die de PSW van 2002 verving. In artikel 60, eerste lid, van de Pensioenwet is bepaald dat, indien een pensioenregeling op basis van een pensioenovereenkomst voorziet in de opbouw van een ouderdomspensioen en een partnerpensioen, de pensioenregeling aan de deelnemer of gewezen deelnemer met betrekking tot perioden van opbouw vanaf 1 januari 2002, ongeacht zijn burgerlijke staat, het recht biedt in elk geval met ingang van de datum waarop het ouderdomspensioen ingaat of kan ingaan, in plaats van partnerpensioen te kiezen voor één van de volgende wijzigingen van het ouderdomspensioen:

- a. een hoger ouderdomspensioen;
- b. een eerder ingaand ouderdomspensioen; of
- c. een hoger en een eerder ingaand ouderdomspensioen.

3.6 Artikel 2b PSW casu quo artikel 60 Pensioenwet is niet van toepassing op partnerpensioen op risicobasis, zoals verweerster dat sinds 1 januari 1999 aanbiedt.

*Ten aanzien van de vraag of sprake is van onderscheid op grond van leeftijd*

3.7 De Commissie zal eerst onderzoeken of sprake is van onderscheid op grond van leeftijd. Ingevolge artikel 3, aanhef en onderdeel e van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL), in samenhang met artikel 1 WGBL, is onderscheid op grond van leeftijd verboden bij de arbeidsvoorwaarden, waartoe een pensioenregeling behoort. De pensioenregeling is via de werkgever voor (gewezen) deelnemers onderdeel geworden van het arbeidsvoorwaardenpakket, zodat ook instellingen die verbonden zijn aan de uitvoering van de pensioenregeling gebonden zijn aan de WGBL. Het partnerpensioen, dat onderdeel uitmaakt van de pensioenregeling van verweerster, is dan ook een arbeidsvoorwaarde die onder het bereik van artikel 3, aanhef en onderdeel e, WGBL valt (zie onder meer CGB 3 maart 2008, 2008-24).

3.8 Verzoekster is van mening dat sprake is van onderscheid op grond van leeftijd, omdat jongere deelnemers – dat wil zeggen deelnemers die zijn geboren ná 1950 – hun partnerpensioen kunnen ruilen voor een (hoger) ouderdomspensioen terwijl oudere deelnemers – dat wil zeggen deelnemers die zijn geboren vóór 1950, waaronder verzoekster – die mogelijkheid niet hebben.

3.9 Met betrekking tot de vraag of sprake is van onderscheid op grond van leeftijd acht de Commissie het volgende van belang. Verweer-

ster wijst erop dat geen enkele deelnemer zijn vóór 1999 opgebouwde partnerpensioen kan ruilen voor (een hoger) ouderdomspensioen. Daartoe bestaat ook geen enkele wettelijke verplichting, omdat de bepalingen met betrekking tot de uitruil van partnerpensioen geen terugwerkende kracht hebben.

Het partnerpensioen bij verweerster is vanaf 1 januari 1999 verzekerd op basis van risicodekking. Vanaf die datum kan het partnerpensioen dus evenmin worden uitgeruild. In de nieuwe flexibele pensioenregeling, die geldt sinds 2006, is een deel van het partnerpensioen op risicobasis en een deel in opbouw verzekerd. Laatstgenoemd deel kunnen deelnemers aan de A-regeling gebruiken om vervroegde uittreding of een hoger ouderdomspensioen mee te financieren.

Ten slotte is van belang dat verweerster in haar pensioenregeling die geldt vanaf 1 januari 2006 (zie hiervoor in 2.6 en 2.7) onderscheid maakt tussen deelnemers die zijn geboren vóór 1 januari 1950 (B-regeling) en deelnemers die zijn geboren na 1 januari 1950 (A-regeling). Sinds 1 januari 2006 vallen nieuwe toetreders, ongeacht hun geboortjaar, ook onder de A-regeling.

3.10 Op grond van het bovenstaande concludeert de Commissie dat er tot 1 januari 2006 geen sprake is van onderscheid op grond van leeftijd, omdat geen enkele deelnemer zijn partnerpensioen kan ruilen voor (een hoger) ouderdomspensioen. De leeftijd van een deelnemer speelt hierbij dus geen enkele rol. Vanaf 1 januari 2006 is er met betrekking tot de mogelijkheid van het uitruilen van partnerpensioen een verschil in behandeling tussen de deelnemers die onder de A-regeling vallen en de deelnemers die onder de B-regeling vallen. Aangezien dit verschil in behandeling rechtstreeks is gebaseerd op de geboortedatum van de deelnemer, is vanaf die datum sprake van direct onderscheid op grond van leeftijd.

3.11 Op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel c, WGBL kan het maken van zowel direct als indirect onderscheid op grond van leeftijd onder omstandigheden zijn gerechtvaardigd. In dat geval dient de partij die mogelijk onderscheid heeft gemaakt feiten aan te dragen ter rechtvaardiging hiervan. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van het onderscheid en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Het doel dient legitiem te zijn, in de zin van voldoende zwaarwegend dan wel te beantwoorden aan een werkelijke behoefte.



Een legitiem doel vereist voorts dat er geen sprake is van een discriminerend oogmerk. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het beoogde doel te bereiken. Een middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel. Pas als aan al deze voorwaarden is voldaan levert het onderscheid op grond van leeftijd geen strijd op met de WGBL.

3.12 Verweerster heeft verklaard dat de knip naar geboortjaar (voor of vanaf 1 januari 1950) het gevolg is van haar besluit om gebruik te maken van het wettelijk overgangsrecht op grond van de Wet VPL.

Verweerster heeft daartoe besloten omdat zij deelnemers die zijn geboren voor 1 januari 1950, zoals verzoekster, wil beschermen tegen de consequenties van het strengere fiscale regime voor vervroegde uitredingen dat geldt vanaf 1 januari 2006. Onverkorte invoering van het nieuwe fiscale regime voor alle leeftijdscohorten zou volgens verweerster tot onbedoelde en zeer nadelige effecten leiden voor deze groep (oudere) deelnemers. Deze groep had immers langdurig en zeer concreet uitzicht op vervroegd uitreden, terwijl de tijd tot aan pensionering voor deze groep deelnemers te kort zou zijn om, in plaats van de vervallen VUT-regeling, een adequate pre- of vroegpensioenuitkering op te bouwen (Zie CGB 8 november 2005, 2005-219. Zie ook E.M.F. Schols-van Oppen & H.W.L.A. de Lange, *Verboden onderscheid in pensioenregelingen*, Amersfoort: Sdu Uitgevers, 2003, p. 104). Mede om die reden is het wettelijk mogelijk gemaakt om een overgangsregeling te treffen voor deze (oudere) werknemers en verweerster heeft hiervan gebruik gemaakt, waarbij ze heeft geprobeerd een evenwichtig pensioenresultaat voor alle leeftijdsgroepen te realiseren.

3.13 Door voor de groep oudere deelnemers de oude pensioenregeling in stand te laten – de zogenoemde B-regeling – wordt voorkomen dat deze groep onevenredig hard wordt getroffen door het wettelijk opschuiven van de pensioenleeftijd van 60 naar 65 jaar. Volgens verweerster is de pensioenregeling onder het VPL-regime zo opgezet dat er in feite een natuurlijke overgang plaatsvindt van pensionering op 60-jarige leeftijd naar pensionering op 65 jaar.

Het middel is derhalve naar de mening van verweerster geschikt om het doel te bereiken.

3.14 Voorts stelt verweerster dat het middel ook noodzakelijk is, omdat anders de groep oudere actieven, waartoe verzoekster behoort, onevenredig zwaar zou worden getroffen. Voor jonge(re) en nieuwe actieven geldt de nieuwe flexibele pensioenregeling, de zogenoemde A-regeling. Ter voorkoming van onacceptabele verschillen tussen de betreffende leeftijdsgroepen is voor deze groep optimaal gebruik gemaakt van de fiscale ruimte voor pensioenopbouw en wordt de regeling verder geflexibiliseerd dan voorheen het geval was. Dit is nodig om te bewerkstelligen dat ook deze groep nog mogelijkheden heeft om eerder dan met 65 jaar uit te treden. De onderlinge ruilmogelijkheid tussen ouderdoms- en partnerpensioen is een van deze (compensatie) mogelijkheden. Zonder deze nadere maatregelen zouden ouderen dankzij de overgangsmaatregelen onevenredig worden bevoordeeld ten opzichte van de jongeren. Daarom zijn voor de jongere groep compensatoire maatregelen genomen.

De overgangsregeling van verweerster impliceert in feite het behoud van aanspraken voor de oudere generatie en een compensatie voor het vervallen van het oude regime voor de jongere generatie. Naar de mening van verweerster is dit onderscheid, gegeven het gewijzigde fiscale regime, derhalve objectief gerechtvaardigd.

3.15 Verzoekster kan zich naar de mening van verweerster niet vergelijken met de deelnemers die onder de A-regeling vallen en die hun partnerpensioen voor een hoger ouderdomspensioen kunnen ruilen. Voor haar is de mogelijkheid om eerder met pensioen te gaan immers niet vervallen. Er is dus ook geen reden om voor deelnemers zoals verzoekster een compensatoire maatregel te treffen in verband met het wegvallen van de uitredleeftijd van 60 jaar. Verzoekster heeft ook daadwerkelijk vanaf haar 60<sup>ste</sup> gebruik gemaakt van de OBU.

3.16 De Commissie overweegt allereerst dat verzoekster sinds haar 60<sup>ste</sup> gebruikmaakt van de OBU en sinds 2004 (vervroegd) met pensioen is. Zij komt derhalve alleen op die grond al niet in aanmerking voor toepassing van de in 2006 ingevoerde regeling met betrekking tot het uitruilen van partnerpensioen.

3.17 Met betrekking tot het gemaakte leeftijds-onderscheid meer in het algemeen is van belang dat verweerster streeft naar een collectieve regeling, die aansluit op de Wet VPL en die een evenwichtig pensioenresultaat oplevert voor alle leeftijdsgroepen. Met het gemaakte onderscheid naar geboortjaar streeft verweerster ernaar het vervallen van de mogelijkheid van

vervroegde uittreding te compenseren door die deelnemers (onder meer) de mogelijkheid te bieden hun partnerpensioen te ruilen tegen een hoger ouderdompensioen. Op die manier probeert verweerster het totale pensioenpakket in evenwicht te houden. Verzoekster heeft de legitimiteit van de doelstelling van verweerster niet betwist.

Naar het oordeel van de Commissie voldoet dit doel aan een werkelijke behoefte van verweerster. Verweerster heeft niet het oogmerk gehad om bepaalde leeftijdsgroepen discriminerend te behandelen. Zij streeft juist naar een vergelijkbaar pensioenresultaat voor alle deelnemers, ongeacht leeftijd.

3.18 Het middel dat verweerster hanteert om het doel te bereiken is het bieden van een (beperkte) mogelijkheid tot ruilen van partnerpensioen voor ouderdompensioen voor nieuwe deelnemers en deelnemers die zijn geboren na 1950.

Verweerster heeft gemotiveerd betoogd dat door deze ongelijke behandeling juist een evenwichtig pensioenresultaat wordt bereikt voor alle leeftijdsgroepen. De Commissie concludeert derhalve dat het middel passend is om het doel te bereiken.

3.19 Om te kunnen bepalen of het middel, dat wil zeggen de leeftijdsknip naar geboortjaar, noodzakelijk is, dient te worden nagegaan of er een andere regeling mogelijk is die geen onderscheid maakt of althans minder bezwaarlijk is en tevens of de regeling in een redelijke verhouding staat tot het doel.

Verweerster heeft gesteld dat het gehanteerde middel noodzakelijk is om onevenwichtige uitkomsten tussen de verschillende leeftijdscohorten te voorkomen. De keuze om alleen oudere deelnemers te beschermen tegen de gevolgen van de invoering van de Wet VPL, zonder de nieuwe/jongere generatie te compenseren, zou leiden tot zeer ongelijke, en daarmee onwenselijke, pensioenresultaten.

3.20 Verzoekster is van mening dat de doelstelling van verweerster ook wordt bereikt wanneer een vergelijkbare compensatieregeling wordt ingevoerd voor alleenstaande moeders die zijn geboren vóór 1950. Op die manier kan worden bereikt dat vrouwen van alle generaties een vergelijkbaar pensioen opbouwen. Volgens verzoekster is het middel derhalve niet noodzakelijk om het doel te bereiken. Een dergelijke compensatiemaatregel voor alleenstaande moeders die zijn geboren voor 1950, zou er echter toe leiden dat deze groep compensatie krijgt voor iets dat zij al heeft gekregen, namelijk vervroegd uittreden. Naar het oordeel van

de Commissie is dit geen redelijk alternatief, omdat het doel – een voor alle leeftijdsgroepen evenwichtig pensioenresultaat – hiermee niet kan worden bereikt. Het middel is derhalve noodzakelijk.

3.21 Voor zover verzoekster bedoelt te zeggen dat ook aan haar (groep) de mogelijkheid moet worden geboden tot uitruil, vanwege haar zorgtaken in het verleden en de daarmee samenhangende moeilijkheid om een volledig pensioen op te bouwen, geldt dat dit een algemene stelling is, die moeilijk in het stramen van de gelijkebehandelingswetgeving is te vangen. De wet vereist een vergelijking tussen twee overwegend vergelijkbare gevallen. De situatie van alleenstaande moeders geboren voor 1950 is, voor wat betreft opbouw van ouderdoms- en nabestaandenpensioen, niet te vergelijken met de situatie van de groep werknemers die gebruik kan maken van de uitruilmogelijkheid, omdat er tussen hen veel meer relevante verschillen bestaan dan enkel verschillen die verband houden met door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden.

3.22 Op grond van het bovenstaande concludeert de Commissie dat tot 1 januari 2006 geen sprake is van leeftijdsonderscheid en dat het door verweerster vanaf 1 januari 2006 gemaakte onderscheid op grond van leeftijd objectief is gerechtvaardigd. Verweerster heeft derhalve jegens verzoekster geen (verboden) onderscheid op grond van leeftijd gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden.

*Ten aanzien van de vraag of sprake is van onderscheid op grond van burgerlijke staat*

3.23 Ingevolge artikel 5, eerste lid, onderdeel d van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), in samenhang met artikel 1 AWGB, is het verboden onderscheid te maken naar burgerlijke staat bij de arbeidsvoorwaarden. De onderhavige pensioenregeling, die in het kader van een of meer arbeidsverhoudingen wordt toegekend, maakt onderdeel uit van de arbeidsvoorwaarden.

3.24 In artikel 1 AWGB is bepaald dat onder onderscheid zowel direct als indirect onderscheid wordt begrepen. Direct onderscheid is onderscheid waarbij rechtstreeks wordt verwezen naar burgerlijke staat. Indirect onderscheid is onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan burgerlijke staat, dat direct onderscheid op grond van burgerlijke staat tot gevolg heeft.

3.25 Het begrip burgerlijke staat heeft betrekking op de huwelijkse staat, dat wil zeggen

het al dan niet gehuwd zijn. Een verschil in behandeling tussen alleenstaanden en paren levert geen direct onderscheid op grond van burgerlijke staat op. Paren zijn immers niet per definitie gehuwd, terwijl alleenstaanden niet per definitie ongehuwd zijn. Het kan wel leiden tot indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat. Alleenstaanden zijn in de regel ongehuwd, terwijl een groot aantal paren gehuwd is (vergelijk CGB 11 juni 2002, 2002-70 en CGB 4 juli 2003, 2003-78).

3.26 Op het verbod van onderscheid naar burgerlijke staat geldt ten aanzien van nabestaandenpensioenvoorzieningen een wettelijke uitzondering. Artikel 5, zesde lid, AWGB bepaalt dat het eerste lid, onderdeel d (zie 3.23), niet van toepassing is op onderscheid op grond van burgerlijke staat met betrekking tot onder meer nabestaandenpensioenvoorzieningen. Dit artikel is niet bedoeld als een tijdelijke overgangsbepaling. Het is een permanente uitzondering.

In het voorliggende geval gaat het om de mogelijkheid het partnerpensioen te ruilen voor (een hoger) ouderdompensioen. Derhalve komt de Commissie tot de conclusie dat de in artikel 5, zesde lid, AWGB vervatte uitzondering op het verbod van onderscheid op grond van burgerlijke staat van toepassing is. De door verzoekster voorgelegde kwestie valt daarom buiten de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving. Dat betekent dat het handelen van verweerster niet in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving.

3.27 In het licht van de vraag van verzoekster aan de Commissie om haar verzoek met een brede blik te beoordelen, overweegt de Commissie ten overvloede het volgende. Volgens verzoekster is de groep deelnemers waartoe zij behoort, te weten (bewust) alleenstaande moeders geboren voor 1950, in het bijzonder de dupe van de door verweerster gehanteerde pensioenregeling. Het door haar opgebouwde pensioen is relatief laag, omdat zij voor haar 25<sup>ste</sup> geen pensioen heeft kunnen opbouwen, zij grotendeels parttime heeft gewerkt in verband met de opvoeding van haar kind en daarnaast omdat zij verplicht was om deel te nemen aan de opbouw van een partnerpensioen dat niet tot uitkering komt.

3.28 Verweerster heeft daartegen aangevoerd dat geen sprake is van onderscheid op grond van burgerlijke staat. Sinds 1983 is iedere deelnemer verzekerd voor partnerpensioen, zowel in het geval van huwelijk, geregistreerd partnerschap als van een samenwoonrelatie op basis van een gemeenschappelijke huishouding. Derhalve is volgens verweerster geen sprake

van direct onderscheid op grond van burgerlijke staat.

Met de invoering van artikel 2b PSW (nu artikel 60 Pensioenwet, zie hierboven onder 3.4 en 3.5) heeft de wetgever de bovenmatige solidariteit van alleenstaanden met deelnemers met een partner, willen terugbrengen tot aanvaardbare proporties. Alleenstaanden, die tot dan niet hadden kunnen profiteren van het partnerpensioen waaraan zij wél moesten bijdragen, kregen op grond van deze artikelen de wettelijke mogelijkheid om het vanaf dat moment op te bouwen partnerpensioen te ruilen tegen (een hoger) ouderdompensioen.

3.29 Omdat het partnerpensioen in opbouw voor verweerster te duur werd, heeft zij vanaf 1 januari 1999 een nieuwe collectieve pensioenregeling ingevoerd, waarbij het partnerpensioen op basis van risicodekking werd verzekerd. Volgens verweerster vraagt een partnerpensioen op basis van risicodekking slechts een zeer geringe en wettelijk toegestane solidariteit van alleenstaanden met niet-alleenstaanden.

3.30 Alleenstaanden en gehuwden hebben bij verweerster dus niet dezelfde aanspraken op vóór 1 januari 2006 opgebouwd nabestaandenpensioen. Alleenstaanden hebben geen aanspraak op nabestaandenpensioen dat is opgebouwd voor 1 januari 1999, maar hebben daarvoor wel premie betaald, terwijl voor samenwonenden en gehuwden geldt dat het door hen tot 1999 opgebouwde partnerpensioen bij hun overlijden zal worden uitgekeerd aan hun nabestaande partner. De pensioenregeling van verweerster biedt (en bood) aan geen van de deelnemers de mogelijkheid het tot 1 januari 1999 opgebouwde partnerpensioen te ruilen voor ouderdompensioen. Voor zover sprake zou zijn van indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat door de onevenwichtige solidariteit die werd gevraagd van alleenstaanden met betrekking tot het nabestaandenpensioen, is van belang dat dit door de wetgever is onderkend en is rechtgezet door de invoering van artikel 2b PSW (nu artikel 60 Pensioenwet). De wetgever heeft, in verband met de anders grote financiële gevolgen, besloten aan dit artikel geen terugwerkende kracht te verbinden.

Bij de inwerkingtreding van de wetgeving met betrekking tot het keuzerecht nabestaandenpensioen (artikel 2b PSW/artikel 60 Pensioenwet) is onderscheid op grond van burgerlijke staat nadrukkelijk toegestaan voor zover dit onderscheid betrekking heeft op het nabestaandenpensioen (zie Schols-van Oppen & De Lange, 2003, p. 82 e.v. (zie 3.12)).

Daarnaast acht de wetgever een beperkte

solidariteit van alleenstaanden met niet-alleenstaanden bij een in risicodekking verzekerd partnerpensioen aanvaardbaar (*Kamerstukken II 1999-2000, 26 711, nr. 11, p. 8*). Deze door de wetgever getrokken grens met betrekking tot de beperking van de gevraagde solidariteit van alleenstaanden komt de Commissie niet onredelijk voor.

Ten slotte is vanaf 1 januari 2006 in de nieuwe flexibele pensioenregeling van verweerster voor deelnemers die onder de A-regeling vallen, te weten deelnemers geboren op of na 1950 en alle nieuwe toetreders vanaf 1 januari 2006, de mogelijkheid opgenomen om hun partnerpensioen te ruilen tegen een hoger ouderdompensioen. Dit heeft naar het oordeel van de Commissie echter niets te maken met een verschil in behandeling tussen alleenstaanden en niet-alleenstaanden, maar met de inwerkingtreding van de Wet VPL en een verschil naar geboortjaar.

*Ten aanzien van de vraag of sprake is van onderscheid op grond van geslacht*

3.31 Ingevolge artikel 12b, eerste lid van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) is het ook aan anderen dan de werkgever als bedoeld in artikel 7:646 van het Burgerlijk Wetboek (BW) of het bevoegd gezag als bedoeld in artikel 1b van de WGB niet toegestaan onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen wat betreft de bepaling van de kring van personen voor wie een pensioenvoorziening tot stand wordt gebracht, wat betreft de bepaling van de inhoud van een pensioenvoorziening of wat betreft de wijze van uitvoering daarvan.

Het verbod tot het maken van onderscheid op grond van geslacht bij de pensioenvoorziening richt zich derhalve ook tot verweerster als pensioenfonds (zie onder meer CGB 31 oktober 2007, 2007-192).

3.32 Volgens verzoekster is het een 'historisch feit' dat bewust ongehuwde moeders wel bestaan en bewust ongehuwde vaders niet. Door voor het bewust ongehuwde moederschap te kiezen was een maximale pensioenopbouw voor verzoekster niet mogelijk, vanwege de tijd die zij heeft besteed aan de opvoeding van haar kind. Verzoekster vergelijkt zich met de jongere generatie vrouwen die wel hun partnerpensioen kunnen uitruilen voor een hoger ouderdompensioen. Zij betoogt dat er een uitzondering moet worden gemaakt voor de groep werkende (bewust) ongehuwde moeders van haar generatie. Verzoekster meent dat dit geen grote groep zal zijn en dat het daarom binnen de grenzen van het (financieel) mogelijke ligt.

Het door verzoekster opgebouwde pensioen is relatief laag, omdat zij voor haar 25<sup>ste</sup> geen pensioen heeft kunnen opbouwen, zij grotendeels parttime heeft gewerkt in verband met de opvoeding van haar kind en daarnaast omdat zij verplicht was om deel te nemen aan de opbouw van een partnerpensioen dat niet tot uitkering komt.

Volgens verzoekster zijn de nu geldende pensioenregelingen gebaseerd op de veronderstelling dat er veertig jaar lang fulltime wordt gewerkt om een volledig pensioen te realiseren. Dat is naar de mening van verzoekster een ir-reëel uitgangspunt. In die zin is de pensioenregeling van verweerster gebaseerd op een mannelijke kostwinner. In de afgelopen jaren is er geen beter aanbod ontwikkeld dat recht doet aan de grote groep mensen met andere leef- en werkpraktijken. En zolang de pensioenregeling geen rekening houdt met de andere wijzen waarop vrouwen leven en werken zal de positie van (oudere) vrouwen niet verbeteren, aldus verzoekster.

3.33 Naar de mening van verweerster is in de betreffende pensioenregeling geen sprake van ongelijke behandeling tussen mannen en vrouwen. Verweerster bestrijdt het standpunt van verzoekster dat de pensioenregeling is toegesneden op mannelijke kostwinners. Voor zowel mannen als vrouwen geldt volgens verweerster in dezelfde mate en op dezelfde wijze dat het pensioen is afgestemd op het genoten salaris en op de diensttijd die is doorgebracht in de sector. Verweerster benadrukt dat zij geen (kostwinners)franchise hanteert, maar de fiscaal laagst mogelijke franchise. Dat is de meest gunstige franchise voor de overwegend lage inkomens in de sector van verweerster.

3.34 Met betrekking tot de bewijslastverdeling geldt op grond van artikel 6a WGB het volgende. De verzoekende partij dient feiten aan te voeren die onderscheid kunnen doen vermoeden. Indien de verzoekende partij hierin slaagt, is het aan de verwerende partij om te bewijzen dat niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving is gehandeld.

3.35 Naar het oordeel van de Commissie heeft verzoekster onvoldoende feiten naar voren gebracht die zouden kunnen duiden op onderscheid op grond van geslacht. Verzoekster vergelijkt zich voornamelijk met de jongere generatie vrouwen en dit kan per definitie niet leiden tot onderscheid op grond van geslacht, waarvoor immers een vergelijking met 'het andere geslacht' is vereist. Daarnaast klaagt verzoekster over de zogenoemde 'dominante standaard' (het kostwinnersprincipe) in het algemeen. Deze standaard leidt ertoe dat alle

groepen die afwijken van deze standaard hiervan nadeel zullen ondervinden en niet in het bijzonder één bepaalde groep. Verzoekster heeft geen feiten naar voren gebracht waaruit kan worden afgeleid dat sprake is van discriminatie van één bepaalde groep in het bijzonder, in dit geval bewust ongehuwde moeders van de generatie van verzoekster.

#### *Hardheidsclausule*

3.36 Verzoekster heeft een beroep gedaan op de hardheidsclausule. Volgens verzoekster is de groep deelnemers waartoe zij behoort, te weten: alleenstaande moeders, in het bijzonder de dupe van de door verweerster gehanteerde pensioenregeling. Het door haar opgebouwde pensioen is zoals gezegd relatief laag, omdat zij voor haar 25<sup>ste</sup> geen pensioen heeft kunnen opbouwen, zij grotendeels parttime heeft gewerkt in verband met de opvoeding van haar kind en daarnaast omdat zij verplicht was om deel te nemen aan de opbouw van een partnerpensioen dat niet tot uitkering komt. De Commissie begrijpt dit verzoek aldus dat verzoekster de Commissie vraagt te beoordelen of verweerster op grond van leeftijd, burgerlijke staat en geslacht, afzonderlijk en/of in samenhang met elkaar, onderscheid jegens verzoekster heeft gemaakt door haar beroep op de hardheidsclausule niet te honoreren.

3.37 Het komt de Commissie voor dat aan dit verzoek twee stellingen ten grondslag liggen:

1. Het pensioenstelsel bevoordeelt één of meer bepaalde groepen stelselmatig door de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten, in het bijzonder het mannelijk kostwinnerschap; en
2. verzoekster heeft nadeel ondervonden door de wijze waarop de samenleving was georganiseerd in de tijd dat zij op de arbeidsmarkt actief was en tegelijk voor haar kind zorgde. Voor dit nadeel zoekt zij compensatie.

3.38 Met betrekking tot de eerste stelling kan verzoekster worden toegegeven dat onder het huidige pensioenstelsel in combinatie met maatschappelijke omstandigheden, zoals schaarse kinderopvang, het pensioenresultaat van vrouwen als groep doorgaans significant lager ligt dan dat van mannen als groep. Dat kan echter niet geheel, en zelfs niet voor een belangrijk deel op het conto van verweerster worden geschreven. Voor de toepasselijkheid van de gelijkebehandelingswetgeving, die immers is gericht op concrete normadressaten zoals verweerster, is een dergelijke toerekening echter wel van belang en zelfs doorslaggevend. Met betrekking tot het verbod van ongelijke beloning heeft het Hof van Justitie van de Eu-

ropese Gemeenschappen (HvJ EG) uitgemaakt dat Europese gelijkebehandelingsregels alleen van toepassing zijn wanneer de beloning en eventuele beloningsverschillen aan één entiteit zijn toe te schrijven, zoals een werkgever, een wettelijke bepaling of een CAO (HvJ EG 17 september 2002, zaak C-320/00 (*Lawrence*), *Jur.* 2002, p. I-7325, *JAR* 2002, 262 en HvJ EG 13 januari 2004, zaak C-256/01 (*Allonby*), *JAR* 2004, 70). Dat betekent dat geen beroep kan worden gedaan op het beginsel van gelijke beloning wanneer een verschil in beloning van werknemers of ambtenaren die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten niet is toe te schrijven aan één bron. Er ontbreekt dan immers een entiteit die (direct) verantwoordelijk is voor deze verschillen en die deze verschillen zou kunnen herstellen (zie CGB 8 december 2004, 2004-158).

Verweerster kan niet verantwoordelijk worden gehouden voor ontwikkelingen, regelingen en/of gevolgen daarvan, die niet het gevolg zijn van of verder strekken dan haar eigen handelen. Het is aan de politiek om te besluiten of het noodzakelijk is om hervormingen in het Nederlandse pensioenstelsel door te voeren.

3.39 Ten aanzien van de tweede stelling overweegt de Commissie het volgende.

Verzoekster meent dat juist voor haar, en voor vrouwen in een vergelijkbare positie, compensatie op zijn plaats is, omdat zij – onder meer door haar bewust ongehuwd moederschap – actief heeft bijgedragen aan veranderingen in de samenleving, waardoor de huidige generatie vrouwen niet langer, of veel minder, nadeel ondervindt van de organisatie van de samenleving. Met betrekking tot dit laatste gelden de hierboven weergegeven overwegingen.

3.40 De in het pensioenreglement opgenomen hardheidsclausule (zie 2.9) biedt verweerster de mogelijkheid een artikel niet toe te passen of daarvan af te wijken, als toepassing, gelet op doel of strekking van de betreffende bepaling, leidt tot een aanzienlijk onbillijk resultaat. Volgens verweerster is van een dergelijke onbillijkheid in de situatie van verzoekster volstrekt geen sprake. Door gebruik te maken van het VPL-overgangsregime heeft verzoekster optimaal geprofiteerd van de regeling zoals deze gold voor 1 januari 2006. Voorts geldt dat er voor verzoekster geen reden is voor een vergelijkbare compensatie als is geboden aan nieuwe deelnemers en deelnemers die zijn geboren na 1950. Deze laatste deelnemers konden immers niet meer (vervroegd) uittreden. Verzoekster heeft wel de mogelijkheid gehad om op 60-jarige leeftijd (vervroegd) uit te treden met de OBU, inclusief een premievrije pensioenopbouw tussen haar 60<sup>ste</sup> en 65<sup>ste</sup>

jaar. De situatie van verzoekster wijkt niet af van andere deelnemers die in een vergelijkbare situatie zitten.

Daarnaast kan niemand het vóór 1 januari 1999 opgebouwde partnerpensioen ruilen voor ouderdomspensioen en is het partnerpensioen na die datum op risicobasis verzekerd. Verzoekster heeft dus ook niets om te ruilen.

3.41 De Commissie is van oordeel dat verzoekster niet een zodanig uitzonderlijke positie heeft dat daarop de hardheidsclausule van toepassing zou moeten zijn. Er zijn niet voldoende aanwijzingen dat verzoekster inderdaad een dergelijke uitzonderlijke positie heeft. Het is waarschijnlijker dat er voornamelijk één groep, te weten gehuwde mannen die tevens kostwinner zijn, profiteren van het stelsel, terwijl er verschillende groepen zijn, zoals gehandicapten, die net als de door verzoekster aangewezen groep (bewust alleenstaande moeders geboren voor 1950) minder goed in het stelsel passen en er daardoor ook minder of helemaal niet van kunnen profiteren.

3.42 De hardheidsclausule, zoals opgenomen in verweersters reglement, is bedoeld voor individuele, schrijnende gevallen; voor deelnemers die het slachtoffer zijn geworden van onbedoelde effecten van de pensioenregeling. De clausule kan niet worden ingezet om de effecten van vroegere regelingen voor groepen te compenseren. Naar het oordeel van de Commissie is van een dergelijk individueel schrijnend geval geen sprake. Verzoekster viel feitelijk juist in de categorie die relatief voordeel had van de regeling, aangezien zij nog (vervroegd) kon uittreden. Zij heeft daarvan ook daadwerkelijk gebruik gemaakt.

3.43 Ook wanneer de gronden geslacht, leeftijd en burgerlijke staat in onderling verband worden gezien kan niet worden gezegd dat verzoekster door de samenloop van die gronden, in vergelijking met andere groepen, in het bijzonder hard wordt getroffen. Dat geldt te meer wanneer in aanmerking wordt genomen dat de onvolledigheid van het door verzoekster opgebouwde pensioen in belangrijke mate te wijten is aan het feit dat zij over slechts (bijna) 22 jaar, in plaats van 40 jaar, pensioen heeft opgebouwd.

3.44 Op grond van het bovenstaande concludeert de Commissie dat verweester jegens verzoekster geen onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.

#### 4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . . jegens . . . . geen (verboden) onderscheid op grond van leeftijd en/of burgerlijke staat en/of geslacht heeft gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden.

Aldus gegeven te Utrecht op 28 mei 2009 door mr. drs. P.H.A. van Geel, voorzitter, mr. M. van den Brink en mr. H.J. Vilters, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. R.E.M. Schimmel, secretaris.

#### Noot van mr. dr. A.G. Veldman

1. Het verzoek betreft een complexe klacht van een bewust ongehuwde moeder (bommoeder). Er worden tal van omstandigheden aangevoerd waardoor de pensioenregeling, waaraan ze heeft deelgenomen, haar zou benadelen. Op grond van leeftijd zou ze van de nieuwe, gunstigere pensioenregeling zijn uitgesloten. Voorts zouden vrouwen met zorgtaken worden benadeeld, met name de oudere generatie vrouwen. Tenslotte zou de regeling ook alleenstaande ouders benadelen waarbij weer in het bijzonder bewust ongehuwde moeders. Verzoekster meent op grond hiervan dat het pensioenfonds compensatie zou moeten bieden aan bommoeders van de generatie van verzoekster omdat de belangen van deze groep stelselmatig zijn veronachtzaamd.

2. Het laagdrempelig karakter van de Commissie maakt dat ook 'maatschappelijke onvrede'-klachten, zoals in het bovenstaande oordeel, hun weg naar de Commissie kunnen vinden. Wat anders is echter of het juridisch kader van de gelijkebehandelingswetgeving daarvoor een geschikt middel is. De mal van de wetgeving vereist dat sprake is van een aantoonbaar direct of indirect onderscheid op één van de aangegeven discriminatiegronden. Dit vraagt in wezen om een dichotome vergelijking tussen twee, en niet meer, af te bakenen groepen die vergelijkbaar zijn. Bovendien moet er een eenduidige normadressaat te onderscheiden zijn. De jurisprudentie van het Luxemburgse Hof vereist dat het gewraakte onderscheid is terug te brengen tot één entiteit die verantwoordelijk kan worden gehouden voor de discriminatie en daarmee ook voor het herstel daarvan (HvJ EG 17 september 2002, zaak C-320/00 (*Lawrence*), *Jur.* 2002, p. I-7325, *JAR* 2002, 262 en HvJ EG 13 januari 2004, zaak C-256/01 (*Allonby*), *JAR* 2004, 70). Op het terrein van de arbeidsvoorwaarden, waaronder de aanvullende pensioenen begrepen worden, zal het

onderscheid herleidbaar moeten zijn tot één en dezelfde werkgever, dezelfde cao-partners of de wetgever. In dit oordeel gaat het overigens om een pensioenfonds dat evenwel uitvoering geeft aan een door de cao-partners vastgesteld pensioenreglement.

3. Hoewel het systeem van de wet beperkingen oproept, is de Commissie in het verleden niet ongevoelig gebleken voor het feit dat discriminatie in de maatschappelijke realiteit een meer complexe vorm kan aannemen dan de juridische norm van het gelijkheidsbeginsel lijkt toe te laten. Een voorbeeld is CGB 22 december 2006, 2006-256 waarin werd onderkend dat de combinatie van een visuele handicap en een allochtone afkomst ertoe kan leiden dat het aanbieden van een mondelinge test, in plaats van een test in braille, discriminatie kan opleveren wanneer sprake is van een mindere beheersing van het Nederlands. In de context van het bovenstaande oordeel lijkt een dergelijke 'samenloopenadering' niet goed toepasbaar. De veronderstelde benadeling door verzoekster ten opzichte van gehuwde alleenverdieners, iedereen geboren na 1943, de jongere generatie vrouwen, (niet bestaande) bewust ongehuwde vaders, gehuwde en samenwonende partners, werknemers zonder zorgtaken, etc., is niet alleen al moeizaam tot een samenloop van discriminatiegronden terug te brengen maar betreft ook niet altijd hetzelfde discriminatiefact. Integendeel, verzoekster klaagt erover dat zij als bommoeder op uiteenlopende wijzen, en in feite door uiteenlopende actoren, is benadeeld doordat zij niet past binnen de 'dominante standaard' zoals die in de maatschappij, op de arbeidsmarkt en in het pensioenreglement gehanteerd wordt.

4. De klacht lijkt een vorm van 'systeemdiscriminatie' te veronderstellen. Doorgaans duidt dit op het probleem dat in onze cultuur, economische ordening, instituties, maatschappelijke en juridische structuren een ordening heeft plaatsgevonden ten behoeve van 'dominante' groepen die stelselmatig ten nadele werkt van de niet-dominante groepen. Niet altijd is deze impliciete ordening te vangen onder een aanwijsbaar direct of indirect onderscheid omdat een duidelijke vergelijkingsgroep ontbreekt en/of toepassing van de dominante norm geen oplossing biedt voor de groep wiens belangen en problematiek niet zijn onderkend (over de term o.a. R. Holtmaat, 'Alle dingen die opwaarts gaan, komen ergens samen', *Nemesis* 1996, nr. 4, p. 125 e.v.; K.D. Lünemann, M.L.P. Loenen en A.G. Veldman, *De onzichtbare standaard in het recht*, Deventer: Gouda Quint 1999). Pogingen om systeemdiscriminatie via het recht aan te pakken vinden we bijvoorbeeld in de beslissingen van het Canadese

*Human Rights Tribunal* en de *Pay Equity* en *Employment Equity* wetgeving in hetzelfde land (hierover o.a. Petra Jonkers, *Diskwalificatie van wetgeving*, Amsterdam: Aksant 2003). Dergelijke wetgeving en jurisprudentie vertrekt in feite vanuit een plicht tot positieve actiemaatregelen voor voornamelijk werkgevers om hun personeelsbeleid op systeemdiscriminatie te onderzoeken en daarna zodanig te diversifiëren dat ook de belangen van de niet-dominante groep daarin verdisconteerd worden. De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving, noch die van de Europese Unie, verplichten echter tot een *equity*-aanpak. Er zijn in het verleden in Nederland wel pogingen gedaan tot specifieke *equity*-wetgeving, zoals de Wet bevordering evenredige arbeidskansen allochtonen (*Stb.* 1994, 423) en zijn opvolger de Wet stimulering evenredige arbeidsdeelname van minderheden (SAMEN) (*Stb.* 1998, 241). Beide wetten hebben geen lange levensduur gehad terwijl zij zich beide in feite nog beperkten tot uitsluitend een inventarisatie van het probleem.

5. Vanuit bovenstaand oogpunt is het wellicht aardig te memoreren dat de relevante pensioenwetgeving eigenlijk een soort algemene *equity*-verplichting voor het bestuur van pensioenfondsen kent. Artikel 105, tweede lid, Pensioenwet verplicht de beleidsbepalers van het pensioenfonds om bij de vervulling van hun taak de belangen van alle betrokkenen te dienen en ervoor te zorgen dat zij zich op een evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen. Het gaat hier wel om een positieve verplichting van een andere orde. De bepaling ziet primair op het verzoeken van de mogelijk strijdige belangen tussen deelnemers, gepensioneerden, slapers en werkgevers. Toch kan het interessant zijn te bezien of het betrokken pensioenfonds de belangen van alleenstaande deelnemers in de situatie van verzoekster onvoldoende recht heeft gedaan.

6. Vooral het onderscheid tussen (bewust) alleenstaanden en partners lijkt een belangrijk pijnpunt voor verzoekster. Verzoekster heeft tot 1999 premie voor kapitaalgedekt partnerpensioen betaald, en daarna premie voor partnerpensioen op risicobasis, zonder dat dit tot uitkering kan komen. Zij heeft het pensioenfonds gevraagd het door haar opgebouwde partnerpensioen te mogen ruilen tegen een hoger ouderdomspensioen, wat is geweigerd (overweging 2.8). Hoewel dit deel van de klacht in zichzelf niet op systeemdiscriminatie ziet maar op een enkelvoudige discriminatie, blijkt het voor alleenstaanden niet eenvoudig om mogelijke discriminatie op het terrein van het aanvullend pensioen aan de orde te stellen onder de huidige wetgeving.

7. Onderscheid naar 'leefvorm' is geen expliciet erkende discriminatiegrond in de Awgb, EU-wetgeving of internationale mensenrechtenverdragen. Daarvoor omvat 'leefvorm' waarschijnlijk ook te veel variëteiten en is het geen status die onveranderlijk hoeft te zijn. Maar afgezien van het feit dat het als een expliciete discriminatiegrond moeilijk vast te leggen is, kan wel geconstateerd worden dat een verschillende behandeling naar leefvorm op steeds meer maatschappelijke tegenstand stuit. De norm van gelijke behandeling naar leefvorm lijkt wel enige houvast te hebben gevonden in het Nederlandse beleid, getuige bijvoorbeeld de gelijkschakeling van samenwonende en gehuwden, gelijkgeslachtelijke relaties met gehuwden en ook alleenstaanden en paren met de invoering van het wettelijk uitruilrecht tussen partner- en ouderdomspensioenen. Ook wordt bijvoorbeeld in de Tweede Kamer aandacht gevraagd voor de 'evenwichtigheid' van het kabinetsbeleid met het oog op eenpersoons- en meerpersoonshuishoudens (*Kamerstukken II 2008/09, 31 700 XV, nr. 45*).

8. De Awgb kent wel de grond van burgerlijke staat, waaronder het verschil tussen gehuwden en ongehuwden is te verstaan. Hoewel het daarmee vooral ziet op het onderscheid tussen gehuwde en samenwonende partners, is het vaste oordelenlijnen van de Commissie om benadeling van alleenstaanden als een indirect onderscheid naar burgerlijke staat op te vatten omdat alleenstaanden in de regel ongehuwd zijn terwijl een groot aantal paren gehuwd is (CGB 11 juni 2002, 2002-70 en CGB 4 juli 2003, 2003-78). Op het gebied van de pensioenen is de alleenstaande deelnemer hiermee maar ten dele geholpen. Artikel 5, zesde lid, Awgb maakt een algemene uitzondering voor nabestaandenpensioen ingeval van onderscheid naar burgerlijke staat. Tot 2002 strekte deze uitzondering zich uit tot alle pensioenvoorzieningen, wat vandaag de dag nog steeds van betekenis kan zijn gezien het opbouw karakter van pensioen.

9. De belangen van de alleenstaande pensioendeelnemer zijn maar matig veilig te stellen met behulp van de gelijkebehandelingswetgeving. Veel succesvolle klachten kan ik niet vinden. Een uitzondering lijkt CGB 29 december 2006, 2006-261. Het uitsluitend uitkeren door de pensioenverzekeraar van een slotuitkering – een uitkering ineens bij overlijden – aan de partner of wezen van de gepensioneerde deelnemer benadeelt alleenstaande gepensioneerden. De Commissie acht dit een verboden indirect onderscheid naar burgerlijke staat. De alleenstaande deelnemer kan ook anderen dan partners of kinderen achterlaten die kosten

maken voor de begrafenis of crematie van de overleden deelnemer, terwijl het één van de doelen van de slotuitkering is om hierin tegemoet te komen.

10. Een latere uitspraak uit 2009 zet echter weer vraagtekens bij deze erkenning van de positie van alleenstaanden. Een ambtenarenregeling waarin geen slotuitkering kan worden gedaan aan de moeder en broer van de alleenstaande ambtenaar bij diens overlijden, maakt géén indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat (CGB 23 juli 2009, 2009-66). Het onderscheid is gerechtvaardigd omdat een (wettelijke) zorgplicht van de alleenstaande voor zijn nabestaanden ontbreekt. Ten overvloede wordt meegewogen dat de alleenstaande ambtenaar een gering belang heeft bij een uitkering aan nabestaanden met wie geen bijzondere financiële relatie bestaat. Het oordeel lijkt alleszins redelijk, maar de aanvaarde rechtvaardiging van de (wettelijke) zorgplicht voor partners en minderjarige kinderen staat niet los van het verschil in burgerlijke staat zelf. De wettelijke zorgplicht beperkt zich immers tot de gehuwde/geregistreerde partners en tot de band tussen ouders en kinderen terwijl (ongehuwde) alleenstaanden relatief minder vaak kinderen hebben. Gezien het doel van de slotuitkering, het bieden van een korte financiële gewenningsperiode en tegemoetkoming in de kosten van overlijden, vergt een consequente gelijke behandeling dat partners en alleenstaanden, ongeacht hun burgerlijke staat, recht hebben op een (forfaitaire) slotuitkering ten behoeve van hun nabestaanden die aantonen overlijdenskosten te maken of financieel afhankelijk te zijn. Een dergelijke regeling is uiteraard bewerklijker en daarom duurder in de uitvoering dan het hanteren van algemene categorieën als partners en wezen. Iets wat de Commissie in 2009 blijkbaar zwaarder laat wegen dan in 2006, gezien de overweging ten overvloede ten aanzien van het geringe belang van de alleenstaande.

11. Terug naar de bommoeder. Het ontbreken in het reglement van een uitruilmogelijkheid voor het door verzoekster opgebouwde partnerpensioen kan niet als een vermeend onderscheid naar burgerlijke staat worden onderzocht vanwege de uitzondering van artikel 5, zesde lid, Awgb. Desondanks is de Commissie bereid dezelfde problematiek nog eens 'met een brede blik' te bekijken. Als we daartoe de feiten nog even op een rijtje zetten dan gaat het erom dat verzoekster van 1982 tot 1999 premie heeft betaald voor een nabestaandenpensioen op opbouw basis dat nooit tot uitkering kan komen. Op het moment dat destijds artikel 2b Pensioen- en Spaarfondsen-



wet tot een keuzerecht verplichtte (2002), was de verzekering naar nabestaandenpensioen al omgezet naar risicobasis wat niet onder het wettelijke keuzerecht valt. Wel moet verzoekster hiervoor premie blijven afdragen, zij het aanzienlijk minder. In 2006, wanneer verzoekster al met vervroegd pensioen is en niet meer opbouwt, wordt een nabestaandenpensioen heringevoerd dat voor de helft op opbouw-basis is verzekerd. Hieraan verbonden is ook het wettelijk verplichte keuzerecht tussen nabestaandenpensioen en hoger, of eerder ingaand, ouderdompensioen.

12. De Commissie oordeelt dat voor zover sprake zou zijn van een onevenwichtige solidariteit die werd gevraagd van alleenstaanden met betrekking tot het nabestaandenpensioen, dit door de wetgever is rechtgezet door de invoering van artikel 2b Pensioen en spaarfondsenwet (PSW) (nu artikel 60 Pensioenwet). De wetgever heeft hieraan, in verband met de anders grote financiële gevolgen, geen terugwerkende kracht verbonden en heeft ook de uitzondering voor onderscheid naar burgerlijke staat in de nabestaandenpensioenen gehandhaafd. Daarnaast acht de Commissie de door de wetgever getrokken grens met betrekking tot de gevraagde solidariteit van alleenstaanden met partners bij een verzekerd partnerpensioen op risicobasis, niet onredelijk. De gedeeltelijke herinvoering van partnerpensioen op opbouw-basis vanaf 2006, tenslotte, heeft niets te maken met onderscheid ten aanzien van alleenstaanden maar met de invoering van de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling (Wet VPL) die de fiscale aftrekbaarheid van premies voor vervroegd pensioen beperkte (overweging 3.30).

13. Ondanks dat de situatie niet onder de Awgb valt, is hierover vanuit het oogpunt van het gevoerde beleid van het pensioenfonds wel het een en ander op te merken. De gelijke behandeling naar burgerlijke staat heeft het fonds wel degelijk ter hand genomen, maar alleen voor samenwonenden door invoering van een partnerpensioen in 1988. Van gelijke behandeling van alleenstaanden was geen sprake en het is er ook niet van gekomen omdat vanaf 1999 het partnerpensioen naar risicobasis werd omgezet en het vanaf 2002 op grond van de PSW verplichte uitruilrecht daarop geen betrekking heeft. Dat is met name wat zuur voor verzoekster omdat de invoering van artikel 2b in 1994 in eerste instantie om gelijkwaardige keuzemogelijkheden ongeacht burgerlijke staat vroeg. Voordat de wet in 2000 in werking zou treden, is dit op aandringen van de pensioenfondsen vanwege de financiële gevolgen teruggebracht naar een uitruilmogelijkheid van partnerpensioen op opbouw-basis.

De inwerkingtreding verschoof naar 2002. Het pensioenfonds in kwestie heeft de 'ontsnappingsroute' gebruikt en het partnerpensioen tijdig naar een verzekering op risicobasis omgezet. Hierdoor moest verzoekster nog steeds premie voor partnerpensioen betalen zonder dat het tot uitkering kan leiden. Weliswaar is de gevraagde solidariteit veel beperkter door de lagere kosten maar waarschijnlijk had verzoekster liever meer premie betaald voor een partnerpensioen op opbouw-basis als dat gepaard was gegaan aan een uitruilmogelijkheid voor alleenstaanden. In het door de sociale partners gevoerde beleid lijkt de groep van alleenstaande deelnemers er daarom bekaaid afgekomen (zie ook Kamervragen van het lid Koşer Kaya (D66) die meent dat het meebetalen van alleenstaanden aan op risicobasis verzekerd partnerpensioen ongelijke beloning voor gelijk werk op grond van de VN-verdragen inhoudt, ingezonden 29 september 2008, kenmerk 2008Z03344/208090120).

14. Het door veel pensioenfondsen (gedeeltelijk) ingevoerd partnerpensioen op risicobasis heeft men destijds met name gerechtvaardigd doordat als gevolg van de hogere arbeidsdeelname van vrouwen het voorzien in een nabestaandenpensioen geen collectieve verantwoordelijkheid meer vormt. Dezelfde gedachte is terug te vinden in de versoering van de ANW voor de generatie na 1950 en de voorziene afschaffing van de AOW-toeslag ingeval van een jongere, niet-werkende partner per 2015. Vanuit dit oogpunt is de herinvoering door het pensioenfonds in 2006 van een gedeeltelijk kapitaalgedekt partnerpensioen, waarvan verzoekster op grond van leeftijd is uitgesloten, merkwaardig te noemen. Het pensioenfonds stelt dat het keuzerecht een compensatie vormt voor de jongere generatie vanwege de afschaffing van vervroegd pensioen als gevolg van de Wet VPL. Begrijp ik het goed dat men bedoelt dat deze generatie hiermee de keus krijgt om iets eerder met pensioen te gaan, mits men de nabestaandenvoorziening omruilt voor eerder ingaand ouderdompensioen? Dat is dan toch wel een wat oneigenlijk gebruik van de fiscale ruimte. De Wet VPL heeft immers tot doel het vervroegd pensioen te ontmoedigen. Bovendien is de invoering van een kapitaalgedekt nabestaandenpensioen toch primair een verhoging van de voorziening waarop de partner aanspraak zal kunnen maken. Vooral het laatste is niet erg consistent omdat men daarmee de noodzaak voor een dergelijke voorziening opnieuw als een collectieve verantwoordelijkheid aanmerkt. Op het moment van afschaffing vond men blijkbaar nog dat de arbeidsparticipatie van de (vrouwelijke) partner zo is toegenomen dat dit

niet langer om een collectieve, kapitaalgedekte voorziening vraagt. Aangezien de arbeidsparticipatie van vrouwen niet gewijzigd is in deze periode, lijkt het van tweeën één. Of er bestaat in feite geen grond voor de verbetering van het partnerpensioen in de huidige maatschappij, of de beperking van de partnervoorziening destijds was een verkeerde keuze. Het laatste brengt met zich mee dat ook de alleenstaande pensioendeelnemer daardoor nadelig wordt geraakt omdat de uitruilmogelijkheid door onevenwichtig beleid pas laat wordt ingevoerd. De Commissie lijkt gemakkelijk mee te gaan met de redenering van het pensioenfonds dat vervroegde uittrekking is te compenseren met uitruil van partnerpensioen en accepteert het als rechtvaardiging voor het gestelde leeftijds onderscheid (zie overweging 3.17). Wel moet gezegd worden dat het wettelijke gelijkebehandelingskader, als ook de Pensioenwet, weinig ruimte biedt voor kritiek op de beleidskeuzen van een pensioenfonds ten aanzien van alleenstaanden.

15. Hetzelfde geldt wanneer de Commissie het onderwerp van het gebrek aan een uitruilmogelijkheid, in navolging van de wens van verzoekster, als vorm van systeemdiscriminatie tracht te zien. Verzoekster stelt dat de groep werkende (bewust) ongehuwde moeders van haar generatie in feite stelselmatig over het hoofd is gezien bij de door het fonds aangeboden voorzieningen. Door haar zorgtaken heeft zij minder (fulltime) pensioenjaren kunnen opbouwen en ook heeft zij niet kunnen profiteren van een uitruil van de opgebouwde partnerpensioenjaren voor hoger ouderdomspensioen, wat resulteert in een totaal lager pensioenresultaat.

16. Doordat zij zich vergelijkt zich met de jongere generatie vrouwen die wel een uitruilmogelijkheid hebben, past haar klacht opnieuw niet in de mal van het gelijkheidsbeginsel dat ingeval van geslacht een vergelijking van mannen en vrouwen impliceert. Ook levert

het problemen op om de beperktere arbeidsdeelname van verzoekster te herleiden tot het handelen van het pensioenfonds. Het argument dat vrouwen door zorgtaken minder aan het arbeidsproces kunnen deelnemen en daardoor minder verdienen en een lager pensioen verwerven zou, zo mogelijk, nog wel als een indirect sekseonderscheid te construeren zijn. Evenals in de zaak *Cadman* (HvJ EG 3 oktober 2006, zaak C-17/05, *Jur.* 2006, p. I-9583) kan het gebruik van het criterium arbeidsjaren of dienstjaren in de beloning, waaronder ook het aanvullend pensioen is begrepen, met name ten nadele van vrouwen werken. Het gebruik van dienstjaren werd in *Cadman* echter objectief gerechtvaardigd geacht. Probleem lijkt opnieuw dat de verdiscontering van zorgtaken van vrouwen ten aanzien van inkomen of inkomensvoorzieningen alleen via een *equity*-aanpak te bereiken is. Zou men dat willen, dan moet de wetgever maatregelen nemen die óf de arbeidsdeelname van vrouwen met kinderen vergemakkelijken óf specifieke compensatieregelingen opzetten. Voor het laatste bestaat maar zeer beperkt draagvlak. Te denken is aan het verzorgingsforfait in de WW of, specifiek voor alleenstaande ouders, aan de (aanvullende) alleenstaandenkorting in de belastingwetgeving.

17. Gezien de vele wettelijke beperkingen die zowel ten aanzien van systeemdiscriminatie als de discriminatie van alleenstaanden aan de orde zijn geweest, heeft de Commissie deze klacht over veronderstelde systeemdiscriminatie nauwelijks anders kunnen behandelen dan zij gedaan heeft. Daarbij is ook de lichte scepsis van de Commissie (pas op het einde geuit, zie 3.42 en 3.43) of het hier wel om een systematische benadeling gaat, niet onbegrijpelijk. Het is inderdaad onduidelijk waarom verzoekster, geboren in 1943, voor 1982 geheel geen pensioen heeft kunnen opbouwen. Daarnaast heeft zij vanuit het oogpunt van leeftijd duidelijk voordeel gehad van het 'op de dominante standaard geënte pensioensysteem' doordat zij (nog) vervroegd kon uittraden.

## 2009-78 en 2009-101

### **Korting op nabestaandenpensioen wegens groot leeftijdsverschil: over het grensvlak van gelijkheid bij de arbeidsvoorwaarde pensioen en onderscheid op basis van gezinsomstandigheden, alsmede over solidariteit als rechtvaardigingsgrond**

*Noot: prof. dr. E. Lutjens*

#### 2009-78

##### 1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerster jegens . . . (hierna: de nabestaande) onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.

1.2 Verzoekster heeft de Commissie desgevraagd aanvullende informatie gestuurd. De nabestaande heeft desgevraagd verklaard dat zij de werkgever van haar overleden echtgenoot niet als verweerder in de procedure wil betrekken, maar dat het verzoek zich alleen richt tegen verweerster.

1.3 Verweerster heeft schriftelijk verweer gevoerd.

1.4 De Commissie heeft partijen opgeroepen de standpunten ter zitting van 20 januari 2009 mondeling nader toe te lichten. Partijen zijn ter zitting verschenen.

1.5 De Commissie heeft na de zitting, bij brief van 12 juni 2009, deskundigenadvies gevraagd aan dr. ir. V.W. Buskens, verbonden aan het Department of Sociology/ICS van de Universiteit Utrecht. De Commissie heeft bij brief van 24 juni 2009 het advies ontvangen. De adviesaanvraag en het advies zijn als bijlage bij het oordeel gevoegd. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld te reageren op het advies. Zij hebben van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Het onderzoek is op 27 juli 2009 gesloten.

##### 2 Feiten

2.1 Verzoekster is een stichting die zich ten doel stelt veroordelen en ongelijke behandeling in Amsterdam en omgeving te bestrijden. Zij doet dit door middel van klachtbehandeling, bemiddeling en advies. Klachtbehandeling

vindt plaats op de gronden van de gelijkebehandelingswetgeving.

2.2 Verweerster heeft de rechtsvorm van een naamloze vennootschap en exploiteert een pensioenverzekeringsmaatschappij.

2.3 De echtgenoot van de nabestaande is op 1 april 1973 in dienst getreden van . . . , hierna: de werkgever, en is op 1 augustus 2003 met pensioen gegaan. De echtgenoot is in juni 2008 overleden. De echtgenoot van de nabestaande was 18 jaar ouder dan de nabestaande.

2.4 Verweerster heeft het nabestaandenpensioen van de nabestaande bij ingang, op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, van het pensioenreglement (hierna: de kortingsregeling), verminderd met 2,5% voor elk vol jaar dat het leeftijdsverschil tussen de echtgenoot en de nabestaande groter is dan tien jaar. Dit betekent dat het nabestaandenpensioen van de nabestaande met 20% is gekort.

2.5 Artikel 5, derde lid, van het pensioenreglement bepaalt dat het weduwen-, weduwnaars- c.q. partnerpensioen, mits het is ingegaan voor de ingangsdatum van het oudedagspensioen van de deelnemer, jaarlijks per 1 januari wordt verhoogd met 3%.

##### 3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerster verboden onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door het nabestaandenpensioen van de nabestaande te korten met 20%, vanwege een groot leeftijdsverschil tussen de nabestaande en haar echtgenoot.

Voorts ligt ter beoordeling de vraag voor of verweerster verboden onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door het nabestaandenpensioen van de nabestaande niet jaarlijks te indexeren met 3%.

##### *Ontvankelijkheid*

3.2 Verweerster meent dat verzoekster niet ontvankelijk is in haar verzoek, omdat het niet binnen de zeggenschap van verweerster valt om eventuele discriminerende bepalingen in de pensioenregeling van de werkgever ongedaan te maken. Verweerster voert daartoe twee argumenten aan.

3.3 Allereerst stelt verweerster zich op het standpunt dat zij slechts uitvoerder is van een pensioenregeling waarvan de werkgever de inhoud bepaalt. Verweerster verwijst hiervoor naar de arresten van het Hof van Justitie van

de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) in de zaken *Coloroll* (HvJ EG 28 september 1994, zaak C-200/91) en *Menauer* (HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-379/99, *Jur.* 2001, p. I-7275, *Pf* 2001, 101, m.nt. E. Lütjens). In die arresten heeft het HvJ EG weliswaar geoordeeld dat in beginsel ook de pensioenuitvoerder aansprakelijk gehouden kan worden voor discriminerende bepalingen, maar het Hof heeft daarbij, aldus verweerster, de nuancering gemaakt dat een pensioenuitvoerder die niet zelf partij is bij de arbeidsverhouding waar de pensioenafpraak is gemaakt, slechts datgene kan doen wat in zijn vermogen ligt om het beginsel van gelijke behandeling te eerbiedigen. Verweerster kan daarom niet veel méér doen dan een werkgever adviseren om de pensioenregeling op discriminerend gebleken punten aan te passen.

3.4 In hoeverre verweerster als pensioenverzekeraar uit hoofde van de arresten *Coloroll* en *Menauer* gehouden is geweest om bij de concrete pensioenregeling van de werkgever te adviseren om de pensioenregeling op bepaalde punten aan te passen, is volgens verweerster afhankelijk van de vraag of bepalingen in die regeling met voldoende zekerheid als discriminerend gezien moeten worden. Verweerster wijst op de verdeeldheid in de rechtspraak daarover. Zo oordeelde het Hof Den Bosch dat een pensioenfonds voor het toepassen van de kortingsregeling op het partnerpensioen geen objectieve rechtvaardigingsgrond had aangedragen, waardoor sprake was van verboden onderscheid (Hof Den Bosch 8 november 2005, LJN AU6564). Het Hof Amsterdam oordeelde echter in een andere zaak dat een pensioenfonds die objectieve rechtvaardiging wel had aangedragen, waardoor er geen sprake was van verboden onderscheid (Hof Amsterdam 31 augustus 2006, LJN AZ0535). Gezien deze verdeeldheid kan van verweerster niet verlangd worden dat zij de bij haar verzekerde werkgevers indringend adviseert om - tegen extra betaling - de kortingsbepaling uit hun respectievelijke pensioenreglementen te halen. Er is immers geen sprake van aperte discriminatie.

3.5 De conclusie van verweerster is dan ook dat uit de *Coloroll*- en *Menauer*-arresten in gevallen van korting van partnerpensioen bij groot leeftijdsverschil geen rechtstreekse aansprakelijkheid van verweerster voortvloeit.

3.6 Daarnaast wijst verweerster op artikel 4 van de Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet (Beschikking van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 16 juli 1987, *Stcr.* 1987, 143), waarin is opgenomen dat een pensioenverzekeraar niet aansprakelijk is als de werkge-

ver hem onvoldoende informatie of onvoldoende financiële middelen geeft. Of dit onder de huidige Pensioenwet wellicht anders is, doet in dit geval niet ter zake, aldus verweerster, nu het deelnemerschap van de echtgenoot van de nabestaande in de pensioenregeling is geëindigd vóór de inwerkingtreding van de Pensioenwet. De overleden echtgenoot van de nabestaande is namelijk met pensioen gegaan per 1 juli 2003, en de Pensioenwet is (deels) in werking getreden op 1 januari 2007. Volgens verweerster kan de korting op het partnerpensioen van de nabestaande door haar alleen ongedaan gemaakt worden als de werkgever haar daarvoor betalen wil. Nu dat niet het geval is, is verweerster, op grond van bovengenoemd artikel, niet aansprakelijk en is verzoekster niet ontvankelijk.

3.7 De Commissie oordeelt over de ontvankelijkheid van verzoekster als volgt.

3.8 In artikel 12, tweede lid, onderdeel e, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is onder meer bepaald dat een stichting, die in overeenstemming met haar statuten de belangen behartigt van diegenen in wier bescherming de AWGB beoogt te voorzien, bevoegd is een verzoek als het onderhavige bij de Commissie in te dienen. Verzoekster moet gelden als een zodanige stichting, gegeven het statutaire doel en gegeven de werkzaamheden die verzoekster verricht. Gelet op het voorgaande is verzoekster in beginsel ontvankelijk in haar verzoek.

3.9 Deze ontvankelijkheid wordt gedeeltelijk beperkt door artikel III van de Wet van 12 maart 1998, ter implementatie van de zogeheten Barber-richtlijn (Richtlijn 89/378/EEG), dat bepaalt dat het Burgerlijk Wetboek (BW) en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) met betrekking tot de opbouw van pensioenaanspraken voor werknemers terugwerkende kracht hebben tot en met 17 mei 1990. Hieruit volgt dat verzoekster niet ontvankelijk is, voorzover het verzoek betrekking heeft op de vraag of verweerster jegens de nabestaande onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht bij de korting op het gedeelte van het nabestaandenpensioen dat is opgebouwd voor 17 mei 1990.

3.10 Tevens wijst de Commissie op artikel 12b, eerste lid, WGB, waarin is bepaald dat het ook aan anderen dan de werkgever, bedoeld in artikel 7:646 Burgerlijk Wetboek (BW), of het bevoegd gezag bedoeld in artikel 1a WGB, verboden is om onderscheid te maken op grond van geslacht bij de bepaling van de kring van personen voor wie een pensioenvoorziening tot stand wordt gebracht, bij de bepaling van

de inhoud van de pensioenvoorziening of wat betreft de wijze van uitvoering daarvan. De werking van deze bepaling strekt zich, volgens vaste jurisprudentie, ook uit tot uitvoerders van pensioenvoorzieningen zoals verweerster (HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-379/99 (Menauer), CGB 20 december 2001, 2001-145 en CGB 10 januari 2003, 2003-4).

3.11 Het HvJ EG heeft in het door verweerster aangehaalde arrest Menauer bepaald dat pensioenuitvoerders een eigen verplichting hebben om het gelijkheidsbeginsel na te leven, ongeacht hun rechtsvorm of de wijze waarop zij met het beheer van de pensioenregeling zijn belast. Het HvJ EG heeft daarbij tevens bepaald dat pensioenuitvoerders hier zelf rechtstreeks op kunnen worden aangesproken door de deelnemers aan de regeling. Het HvJ EG heeft daarbij, in het arrest Menauer, onder meer overwogen dat de rechtsbescherming, die een daadwerkelijke gelijkheid vereist, ernstig zou worden geschaad, indien een deelnemer alleen zijn werkgever kan aanspreken en niet degenen die uitdrukkelijk zijn belast met de uitvoering van de verplichtingen van de werkgever. Met dit oordeel van het HvJ EG is volgens de Commissie de beperkte uitleg van de aansprakelijkheid van verweerster niet in overeenstemming, aangezien die uitleg afbreuk doet aan de bovengenoemde rechtsbescherming. De Commissie volgt verweerster dan ook niet in haar betoog.

3.12 Ten aanzien van het beroep van verweerster op artikel 4 Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet heeft de Commissie reeds eerder overwogen dat dit beroep niet kan slagen, nu deze bepaling alleen de verhouding werkgever-verzekeraar regelt met betrekking tot het verstrekken van inlichtingen en de noodzakelijke financiële middelen voor de regeling (CGB 17 februari 1998, 1998-11). Dit staat los van toepassing van (supra)nationale wetgeving op de in geding zijnde vraag of door de korting op het nabestaandenpensioen verboden onderscheid op grond van geslacht is gemaakt.

3.13 De Commissie oordeelt op grond van het voorgaande dat verweerster, als zij een pensioenreglement uitvoert waarin (indirect) discriminerende bepalingen staan, er rechtstreeks op kan worden aangesproken om die ongelijke behandeling op te heffen. Of verweerster daarvoor financiële middelen moet ontvangen van de werkgever en of verzoekster wellicht ook bij de werkgever de gelijkebehandelingswetgeving moet invoeren, staat naar het oordeel van de Commissie los van de vraag of verweerster onderscheid op grond van geslacht

heeft gemaakt en of zij daar rechtstreeks op kan worden aangesproken. De verantwoordelijkheid van een verzekeraar beperkt zich naar het oordeel van de Commissie niet tot het informeren van de werkgever over mogelijke ongelijke behandeling. De verzekeraar heeft een eigen verantwoordelijkheid om te beslissen of zij een pensioenregeling met discriminerende bepalingen al dan niet uitvoert en kan ook gehouden worden om de gevolgen van bepaalde discriminerende bepalingen ongedaan te maken. Verzoekster is derhalve ook op dit punt ontvankelijk in haar verzoek tegen verweerster.

*Onderscheid op grond van geslacht door de korting op het nabestaandenpensioen*

3.14 Op grond van artikel 7:646, eerste lid, BW in samenhang met artikel 7:646, vijfde lid, BW, is het maken van direct of indirect onderscheid op grond van geslacht bij de arbeidsvoorwaarden, waaronder de beloning, verboden.

3.15 De in geding zijnde kortingsregeling geldt ongeacht het geslacht van de deelnemer aan het pensioen en van diens partner. Hieruit volgt dat er geen direct onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt. De vraag die vervolgens aan de orde komt is of er sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht.

3.16 Uit de algemene landelijke cijfers van het CBS over de jaren 1996 tot en met 2007 blijkt dat in zijn algemeenheid geldt dat mannen 7,3 tot 9,0 maal vaker dan vrouwen gehuwd zijn met een meer dan 10 jaar jongere partner. Uit deze gegevens blijkt derhalve dat in zijn algemeenheid geldt dat vrouwen significant vaker dan mannen getroffen worden door de in het geding zijnde kortingsregeling. De Commissie heeft al eerder geoordeeld (zie onder meer CGB 7 januari 2004, 2004-2) dat bij het vaststellen van indirect onderscheid in beginsel dient te worden gekeken naar de gegevens over het deelnemersbestand van de individuele werkgever. Omdat het gaat om mogelijk onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden, welke arbeidsvoorwaarden door verweerster ten behoeve van de werkgever worden uitgevoerd, zijn de gegevens over het deelnemersbestand van de werkgever in beginsel maatgevend bij het vaststellen van indirect onderscheid.

3.17 Verweerster heeft gegevens overgelegd over haar deelnemersbestand, voor zover die deelnemers in dienst waren van de werkgever. Uit die gegevens blijkt dat 19 vrouwelijke nabestaanden gekort worden op hun nabestaandenpensioen en dat 228 vrouwelijke

nabestaanden een ongekort nabestaandenpensioen ontvangen. Geen van de in totaal 60 mannelijke nabestaanden wordt gekort op zijn nabestaandenpensioen.

3.18 Aan de hand van de zogenaamde correlatietoets en vervolgens de chikwadraattoets gaat de Commissie na of de korting op het nabestaandenpensioen indirect onderscheid op grond van geslacht oplevert.

Met de correlatietoets ( $\Phi$ -toets) is te berekenen of er een samenhang bestaat tussen een bepaalde regeling en de benadeling van een groep. Vervolgens is met de chikwadraattoets te berekenen of de samenhang significant en niet toevallig is.

3.19 De samenhang of correlatie wordt uitgedrukt in een correlatiecoëfficiënt ( $\Phi$ ) en is te bepalen met de volgende formule:

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

De letters staan hierbij voor de volgende grootheden:

$\Phi$  = de samenhang of correlatie

a = het aantal door de regeling benadeelde personen uit de vermeend benadeelde groep (= de vrouwelijke nabestaanden die meer dan 10 jaar jonger zijn dan hun partner: 19)

b = het aantal door de regeling benadeelde personen uit de groep waarmee vergeleken wordt (= de mannelijke nabestaanden die meer dan 10 jaar jonger zijn dan hun partner: 0)

c = het aantal door de regeling niet-benadeelde personen uit de vermeend benadeelde groep (= de vrouwelijke nabestaanden die een ongekort nabestaandenpensioen ontvangen: 228)

d = het aantal door de regeling niet-benadeelde personen uit de groep waarmee vergeleken wordt (= de mannelijke nabestaanden die een ongekort nabestaandenpensioen ontvangen: 60)

Toepassing van de formule geeft het volgende resultaat:

$$\Phi = (19*60 - 0*228) / \sqrt{(19+228)(0+60)(19+0)(228+60)}$$

$$\Phi = 0,13$$

Bij een  $\Phi$  gelijk aan 0 bestaat er totaal geen samenhang. Als  $\Phi$  de waarde 1,0 heeft is de samenhang maximaal. Bij een ondergrens van  $\Phi = 0,2$  is er sprake van voldoende samenhang en dient vervolgens met de chikwadraattoets onderzocht te worden of die samenhang niet toevallig is. In het onderhavige geval komt de

Commissie niet toe aan die laatste toets, omdat uit de correlatietoets blijkt dat er onvoldoende samenhang is. De  $\Phi$  is immers 0,13, en daarmee wordt de ondergrens van 0,2 niet overschreden. Indien wordt uitgegaan van de correlatietoets, kan de Commissie niet anders dan concluderen dat er geen sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht.

3.20 Omdat de algemene landelijke cijfers er op lijken te wijzen dat een kortingsbepaling als de onderhavige in zijn algemeenheid wel leidt tot indirect onderscheid op grond van geslacht, heeft de Commissie advies ingewonnen bij een deskundige. De Commissie heeft de deskundige de cijfermatige gegevens over het deelnemersbestand van verweester verstrekt en hem de volgende vragen voorgelegd:

- Zijn de bij de CGB gebruikelijk gehanteerde statistische toetsen (correlatie- en chikwadraattoets) bruikbaar om vast te stellen of de voorgelegde nabestaandenpensioenregeling, waarbij een korting wordt toegepast ingeval van een groot leeftijdsverschil, vrouwen in het bijzonder treft? Zo nee, waarom niet?
- Indien de statistische toets niet adequaat is: Welke statistische toets is in dit geval wel adequaat? Is er in de onderhavige zaak voldoende statistische basis om aan de hand van deze toets vast te stellen of de voorgelegde nabestaandenpensioenregeling, waarbij een korting wordt toegepast ingeval van een groot leeftijdsverschil, vrouwen in het bijzonder treft?

Uit het deskundigenadvies (zie bijlage) blijkt dat de correlatie- en chikwadraattoets naar het oordeel van de deskundige adequate toetsen zijn om vast te stellen of de kortingsregeling vrouwen in het bijzonder treft.

3.21 Nu de correlatietoets geschikt is om indirect onderscheid vast te stellen en uit deze toets in het onderhavige geval blijkt dat er onvoldoende samenhang is tussen de kortingsregeling en de benadeling van vrouwen, komt de Commissie tot het oordeel dat verweester in het onderhavige geval geen indirect onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door het nabestaandenpensioen te korten, omdat de nabestaande meer dan tien jaar jonger is dan de deelnemer.

*Onderscheid op grond van geslacht door het nabestaandenpensioen niet te indexeren*

3.22 Verzoekster voert aan dat verweester tevens indirect onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door het nabestaandenpensioen van de nabestaande niet jaarlijks

te indexeren met 3%. Verzoekster wijst op artikel 5, derde lid, van het pensioenreglement waarin is opgenomen dat alleen indien het nabestaandenpensioen is ingegaan vóór de pensioendatum van de (gewezen) deelnemer, het nabestaandenpensioen met 3% per jaar stijgt. Nu het nabestaandenpensioen van de nabestaande is ingegaan na de pensioendatum van de (gewezen) deelnemer, kan zij geen aanspraak maken op de jaarlijkse stijging van 3%. Verzoekster is van mening dat meer vrouwen dan mannen van deze regeling nadeel onderkennen omdat de levensverwachting van vrouwen langer is dan die van mannen. Daarnaast zijn vrouwen volgens verzoekster kwetsbaarder, omdat zij veelal werkonderbrekingen hebben als gevolg van het moederschap en werken zij vaker in deeltijd.

3.23 Verweerster heeft zich als volgt verweerd. Artikel 5, derde lid, is in het pensioenreglement opgenomen, omdat als de deelnemer voor de pensioendatum overlijdt, er verder geen pensioen meer wordt opgebouwd. Verweerster tracht dit nadeel enigszins te compenseren door de jaarlijkse indexatie van 3%. Overlijdt de deelnemer na het bereiken van de pensioendatum dan heeft de deelnemer over de volle periode pensioen opgebouwd en is geen compensatie nodig.

3.24 De Commissie oordeelt dat de indexering met 3% in veel gevallen geen voordeel is voor de nabestaande, maar eerder gezien moet worden als een compensatie voor een nadeel dat ontstaat doordat de deelnemer die voor de pensioendatum komt te overlijden tot aan die datum geen pensioen meer kan opbouwen. Soms, als de deelnemer vlak voor de pensioendatum overlijdt, zal de nabestaande voordeel kunnen hebben van de indexering. In die gevallen geldt echter naar het oordeel van de Commissie dat dit niet indirect onderscheidmakend is voor vrouwelijke nabestaanden, maar eerder voor mannelijke nabestaanden. Gegeven de langere levensverwachting van vrouwen, is het immers aannemelijker dat vrouwelijke deelnemers vaker dan mannelijke deelnemers pas na hun pensioendatum zullen overlijden, hetgeen betekent dat mannelijke nabestaanden dus minder vaak voor de jaarlijkse indexatie van 3% in aanmerking zullen komen.

3.25 Het voorgaande leidt tot het oordeel dat verweerster geen indirect onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door het nabestaandenpensioen te korten als de nabestaande meer dan tien jaar jonger is dan de deelnemer en door het nabestaandenpensioen niet te indexeren met 3% als de deelnemer na de pensioendatum overlijdt.

#### 4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . geen indirect onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt jegens de nabestaande door:

- het nabestaandenpensioen te korten, omdat de nabestaande meer dan tien jaar jonger is dan de deelnemer;
- door het nabestaandenpensioen van de nabestaande niet te indexeren met 3% per jaar, omdat de deelnemer na de pensioendatum is overleden.

Aldus gegeven te Utrecht op 14 augustus 2009 door mr. drs. P.H.A. van Geel, voorzitter, mr. C.A. Goudsmit en mr. B. Romkes, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. A.H. Pranger, secretaris.

#### 2009-101

##### 1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerster jegens haar onderscheid op grond van geslacht maakt.

1.2 Verzoekster heeft op 7 juli 2009 de Commissie desgevraagd aanvullende informatie gestuurd.

1.3 Verweerster heeft op 24 juli 2009 schriftelijk verweer gevoerd.

1.4 De Commissie heeft naar aanleiding van de reactie van verweerster partijen om nadere informatie gevraagd. Zowel de reactie van verzoekster als van verweerster heeft de Commissie op 8 september 2009 ontvangen.

1.5 Bij brief van 17 september 2009 heeft de Commissie partijen bericht deze zaak vereenvoudigd te behandelen. Dit houdt in dat er geen zitting is gehouden en dat het oordeel is uitgesproken op basis van de door partijen overgelegde informatie.

##### 2 Feiten

2.1 Verzoekster is geboren op 27 april 1964. De echtgenoot van verzoekster is geboren op 8 december 1946. De pensioendatum van de echtgenoot is 1 december 2011.

2.2 Verweerster is een ondernemingspensioenfonds.

2.3 Op de pensioenaanspraken van de echtgenoot van verzoekster is het pensioenreglement A 1992 van verweerster van toepassing. Ten aanzien van het nabestaandenpensioen dat verzoekster bij overlijden van haar echtgenoot zal ontvangen, is in artikel 8, zesde lid, van het pensioenreglement (hierna: de kortingsregeling) het volgende bepaald:

“Indien de overledene meer dan 10 jaar ouder was dan zijn partner of gewezen partner, worden de overeenkomstig dit artikel of artikel 15 uit te keren pensioenen met 2,5% van deze pensioenen verminderd voor elk vol jaar dat de overledene meer dan 10 jaar ouder was dan zijn partner of gewezen partner.”

2.4 Het leeftijdsverschil tussen de echtgenoot en verzoekster is zeventien jaar. Dit betekent dat het nabestaandenpensioen van verzoekster bij het overlijden van haar echtgenoot met 17,5% zal worden gekort.

### 3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerster verboden onderscheid op grond van geslacht zal maken door, bij overlijden van haar echtgenoot, het nabestaandenpensioen van verzoekster te korten met 17,5%, vanwege een groot leeftijdsverschil tussen haar en haar echtgenoot.

3.2 Op grond van artikel 7:646, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW) in samenhang met artikel 7:646, vijfde lid, BW, is het maken van direct of indirect onderscheid op grond van geslacht bij de arbeidsvoorwaarden verboden. Onder arbeidsvoorwaarden wordt tevens begrepen een pensioenvoorziening. Onder onderscheid valt zowel onderscheid dat in het verleden als in het heden of de toekomst is gelegen. Artikel III van de Wet van 12 maart 1998, ter implementatie van de zogeheten Barber-richtlijn (Richtlijn 89/378/EEG), bepaalt dat het BW en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) met betrekking tot de opbouw van pensioenaanspraken voor werknemers terugwerkende kracht hebben tot en met 17 mei 1990.

3.3 In artikel 12b, eerste lid, WGB, is bepaald dat het ook aan anderen dan de werkgever, bedoeld in artikel 7:646 BW, of het bevoegd gezag bedoeld in artikel 1a WGB, verboden is om onderscheid te maken op grond van geslacht bij de bepaling van de kring van personen voor wie een pensioenvoorziening tot stand wordt gebracht, bij de bepaling van de inhoud van de pensioenvoorziening of wat

betreft de wijze van uitvoering daarvan. De werking van deze bepaling strekt zich, volgens vaste jurisprudentie, ook uit tot uitvoerders van pensioenvoorzieningen zoals verweerster (HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-379/99 (*Menauer*), CGB 20 december 2001, 2001-145 en CGB 10 januari 2003, 2003-4).

3.4 Verzoekster heeft een eigen, van haar echtgenoot als werknemer afgeleid belang bij een oordeel van de Commissie. De werkgever van de echtgenoot van verzoekster heeft immers het ouderdoms- en nabestaandenpensioen willen verzekeren voor al haar werknemers en heeft deze ondergebracht bij verweerster. Door het toepassen van de kortingsregeling is het nabestaandenpensioen echter niet voor alle werknemers gelijk verzekerd, hetgeen jegens verzoekster onderscheid in de zin van de wetgeving gelijke behandeling op zou kunnen leveren (vgl. CGB 25 juni 2009, 2009-54, 8 mei 2003, 2003-58 en 2003-59).

*Onderscheid op grond van geslacht door de korting op het nabestaandenpensioen?*

3.5 De in geding zijnde kortingsregeling geldt ongeacht het geslacht van de deelnemer aan de pensioenregeling en van diens partner. Hieruit volgt dat er geen direct onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt. De vraag die vervolgens aan de orde komt is of er sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht.

3.6 Uit de algemene landelijke cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek over de jaren 1996 tot en met 2007 blijkt dat in Nederland mannen 7,3 tot 9,0 maal vaker dan vrouwen gehuwd zijn met een meer dan tien jaar jongere partner. Dat betekent in zijn algemeenheid dat vrouwen significant vaker dan mannen getroffen (zullen) worden door kortingsregelingen als hier in geding. De Commissie heeft echter al eerder geoordeeld dat bij het vaststellen van indirect onderscheid in beginsel dient te worden gekeken naar de gegevens over het deelnemersbestand van de individuele werkgever (zie onder meer CGB 14 augustus 2009, 2009-78 en CGB 7 januari 2004, 2004-2). Omdat het gaat om mogelijk onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden, welke arbeidsvoorwaarden door verweerster ten behoeve van de werkgever worden uitgevoerd, zijn de gegevens over het deelnemersbestand van de werkgever maatgevend bij het vaststellen van indirect onderscheid.

3.7 Het deelnemersbestand van verweerster bestaat uitsluitend uit actieve of gepensioneerde werknemers van de werkgever van verzoeksters



echtgenoot of uit slapers, zijnde voormalige werknemers die nog niet pensioengerechtigd zijn. Uit de informatie van verweerster blijkt dat per 24 juli 2009 126 vrouwelijke nabestaanden worden, dan wel in de toekomst kunnen worden, gekort op hun nabestaandenpensioen, en ontvangen, dan wel kunnen in de toekomst ontvangen, 2.587 vrouwelijke nabestaanden een ongekort nabestaandenpensioen. Voorts blijkt uit de gegevens dat 13 mannelijke nabestaanden worden, dan wel in de toekomst kunnen worden, gekort op hun nabestaandenpensioen en dat 2.173 mannelijke nabestaanden een ongekort nabestaandenpensioen ontvangen, dan wel in de toekomst kunnen ontvangen.

3.8 Door toepassing van de zogenaamde correlatietoets en vervolgens de chikwadraattoets gaat de Commissie na of de korting op het nabestaandenpensioen indirect onderscheid op grond van geslacht oplevert. Met de correlatietoets ( $\varphi$ -toets) is te berekenen of er een samenhang bestaat tussen een bepaalde regeling en de benadeling van een groep. Vervolgens is met de chikwadraattoets te berekenen of de samenhang significant en niet toevallig is. Uit het deskundigenadvies, dat de Commissie heeft ingewonnen in een soortgelijke zaak, is gebleken dat de correlatie- en chikwadraattoets naar het oordeel van de betreffende deskundige adequate toetsen zijn om vast te stellen of een kortingsregeling vrouwen in het bijzonder treft (zie hiervoor de bijlage bij het eerder aangehaalde oordeel 2009-78).

3.9 De samenhang of correlatie wordt uitgedrukt in een correlatiecoëfficiënt ( $\varphi$ ) en is te bepalen met de volgende formule:

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

De letters staan hierbij voor de volgende grootheden:

$\varphi$  = de samenhang of correlatie

a = het aantal door de regeling benadeelde personen uit de vermeend benadeelde groep (= de vrouwelijke nabestaanden die meer dan 10 jaar jonger zijn dan hun partner: 126)

b = het aantal door de regeling benadeelde personen uit de groep waarmee vergeleken wordt (= de mannelijke nabestaanden die meer dan 10 jaar jonger zijn dan hun partner: 13)

c = het aantal door de regeling niet-benadeelde personen uit de vermeend benadeelde groep (= de vrouwelijke nabestaanden die een ongekort nabestaandenpensioen ontvangen: 2.587)

d = het aantal door de regeling niet-benadeelde personen uit de groep waarmee vergeleken wordt (= de mannelijke nabestaanden die een ongekort nabestaandenpensioen ontvangen: 2.173)

Toepassing van de formule geeft het volgende resultaat:

$$\varphi = (126*2.173 - 13*2.587) / \sqrt{(126+2.587)(13+2.173)(126+13)(2.587+2.173)}$$

$$\varphi = 0,13$$

Bij een  $\varphi$  gelijk aan 0 bestaat er totaal geen samenhang. Als  $\varphi$  de waarde 1,0 heeft is de samenhang maximaal. Bij een ondergrens van  $\varphi = 0,2$  neemt de Commissie aan dat er sprake is van voldoende samenhang en dient vervolgens met de chikwadraattoets onderzocht te worden of die samenhang niet toevallig is. In het onderhavige geval komt de Commissie niet toe aan die laatste toets, omdat uit de correlatietoets blijkt dat er onvoldoende samenhang is. De  $\varphi$  is immers 0,13 en daarmee wordt de ondergrens van 0,2 niet overschreden.

3.10 Nu in het onderhavige geval blijkt dat er onvoldoende samenhang is tussen de kortingsregeling en de benadeling van vrouwen, komt de Commissie tot het oordeel dat verweerster in het onderhavige geval geen indirect onderscheid op grond van geslacht zal maken door het nabestaandenpensioen van verzoekster te korten, omdat zij meer dan tien jaar jonger is dan haar echtgenoot.

3.11 Het voorgaande leidt tot het oordeel dat verweerster geen indirect onderscheid op grond van geslacht zal maken door het nabestaandenpensioen te korten, zoals verboden in artikel 7:646, eerste lid, BW.

3.12 De Commissie merkt ten overvloede het volgende op. De vaststelling dat verweerster met de kortingsregeling geen onderscheid zal maken is gebaseerd op het huidige deelnemersbestand van verweerster. Dit sluit niet uit dat verweerster, nu zij anders dan in oordeel 2009-78 niet heeft besloten de kortingsregeling af te schaffen, door een gewijzigde samenstelling van het deelnemersbestand en (de leeftijd van) hun partners, in de toekomst wel indirect onderscheid op grond van geslacht kan maken door het toepassen van de kortingsregel. In dat geval zal de Commissie beoordelen of dat onderscheid objectief gerechtvaardigd is. Is het onderscheid niet objectief gerechtvaardigd, dan zal sprake zijn van verboden onderscheid (zie bijvoorbeeld eerder aangehaalde oordeel 2009-54).

#### 4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat de . . . geen indirect onderscheid op grond van geslacht zal maken jegens . . . door het nabestaandenpensioen te korten, omdat zij meer dan tien jaar jonger is dan haar echtgenoot.

Aldus gegeven te Utrecht op 29 oktober 2009 door mr. C.A. Goudsmit, voorzitter, in tegenwoordigheid van mr. N. Günes, secretaris.

#### Noot van prof. dr. E. Lutjens

1. In de oordelen 2009-78 en 2009-101 van 14 augustus en 29 oktober 2009 heeft de Commissie Gelijke Behandeling (hierna: CGB) uitgesproken dat het korten van het nabestaandenpensioen wegens – groot – leeftijdsverschil geen indirect onderscheid op grond van geslacht oplevert.

2. Deze twee oordelen volgen op een reeks van oordelen vanaf 1998 waarin de CGB zich heeft uitgesproken over de vraag of bepalingen in pensioenregelingen die een korting op het nabestaandenpensioen wegens groot leeftijdsverschil voorschrijven, indirect onderscheid op grond van geslacht opleveren. Behalve onderscheid op grond van geslacht leveren dergelijke bepalingen mogelijk indirect onderscheid op grond van leeftijd op. Het mogelijke leeftijdsverschil laat ik buiten beschouwing in deze annotatie (zie hieromtrent CGB oordeel 2007-192 van 31 oktober 2007, HvJ EG 23 september 2008, zaak C-427/06 (*Bartsch*) en over dat arrest E. Lutjens/M. Heemskerck, *Uitsluiting pensioen wegens leeftijdsverschil*, TRA april 2009, p. 19-20). De focus bij de kortingsbepalingen is op indirect onderscheid gericht, omdat de voorkomende kortingsregelingen zowel voor mannen als vrouwen gelden, zodat er geen sprake is van direct onderscheid. Het gezamenlijke kenmerk van de betreffende kortingsregelingen is telkens dat het nabestaandenpensioen wordt gekort voor ieder vol jaar dat het leeftijdsverschil van de rechthebbende op nabestaandenpensioen ten opzichte van de deelnemer in de pensioenregeling een drempeltijd te boven gaat. Die drempeltijd is in de gepubliceerde oordelen telkens tien jaar. De korting voor elk jaar dat het leeftijdsverschil groter is, bedraagt  $2\frac{1}{2}$  of 3 procent. In de oordelen is binnen het deelnemersbestand in de pensioenregeling waarop de kortingsregeling betrekking heeft sprake van een leeftijdsverschil variërend van 11 tot 41 jaar.

3. Op één geval na, oordeelde de CGB telkens dat de kortingsregelingen indirect onderscheid maakten. In al die gevallen oordeelde de CGB bovendien dat voor het onderscheid geen rechtvaardiginggrond bestond. Indirect onderscheid nam de CGB aan in oordelen 1998-93 van 25 augustus 1998, 2000-87 van 18 december 2000, 2001-24 van 13 maart 2001, 2002-36 van 28 maart 2002, 2003-58 en 2003-59 van 8 mei 2003, 2009-54 van 25 juni 2009. Alleen in oordeel 2003-60 van 19 mei 2003 oordeelde de CGB dat er geen indirect onderscheid werd gemaakt.

4. De vraag of de kortingsregeling indirect onderscheid maakt, wordt uiteraard niet beoordeeld op basis van de tekst van de regeling als zodanig, maar wordt getoetst aan het feitelijk effect van de regeling. Tot aan de in deze annotatie besproken oordelen 2009-78 en 2009-101 baseerde de CGB zich telkens op cijfers van het CBS vergeleken met cijfers over de aantallen mannen en vrouwen die in de regeling zelf door de kortingsregeling werden getroffen. In oordeel 2003-60 was er van de 176 mannelijke deelnemers in de pensioenregeling maar één persoon met een meer dan tien jaar jongere partner. Dit achtte de CGB getalsmatig te gering om conclusies aan te verbinden wat betreft het gemaakte onderscheid. Dit is de consequentie van de door het Hof van Justitie EU uitgezette lijn dat aan statistieken te ontleen gegevens relevant en geldig moeten zijn en niet door toevallige of conjuncturele factoren bepaald mogen worden en – daarom – betrekking moeten hebben op een voldoende groot aantal personen (zie HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92 (*Enderby*), Jur. blz. I-5535, en 9 februari 1999, zaak C-167/97 (*Seymour*), Jur. p. I-623). Het onderscheid moet voldoende significant zijn. Volgens het *Seymour*-arrest moet ter beoordeling of een bepaling indirect onderscheid meebrengt, daarom worden onderzocht: “of de beschikbare statistische gegevens erop wijzen, dat een aanzienlijk kleiner percentage vrouwelijke werknemers dan mannelijke werknemers aan de in de litigieuze bepaling gestelde voorwaarde kan voldoen” (dictum onder 4, *Seymour*-arrest).

5. Aan de hand van welke methode moet worden beoordeeld of een onderscheid voldoende significant is? In oordeel 1998-93 baseerde de CGB zich op cijfers van het CBS, waaruit bleek dat in 1996 0,71% van het aantal huwelijkssluitingen mannen betrof met vrouwen die meer dan tien jaar jonger waren, tegenover 0,09% vrouwen die huwden met mannen die meer dan tien jaar jonger waren. Uit die cijfers bleek volgens de CGB derhalve dat mannen in 1996 ongeveer 7,9 keer vaker huwden met een meer dan tien jaar jongere vrouw, dan vrouwen

huwden met een meer dan tien jaar jongere man. Deze cijfers achtte de CGB voldoende indicatief om te oordelen dat in de regeling sprake was van indirect onderscheid. In oordeel 2002-36 baseerde de CGB zich eveneens op deze landelijke CBS cijfers, nu deze niet waren weersproken.

In oordeel 2000-87 was de situatie dat geen enkele vrouwelijke deelnemer door de kortingsregeling werd getroffen tegenover 277 of 2,94% van de mannelijke deelnemers en concludeerde de CGB op basis daarvan tot indirect onderscheid.

In oordeel 2001-24 concludeerde de CGB tot indirect onderscheid op basis van ondermeer de cijfers dat van de 8472 mannelijke deelnemers er 75 een meer dan tien jaar jongere partner hadden, terwijl van de 895 vrouwelijke deelnemers er slechts één een meer dan tien jongere partner had.

In oordeel 2003-58 waren er 180 van de 14.140 vrouwelijke partners die de gevolgen van de kortingsregeling konden ondervinden, oftewel 1,27% van de populatie. Van de in totaal 7.799 mannelijke partners konden er 23, oftewel 0,29%, door de kortingsregeling worden getroffen. Het bleek derhalve dat 4,3 keer zo veel vrouwelijke als mannelijke partners het risico lopen te worden gekort op hun nabestaandenpensioen, ten gevolge van het feit dat zij meer dan tien jaar jonger zijn dan hun partner. Op grond hiervan oordeelde de CGB dat indirect onderscheid werd gemaakt.

In oordeel 2009-54 bleek dat in de regeling uitsluitend vrouwen door de kortingsregeling werden geraakt, omdat er van de 871 mannelijke deelnemers 10 waren met een vrouwelijke partner die meer dan tien jaar jonger was, maar van de 376 vrouwelijke deelnemers was er geen enkele met een mannelijke partner die meer dan tien jaar jonger was. Hiermee stond indirect onderscheid volgens de CGB vast.

6. In zowel oordeel 2009-78 als in oordeel 2009-101 heeft de CGB niet volstaan met constatering als in de zojuist genoemde oordelen. In oordeel 2009-78 was sprake van 19 van de 247 vrouwelijke nabestaanden en nul van de 60 mannelijke nabestaanden die door de kortingsregeling werden geraakt. In oordeel 2009-101 werden 126 van 2.713 (4,64%) vrouwelijke nabestaanden en 13 van 2.186 (0,59%) mannelijke nabestaanden door de korting getroffen. Dus zo'n zeven keer zo veel vrouwelijke nabestaanden worden getroffen. Toch concludeerde de CGB in geen van beide oordelen tot indirect onderscheid. De CGB

baseerde zich namelijk, anders dan in de eerder genoemde oordelen, niet alleen op deze cijfers, maar paste de zogenaamde correlatietoets en chikwadraattoets toe om het verband tussen de kortingsregeling en de benadeling respectievelijk de significantie van de benadeling (uitsluiting van toevalligheid) vast te stellen. In beide oordelen was de conclusie dat er onvoldoende samenhang is tussen de kortingsregeling en de benadeling. Daarbij hanteert de CGB de norm dat het correlatiegetal op tenminste 0,2 moet uitkomen. In beide oordelen bleef het getal daaronder, want de correlatie was in beide gevallen 0,13.

7. Het is een opvallende trendbreuk met de eerdere oordelen. Hierbij is opvallend dat de CGB al sinds haar oordelen in de zaken 2003-91 en 2003-92 gebruik maakt van de correlatietoets en chikwadraattoets (zie C. Waaldijk, *Wanneer telt (on)gelijke behandeling van (on)gelijke gevallen als indirect onderscheid?*, in: *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2004, Kluwer, Deventer, 2005, p. 149-160, met name p. 152-155). Desondanks paste de CGB deze toetsen tot oordeel 2009-78 niet toe op de kortingsregeling. De reden daarvan is niet duidelijk, net zo min als de reden waarom de CGB deze toetsen in de oordelen 2009-78 en 2009-101 wel toepast. Het versterkt het wat Waaldijk 'black-box' karakter van de toetsen noemt. Dat daargelaten, rijst de vraag wat het resultaat van toepassing van de correlatietoets op de eerder besproken oordelen zou zijn geweest. Bij toepassing op de cijfers van oordeel 2009-54 zou er een factor van 0,059 en bij toepassing op de cijfers van oordeel 2003-58 een factor van 0,15 zijn geweest. Dus toepassing van de correlatiefactor zou in beide gevallen geleid hebben tot de conclusie dat er geen indirect onderscheid was. In werkelijkheid heeft de CGB enkel op basis van de getallen wel tot indirect onderscheid geconcludeerd in die zaken. Dat relativiseert de eerdere oordelen van de CGB over de kortingsregeling aanzienlijk. Die eerdere oordelen zijn niet het resultaat van statische berekeningen waarin de toevalligheidfactor is geëlimineerd. Of de door de CGB toegepaste factor statistisch de (enig) juiste is, valt buiten mijn juridische know-how, maar uit oordeel 2009-78 blijkt dat de CGB de toegepaste methode heeft laten onderzoeken door een ter zake deskundige en dit met de conclusie dat de methode adequaat kon worden geacht. Dat neem ik dus als gegeven. Door deze toetsingsmethode zal aanzienlijk minder makkelijk dan in het verleden het geval is geweest, vastgesteld kunnen worden dat een kortingsregeling indirect onderscheid oplevert.

8. De kortingsregeling was gemeengoed in pensioenregelingen. Er zijn mij geen cijfers bekend, maar het is aannemelijk dat onder invloed van de oordelen van de CGB in veel pensioenregelingen de kortingsregeling is afgeschaft. Belanghebbenden en hun partner die de deelneming in de pensioenregeling hebben beëindigd voor afschaffing van de kortingsregeling, kunnen evenwel nog steeds met toepassing van de – oude – kortingsregeling te maken krijgen. Het is echter ook goed mogelijk dat in een aantal gevallen de kortingsregeling is gehandhaafd, omdat betrokken partijen oordeelden dat de regeling objectief gerechtvaardigd kon worden, mede gezien de civiele rechtspraak (waarover hieronder nader). Er is momenteel veel aandacht voor kostenbeheersing en beperking van solidariteit ten aanzien van aanvullende pensioenregelingen, mede naar aanleiding van het rapport van de Commissie Toekomstbestendigheid Aanvullende Pensioenregelingen (*Commissie Goudszwaard, januari 2010*). Ook dat kan aanleiding zijn om handhaving of eventueel herinvoering van een kortingsregeling te overwegen. Iets breder dan de methode om indirect onderscheid vast te stellen kijkend, bespreek ik daarom de vraag of de kortingsregeling wel binnen de reikwijdte van de gelijke behandelingsnormen valt en hoe tegen solidariteit als rechtvaardiging moet worden aangekeken.

9. In een bevoegen betoog heeft Van de Griend reeds in 2001 verdedigd dat de kortingsregeling buiten het beloningsbegrip van (thans) artikel 157 EU Verdrag valt omdat de regeling ziet op keuzes in de privé-sfeer, alsmede dat de korting geen benadeling vormt maar juist een beperking van de bevoordeling gemeten aan de totale actuariële waarde van de beloning in de vorm van pensioen (A.J. van de Griend, 'Korting groot leeftijdsverschil indirect discriminerend?', *PensioenMagazine* 2001, afl. 10, p. 24-29, met reactie van J.E. Goldschmidt, destijds voorzitter van de CGB, *PensioenMagazine* 2002, afl. 2, p. 38-40, en naschrift van Van de Griend in diezelfde aflevering, p. 40-42. In dezelfde lijn als Van de Griend oordeelt M.C.J. Witteman, Korting groot leeftijdsverschil geen (indirecte) discriminatie, *PensioenMagazine* 2002, afl. 2, p. 42-43). De opvatting dat de kortingsregeling de (tien jaar) jongere partners niet benadeelt, gaat uit van de gedachte dat naar de waarde van het nabestaandenpensioen moet worden gekeken, die, aldus Van de Griend, 'objectief' kan worden vastgesteld 'door middel van actuariële normen'. Er is daar van uit redenerend volgens Van de Griend 'hoe je het ook wendt of keert' sprake van '[...] een bevoordeling van deelnemers met een partner die jonger is dan hemzelf'. Zo geredeneerd is de korting nodig

om de ongelijke beloning recht(er) te trekken. Terecht heeft Goldschmidt er in haar reactie op gewezen dat die benadering voor de toepassing van het gelijke behandelingsrecht niet relevant is. Niet de actuariële waarde maar de overeengekomen of toegezegde pensioenuitkeringen is het referentiekader voor het gelijke behandelingsrecht, zodat de gelijkheid bij die uitkeringen – ongeacht de actuariële waarde daarvan – aanwezig moet zijn (zie ook artikel 12B Wgmbv). Als arbeidsvoorwaarde pensioen komen werkgever en werknemer immers ook niet de toekenning van een actuariële waarde overeen. Hier voeg ik aan toe dat in de Nederlandse wetgeving zelfs voor de premiepensioenregelingen een verschil in uitkeringen wegens voor mannen en vrouwen verschillende actuariële berekeningselementen niet (meer) is geaccepteerd (volgens de regels van artikel 12c Wgmbv). In oordeel 2003-58 verwierp de CGB dan ook terecht het beroep dat daar werd gedaan op de opvattingen van Van de Griend en Witteman. Aan de omstandigheid dat voor het gelijke behandelingsrecht de uitkeringen het meetpunt vormen, kan ook niet afdoen het gegeven dat het leeftijdsverschil tussen partners verzekeringstechnisch wel van belang is. Bij een jongere partner zal de – vermoedelijke – uitkeringsduur van het nabestaandenpensioen immers langer zijn, zodat een hogere voorziening door de pensioenuitvoerder gevormd moet worden. Dat is echter als zodanig geen rechtvaardiging om bij de arbeidsvoorwaarde pensioen in de hoogte van de uitkering onderscheid te maken.

10. Het standpunt van Van de Griend dat het leeftijdsverschil het resultaat is van keuzes in de privé-sfeer en daarom – zo begrijp ik – sprake is van een buiten het beloningsbegrip vallend – gekort – pensioenresultaat, heeft voor zover ik het zie nog geen weerlegging gevonden. Geplaatst in de sleutel van de toegang tot een – ongekort – nabestaandenpensioen, zou men kunnen redeneren dat er sprake is van een toetredingsdrempel. Indachtig de uitspraak van het HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84 (*Bilka*), Jur. 1986, p. 1607, dat een pensioenregeling niet zo ingericht behoeft te worden dat rekening wordt gehouden met de moeilijkheden die werknemers met gezinslasten hebben om te voldoen aan de voorwaarden voor een uitkering, zou men hier een buiten de arbeid gelegen privé-omstandigheid aanwezig kunnen achten. Dat sluit aan bij de visie van Witteman (*a.w.*) dat de verzekering van een volledig nabestaandenpensioen een beperkt leeftijdsverschil vereist. Het is een soortgelijke redenering op grond waarvan de – (te) kort gezegd – kostwinnersfranchise in pensioenregelingen wel wordt verdedigd (zie Hof 8-Hertogenbosch

3 april 2007, *PJ* 2007/72 en hierover E.M.F. Schols, *De franchise in pensioenregelingen*, diss. Universiteit van Tilburg, 1 december 2009, Wolf Legal Publishers, Nijmegen). De vraag is wat hier gelijkheid is. De arbeidsvoorwaarde pensioen is voor alle werknemers gelijk, althans wat betreft de methode van berekening van het pensioen. Iedere werknemer is in principe verzekerd voor een volledig nabestaandenpensioen. Verschillen in de hoogte van de uitkeringen ontstaan door de (verschillen in) leeftijd van werknemer ten opzichte van zijn partner. Zijn hier dan nog wel gelijke gevallen? En kan men de partnerkeuze niet zien als een – ook wat de gevolgen betreft – buiten de arbeidsvoorwaarde of pensioenregeling liggende privé-keuze, die bovendien noch samenhangt met het werknemerschap, noch door onveranderlijke biologische elementen (als geslacht) is bepaald? De ongelijkheid zit zo gezien niet in de beloning, maar in de partner-eigenschappen en de vraag is of het verbod tot het maken van onderscheid bij de arbeidsvoorwaarde pensioen, zich ook daartoe uitstrekt.

11. De objectieve rechtvaardiging kwam in geen van de twee hier besproken oordelen aan de orde. In oordeel 2009-101 waarschuwt de CGB er wel voor dat bij toekomstige veranderingen in het deelnemersbestand er sprake van indirect onderscheid kan zijn, en dat er dan sprake zal zijn van verboden onderscheid indien het onderscheid niet objectief gerechtvaardigd is. In oordeel 2003-60 was de CGB na het oordeel dat er geen indirect onderscheid aanwezig was, een stap verder gegaan, door te oordelen dat in geval er door gewijzigde deelnemersverhoudingen in de toekomst sprake zou zijn van indirect onderscheid, een objectieve rechtvaardiging ontbrak.

12. In dat laatste oordeel was het ter rechtvaardiging van het eventueel aanwezige onderscheid aangevoerde argument het tegengaan van misbruik van sterfbedhuwelijken, dat wil zeggen het vlak voor de dood in het huwelijk treden met een (veel) jongere partner teneinde voor die partner een ongekorte uitkering te krijgen. De CGB achtte de kortingsregeling niet geschikt om dit doel te bereiken en zij overwoog hiertoe: 'Ten aanzien van de vraag of het middel geschikt is om het doel te bereiken is het aannemelijk dat als deelnemers een sterfbedhuwelijk willen sluiten, zij dit ondanks de kortingsregeling zullen doen. Een gekort nabestaandenpensioen is immers te prefereren boven geen nabestaandenpensioen' (CGB oordeel 2003-60, rov. 4.9). Die motivering van de CGB weerlegt het aangevoerde misbruikargument evenwel niet. Een kortingsregeling zal vermoedelijk inderdaad het in het huwelijk

treden als zodanig niet tegenhouden, maar wel dat in dat geval aanspraak ontstaat op een ongekort nabestaandenpensioen bij een groot leeftijdsverschil.

13. In vrijwel alle overige oordelen werd het niet te zwaar belasten van de solidariteit als argument ingeroepen. Dat werd door de CGB stelselmatig afgewezen vanwege het uiterst geringe premie effect die het schrappen van de kortingsregeling zou hebben, mede gezien de omstandigheden dat er vele solidariteitselementen in een pensioenregeling voorkomen en volgens de CGB niet zou zijn in te zien waarom de grens getrokken moet worden bij werknemers met een tien jaar jongere partner. In oordeel 2001-24 overweegt de CGB als volgt: 'dat bij deelnemers aan een pensioenfonds in velerlei opzicht een beroep wordt gedaan op de onderlinge solidariteit, bijvoorbeeld met betrekking tot de factoren: jong en oud, ziek en gezond, wel en geen kinderen en dergelijke. Ook deze factoren zijn van invloed op de bepaling van de premie. De wederpartij heeft, naar het oordeel van de Commissie, niet aannemelijk gemaakt dat het trekken van de grens ten aanzien van de onderlinge solidariteit, zou moeten liggen bij een groot leeftijdsverschil tussen partners. Om deze reden acht de Commissie dit middel niet noodzakelijk'.

14. Als ik de argumenten goed interpreteer gaat het evenwel niet (zo zeer) om het – naar mag worden aangenomen beperkte – premie effect, maar (vooral) om het argument dat de solidariteit in de arbeidsvoorwaarde pensioen zich niet zou behoren uit te strekken tot in de privérelaties liggende keuzes ten aanzien van de partner. Daar zou dan de grens van de binnen de pensioenregeling aanvaardbare solidariteit moeten liggen. Voor die benaderingswijze vind ik wel wat te zeggen. Dat de werkgever bij de inrichting van een pensioenregeling bepaalde solidariteitselementen accepteert, dient er mijns inziens niet aan in de weg te staan dat hij ergens een grens trekt. Die grens ligt dan niet bij de financiële gevolgen voor de premie op zichzelf, maar bij de aard van de solidariteit die wordt gevraagd. Daaromtrent heeft ook Hof Amsterdam 31 augustus 2006, *IJN* AZ0535, *PJ* 2006/119 zich uitgesproken. Het betreft dezelfde kortingsregeling waarover de CGB zich in oordeel 2003-58 heeft uitgesproken. De CGB concludeerde in dat oordeel dat het beroep op de solidariteit geen rechtvaardiging was voor het onderscheid dat uit de kortingsregeling voortvloeide, met name omdat: 'verweerder er niet in is geslaagd aan te tonen dat het afschaffen van de kortingsregeling teveel zou vergen van de solidariteit'. De pensioen-uitvoerder had namelijk niet onderbouwd hoeveel de premie zou moeten stijgen. Zowel de

kantonrechter Amsterdam in eerste aanleg als het Gerechtshof Amsterdam in hoger beroep oordeelden daarentegen dat de kortingsregeling als middel ter begrenzing van de solidariteit gerechtvaardigd moet worden geacht. Het Hof overwoog dat het 'gerechtvaardigd is om de solidariteit te beperken', waarbij gegeven het 'tot op zekere hoogte arbitrair' zijn in welke mate de solidariteit wordt beperkt, het de burgerlijke rechter past 'terughoudend' te zijn over de grenzen die in het specifieke geval aan de solidariteit worden gesteld. Tegen die achtergrond oordeelde het Hof dat de kortingsregeling op evenwichtige wijze 'het onevenredig voordeel dat verbonden is aan een groot leeftijdsverschil [...] ten laste wordt gebracht van degenen die het betreft', in plaats van – zo voeg ik toe – de collectiviteit. In deze argumentatie is de hierboven aangehaalde argumentatie van Van de Griend inzake de bevoordeling op basis van de actuariële waarde te herkennen, hier geplaatst in de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging. De bottom-line is dat een collectieve pensioenregeling enerzijds collectiviteit en solidariteit organiseert, maar anderzijds grenzen moet (kunnen) stellen aan die solidariteit voor houdbaarheid van het collectieve, solidaire stelsel als zodanig.

15. De CGB heeft zich door deze uitspraak van het Hof Amsterdam niet van haar oordelenlijn laten wegduwen, dat indien de kortingsregeling onderscheid oplevert, er geen rechtvaardigingsgrond is. In oordeel 2009-54 overweegt de CGB daartoe, onder vermelding dat de CGB van de uitspraak van het Hof Amsterdam kennis heeft genomen, dat het afschaffen van de kortingsregeling slechts zeer geringe financiële effecten heeft. Daarbij signaleert de CGB tevens dat Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2005, *LJN* AU6564, PJ 2005/135 geen objectieve rechtvaardiging voor de kortingsregeling aanwezig had geacht, waarmee de CGB kennelijk mede wil aangeven dat er geen eenduidige lijn van de CGB afwijkende civiele rechtspraak bestaat. Aan de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch kan mijns inziens echter slechts beperkte betekenis worden toegekend. Het ging hier om de bepaling in een pensioenreglement die inhield de korting op het nabestaandenpensioen bij een leeftijdsverschil van meer dan tien jaar, tenzij het huwelijk 5 jaar of langer heeft geduurd. Er was dus geen sprake van een algemene solidariteitsbeperking vanwege de privé-situatie, doch enkel een regeling die sterfbedhuwelijken wilde tegengaan, zo werd ook als rechtvaardiging aangevoerd. Het Hof oordeelde dat de bepaling voor dat doel niet specifiek genoeg was. Hiermee laat de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch in het midden hoe over een meer algemeen geformuleerde kortingsregeling vanwege groot leeftijdsverschil zou zijn geoordeeld. Hier is het laatste woord dus nog niet over gezegd.

## 2009-107 en 108

### Zorgpolissen, borstprotheses en de AWGB – private dienstverlening of eenzijdig overheidshandelen?

*Noot: prof. mr. J.H. Gerards*

#### 2009-107

##### 1 Procesverloop

1.1 Bij voornoemd verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerster jegens haar onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en haar oordeel daaromtrent kenbaar te maken.

1.2 Verzoekster heeft de Commissie op 18 februari 2009 desgevraagd aanvullende informatie gestuurd.

1.3 Verweerster heeft op 9 april 2009 schriftelijk verweer gevoerd.

1.4 De Commissie heeft partijen opgeroepen de standpunten ter zitting van 8 juni 2009 mondeling nader toe te lichten. Partijen zijn ter zitting verschenen.

##### 2 Feiten

2.1 Verzoekster is transseksueel (van man naar vrouw) en is onder behandeling bij het Genderteam van het VU Medisch Centrum in Amsterdam. In de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens staat verzoekster geregistreerd als vrouw.

2.2 Verweerster is een zorgverzekeraar in de zin van de Zorgverzekeringswet (Zvw).

2.3 Verzoekster is bij verweerster verzekerd tegen ziektekosten op basis van de Zvw. Het betreft de Zorg en Zeker Polis, hierna: basisverzekering. Daarnaast heeft verzoekster bij verweerster een aanvullende verzekering afgesloten, te weten: Gemeente Standaard, hierna: aanvullende verzekering.

2.4 Verzoekster heeft bij e-mail van 28 december 2008 bij verweerster geïnformeerd of de kosten van het plaatsen van inwendige borstprotheses worden vergoed. Verweerster heeft verzoekster op 15 januari 2009 per e-mail medegedeeld dat de kosten binnen de basisverzekering niet worden vergoed.

### 3 Beoordeling van het verzoek

3.1 In geding is de vraag of verweerster jegens verzoekster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door de kosten van het plaatsen van inwendige borstprotheses in het kader van de geslachtsverandering van man naar vrouw niet te vergoeden.

#### *Bevoegdheid van de Commissie*

3.2 Ingevolge artikel 7, eerste lid, onder a, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is onderscheid op grond van geslacht onder meer verboden bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren, of beëindigen van overeenkomsten ter zake, indien dit geschiedt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Allereerst is de vraag aan de orde of sprake is van zakelijk goederen- en dienstenverkeer als bedoeld in artikel 7 AWGB, of dat sprake is van eenzijdig overheidshandelen waarover de Commissie niet bevoegd is te oordelen. Op de vraag of de grond geslacht in het geding is, zal de Commissie hierna onder 3.1.8 ingaan.

3.3 Verweerster voert aan dat de Commissie, wat de basisverzekering betreft, niet bevoegd is een oordeel te geven over de voorliggende vraag omdat verweerster slechts uitvoering geeft aan verplichtingen van de overheid die zijn neergelegd in de Regeling zorgverzekering (Rzv), vastgesteld krachtens de Zvw. Daarmee is sprake van eenzijdig overheidshandelen waarover de Commissie niet bevoegd is te oordelen, aldus verweerster.

3.4 Met betrekking tot de vraag of ten aanzien van de basisverzekering al dan niet sprake is van eenzijdig overheidshandelen, overweegt de Commissie als volgt. Tot 1 januari 2006 werden ziekenfondsen en ziektekostenverzekeraars die waren toegelaten overeenkomstig artikel 33 van de Algemene wet bijzondere ziektekosten (Awbz) aangeduid als uitvoeringsorganen als bedoeld in de Ziektenfondswet (Zfw). De beslissingen van deze uitvoeringsorganen waren gebaseerd op algemeen verbindende voorschriften. Beroep en bezwaar inzake een aanspraak op een verstrekking of op een vergoeding ingevolge de Zfw was mogelijk met inachtneming van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In die context heeft de Commissie destijds geoordeeld dat aan haar geen bevoegdheid toekwam om over aanspraken op grond van de Zfw en de daarop berustende regelgeving te oordelen omdat sprake was van eenzijdig overheidshandelen dat buiten de reikwijdte

van artikel 7 AWGB (zie onder meer CGB 17 juni 2004, 2004-72).

3.5 In de onderhavige zaak gaat het om de aanspraken op grond van de Zvw die per 1 januari 2006 in werking is getreden en de Zfv heeft vervangen. Hoewel sprake is van overheidsbemoeienis, in die zin dat in de Zvw en de daarop gebaseerde regelgeving aan de zorgverzekeraar een aantal wettelijke verplichtingen is opgelegd, waaronder de aanwijzing welke medische verrichtingen vallen onder de te verzekeren prestaties, is verweerster in het kader van de Zvw niet aangewezen als een uitvoeringsorgaan. Verweerster is een privaatrechtelijke instelling. Ingevolge artikel 1, sub d, Zvw is de zorgverzekering die verzoekster bij verweerster heeft afgesloten aan te merken als een schadeverzekering, als bedoeld in boek 7, titel 17, Burgerlijk Wetboek.

3.6 In de Memorie van Antwoord (EK, 2004-2005, 29 763, p. 29 e.v.) is het volgende opgemerkt over de aard van de verzekering ingevolge de Zvw: "Zoals in het nader rapport is uiteengezet, geeft de regering de voorkeur aan een privaatrechtelijke vorm van de wettelijke zorgverzekering met sterke publieke waarborgen om een optimale combinatie mogelijk te maken van sociale waarborgen enerzijds en ruimte en prikkels voor eigen verantwoordelijkheid, keuzevrijheid en concurrentie anderzijds. (...) De keuze voor de privaatrechtelijke verzekeringsvariant brengt mee dat de rechtsverhoudingen in de driehoek zorgverzekeraar – zorgaanbieder – verzekerde weer alle privaatrechtelijk van aard worden." Mede gelet hierop heeft de rechtbank Arnhem, sector bestuursrecht, in een zaak van een verzekerde tegen een zorgverzekeraar over de weigering een geneesmiddel te vergoeden, geoordeeld dat geen sprake is van een besluit in de zin van de Awb en dat zij niet bevoegd is over het geschil te oordelen (Rb Arnhem, 2 maart 2007, AWB 06/3148, LJN: BA0940).

3.7 Nu de verhouding tussen de zorgverzekeraar en de verzekeringnemer niet alleen waar het gaat om de basisverzekering maar ook wat betreft aanvullende verzekeringen van privaatrechtelijke aard is, is geen sprake van eenzijdig overheidshandelen. Dat verweerster bij de basisverzekering gehouden is aan stringente wet- en regelgeving doet hier niet aan af.

3.8 Het besluit om de kosten van het plaatsen van inwendige borstprotheses niet te vergoeden, is een besluit dat betrekking heeft op het zakelijk goederen- en dienstenverkeer. Dit is in lijn met hetgeen de Commissie eerder over-

woog over een besluit inzake een aanvullende verzekering in CGB 17 juni 2004, 2004-73.

3.9 Gelet hierop valt het verzoek van verzoekster onder de reikwijdte van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB. De Commissie is dan ook bevoegd het handelen van verweerster zowel met betrekking tot de basisverzekering als met betrekking tot de aanvullende verzekering te toetsen aan de AWGB. Hierna zal de Commissie beoordelen of verweerster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door de kosten van het plaatsen van inwendige borstprotheses, in het kader van de geslachtsverandering van man naar vrouw, niet te vergoeden.

#### *Wettelijke kader*

3.10 In artikel 1 AWGB is bepaald dat onder onderscheid zowel direct als indirect onderscheid wordt verstaan. Het begrip direct onderscheid ziet op onderscheid dat rechtstreeks verwijst naar of gebaseerd is op een van de door de AWGB beschermde gronden, waaronder geslacht. Onder indirect onderscheid wordt verstaan onderscheid dat het gevolg is van een ogenschijnlijk neutraal criterium, voorschrift of handelen dat bepaalde mensen in het bijzonder treft, vanwege een door de AWGB beschermde persoonsgebonden kenmerk.

3.11 Ingevolge artikel 1, aanhef en onder d, Zvw is een zorgverzekering een tussen een zorgverzekeraar en een verzekeringnemer ten behoeve van een verzekeringsplichtige gesloten schadeverzekering, die voldoet aan hetgeen daarover bij of krachtens deze wet is geregeld, en waarvan de verzekerde prestaties het bij of krachtens deze wet geregelde niet te boven gaan.

3.12 In artikel 2.4 eerste lid, aanhef en onder b, Besluit zorgverzekering (Bzv) is bepaald dat onder de te vergoeden geneeskundige zorg valt, voor zover relevant, behandelingen van plastisch-chirurgische aard indien deze strekken tot correctie van:

1° afwijkingen in het uiterlijk die gepaard gaan met aantoonbare lichamelijke functiestoornissen;

2° verminkingen die het gevolg zijn van een ziekte, ongeval of geneeskundige verrichting;

3° (...);

4° (...);

5° primaire geslachtskenmerken bij vastgestelde transseksualiteit.

3.13 In artikel 2.1 Regeling zorgverzekering (Rzv) is bepaald, voor zover relevant, dat de zorg als bedoeld in artikel 2.4 Bzv niet omvat: (...)



c. het operatief plaatsen en het operatief vervangen van een borstprothese, anders dan na een gehele of gedeeltelijke borstamputatie;  
 d. het operatief verwijderen van een borstprothese zonder medische noodzaak;  
 (...).

3.14 Verweerster heeft voormelde bepalingen onverkort overgenomen in artikel 6.4 van haar verzekeringsvoorwaarden van de basisverzekering. Daarin is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

Wij vergoeden, met inachtneming van de voorgaande leden, de kosten voor behandelingen van plastisch chirurgische aard indien die noodzakelijk zijn ter correctie van:

- afwijkingen in het uiterlijk die gepaard gaan met aantoonbare lichamelijke functiestoornissen;
- verminkingen die het gevolg zijn van een ziekte, ongeval of geneeskundige verrichting;
- (...);
- (...);
- (...);
- primaire geslachtskenmerken bij een vastgestelde transseksualiteit.

3.15 Voorts is in artikel 6.4 van de verzekeringsvoorwaarden bepaald, voor zover relevant, dat geen aanspraak bestaat op vergoeding van kosten van behandelingen van plastisch chirurgische aard als het gaat om:

(...)

3. Het operatief plaatsen en het operatief vervangen van een borstprothese, anders dan na een gehele of gedeeltelijke borstamputatie;  
 4. Het operatief verwijderen van een borstprothese zonder medische noodzaak;  
 (...).

3.16 De Commissie zal eerst beoordelen of verweerster jegens verzoekster bij de basisverzekering onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt. Vervolgens zal zij beoordelen of verweerster bij de aanvullende verzekering jegens verzoekster onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.

*Onderscheid op grond van geslacht bij de basisverzekering?*

3.17 Verzoekster heeft gesteld dat verweerster jegens haar onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door de vergoeding van de kosten voor het plaatsen van inwendige borstprothesen, in het kader van de geslachtsverandering van man naar vrouw, af te wijzen, terwijl verweerster wel de kosten vergoedt van een borstamputatie bij een geslachtsveran-

dering van vrouw naar man. Beide operaties dienen hetzelfde doel, aldus verzoekster, te weten correctie van de borstomvang. Verzoekster beroept zich derhalve niet op onderscheid tussen transseksuelen en niet-transseksuelen, tussen mannen en vrouwen of tussen mannen onderling of vrouwen onderling, maar op onderscheid tussen twee groepen transseksuelen, te weten die van man naar vrouw en die van vrouw naar man.

3.18 Alvorens de vraag aan de orde komt of sprake is van onderscheid tussen twee groepen transseksuelen, moet de vraag worden beantwoord of een dergelijk onderscheid onder de reikwijdte van de AWGB valt. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft in 1996 uitgemaakt dat transseksualiteit wordt bestreken door het criterium 'geslacht' (HvJ EG 30 april 1996, zaak C-13/94 (P./S. en Cornwall County Council), *Jur.* 1996, p. I-2143, *NJ* 1997, 182, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 291 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, *TVVS* 1996, II, p. 326. Zie ook HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-117/01 (K.B.), *Jur.* 2004, p. I-541, *NJ* 2004, 36 (m.nt. M.R. Mok), *EHCR* 2004, nr. 10 (m.nt. J. van der Velde), *JAR* 2004, 69). Deze lijn is overgenomen door de Commissie in onder meer de zaken CGB 17 februari 1998, 1998-12; CGB 23 december 1999, 1999-107; CGB 17 juni 2004, 2004-73 en CGB 22 januari 2008, 2008-6. Daarmee is overigens nog niet direct duidelijk welke maatpersoon – voorzover nodig – aangewezen is, met name in de transformatiefase. De Commissie is van oordeel dat, nu transseksualiteit valt onder de grond 'geslacht', niets er aan in de weg staat om onderscheid tussen twee groepen transseksuelen, te weten die van man naar vrouw en die van vrouw naar man, te toetsen aan de AWGB.

3.19 Verweerster heeft aangevoerd dat het plaatsen van inwendige borstprothesen bij de geslachtsverandering van man naar vrouw op grond van artikel 6.4 van de verzekeringsvoorwaarden van de verzekeren prestaties is uitgesloten. Vergoeding van het plaatsen van inwendige borstprothesen is alleen mogelijk na een gehele of gedeeltelijke borstamputatie. Het in het kader van transseksualiteit plaatsen en vervangen van een inwendige borstprothese valt daarom niet onder de te verzekeren prestaties. Verweerster kan, gelet op de bepalingen in de verzekeringsovereenkomst, niet anders dan de kosten van het plaatsen van een inwendige borstprothese bij de geslachtsverandering van man naar vrouw niet vergoeden.

3.20 Correctie van secundaire geslachtskenmerken bij vastgestelde transseksualiteit, voor zover het de correctie (amputatie) van

de borsten bij de geslachtsverandering van vrouw naar man betreft, behoort op grond van artikel 6.4 van de verzekeringsvoorwaarden in zijn algemeenheid wel tot de te verzekeren prestaties. Verweerster geeft in dit verband aan dat in het algemeen voor mannen geldt dat een mastectomie (borstamputatie) ter correctie van gynaecomastie (borstvorming bij mannen) voor vergoeding in aanmerking komt indien er sprake is van aangetoond klierweefsel en indien deze gynaecomastie langer bestaat dan 12 maanden. Het gaat hierbij om borstvorming waarbij sprake is van een duidelijke feminisatie van de borst, vergelijkbaar met Tannerstadium M4 of meer. Dit is ook van toepassing op transseksuelen. Als aan deze voorwaarden wordt voldaan, behoort de ingreep tot de te verzekeren prestaties vanuit de basisverzekering. In de meeste gevallen is er bij de geslachtsverandering van vrouw naar man sprake van een vrouwelijke borst met een Tannerstadium M4 of meer. Verweerster is niet op de hoogte van gevallen waarin vergoeding van de kosten van borstamputatie bij transseksuelen van vrouw naar man is geweigerd.

3.21 De Commissie stelt voorop dat als een zorgverzekeraar besluit bepaalde zorg op te nemen in een verzekeringsovereenkomst, hij daarbij geen verboden onderscheid mag maken op grond van één van de in de gelijkbehandelingswetgeving beschermde gronden, waaronder begrepen geslacht.

3.22 De Commissie is van mening dat bij transsexualiteit de plaatsing van inwendige borstprothesen enerzijds en borstamputatie anderzijds vergelijkbaar is. Weliswaar zijn de ingrepen medisch en mogelijk ook financieel niet dezelfde, in essentie betreft het in beide gevallen ingrepen in de borstomvang als secundair geslachtskenmerk.

3.23 De Commissie stelt vast dat op basis van artikel 6.4 van de verzekeringsvoorwaarden van verweerster geen recht bestaat op vergoeding van het operatief plaatsen van een inwendige borstprothese, anders dan na een gehele of gedeeltelijke borstamputatie, en dat dit artikel zo wordt toegepast dat wel recht bestaat op de vergoeding van de kosten van een borstamputatie. Het operatief plaatsen en vervangen van een inwendige borstprothese, anders dan na een amputatie, ziet niet alleen op vrouwen en transseksuelen van man naar vrouw. Ook bij mannen kunnen inwendige borstprothesen worden geplaatst. Dit gebeurt niet alleen na amputatie, bijvoorbeeld in geval van borstkanker, maar ook om de borstkas voller te maken en gespierder te laten lijken, aldus websites van plastisch chirurgische klinieken die een der-

gelijke behandeling aanbieden. De regeling is derhalve neutraal. Met de toepassing van artikel 6.4 van de verzekeringsvoorwaarden wordt dan ook geen direct onderscheid op grond van geslacht gemaakt.

3.24 Echter, bij de toepassing van deze regeling worden met name vrouwen getroffen, nu het plaatsen van inwendige borstprothesen, anders dan na gehele of gedeeltelijke amputatie, veel minder gangbaar is bij mannen dan bij vrouwen. Onder de transseksuelen worden met name personen getroffen die een geslachtsverandering ondergaan van man naar vrouw omdat in die gevallen de correctie van de borsten niet wordt vergoed, terwijl op grond van deze regeling bij de geslachtsverandering van vrouw naar man amputatie van de borsten wel wordt vergoed. De Commissie is derhalve van oordeel dat de regeling zoals neergelegd in artikel 6.4 van de verzekeringsvoorwaarden op dit punt indirect onderscheid maakt tussen transseksuelen die een geslachtsverandering ondergaan van man naar vrouw en transseksuelen die een geslachtsverandering ondergaan van vrouw naar man. Daarmee is sprake van indirect onderscheid naar geslacht jegens verzoekster die een geslachtsverandering ondergaat van man naar vrouw.

*Objectieve rechtvaardiging van het onderscheid bij de basisverzekering?*

3.25 Indirect onderscheid kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Ingevolge artikel 2, eerste lid, AWGB geldt het verbod van onderscheid niet ten aanzien van indirect onderscheid dat objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel terwijl de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Ten aanzien van deze uitzondering geldt dat de partij die onderscheid heeft gemaakt feiten dient aan te voeren ter rechtvaardiging van dit onderscheid.

3.26 Verweerster heeft aangevoerd dat zij met haar vergoedingenbeleid inzake borstamputaties en het operatief plaatsen van inwendige borstprothesen, slechts uitvoering geeft aan wettelijke voorschriften met betrekking tot de te verzekeren prestaties op grond van de Zvw en de daarop gebaseerde regelgeving. Verweerster benadrukt dat zij conform de Zvw niet de mogelijkheid heeft om uit hoofde van de basisverzekering de kosten van het plaatsen van inwendige borstprothesen te vergoeden aan verzoekster.

3.27 De Commissie kan de opvatting van verweerster met betrekking tot de basisverzekering volgen. Op grond van artikel 1, aanhef

en onder d, Zvw mogen bij het afsluiten van een zorgverzekering de verzekerde prestaties het bij of krachtens de Zvw geregelde niet te boven gaan. Als de polisvoorwaarden niet overeenstemmen met de bepalingen van of krachtens de Zvw, wordt de verzekeringsovereenkomst niet gekwalificeerd als zorgverzekering in de zin van de Zvw. De bepalingen van de Zvw en de daarop gebaseerde regelingen, zoals opgenomen onder 3.11, 3.12 en 3.13, bieden geen ruimte om in de basisverzekering de vergoeding van het plaatsen van inwendige borstprotheses op te nemen.

3.28 De Commissie heeft eerder geoordeeld dat als een verweerder indirect onderscheid maakt door het naleven van wettelijke voorschriften, hem dit niet kan worden verweten en dat daarmee het onderscheid objectief gerechtvaardigd is (CGB 20 april 2009, 2009-31). Ook in de onderhavige zaak is sprake van conflicterende rechtsplichten, te weten het naleven van de wettelijke voorschriften uit de Zvw en de daarop berustende regelgeving, versus het naleven van de gelijke behandelingswetgeving. Nu verweerder bij de basisverzekering gehouden is om de wettelijke voorschriften uit de Zvw en de daarop berustende regelgeving na te leven en op dit punt geen keuzevrijheid heeft, is het door haar gemaakte onderscheid op grond van geslacht bij het al dan niet vergoeden van borstamputaties en het operatief plaatsen van inwendige borstprotheses objectief gerechtvaardigd.

3.29 Op grond van het vorenstaande komt de Commissie tot het oordeel dat verweerder jegens verzoekster geen verboden onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door de vergoeding van de kosten voor het plaatsen van inwendige borstprotheses in het kader van de basisverzekering af te wijzen.

3.30 De Commissie constateert dat in artikel 2.1 Rzv, waarop de hier aan de orde zijnde verzekeringsvoorwaarden zijn gebaseerd, indirect onderscheid wordt gemaakt. Daarom zal de Commissie gebruik maken van haar bevoegdheid om dit oordeel ter kennis te brengen van de verantwoordelijke minister. In dit verband merkt de Commissie op dat haar niet duidelijk is geworden wat de ratio is van artikel 2.1 Rzv, inhoudende dat het operatief plaatsen van een borstprothese, anders dan na een gehele of gedeeltelijke borstamputatie, niet wordt vergoed, terwijl op grond van artikel 2.4, eerste lid, aanhef en onder b, Bzv wel recht bestaat op de vergoeding van de kosten van een borstamputatie.

*Onderscheid op grond van geslacht bij de aanvullende verzekering?*

3.31 Met betrekking tot de aanvullende verzekering heeft verweerder verklaard dat haar aanvullende verzekeringen in het geheel geen bepalingen bevatten op grond waarvan een vergoeding bestaat voor medische zorg ter correctie van secundaire geslachtskenmerken zoals de borsten, bij geslachtsverandering van man naar vrouw noch bij geslachtsverandering van vrouw naar man.

3.31 De Commissie stelt vast dat de aanvullende verzekering van verweerder geen bepalingen bevat op grond waarvan een vergoeding bestaat voor medische zorg ter correctie van de borsten als secundair geslachtskenmerk bij geslachtsverandering van man naar vrouw noch bij geslachtsverandering van vrouw naar man. In de aanvullende verzekeringen van verweerder is derhalve thans geen bepaling opgenomen die in dit opzicht (direct of indirect) onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft. Daarbij komt dat niet van verweerder verlangd kan worden dat zij in haar aanvullende verzekering de vergoeding van het plaatsen van inwendige borstprotheses opneemt, enkel vanwege het feit dat de wetgever die in de Zvw heeft uitgesloten. Verweerder heeft op dit punt contractsvrijheid, mits zij daarbij de restricties die door de gelijkebehandelingswetgeving worden opgelegd in acht neemt. Niet gebleken is dat verweerder op dit punt in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving heeft gehandeld.

3.32 Op grond van het vorenstaande komt de Commissie tot oordeel dat verweerder jegens verzoekster geen verboden onderscheid heeft gemaakt door de vergoeding van de kosten van het plaatsen van inwendige borstprotheses in het kader van de aanvullende verzekering af te wijzen.

#### 4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . jegens . . . geen verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door de kosten van het plaatsen van inwendige borstprotheses zowel in het kader van de basisverzekering als in het kader van de aanvullende verzekering niet te vergoeden.

Aldus gegeven te Utrecht op 16 november 2009 door mr. C.A. Goudsmit, voorzitter, mr. Ch.M. van der Bas en mr. R.A.A. Böcker, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. N. Günes, secretaris.

**2009-108****1 Procesverloop**

1.1 Bij voornoemd verzoekschrift heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerster jegens hem onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en haar oordeel daaromtrent kenbaar te maken.

1.2 Verweerster heeft bij brief van 17 april 2009 schriftelijk verweer gevoerd. Vervolgens heeft de Commissie verzoeker om nadere informatie gevraagd. Deze informatie heeft de Commissie op 28 april 2009 ontvangen.

1.3 De Commissie heeft partijen opgeroepen de standpunten ter zitting van 26 mei 2009 mondeling nader toe te lichten. Partijen zijn ter zitting verschenen.

**2 Feiten**

2.1 Verzoeker is transseksueel (van man naar vrouw) en is onder behandeling van het genderteam van het UMC Groningen. De geslachtsveranderende operatie had ten tijde van de zitting nog niet plaatsgevonden. In de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens staat verzoeker nog geregistreerd als man.

2.2 Verweerster is een zorgverzekeraar in de zin van de Zorgverzekeringswet (Zvw).

2.3 Verzoeker is bij verweerster verzekerd tegen ziektekosten op basis van de Zvw. Het betreft de Zorgverzorgd zorgverzekering, hierna: basisverzekering. Daarnaast heeft verzoeker bij verweerster een aanvullende verzekering afgesloten, te weten: ExtraVerzorgd 3, hierna: aanvullende verzekering.

2.4 Verzoeker heeft verweerster in september 2008 verzocht om vergoeding van de kosten van het plaatsen van inwendige borstprotheses. Op 9 september 2008 heeft verweerster dit verzoek afgewezen, omdat deze kosten niet binnen de basisverzekering worden vergoed. Verweerster vergoedt binnen de basisverzekering wel de geslachtsveranderende operatie waarbij de penis wordt verwijderd en een vagina wordt geconstrueerd.

2.5 In januari 2009 heeft verzoeker bij verweerster een verzoek gedaan om suppletie ter vergoeding van de operatie van het plaatsen van inwendige borstprotheses, waarbij verzoeker heeft voorgesteld zelf de kosten van de protheses voor zijn rekening te nemen. Bij

brief van 30 januari 2009 heeft verweerster het verzoek om suppletie afgewezen en als volgt gereageerd:

“Secundaire geslachtkenmerken bij transsexualiteit moeten kloppen met de regels voor behandelingen van plastisch chirurgische aard. In deze regels staat dat het inbrengen van een prothese alleen betaald mag worden als de borst is geamputeerd. Alle andere redenen voor het plaatsen van inwendige borstprotheses zijn uitgesloten. U kunt dit nalezen in artikel B27 van de verzekeringsvoorwaarden.”

**3 Beoordeling van het verzoek**

3.1 In geding is de vraag of verweerster jegens verzoeker onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door de kosten van het plaatsen van inwendige borstprotheses in het kader van de geslachtsverandering van man naar vrouw niet te vergoeden.

3.2 De Commissie gaat uit van het juridische geslacht van verzoeker. Omdat verzoeker in de gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens nog als man staat ingeschreven, zal hij in dit oordeel worden aangeduid als verzoeker.

*Bevoegdheid van de Commissie*

3.3 Ingevolge artikel 7, eerste lid, onder a, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is onderscheid op grond van geslacht onder meer verboden bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren, of beëindigen van overeenkomsten ter zake, indien dit geschiedt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Allereerst is de vraag aan de orde of sprake is van zakelijk goederen- en dienstenverkeer als bedoeld in artikel 7 AWGB, of dat sprake is van eenzijdig overheidshandelen waarover de Commissie niet bevoegd is te oordelen. Op de vraag of de grond geslacht in het geding is, zal de Commissie hierna onder 3.21 ingaan.

3.4 Verweerster voert aan dat de Commissie, wat de basisverzekering betreft, niet bevoegd is een oordeel te geven over de voorliggende vraag omdat verweerster slechts uitvoering geeft aan verplichtingen van de overheid die zijn neergelegd in de Regeling zorgverzekering (Rzv), vastgesteld krachtens de Zvw. Daarmee is sprake van eenzijdig overheidshandelen waarover de Commissie niet bevoegd is te oordelen, aldus verweerster.

3.5 Verweerster geeft daarop de volgende toelichting. In de Rzv is het plaatsen van in-

wendige borstprotheses expliciet uitgesloten als te verzekeren prestatie in de basisverzekering, tenzij er sprake is van een gehele of gedeeltelijke borstampuatie.

Blijkens artikel 1 Zvw dienen de verzekerde prestaties in de basisverzekering het bij of krachtens de Zvw bepaalde niet te boven te gaan. Ingeval de polisvoorwaarden niet overeenstemmen met de bepalingen van of krachtens de Zvw, wordt de verzekeringsovereenkomst niet gekwalificeerd als zorgverzekering in de zin van de Zvw. Omdat verweerster bij haar beslissingen over het al dan niet vergoeden van medische verrichtingen onder de basisverzekering gebonden is aan hetgeen daarover is vastgelegd bij of krachtens de Zvw en geen eigen speelruimte heeft, vallen haar beslissingen niet onder het begrip ‘zakelijk goederen- of dienstenverkeer’ waartoe de reikwijdte van artikel 7 AWGB is beperkt, aldus verweerster.

3.6 Ter zitting heeft verweerster aangegeven de bevoegdheid van de Commissie niet te betwisten ten aanzien van de aanvullende verzekering.

3.7 Met betrekking tot de vraag of ten aanzien van de basisverzekering al dan niet sprake is van eenzijdig overheidshandelen, overweegt de Commissie als volgt. Tot 1 januari 2006 werden ziekenfondsen en ziektekostenverzekeraars die waren toegelaten overeenkomstig artikel 33 van de Algemene wet bijzondere ziektekosten (Awbz) aangeduid als uitvoeringsorganen als bedoeld in de Ziekenfondswet (Zfw).

De beslissingen van deze uitvoeringsorganen waren gebaseerd op algemeen verbindende voorschriften. Beroep en bezwaar inzake een aanspraak op een verstrekking of op een vergoeding ingevolge de Zfw was mogelijk met inachtneming van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In die context heeft de Commissie destijds geoordeeld dat aan haar geen bevoegdheid toekwam om over aanspraken op grond van de Zfw en de daarop berustende regelgeving te oordelen omdat sprake was van eenzijdig overheidshandelen dat buiten de reikwijdte viel van artikel 7 AWGB (zie onder meer CGB 17 juni 2004, 2004-72).

3.8 In de onderhavige zaak gaat het om de aanspraken op grond van de Zvw die per 1 januari 2006 in werking is getreden en de Zfw heeft vervangen. Hoewel sprake is van overheidsbemoeienis, in die zin dat in de Zvw en de daarop gebaseerde regelgeving aan de zorgverzekeraar een aantal wettelijke verplichtingen is opgelegd, waaronder de aanwijzing welke medische verrichtingen vallen onder de te verzekeren prestaties, is verweerster in het kader van de Zvw niet aangewezen als een

uitvoeringsorgaan. Verweerster is een privaatrechtelijke instelling. Ingevolge artikel 1, sub d, Zvw is de zorgverzekering die verzoeker bij verweerster heeft afgesloten aan te merken als een schadeverzekering, als bedoeld in boek 7, titel 17, Burgerlijk Wetboek

3.9 In de Memorie van Antwoord (EK, 2004-2005, 29 763, p. 29 e.v.) is het volgende opgemerkt over de aard van de verzekering ingevolge de Zvw: “Zoals in het nader rapport is uiteengezet, geeft de regering de voorkeur aan een privaatrechtelijke vorm van de wettelijke zorgverzekering met sterke publieke waarborgen om een optimale combinatie mogelijk te maken van sociale waarborgen enerzijds en ruimte en prikkels voor eigen verantwoordelijkheid, keuzevrijheid en concurrentie anderzijds. (...) De keuze voor de privaatrechtelijke verzekeringsvariant brengt mee dat de rechtsverhoudingen in de driehoek zorgverzekeraar – zorgaanbieder – verzekerde weer alle privaatrechtelijk van aard worden.” Mede gelet hierop heeft de rechtbank Arnhem, sector bestuursrecht, in een zaak van een verzekerde tegen een zorgverzekeraar over de weigering een geneesmiddel te vergoeden, geoordeeld dat geen sprake is van een besluit in de zin van de Awb en dat zij niet bevoegd is over het geschil te oordelen (Rb Arnhem, 2 maart 2007, AWB 06/3148, LJN: BA0940).

3.10 Nu de verhouding tussen de zorgverzekeraar en de verzekeringnemer niet alleen waar het gaat om de basisverzekering maar ook wat betreft aanvullende verzekeringen van privaatrechtelijke aard is, is geen sprake van eenzijdig overheidshandelen. Dat verweerster bij de basisverzekering gehouden is aan stringente wet- en regelgeving doet hier niet aan af.

3.11 Het besluit om de kosten van het plaatsen van inwendige borstprotheses niet te vergoeden, is een besluit dat betrekking heeft op het zakelijk goederen- en dienstenverkeer. Dit is in lijn met hetgeen de Commissie eerder overwoog over een besluit inzake een aanvullende verzekering in CGB 17 juni 2004, 2004-73.

3.12 Gelet hierop valt het verzoek van verzoeker onder de reikwijdte van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB. De Commissie is dan ook bevoegd het handelen van verweerster zowel met betrekking tot de basisverzekering als met betrekking tot de aanvullende verzekering te toetsen aan de AWGB. Hierna zal de Commissie beoordelen of verweerster onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door de kosten van het plaatsen van inwendige borstprotheses in het kader van de geslachtsverandering van man naar vrouw niet te vergoeden.

*Wettelijk kader*

3.13 In artikel 1 AWGB is bepaald dat onder onderscheid zowel direct als indirect onderscheid wordt verstaan. Het begrip direct onderscheid ziet op onderscheid dat rechtstreeks verwijst naar of gebaseerd is op een van de door de AWGB beschermde gronden, waaronder geslacht. Onder indirect onderscheid wordt verstaan onderscheid dat het gevolg is van een ogenschijnlijk neutraal criterium, voorschrift of handelen dat bepaalde mensen in het bijzonder treft, vanwege een door de AWGB beschermde persoonsgebonden kenmerk.

3.14 Ingevolge artikel 1, aanhef en onder d, Zvw is een zorgverzekering een tussen een zorgverzekeraar en een verzekeringnemer ten behoeve van een verzekeringsplichtige gesloten schadeverzekering, die voldoet aan hetgeen daarover bij of krachtens deze wet is geregeld, en waarvan de verzekerde prestaties het bij of krachtens deze wet geregelde niet te boven gaan.

3.15 In artikel 2.4, eerste lid, aanhef en onder b, Besluit zorgverzekering (Bzv) is bepaald dat onder de te vergoeden geneeskundige zorg valt, voor zover relevant, behandelingen van plastisch-chirurgische aard indien deze strekken tot correctie van:

- 1° afwijkingen in het uiterlijk die gepaard gaan met aantoonbare lichamelijke functiestoornissen;
- 2° verminkingen die het gevolg zijn van een ziekte, ongeval of geneeskundige verrichting;
- 3° (...);
- 4° (...);
- 5° primaire geslachtskenmerken bij vastgestelde transseksualiteit.

3.16 In artikel 2.1 Regeling zorgverzekering (Rzv) is bepaald, voor zover relevant, dat de zorg als bedoeld in artikel 2.4 Bzv niet omvat: (...)

- c. het operatief plaatsen en het operatief vervangen van een borstprothese, anders dan na een geheel of gedeeltelijke borstamputatie;
- d. het operatief verwijderen van een borstprothese zonder medische noodzaak; (...).

3.17 Verweerster heeft voormelde bepalingen onverkort overgenomen in artikel B27 van haar verzekeringsvoorwaarden van de basisverzekering. Daarin is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

U heeft recht op behandelingen van plastisch chirurgische aard als het gaat om correctie van: 1. afwijkingen in het uiterlijk die gepaard gaan

met aantoonbare lichamelijke functiestoornissen;

2. verminkingen die het gevolg zijn van een ziekte, ongeval of geneeskundige verrichting; (...)
5. primaire geslachtskenmerken bij een vastgestelde transseksualiteit.

3.18 Voorts is in artikel B27 van de verzekeringsvoorwaarden bepaald, voor zover relevant, dat geen recht op behandelingen van plastisch chirurgische aard bestaat als het gaat om: (...)

3. Het operatief plaatsen en het operatief vervangen van een borstprothese, anders dan na een geheel of gedeeltelijke borstamputatie;
4. Het operatief verwijderen van een borstprothese zonder medische noodzaak; (...).

3.19 De Commissie zal eerst beoordelen of verweerster jegens verzoeker bij de basisverzekering onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt. Vervolgens zal zij beoordelen of verweerster bij de aanvullende verzekering jegens verzoeker onderscheid heeft op grond van geslacht gemaakt.

*Onderscheid op grond van geslacht bij de basisverzekering?*

3.20 Verzoeker heeft gesteld dat verweerster jegens hem onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door de vergoeding van de kosten voor het plaatsen van inwendige borstprothesen in het kader van de geslachtsverandering van man naar vrouw af te wijzen, terwijl verweerster wel de kosten vergoedt van een borstamputatie bij een geslachtsverandering van vrouw naar man. Beide operaties dienen hetzelfde doel, aldus verzoeker, te weten correctie van de borstomvang. Verzoeker beroept zich derhalve niet op onderscheid tussen transseksuelen en niet-transseksuelen, tussen mannen en vrouwen of tussen mannen onderling of vrouwen onderling, maar op onderscheid tussen twee groepen transseksuelen, te weten die van man naar vrouw en die van vrouw naar man.

3.21 Alvorens de vraag aan de orde komt of sprake is van onderscheid tussen twee groepen transseksuelen, moet de vraag worden beantwoord of een dergelijk onderscheid onder de reikwijdte van de AWGB valt. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft in 1996 uitgemaakt dat transseksualiteit wordt bestreken door het criterium 'geslacht' (HvJ EG 30 april 1996, zaak C-13/94 (P./S. en Cornwall County Council), *Jur.* 1996, p. I-2143, *NJ* 1997, 182, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 291 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss, *TVVS* 1996,

II, p.326. Zie ook HvJ EG 7 januari 2004, zaak C-117/01 (K.B.), *Jur.* 2004, p. I-541, *NJ* 2004, 36 (m.nt. M.R. Mok), EHCR 2004, nr. 10 (m.nt. J. van der Velde), *JAR* 2004, 69). Deze lijn is overgenomen door de CGB in onder meer de zaken CGB 17 februari 1998, 1998-12; CGB 23 december 1999, 1999-107; CGB 17 juni 2004, 2004-73 en CGB 22 januari 2008, 2008-6.

Daarmee is overigens nog niet direct duidelijk welke maatpersoon – voorzover nodig – aangewezen is, met name in de transformatiefase. De Commissie is van oordeel dat, nu transsexualiteit valt onder de grond ‘geslacht’, niets er aan in de weg staat om onderscheid tussen twee groepen transseksuelen, te weten die van man naar vrouw en die van vrouw naar man, te toetsen aan de AWGB.

3.22 Verweerster heeft aangevoerd dat zij geen onderscheid heeft gemaakt tussen groepen transseksuelen. Verweerster behandelt een geslachtsverandering van man naar vrouw op eenzelfde wijze als een geslachtsverandering van vrouw naar man, zowel bij de gebruikelijk geachte ingrepen van plastische als die van niet-plastische aard. Verweerster heeft in haar verzekeringsvoorwaarden voor de basisverzekering direct aangesloten bij de in en krachtens de Zvw opgenomen te verzekeren en uitgesloten prestaties, omdat zij zeker wilde stellen dat de af te sluiten verzekering aangemerkt wordt als een zorgverzekering.

3.23 Verweerster vergoedt ingevolge artikel B27 van de verzekeringsvoorwaarden zowel bij geslachtsverandering van man naar vrouw als bij geslachtverandering van vrouw naar man de correctie van de “uiterlijke geslachtskenmerken bij een vastgestelde transsexualiteit”. Onder verwijzing naar de uitspraak van het College voor Zorgverzekeringen van 27 maart 2007 ([www.cvz.nl](http://www.cvz.nl)), Bijlagen bij Pakketadvies 2007: adviezen, standpunten, systeemadviezen en verduidelijkingen, p. 153 e.v.) legt verweerster dit zo uit dat hieronder slechts de correctie van plastisch-chirurgische aard van de primaire geslachtskenmerken valt. Primaire geslachtskenmerken zijn de geslachtskenmerken die reeds bij de geboorte aanwezig zijn.

3.24 De borsten bij de vrouw zijn secundaire geslachtkenmerken omdat deze zich eerst in de puberteit ontwikkelen, aldus verweerster. Verweerster vergoedt bij een geslachtsverandering van man naar vrouw het operatief plaatsen van inwendige borstprotheses niet, omdat de wetgever zulks in artikel 2.1 Rzv, zoals vermeld onder 3.16, expliciet als te verzekeren prestatie heeft uitgesloten.

Verweerster vergoedt wel de kosten van de borstamputatie bij geslachtsverandering van vrouw naar man, zo heeft zij ter zitting bevestigd. Vergoeding hiervan geschiedt op grond van artikel 2.4 Bzv onder 1 en 2, zoals vermeld onder 3.15 en zoals overgenomen in artikel B27 van de verzekeringsvoorwaarden van verweerster.

3.25 Verweerster heeft tot slot aangevoerd dat zij met haar handelwijze voorkomt dat onderscheid wordt gemaakt tussen vrouwen onderling. Ook in gevallen waarin vrouwen een borstvergroting wensen zonder dat er sprake is van een borstamputatie, worden de kosten voor het plaatsen van inwendige borstprotheses niet vergoed. Zou verweerster het plaatsen van inwendige borstprotheses wel vergoeden bij transseksuelen, dan zou zij daarmee een nieuw onderscheid creëren, namelijk tussen transseksuelen van man naar vrouw enerzijds en als vrouw geboren vrouwen anderzijds. Verweerster is niet op de hoogte van gevallen waarin vergoeding van de kosten van borstamputatie bij transseksuelen is geweigerd.

3.26 De Commissie stelt voorop dat als een zorgverzekeraar besluit bepaalde zorg op te nemen in een verzekeringsovereenkomst, hij daarbij geen verboden onderscheid mag maken op grond van één van de in de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden, waaronder begrepen geslacht.

3.27 De Commissie is van mening dat bij transsexualiteit de plaatsing van inwendige borstprotheses enerzijds en borstamputatie anderzijds vergelijkbaar is. Weliswaar zijn de ingrepen medisch en mogelijk ook financieel niet dezelfde, in essentie betreft het in beide gevallen ingrepen in de borstomvang als secundair geslachtskenmerk.

3.28 De Commissie stelt vast dat op basis van artikel B27 van de verzekeringsvoorwaarden van verweerster geen recht bestaat op vergoeding van het operatief plaatsen van een inwendige borstprothese, anders dan na een gehele of gedeeltelijke borstamputatie, en dat dit artikel zo wordt toegepast dat wel recht bestaat op de vergoeding van de kosten van een borstamputatie. Het operatief plaatsen en vervangen van een inwendige borstprothese, anders dan na een amputatie, ziet niet alleen op vrouwen en transseksuelen van man naar vrouw. Ook bij mannen kunnen borstprotheses worden geplaatst. Dit gebeurt niet alleen na amputatie, bijvoorbeeld in geval van borstkanaker, maar ook om de borstkas voller te maken en gespierd te laten lijken, aldus websites van plastisch chirurgische klinieken die een dergelijke behandeling aanbieden. De regeling is

derhalve neutraal. Met de toepassing van artikel B27 van de verzekeringsvoorwaarden wordt dan ook geen direct onderscheid op grond van geslacht gemaakt.

3.29 Echter, bij de toepassing van deze regeling worden met name vrouwen getroffen, nu het plaatsen van inwendige borstprotheses, anders dan na gehele of gedeeltelijke amputatie, veel minder gangbaar is bij mannen dan bij vrouwen. Onder de transseksuelen worden met name personen getroffen die een geslachtsverandering ondergaan van man naar vrouw omdat in die gevallen de correctie van de borsten niet wordt vergoed, terwijl op grond van deze regeling bij de geslachtsverandering van vrouw naar man amputatie van de borsten wel wordt vergoed. De Commissie is derhalve van oordeel dat de regeling zoals neergelegd in artikel B27 van de verzekeringsvoorwaarden op dit punt indirect onderscheid maakt tussen transseksuelen die een geslachtsverandering ondergaan van man naar vrouw en transseksuelen die een geslachtverandering ondergaan van vrouw naar man. Daarmee is sprake van indirect onderscheid naar geslacht jegens verzoeker die een geslachtsverandering ondergaat van man naar vrouw.

*Objectieve rechtvaardiging van het onderscheid bij de basisverzekering?*

3.30 Indirect onderscheid kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Ingevolge artikel 2, eerste lid, AWGB geldt het verbod van onderscheid niet ten aanzien van indirect onderscheid dat objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel terwijl de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Ten aanzien van deze uitzondering geldt dat de partij die onderscheid heeft gemaakt feiten dient aan te voeren ter rechtvaardiging van dit onderscheid.

3.31 Verweerster heeft aangevoerd dat zij met haar vergoedingsbeleid inzake borstamputaties en het operatief plaatsen van inwendige borstprotheses, slechts uitvoering geeft aan wettelijke voorschriften met betrekking tot de te verzekeren prestaties op grond van de Zvw en de daarop gebaseerde regelgeving. Verweerster benadrukt dat zij conform de Zvw niet de mogelijkheid heeft om uit hoofde van de basisverzekering de kosten van het plaatsen van inwendige borstprotheses te vergoeden aan verzoeker.

3.32 De Commissie kan de opvatting van verweerster met betrekking tot de basisverzekering volgen. Op grond van artikel 1, aanhef en onder d, van de Zvw mogen bij het afsluiten

van een zorgverzekering de verzekerde prestaties het bij of krachtens de Zvw geregelde niet te boven gaan. Als de polisvoorwaarden niet overeenstemmen met de bepalingen van of krachtens de Zvw, wordt de verzekeringsovereenkomst niet gekwalificeerd als zorgverzekering in de zin van de Zvw. De bepalingen van de Zvw en de daarop gebaseerde regelingen, zoals opgenomen onder 3.14, 3.15 en 3.16, bieden geen ruimte om in de basisverzekering de vergoeding van het plaatsen van inwendige borstprotheses op te nemen.

3.33 De Commissie heeft eerder geoordeeld dat als een verweerder indirect onderscheid maakt door het naleven van wettelijke voorschriften, hem dit niet kan worden verweten en dat daarmee het onderscheid objectief gerechtvaardigd is (CGB 20 april 2009, 2009-31). Ook in de onderhavige zaak is sprake van conflicterende rechtsplichten, te weten het naleven van de wettelijke voorschriften uit de Zvw en de daarop berustende regelgeving, versus het naleven van de gelijke-behandelingswetgeving. Nu verweerster bij de basisverzekering gehouden is om de wettelijke voorschriften uit de Zvw en de daarop berustende regelgeving na te leven en op dit punt geen keuzevrijheid heeft, is het door haar gemaakte onderscheid op grond van geslacht bij het al dan niet vergoeden van borstamputaties en het operatief plaatsen van inwendige borstprotheses objectief gerechtvaardigd.

3.34 Op grond van het vorenstaande komt de Commissie tot oordeel dat verweerster jegens verzoeker geen verboden onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door de vergoeding van de kosten voor het plaatsen van inwendige borstprotheses in het kader van de basisverzekering af te wijzen.

3.35 De Commissie constateert dat in artikel 2.1 Rzv, waarop de hier aan de orde zijnde verzekeringsvoorwaarden zijn gebaseerd, indirect onderscheid wordt gemaakt. Daarom zal de Commissie gebruik maken van haar bevoegdheid om dit oordeel ter kennis te brengen van de verantwoordelijke minister. In dit verband merkt de Commissie op dat haar niet duidelijk is geworden wat de ratio is van artikel 2.1 Rzv, inhoudende dat het operatief plaatsen van een borstprothese, anders dan na een gehele of gedeeltelijke borstamputatie, niet wordt vergoed, terwijl op grond van artikel 2.4, eerste lid, aanhef en onder b, Bzv wel recht bestaat op de vergoeding van de kosten van een borstamputatie.



*Onderscheid op grond van geslacht bij de aanvullende verzekering?*

3.36 Met betrekking tot de aanvullende verzekering heeft verweerster verklaard dat haar aanvullende verzekeringen in het geheel geen bepalingen bevatten op grond waarvan een vergoeding bestaat voor medische zorg ter correctie van secundaire geslachtskenmerken zoals de borsten, bij geslachtsverandering van man naar vrouw noch bij geslachtsverandering van vrouw naar man.

3.37 De Commissie stelt vast dat de aanvullende verzekering van verweerster geen bepalingen bevat op grond waarvan een vergoeding bestaat voor medische zorg ter correctie van de borsten als secundair geslachtskenmerk bij geslachtsverandering van man naar vrouw noch bij geslachtsverandering van vrouw naar man. In de aanvullende verzekeringen van verweerster is derhalve thans geen bepaling opgenomen die in dit opzicht (direct of indirect) onderscheid op grond van geslacht tot gevolg heeft.

Daarbij komt dat niet van verweerster verlangd kan worden dat zij in haar aanvullende verzekering de vergoeding van het plaatsen van inwendige borstprothesen opneemt, enkel vanwege het feit dat de wetgever die in de Zvw heeft uitgesloten. Verweerster heeft op dit punt contractsvrijheid, mits zij daarbij de restricties die door de gelijkebehandelingswetgeving worden opgelegd in acht neemt. Niet gebleken is dat verweerster op dit punt in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving heeft gehandeld.

3.38 Op grond van het vorenstaande komt de Commissie tot oordeel dat verweerster jegens verzoeker geen verboden onderscheid heeft gemaakt door de vergoeding van de kosten van het plaatsen van inwendige borstprothesen in het kader van de aanvullende verzekering af te wijzen.

#### 4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als oordeel uit dat . . . jegens . . . geen verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht door de kosten van het plaatsen van inwendige borstprothesen zowel in het kader van de basisverzekering als in het kader van de aanvullende verzekering niet te vergoeden.

Aldus gegeven te Utrecht op 16 november 2009 door mr. Ch.M. van der Bas, voorzitter, mr. C.A. Goudsmit en mr. R.A.A. Böcker, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. N. Günes, secretaris.

#### Noot van prof. mr. J.H. Gerards

1. Tot 2006 waren de zaken betrekkelijk eenvoudig als het ging om de mogelijkheid van de CGB om de vergoeding voor geneeskundige verstrekkingen en verrichtingen te beoordelen op verenigbaarheid met de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Besluiten over vergoedingen bij ziektekosten waren rechtstreeks gebaseerd op de Ziekenfondswet en konden om die reden worden beschouwd als 'eenzijdige overheidshandelingen'. De Awgb had daarop geen betrekking – als bekend strekt deze wet zich alleen uit tot arbeidsverhoudingen en het aanbieden van goederen en diensten in de privaatrechtelijke sfeer (nader hierover P.J.J. Zoontjens, 'De uitzondering inzake "eenzijdig overheidshandelen"', in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: WLP 2006, p. 124-125). De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) achtte zich om die reden niet bevoegd om zich uit te spreken over ongelijke behandeling bij verzekeringsaanspraken en -uitkeringen (zie voor de ziekenfondsen expliciet CGB 17 juni 2004, 2004-72).

2. In 2006 is echter de Zorgverzekeringswet (Zvw) in werking getreden, waardoor de ziektekostenverzekeringen in belangrijke mate zijn geprivatiseerd (daarover uitgebreid MvT Zvw, *Kamerstukken II 2003/04*, 29763, nr. 3, p. 20 e.v.). Dit heeft een veelheid aan consequenties voor het zorgstelsel in Nederland, en blijktens de oordelen 2009-107 en 108 ook voor het toepassingsbereik van de Awgb en voor de bevoegdheid van de CGB. De verhouding tussen zorgverzekeraar en verzekeringnemer is nu als privaatrechtelijk te kwalificeren, waarbij het volgens de CGB bovendien gaat om zakelijke dienstverlening. Om die reden valt het al dan niet opgenomen zijn van bepaalde vergoedingen in de zorgovereenkomst onder de reikwijdte van artikel 7 Awgb. Deze conclusie is betekenisvol, nu de CGB zich daardoor kan uitspreken over de veelheid van directe en indirecte onderscheidingen die in zorgpolis-sen zijn terug te vinden. Geheel voor de hand liggend is de conclusie evenwel niet, gelet op het feit dat de Zorgverzekeringswet niet een volledige privatisering meebrengt.

3. Vanzelfsprekend zijn er belangrijke privaatrechtelijke elementen in de Zorgverzekeringswet te herkennen, maar ook de publiekrechtelijke elementen zijn evident (en ook beoogd: zie MvT Zvw, p. 21). Zo moeten zorgverzekeraars via de zorgovereenkomst een nauwkeurig omschreven basispakket aan zorg aanbieden en hebben zij een acceptatieplicht.

Vooral het eerste punt is voor de bevoegdheid van de CGB van belang. Net als onder het oude stelsel wordt volgens de Zvw krachtens wet vastgelegd welke verrichtingen onder de in het basispakket te vergoeden geneeskundige zorg vallen. Het Besluit zorgverzekering (Bzv) en de Regeling zorgverzekering (Rzv) bevatten op dit punt gedetailleerde overzichten. Weliswaar kan de zorgverzekeraar zelf bepalen door wie hij bepaalde zorg wil laten verlenen, maar hij is verplicht om deze zorg in het basispakket op te nemen (MvT Zvw, p. 41/42). Het stelsel is bovendien uitputtend bedoeld. De zorgverzekeraar heeft niet de vrijheid om er zelfstandig voor te kiezen om *meer* voorzieningen of aanspraken in het basispakket voor de zorgverzekering op te nemen dan krachtens de Zvw worden voorgeschreven. De zorgverzekeraar kan wel besluiten tot een verderstrekend aanbod, maar de verzekering is dan geen 'zorgverzekering' meer in de zin van de Zvw – wat betekent dat het gaat om een 'gewone' privaatrechtelijke verzekering waarop de Zvw niet van toepassing is (zie artikel 1, onder d Zvw en MvT Zvw p. 78).

4. Kortom: de zorgverzekeraar dient de publiekrechtelijk voorgeschreven pakketten aan te bieden, niets meer of minder dan dat. De keuzes over het pakket en de te verzekeren zorg, waarover het in de oordelen 2009-107 en 108 juist gaat, worden door de wetgever (in feite: de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport) eenzijdig gemaakt en opgelegd. Ook al krijgt een bepaald element uit de Rzv steeds een vertaling in een zorgovereenkomst tussen zorgverzekeraar en verzekerde, de vraag kan daardoor rijzen of, als een bij de CGB binnengekomen verzoek puur en alleen betrekking heeft op de samenstelling van het basispakket, niet toch van een klacht over eenzijdig overheidshandelen moet worden gesproken. In wezen klaagt de betrokkene dan immers niet over de overeenkomst, maar over de wettelijke regeling.

5. In feite is dat ook de conclusie die de CGB in haar oordelen bereikt, maar zij doet dit via een omweg. De CGB stelt voorop dat zij bevoegd is, omdat het geschil betrekking heeft op de voorwaarden van het verzekeringscontract. Vervolgens overweegt zij dat in de wettelijke regeling een indirect onderscheid naar geslacht wordt gemaakt dat moeilijk te rechtvaardigen valt. Uiteindelijk concludeert zij echter dat de verzekeraar hier niet voor verantwoordelijk kan worden gehouden. De verzekeraar heeft zich immers bij de samenstelling van het pakket te houden aan de door de wetgever vastgestelde regels en heeft daarbij geen keuzevrijheid. De verzekeraar kan niet anders dan de door de

wetgever veroorzaakte ongelijke behandeling maar gewoon over te nemen. Dat levert een rechtvaardiging op in de zin van de Awgb, zo oordeelt de CGB.

6. Hoewel deze benadering van de problematiek alleszins acceptabel is, zou de conclusie van onbevoegdheid wegens eenzijdig overheidshandelen wellicht beter zijn geweest. De gedachte achter de afbakening van de reikwijdte van de Awgb en de keuze om eenzijdig overheidshandelen buiten deze reikwijdte te houden, was juist om het gelijkheidsbeginsel een wettelijke uitwerking te geven voor duidelijk privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Voor overheidshandelen geldt het gelijkheidsbeginsel uiteraard ook, maar op een andere manier – de overheid heeft te maken met bijzondere afwegingen van publieke en private belangen, waarbij andere keuzes geoorloofd kunnen zijn dan bij privaatrechtelijk handelen en waarbij ook andere beperkingen kunnen gelden (vgl. Zoontjens 2006, *reeds aangehaald*, p. 152 e.v.). De Awgb met zijn gesloten systeem van uitzonderingsgronden, dat specifiek is geschreven voor afwegingen in privaatrechtelijke verhoudingen, past daarbij minder goed (*idem*, p. 154). Precies om die reden heeft de regering er recentelijk uitdrukkelijk voor gekozen om het bereik van de Awgb niet uit te breiden naar eenzijdig publiekrechtelijk handelen (Kabinetstandpunt Evaluatie Awgb, *Kamerstukken II* 2008/09, 28 481, nr. 5, p. 6). De CGB kiest er met de in oordeel 2009-107 en 108 gevolgde redenering echter voor om sommige puur publiekrechtelijke keuzes en afwegingen toch onder het bereik van de Awgb te vatten, namelijk omdat ze een privaatrechtelijk jasje dragen. Tegelijkertijd moet de CGB zelf al toegeven dat ze geen inhoudelijk oordeel over de redelijkheid en gerechtvaardigheid van een eventueel onderscheid kan uitspreken, juist omdat de basis is gelegen in een publiekrechtelijke regeling.

7. De benadering van de Commissie kan onder omstandigheden problematisch zijn. Een moeilijke situatie ontstaat vooral als, anders dan in het hierboven afgedrukte oordeel, sprake is van een direct onderscheid. In deze zaak was niet geheel ondenkbaar geweest dat zo'n direct onderscheid werd geconstateerd. Hoewel de CGB zorgvuldig en overtuigend beredeneert dat onder omstandigheden ook bij mannen borstprothesen worden ingebracht, oordeelde de Centrale Raad van Beroep eerder juist dat borstprothesen "vanwege hun aard uitsluitend aan vrouwen worden verstrekt" (CRvB 26 november 1999, *JB* 2000, 14, m.nt. Gerards, *USZ* 2000, 23, m.nt. Wentholt). In die redenering gaat het om een behandeling die (nagenoeg?)

uitsluitend aan vrouwen wordt gegeven. Wordt juist zo'n behandeling niet vergoed, dan kan worden aangenomen dat dit direct onderscheid naar geslacht oplevert. Zou voor die redenering zijn gekozen, dan zou dit hebben betekend dat niet de ruime rechtvaardigingsmogelijkheid van artikel 2 Awgb van toepassing was, maar het gesloten systeem van uitzonderingsgronden. Daartoe behoort niet het ontbreken van eigen keuzevrijheid of verantwoordelijkheid van de aanbieder van diensten. Sterker nog: onder het huidige systeem van uitzonderingsgronden zou een vooral op financiële overwegingen gebaseerde beperking van vergoedingen voor mannen of voor vrouwen waarschijnlijk helemaal niet gerechtvaardigd kunnen worden. Dat zou dan weer vragen oproepen over het knellende karakter van het gesloten systeem, dat immers niet is geschreven voor het soort beleidsmatige afwegingen dat de overheid soms moet maken. Zou een direct onderscheid worden aangenomen, dan zou de CGB mogelijk een buitenwettelijke uitzondering hebben moeten toelaten om het onderscheid te rechtvaardigen (vgl. de in CGB 7 februari 2006, 2006-20 gekozen benadering). Alleen al om die reden is begrijpelijk dat de CGB er toch voor koos de Centrale Raad niet te volgen en hier een *indirect* onderscheid vast te stellen.

8. Geen van beide hiervoor genoemde oplossingen is echter erg elegant. Het was fraaier geweest als de CGB had vastgesteld dat op dit specifieke punt verzekeringsovereenkomst en wettelijke regelgeving zo nauw met elkaar zijn verbonden, dat sprake is van niet-toetsbaar eenzijdig overheidshandelen. Dat oordeel zou bovendien beter hebben aangesloten bij het eerdere oordeel 2004-72 over de bevoegdheid om te oordelen over de samenstelling van de aanvullende verzekeringen 'oude stijl'. De CGB beredeneerde daar dat zij op zichzelf bevoegd was omdat het ging om een aanvullende verzekering, maar dat de litigieuze verzekeringsclausule zo nauw verbonden was met de voorzieningen waarop de oude Ziekenfondswet aanspraak gaf dat deze niet als zelfstandig te beoordelen aanspraak kon worden gezien. Een vergelijkbare redenering kan worden gevolgd waar het gaat om de zorgovereenkomsten die onder gezag van de Zvw zijn afgesloten.

9. De oordelen 2009-107 en 108 gaan echter niet alleen over de kwestie van eenzijdig overheidshandelen. De oordelen maken ook duidelijk dat het Nederlandse recht momenteel niet zoveel te bieden heeft aan transseksuelen die zich benadeeld voelen door de Zvw. Inmiddels is hierover al verschillende malen geprocedeerd. Zo diende een man-vrouwtransseksueel die van zijn zorgverzekeraar geen vergoeding kon

krijgen voor een borstprothese, in 2006 een aanvraag in voor bijzondere bijstand onder de Wet werk en bijstand (Rb. 's-Hertogenbosch 22 september 2008, *LJN* BF1834). Het Vughtse college van burgemeester en wethouders wees de aanvraag af omdat geen sprake was van de daarvoor benodigde "acute noodsituatie van levensbedreigende aard". Hoewel de rechtbank begrip toonde voor de psychische en morele problemen die het niet kunnen voltooien van een geslachtsverandering kan opleveren, zag ook zij geen ruimte voor een vergoeding van de operatie vanuit de bijzondere bijstand. Net zomin als er onder de Zvw een mogelijkheid is voor vergoeding van de kosten, bestaat die mogelijkheid dus onder de WWB.

10. Een mogelijkheid tot vergoeding bestaat wellicht wel bij aanvullende verzekeringen, nu de verzekeraar daar meer vrijheid heeft om keuzes te maken bij het aanbieden van pakketten met bepaalde voorzieningen. Een ongelijke behandeling die wordt veroorzaakt door het ontbreken van een vergoeding voor het inbrengen van borstprothesen kan dan in een rechterlijke procedure aan de kaak worden gesteld. De mogelijkheden om via een beroep op het gelijkheidsbeginsel een vergoeding te krijgen, lijken echter beperkt. Dat blijkt al uit de oordelen 2009-107 en 108, waarin de CGB oordeelt dat de verzekeraar nu eenmaal geen enkele voorziening had opgenomen voor dit type medische zorg en daar redelijkerwijs ook niet toe gehouden kon worden geacht. Zelfs als de polis meer aanknopingspunten bevat voor een beroep op het gelijkheidsbeginsel, is de kans van slagen klein. Dit laat een eerdere uitspraak van de Centrale Raad van Beroep zien over een vrouw-mantransseksueel die een penisprothese nodig had voor de voltooiing van zijn proces van geslachtsverandering (CRvB 26 november 1999, *JB* 2000, 14, m.nt. Gerards, *USZ* 2000, 23, m.nt. Wentholt). Een dergelijke prothese werd niet vergoed onder het toenmalige vergoedingstelsel, maar een borstprothese wel. De Centrale Raad overwoog dat het hier ging om heel verschillende verstrekkingen die alleen voor mannen of alleen voor vrouwen waren bedoeld en die om die reden niet met elkaar konden worden vergeleken. In die omstandigheden kan een beroep op het gelijkheidsbeginsel niet slagen, zo oordeelde de Centrale Raad. Via soortgelijke redeneringen kunnen ongelijke vergoedingen in aanvullende verzekeringspakketten ook onder het huidige systeem van de Zvw relatief gemakkelijk worden gerechtvaardigd.

11. Hoe redelijk en juridisch houdbaar deze uitspraken op zichzelf ook zijn, ze zijn toch wat onbevredigend. Kijkend naar de ratio

achter de gewenste operaties – de wens tot het volwaardig aanpassen van de lichamelijke gesteldheid aan de geslachtelijke identiteit –, is de vraag of er echt een goede, objectieve reden is te geven voor het uitsluiten van een vergoeding voor specifieke, daarvoor noodzakelijke verrichtingen (vgl. ook Wentholt in haar noot bij CRvB 26 november 1999, *USZ* 2000, 23). De beperking van de Zvw-vergoedingen vindt haar basis vooral in een wens tot ‘pakketopschoning’ en het beheersbaar houden van de kosten van de zorg (zie de regeling en toelichting zoals opgenomen in *Stcrt.* 2004, nr. 248, op p. 55; bij het aannemen van de Regeling Zorgverzekering is het toen vastgestelde pakket overgenomen, zie *Stcrt.* 2005, nr. 171, p. 21). Voor het plaatsen van borstprothesen zonder voorafgaande amputatie bestaat volgens de minister van VWS zelden een strikt medische noodzaak – zo’n behandeling wordt meestal door primair cosmetische overwegingen ingegeven. Er is daarom geen bijzondere reden om dit in het basispakket te behouden (zie *Stcrt.* 2004, nr. 248, op p. 57). Ook voor het weglaten van de penisprothese uit het oude zorgpakket bestonden louter financiële redenen (zie daarvoor de besproken uitspraak van de CRvB). Op zichzelf zijn dit begrijpelijke financiële overwegingen, maar de bijzondere belangen van transseksuelen lijken hierbij uit het oog te zijn verloren.

12. Het is in dit verband ook maar de vraag of beperkingen zoals die in de Nederlandse regelgeving zijn aangebracht stand zouden houden voor het Europees Hof van de Rechten van de Mens (EHRM). Het EHRM heeft zich kritisch uitgelaten over nationale wetgeving of praktijken die (het afronden van) geslachtsveranderende operaties verhinderen. In de zaak *L. t. Litouwen* achtte het EHRM het bijvoorbeeld onaanvaardbaar dat de uitvoeringswetgeving ontbrak die nodig was voor voltooiing van een al ingezette geslachtsveranderende operatie (EHRM 11 september 2007, nr. 27527/03 (*L. /Litouwen*), *EHRC* 2007, 131, § 59). In een andere zaak sprak het EHRM zich kritisch uit over de bewijslast in een Duitse procedure over de vergoeding van de kosten van een geslachtsveranderende operatie (EHRM 12 juni 2003, nr. 35968/97 (*Van Kück/Duitsland*), *EHRC* 2003, 61, m.nt. Gerards, *AB* 2003, 437, m.nt. B.C. van Beers & B.P.Vermeulen, *NJCM-Bull.* 2004, p. 485, m.nt. F.Vlemminx, § 82). Van Kück kon alleen aanspraak maken op zo’n vergoeding als hij kon aantonen dat de operatie werkelijk nodig was geweest. De Duitse rechter vond dat zij in die bewijslast niet was geslaagd: Van Kück had volgens de rechter eerst psychotherapie moeten uitproberen. Hoewel de operatie medisch en juridisch gezien mogelijk was,

kreeg Van Kück de kosten hiervan dan ook niet vergoed. Het EHRM vond dat de rechter met zijn redengeving een onacceptabele inbreuk maakte op de privacy van Van Kück. Met name achtte het EHRM het disproportioneel om Van Kück op te zadelen met de last om te bewijzen dat de operatie medisch noodzakelijk was.

13. Deze twee uitspraken kunnen niet zo worden gelezen dat hierin een positieve verplichting voor de staat vastligt om kostenvergoedingen voor geslachtsveranderende operaties mogelijk te maken (al is daarover discussie mogelijk; zie Van Beers en Vermeulen in hun noot bij *Van Kück* in *AB* 2003, 437). Wel maken de uitspraken duidelijk dat, wanneer geslachtsveranderende operaties toegestaan zijn, het volgens het Hof mogelijk moet zijn om ze volledig af te ronden, zonder dat daarvoor al te grote belemmeringen bestaan. De nationale regelgeving en praktijk rondom geslachtsveranderingen moet coherent zijn, in die zin dat er geen onredelijke barrières in het recht worden ingebouwd die aan volledige geslachtsverandering in de weg staan (vgl. ook EHRM 11 juli 2002 (Grote Kamer), nr. 28957/95 (*Christine Goodwin/VK*), *EHRC* 2002, 74, m.nt. J. Van der Velde en H.L. Janssen, *NJCM-Bull.* 2003, p. 330, m.nt. P. van Dijk, § 78).

14. Het Nederlandse systeem lijkt op dit punt juist coherentie te missen, nu bepaalde onderdelen van de gehele operatie op grond van de Zvw niet voor vergoeding in aanmerking komen, terwijl dat bij andere onderdelen wel het geval is. Het lijkt evident dat van volledige afronding van de behandeling geen sprake is als belangrijke secundaire geslachtskenmerken nog ontbreken – het lichaam past dan immers nog steeds niet volledig bij de identiteit. Nu daarbij slechts financiële redenen als rechtvaardiging zijn gegeven, lijkt de kans klein dat de vergoedingsregeling stand zou houden voor het EHRM. Zeker omdat het slechts gaat om een kleine groep mensen, mogen kostenoverwegingen volgens het EHRM namelijk geen doorslaggevende rol spelen (*L. /Litouwen*, reeds aangehaald, § 59).

15. Al met al valt te hopen dat het “ter kennis brengen” van het oordeel van de CGB bij de verantwoordelijke minister consequenties heeft en dat het systeem van vergoedingen wordt aangepast. Zou dat gebeuren, dan heeft het misschien toch nut dat de CGB zich in deze zaak niet meteen onbevoegd heeft verklaard, maar zich ook heeft uitgelaten over het ontbreken van een duidelijke ratio achter het gekozen systeem – al had dat misschien ook in een *obiter dictum* gekund.

## 2009-117

### Het gebruik van een hypothetische kinderwens en statistische gegevens bij schadebetroting: een nadere invulling van direct onderscheid op grond van geslacht

Noot: A.S. Oude Hergelink & prof. mr. S.D. Lindenbergh

#### 1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoekster de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, gevraagd te onderzoeken of verweerster jegens haar onderscheid heeft gemaakt op grond van geslacht en haar oordeel daaromtrent kenbaar te maken.

1.2 Verzoekster heeft de Commissie desgevraagd aanvullende informatie gestuurd.

1.3 Verweerster heeft schriftelijk verweer gevoerd.

1.4 De Commissie heeft partijen opgeroepen de standpunten ter zitting van 13 oktober 2009 mondeling nader toe te lichten. Partijen zijn ter zitting verschenen.

#### 2 Feiten

2.1 Verzoekster is als gevolg van een ongeval op 20 augustus 1999 geïnvaleideerd geraakt. Zij was op het moment van het ongeval 28 jaar. Verweerster is een naamloze vennootschap en exploiteert een verzekeringsmaatschappij.

2.2 Per brief van 5 mei 2009 heeft verweerster verzoekster een voorstel gedaan voor vergoeding van een gedeelte van de door verzoekster geleden schade. De voor deze zaak relevante tekst van de brief luidt als volgt:

“[...] donderdag 19 februari j.l. is de zaak [...] besproken.

Er is een voorstel voor partiële afwikkeling gedaan:

Arbeidsvermogensschade	
t/m 2003	€ 28.259,00
t/m 2007	€ 40.000,00
Toekomstig: € 10.000,00 per jaar, kap. factor 18,5 (28 jaar)	€ 185.000,00
Pensioenschade	€ 15.000,00
Immaterieel	€ 20.000,00
Geleden schade materieel	€ 8.000,00
Totaal	€ 296.259,00
Af voorschotten	€ 106.000,00

Blijft	€ 190.259,00
Echter in het licht van de causaliteit, hypothetische kinderwens, eventuele procesrisico's ten aanzien predispositie/-existentie een matiging	
Aanbod slotuitkering	€ 173.000,00.”

#### 3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerster jegens verzoekster onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door de schade-uitkering te matigen in verband met een hypothetische kinderwens.

3.2 Artikel 7, eerste lid, onderdeel a, van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) in samenhang met artikel 1 AWGB, bepaalt dat onderscheid op grond van geslacht onder meer verboden is bij het aanbieden van goederen en diensten en bij het sluiten van, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, indien dit geschiedt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

3.3 Uit artikel 10, eerste lid, AWGB volgt dat indien degene die meent dat te zijnen nadeel onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in dit artikel, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, de verwerende partij dient te bewijzen dat niet in strijd met dit artikel is gehandeld.

3.4 Verzoekster voelt zich bijzonder geschoffeerd door de kennelijke aanname van verweerster dat zij, enkel omdat zij vrouw is, wel een kinderwens zal koesteren. Verzoekster stelt nadrukkelijk geen kinderwens te hebben noch ooit te hebben gehad. Zij stelt voorts dat verweerster haar hierover in het kader van de schade-afwikkeling geen vragen heeft gesteld en zij heeft evenmin uit zichzelf daarover iets gezegd.

3.5 Ter onderbouwing van haar stelling dat verweerster jegens haar onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt, wijst verzoekster erop dat uit verweersters brief van 5 mei 2009 blijkt dat er een korting is toegepast vanwege een veronderstelde kinderwens. Verzoeksters gemachtigde heeft verklaard dat zijn jarenlange ervaring als belangenbehartiger in letselschadezaken hem heeft geleerd dat alleen aan vrouwen wordt gevraagd of zij een kinderwens hebben. Bij vrouwen wordt de vraag of er een kinderwens is in 99% van de gevallen gesteld. Bij mannen heeft hij nog nooit meegemaakt dat naar een kinderwens wordt gevraagd.

3.6 Verweerster heeft verklaard het begrijpelijk te vinden dat verzoekster uit de brief van 5 mei 2009 de conclusie heeft getrokken dat een matiging heeft plaatsgevonden in verband met een eventuele kinderwens. De betreffende zin is echter door verweerster overgenomen uit het verslag dat verzoeksters vorige belangenbehartiger heeft gemaakt van een bespreking met verweerster over onder meer het dossier van verzoekster. Allerlei argumenten ten aanzien van de schade van verzoekster zijn bij die gelegenheid besproken. De vertegenwoordiger van verweerster heeft verklaard dat hij zelf aanwezig was bij dat gesprek, maar zich niet kan herinneren dat is gesproken over een kinderwens. Hij heeft hierover in zijn eigen aantekeningen van het gesprek niets terug gevonden. De behandelaar van het dossier, die overigens niet bij dit gesprek aanwezig was, heeft deze zinsnede uit het verslag letterlijk overgenomen in zijn brief van 5 mei 2009. Dat daardoor een verkeerde indruk is gewekt bij verzoekster vindt verweerster alleszins logisch en zeer te betreuren.

3.7 Verweerster heeft verklaard dat bij jonge vrouwen niet standaard een matiging van de schade-uitkering plaatsvindt in verband met een kinderwens. Bij verzoekster heeft wel een matiging plaatsgevonden maar om andere redenen dan een (veronderstelde) kinderwens. Om de gederfde en nog te derven inkomensschade te kunnen inschatten, vraagt verweerster slachtoffers onder meer hoe hun toekomst eruit had gezien indien het ongeval hen niet was overkomen.

3.8 De vertegenwoordiger van verweerster heeft desgevraagd verklaard dat hij niet weet of de vraag naar een kinderwens in de praktijk min of meer standaard wordt gesteld aan vrouwen en mannen. Wel zal, indien een vrouw aangeeft een kinderwens te hebben, aan haar worden gevraagd hoe zij de opvang van de kinderen dan zou hebben geregeld. Voor de weging van dergelijke gegevens en een schatting van de te verwachten kosten is volgens verweerster ook statistische informatie van belang. Verweerster heeft een webmagazine van het CBS, gedateerd 22 april 2008, overgelegd over de arbeidsparticipatie van moeders in 2007. Uit deze informatie blijkt dat in 2007 52% van de moeders minder dan 20 uur per week werkt. 78% van de moeders werkt minder dan 28 uur per week. Daarnaast heeft verweerster een webmagazine van het CBS, gedateerd 5 maart 2008, overgelegd waaruit blijkt dat de helft van de vrouwen met een voltijdbaan na de geboorte van het eerste kind naar een deeltijdbaan ging. Een derde van de vrouwen bleef hetzelfde aantal uren werken,

waarbij overigens niet wordt aangegeven of het hier ging om vrouwen met een voltijd- of deeltijdbaan. Het is daarom volgens verweerster op basis van statistische gegevens redelijk om te concluderen dat de meerderheid van de vrouwen na de geboorte van hun eerste kind in de situatie zonder ongeval in deeltijd zou zijn gaan werken. Een matiging van de schade-uitkering kan dan gebaseerd zijn op de verwachting dat een letselschadeslachtoffer minder zou zijn gaan werken of zelfs gestopt zou zijn wanneer zij een kind zou hebben gekregen, danwel gelegen zijn in de kosten voor kinderopvang die diegene dan zou hebben moeten maken.

3.9 Verweerster heeft verder verklaard dat bij mannen ook een matiging van de arbeidsvermogensschade plaatsvindt, als de man aangeeft dat hij een kinderwens heeft en dat hij minder zal gaan werken nadat het kind geboren is. De ervaring leert echter volgens verweerster dat dit vrijwel nooit het geval is. De CBS-gegevens ondersteunen deze inschatting. Hieruit blijkt dat de arbeidsparticipatie van mannen nauwelijks verandert na de geboorte van een kind. Dat een kinderwens danwel het krijgen van kinderen bij mannen meestal niet leidt tot een matiging van de schade-uitkering is volgens verweerster derhalve niet ingegeven door een ongelijke behandeling. Voor zowel mannen als vrouwen geldt dat beoordeeld moet worden wat een redelijke verwachting is ten aanzien van toekomstige ontwikkelingen.

3.10 De Commissie oordeelt dat de brief van verweerster van 5 mei 2009, in combinatie met de verklaring van verweerster over de gehanteerde methode bij het schatten van de omvang van de inkomensschade, direct onderscheid op grond van geslacht kan doen vermoeden. Immers, op grond van de brief van verweerster bestaat het vermoeden dat de veronderstelde kinderwens van verzoekster een rol heeft gespeeld bij de bepaling van de hoogte van de (partiële) schade-uitkering. Uit de verklaring van verweerster blijkt dat een (vermoeden van een) kinderwens bij vrouwen in veel gevallen aanleiding zal zijn tot matiging, terwijl dat bij mannen zelden tot nooit het geval zal zijn.

3.11 Nu verzoekster feiten heeft aangevoerd die onderscheid op grond van geslacht kunnen doen vermoeden, dient verweerster te bewijzen dat zij geen onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.

3.12 Verweerster heeft, ten bewijze van haar stelling dat zij jegens verzoeksters geen onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt, gewezen op het volgende. In de eerste plaats

is nooit met verzoekster gesproken over het al dan niet koesteren van een kinderwens. Verzoekster had ten tijde van het ongeval geen partner en mede daarom is verweerster niet uitgegaan van de redelijke verwachting dat zij een kinderwens zou hebben. Op grond daarvan kan dus niet gematigd zijn. Voorts meent verweerster dat uit de geringe omvang van het bedrag van de matiging blijkt dat er geen verband is met een hypothetische kinderwens, omdat het matigingsbedrag dan veel hoger zou zijn uitgekomen dan de € 17.000,- die thans is afgetrokken.

3.13 De Commissie overweegt dat verweerster weliswaar onbetwist heeft gesteld dat nooit met verzoekster is gesproken over een kinderwens, maar daarmee kan niet worden uitgesloten dat verweerster desondanks toch ten onrechte heeft gematigd in verband met een kinderwens. Daartoe draagt bij dat verweerster, alhoewel daartoe door de Commissie in de gelegenheid gesteld, geen inzicht heeft gegeven op grond van welke factoren verweerster de schade-uitkering dan wel heeft gematigd. Ook de stelling van verweerster dat het matigingsbedrag te laag zou zijn voor een matiging in verband met een kinderwens, vormt geen afdoende bewijs dat er niet gematigd is vanwege een kinderwens. Het komt de Commissie voor dat de voorgestelde jaarlijkse uitkering voor gedeerde arbeidsvermogensschade van € 10.000,-, niet hoog is. Verweerster heeft daarover ter zitting gezegd dat bij een vergoeding voor arbeidsvermogensschade het bedrag vaak met de jaren stijgt, omdat wordt aangenomen dat iemand in de loop der jaren meer inkomen zou hebben verkregen. In het geval van verzoekster is echter gekozen voor een vast bedrag per jaar, omdat verweerster meent dat verzoeksters inkomen, ook zonder het ongeluk, in de loop der tijd niet zou zijn gegroeid. Verweerster heeft deze beslissing gebaseerd op medische gegevens. Volgens verweerster kan op grond daarvan worden aangenomen dat verzoekster ook zonder het ongeluk gezondheidsproblemen zou hebben gekregen. Het komt de Commissie voor dat door de lage inschatting van de inkomensderving niet uitgesloten kan worden dat een hoger matigingsbedrag feitelijk niet mogelijk was. Aldus kan evenmin worden uitgesloten dat een hypothetische kinderwens wel een rol heeft gespeeld bij de bepaling van de hoogte van de slotuitkering. De Commissie oordeelt dat verweerster niet heeft bewezen dat de toegepaste matiging geen verband hield met een hypothetische kinderwens, en daarmee niet is geslaagd in haar bewijs dat zij geen onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.

3.13 Nu verweerster er niet in is geslaagd het vermoeden van onderscheid op grond van geslacht te weerleggen, oordeelt de Commissie dat verweerster direct onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt bij het aanbieden van goederen en diensten in de zin van artikel 7, eerste lid, onderdeel a, AWGB. Direct onderscheid is niet toegestaan, behoudens in de wet genoemde uitzonderingen. Verweerster heeft verklaard dat CBS-gegevens een significant verschil in arbeidsparticipatie laten zien tussen mannen en vrouwen, nadat zij kinderen hebben gekregen (zie 3.8 en 3.9). In de wet is echter geen uitzondering opgenomen, waardoor het verbod op onderscheid niet van toepassing zou zijn op de bepaling van inkomensschade. De Commissie oordeelt dan ook dat geen van de wettelijke uitzonderingen van toepassing is en dat verweerster daarom jegens verzoekster verboden onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.

#### 4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat . . . jegens . . . verboden onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.

Aldus gegeven te Utrecht op 1 december 2009 door mr. M. van den Brink, voorzitter, mr. C.A. Goudsmit en dr. mr. Th. G.J.M. van de Burgt, leden van de Commissie Gelijke Behandeling, in tegenwoordigheid van mr. A.H. Pranger, secretaris.

#### Noot: A.S. Oude Hergelink & prof. mr. S.D. Lindenbergh

1. Het hier te bespreken oordeel betreft de vraag of verweerster jegens verzoekster onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt door een schade-uitkering te matigen in verband met een hypothetische kinderwens (CGB 1 december 2009, 2009-117). De zaak betreft een vrouw die als gevolg van een ongeval invalide was geraakt. De aansprakelijkheidsverzekeraar die gehouden was tot schade-uitkering heeft de vrouw een brief gestuurd waarin een voorstel werd gedaan voor de vergoeding van een gedeelte van de door de vrouw geleden (inkomens)schade. In deze brief was vermeld dat het schadebedrag om een aantal redenen, waaronder een hypothetische kinderwens, gematigd was. Dit feit, in combinatie met hetgeen de verzekeraar had verklaard over de wijze waarop de hoogte van de inkomensschade wordt ingeschat, deed direct onderscheid op grond van geslacht vermoeden. De verzekeraar

heeft dit vermoeden niet kunnen weerleggen en de CGB heeft daarom geoordeeld dat er sprake was van direct onderscheid op grond van geslacht bij het aanbieden van goederen en diensten (artikel 7, eerste lid, sub a Awgb). In het navolgende zal worden ingegaan op de vraag wat het criterium van de Commissie is geweest om te spreken van direct onderscheid, op welke wijze het verlies van arbeidsvermogen normalerwijs wordt vastgesteld en op het gebruik van statistische gegevens hierbij.

2. De Commissie heeft geoordeeld dat de verzekeringsmaatschappij direct onderscheid op grond van artikel 7, eerste lid, sub a Awgb heeft gemaakt. Van direct onderscheid in de zin van de Awgb is sprake wanneer er onderscheid wordt gemaakt op basis van, onder meer, geslacht. Hoewel de CGB het niet expliciet aangeeft, lijkt de kwalificatie van direct onderscheid gebaseerd te zijn op artikel 1, tweede lid, Awgb. Dit artikel bepaalt dat onder direct onderscheid op grond van geslacht mede wordt verstaan het onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap.

3. Indien een benadeelde als gevolg van een ongeval (gedeeltelijk) invalide wordt, kan er schade ontstaan als gevolg van aantasting van het vermogen om betaalde of onbetaalde arbeid te verrichten. Deze schade wordt verlies van arbeidsvermogen genoemd. Het verlies van arbeidsvermogen vormt bij ernstige letselschade meestal de grootste schadepost. Het inkomen omvat niet enkel het basissalaris. Eventuele vakantietoelagen, winstuitkeringen, bonussen, overwerktoelagen en privégebruik van een lease-auto dienen ook bij de schadeberekening in ogenschouw te worden genomen. Het relevante inkomen kan bovendien voortvloeiën uit verschillende bronnen, zoals bijvoorbeeld inkomsten uit dienstverband en winst uit onderneming. Ook verlies van het vermogen om onbetaalde arbeid (huishouden, onderhoud aan huis en tuin) te verrichten wordt overigens als schade aangemerkt (zie voor richtlijnen inzake vergoeding voor verlies aan 'zelfwerkzaamheid' [www.deletselschade-raad.nl](http://www.deletselschade-raad.nl)).

4. De invulling van het begrip schade wordt op de persoon van de benadeelde afgestemd, doordat bij de vaststelling van de schade en bij de begroting van de omvang daarvan steeds de concrete situatie van het slachtoffer als uitgangspunt wordt genomen (S.D. Lindenbergh, 'Schade aan het lichaam als bron van inkomsten', *Nemesis* 2001, nr. 6, p. 179). Bij de begroting van deze schadepost gaat het om de vaststelling van het concrete verschil tussen het inkomen dat deze benadeelde zonder het

letsel vermoedelijk zou hebben genoten en hetgeen hij nu nog kan verwerven. De benadeelde heeft, volgens artikel 150 Rv, hierbij te stellen en – bij betwisting – te bewijzen hoe het inkomen zich in de toekomst zou hebben ontwikkeld. Men kan hierbij gebruik maken van bijvoorbeeld inkomensgegevens ten tijde van het ongeval, cao-ontwikkelingen, opleidingsmogelijkheden en marktontwikkelingen. Aan de hand van deze gegevens kan het beeld worden geschetst van de hypothetische inkomensituatie als ware het ongeval niet geschied. Niettemin levert dit voor de benadeelde vaak praktische problemen op, simpelweg omdat een blik in de toekomst niet mogelijk is. Om deze reden wordt het beeld over de (redelijke verwachtingen ten aanzien van de) toekomst gebaseerd op ontwikkelingen die in het verleden een aanvang hebben genomen, terwijl het juist uiterst onzeker is of die ontwikkelingen zich in de toekomst zullen voortzetten. De Hoge Raad heeft in het arrest *Vehof/Helvetia* dan ook overwogen dat de redelijke verwachting over toekomstige ontwikkelingen beslissend is en dat er geen strenge eisen mogen worden gesteld aan het te leveren bewijs van het verlies van arbeidsvermogen. De rechtvaardiging voor deze gedachte ligt in het feit dat het juist de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval is geweest die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in de hypothetische situatie zou zijn geschied (HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624 (*Vehof/Helvetia*)).

5. Het verlies van arbeidsvermogen dient aldus vastgesteld te worden naar de 'redelijke verwachting over toekomstige ontwikkelingen'. Op welke wijze dient deze rechtsregel zijn uitwerking te vinden in een situatie waarin het verlies van arbeidsvermogen van een vrouwelijke benadeelde, zoals in het onderhavige oordeel, vastgesteld moet worden? De redelijke verwachting over de eindleeftijd van het arbeidzame leven kan als eerste probleempunt worden genoemd. Bij mannen wordt in de regel uitgegaan van de pensioengerechtigde leeftijd als een redelijke verwachting over de eindleeftijd van het arbeidzame leven (S. van Veldhoven, 'Discriminatie van vrouwen bij vergoeding letselschade?', *AM* 2006, p. 40). Dit is anders wanneer bijzondere omstandigheden dit uitwijzen. De Hoge Raad heeft in het arrest *Van Sas/Interpolis* een nadere uitleg gegeven over hoe de redelijke verwachting over de eindleeftijd van het arbeidzame leven vastgesteld dient te worden. De casus betrof een vrouw die ten gevolge van een ongeval, waarvoor een verzekerde van Interpolis aansprakelijk was, een whiplash syndroom opliep. Ten tijde van het ongeval werkte zij dertien



uur per week als typelerares en daarnaast volgde zij een opleiding op het gebied van informatisering. In de procedure stelde zij zich op het standpunt dat zij na voltooiing van haar opleiding twintig uur per week zou zijn gaan werken, en wel tot haar 65<sup>ste</sup> levensjaar, terwijl haar die keuze nu door het ongeval was ontgenomen. De rechtbank volgt deze redenering en wijst de vordering toe. Het hof daarentegen acht weliswaar aannemelijk dat de vrouw na voltooiing van de opleiding twintig uur per week zou zijn gaan werken, maar tevens dat zij dit aantal uren slechts tot haar 58<sup>ste</sup> zou hebben verricht, vervolgens tot haar 62<sup>ste</sup> dertien uur zou hebben gewerkt en daarna van een vervroegde pensioenregeling gebruik zou hebben gemaakt. Het hof baseert deze verwachtingen mede op statistische gegevens waaruit blijkt dat het percentage leerkrachten dat na het 58<sup>ste</sup> jaar nog werkt klein is, en dat het aantal vrouwelijke leerkrachten na het 58<sup>ste</sup> jaar zelfs verwaarloosbaar klein is. Het hof realiseert zich dat deze statistische gegevens enigszins verouderd kunnen zijn, maar acht dat voor het onderhavige beroep (typelerares) nauwelijks van belang, omdat er vanouds veel vrouwen in werkzaam zijn. Aan de Hoge Raad wordt de vraag voorgelegd of het hof de juiste maatstaf heeft aangelegd voor de begroting van de schade. De Hoge Raad laat het arrest van het hof in stand en oordeelt: 'Het oordeel van het hof berust (...) op de juiste rechtsopvatting dat bij het begroten van een schade als de onderhavige rekening moet worden gehouden met een redelijke verwachting over de toekomstige ontwikkelingen. Bij de beoordeling van de in dit verband van belang zijnde omstandigheden kan de rechter met het verlies van die keuzemogelijkheid weliswaar zoveel mogelijk in het voordeel van de benadeelde partij rekening houden, doch (...) brengt zulks niet mee dat van de mogelijkheid voor Van Sas om tot het bereiken van de leeftijd van 65 jaar te blijven werken, moet worden uitgegaan, tenzij in de persoonlijke omstandigheden van Van Sas reden wordt gevonden het tegendeel aan te nemen'. (HR 14 januari 2000, NJ 2000, 437, r.o. 3.4 (*Van Sas/ Interpolis*)). Onder deze bijzondere omstandigheden zou bijvoorbeeld een echtscheidings situatie of het ontbreken van man en kinderen kunnen worden verstaan (Van Veldhoven, *AM* 2006, p. 40). Daarnaast kunnen omstandigheden met betrekking tot de privésituatie van invloed zijn op de redelijke verwachting over toekomstige ontwikkelingen. Voor de onderhavige kwestie kan hier gedacht worden aan het koesteren van een kinderswens. Wanneer de benadeelde nog geen kinderen heeft, wordt de invloed van een huwelijk en geboorte van kinderen in het algemeen niet meegenomen bij de berekening van het verlies

aan arbeidsvermogen, behalve wanneer er concrete omstandigheden worden aangevoerd (Van Veldhoven, *AM* 2006, p. 40). Die concrete omstandigheden zouden zich bijvoorbeeld kunnen voordoen wanneer met de werkgever afspraken zijn gemaakt over minder werken in verband met de komst van een kind (Van Veldhoven, *AM* 2006, p. 41). In dit kader is het relevant te vermelden dat de CGB reeds in 1996 van oordeel was dat het vragen naar een kinderswens met het oog op een voor een vrouw lager uitkomende schadebegroting direct onderscheid naar geslacht ex artikel 7, eerste lid, sub a Awgb oplevert (CGB 5 november 1996, 1996-90, *VR* 1998, 93). In dat licht verrast de onderhavige uitspraak niet.

6. In het hier besproken oordeel heeft de verzekeringsmaatschappij verklaard dat, wanneer een vrouw aangeeft een kinderswens te hebben, aan haar zal worden gevraagd hoe zij de opvang van de kinderen dan zou hebben geregeld. De verzekeringsmaatschappij vindt het redelijk om op basis van statistische gegevens (zoals CBS-gegevens) te concluderen dat de meerderheid van de vrouwen na de geboorte van hun eerste kind in de situatie zonder ongeval in deeltijd zou zijn gaan werken. Een matiging van de schade-uitkering kan dan gebaseerd zijn op de verwachting dat een letselschadeslachtoffer minder zou zijn gaan werken of zelfs gestopt zou zijn wanneer zij een kind zou hebben gekregen, danwel haar grond vinden in de kosten voor kinderopvang die diegene dan zou hebben moeten maken. Hoewel de verzekeringsmaatschappij geen nadere uitleg geeft over hoe deze matiging precies in het werk gaat, nemen wij aan dat de redenering als volgt is. Het krijgen van kinderen kost geld: ofwel men gaat minder werken (waardoor minder inkomen wordt gegenereerd), ofwel men moet (dure) kinderopvang regelen. Deze kosten (minder inkomen omdat men ervoor kiest thuis te blijven bij de kinderen respectievelijk kosten voortvloeiend uit kinderopvang) worden afgetrokken van het schadebedrag dat de verzekeringsmaatschappij gehouden is uit te keren.

De verzekeringsmaatschappij in kwestie heeft verder verklaard dat bij mannen ook een matiging van de arbeidsvermogensschade plaatsvindt, als de man aangeeft dat hij een kinderswens heeft en dat hij minder zal gaan werken nadat het kind geboren is. De verzekeringsmaatschappij heeft aangegeven dat de ervaring leert dat dit vrijwel nooit het geval is en dat de arbeidsparticipatie van mannen nauwelijks verandert na de geboorte van een kind. Uit deze verklaring van de verzekeringsmaatschappij blijkt aldus dat een (vermoeden van een) kinderswens bij vrouwen in veel gevallen

aanleiding zal zijn tot matiging, terwijl dat bij mannen zelden tot nooit het geval zal zijn.

7. Voor het aannemelijk maken van ontwikkelingen in de toekomst zijn vaak slechts in beperkte mate concrete en individuele gegevens voorhanden. De vraag rijst of, en zo ja, in welke gevallen statistische gegevens gebruikt mogen worden om de onzekerheden van ontwikkelingen in de toekomst in te vullen.

Hoewel het gebruik van statistische gegevens bij de begroting van schade door het verlies aan arbeidsvermogen volgens de CGB niet zonder meer uit den boze is, moet wel de grootst mogelijke voorzichtigheid worden betracht bij het gebruik ervan. In het onder 5 aangehaalde oordeel heeft de Commissie overwogen dat door het gebruik van algemene sekse-specifieke statistische gegevens, waaruit van een geringere arbeidsparticipatie van vrouwen blijkt, vooral vrouwen benadeeld zullen worden. Van een objectieve rechtvaardiging zoals bedoeld onder artikel 2, eerste lid, Awgb, was geen sprake. De CGB was van oordeel dat er sprake was van indirect onderscheid naar geslacht in de zin van artikel 1 jo. 7 lid 1 Awgb (CGB 5 november 1996, 1996-90, *VR 1998, 93*).

8. Zoals ook door de Commissie wordt aangegeven impliceert *concrete schadeberekening* dat niet bij voorbaat algemene – op het verleden gebaseerde – statistische gegevens doorslaggevend kunnen zijn, zeker niet bij de huidige verandering in de arbeidsparticipatie van vrouwen. In de eerste plaats gaat het bij de vaststelling van de omvang in beginsel om de concreet door *deze* benadeelde geleden en te lijden schade, waarmee op gespannen voet staat dat het beeld omtrent de toekomst in hoge mate aan statistische gegevens wordt ontleend (Lindenbergh, *Nemesis* 2001, p. 184). In de tweede plaats zeggen statistische gegevens vooral iets over het verleden en daarom dient men met het doortrekken van lijnen naar de toekomst bedachtzaam om te gaan. Bij de berekening van toekomstige schade wordt gebruik gemaakt van over het verleden verzamelde gegevens. De mogelijkheid bestaat dan dat gegevens waarop de schadeberekening wordt gebaseerd achterhaald zijn. Wijzigingen in de bevolkingsamenstelling en in de arbeidsparticipatie kunnen hun uitwerking hebben op de inrichting en de duur van de loopbaan. Men kan bijvoorbeeld denken aan het feit dat mensen steeds ouder worden en steeds langer, inmiddels in veel gevallen tot het 67<sup>ste</sup> levensjaar, moeten doorwerken. Bovendien kunnen statistieken uit het verleden, zeker wanneer gekeken wordt naar de ontwikkeling in participatie van betaalde arbeid door (met name) vrouwen, een verkeerde prognose voor de toekomst bieden.

9. De CGB heeft in het eerder genoemde oordeel uit 1996 (*VR 1998, 93*) aangegeven dat statistische gegevens over arbeidsparticipatie die bij de schadeberekening worden betrokken niet die betekenis mogen hebben, dat zij telkens als uitgangspunt worden gehanteerd, waarbij van een vrouwelijke benadeelde wordt verlangd dat zij het bewijs levert van (verwachte) andere concrete omstandigheden. Men kan hieruit afleiden dat het veeleer aan de aansprakelijke (of diens verzekeraar) is om aan te geven waarom op grond van statistische gegevens moet worden aangenomen dat hetgeen de benadeelde concreet heeft gesteld niet aannemelijk is. Het is aldus niet aan de benadeelde om te beargumenteren dat zij afwijkt van de statistieken, maar aan de aansprakelijke om te onderbouwen waarom de benadeelde in het concrete geval niet zou afwijken van die statistieken. Hierin past dat de CGB in 2004 heeft overwogen dat een verzekeraar in strijd met de Awgb handelt wanneer een schadeberekening (mede) is gebaseerd op statistieken waaruit een afname van arbeidsparticipatie van vrouwen zou blijken, tenzij de verzekeraar bewijst dat statistieken geen rol hebben gespeeld bij de beperking van de schadevergoeding (CGB 1 april 2004, 2004-37).

10. In de verklaring van de verzekeraar in de onderhavige zaak lijkt daarnaast een ander discriminerend aspect verborgen te liggen. Immers, zij heeft verklaard dat wanneer de vrouwelijke benadeelde aangeeft een kinderwens te hebben, de verzekeringsmaatschappij vrijwel standaard op basis van statistische gegevens zal stellen dat de vrouw minder zal gaan werken. Wanneer de man aangeeft een kinderwens te hebben, zal slechts sprake zijn van matiging van het schadebedrag wanneer *hijzelf* aangeeft minder te werken na de komst van het kind. Niet enkel het gebruik van statistische gegevens zou derhalve (indirect) onderscheid kunnen opleveren, door de werkwijze – bij vrouwen standaardgebruik statistieken, bij mannen niet – kan dit (direct) onderscheid doen vermoeden.

11. Deze uitspraak is in lijn met de stringente jurisprudentie van de CGB. In navolging op het verbod tot het vragen naar een kinderwens, is ook een matiging in het licht van een hypothetische kinderwens niet toegestaan. Daarnaast heeft de Commissie aangegeven dat het gebruik van statistieken in beginsel toegestaan is, mits deze niet in het nadeel van vrouwen uitvallen en de gegevens aansluiten bij de huidige en verwachte ontwikkelingen. De verzekeraar dient te onderbouwen waarom een beroep op statistische gegevens in het concrete geval aangewezen is. Het gebruik van statistische gegevens zal waarschijnlijk in veel gevallen struikelen over de dubbele toetsings-

maatstaf (de statistische gegevens mogen niet in het nadeel van vrouwen uitvallen én de gegevens dienen aan te sluiten bij de huidige en verwachte ontwikkelingen) of over de (zwarte) argumenteerlast die op de verzekeraar rust. Gezien het feit dat de burgerlijke rechter de uitspraken van de CGB reeds meerdere keren heeft meegenomen in haar beoordeling (zie bijvoorbeeld Rb. Maastricht 24 maart 2003, *LJN* AO7874 betreffende discriminatie bij het toekennen van pensioenkorting of Rb.

Amsterdam 22 september 2007, *LJN* BB2290 betreffende discriminatie bij een ontslagbesluit), zal deze uitspraak haar uitwerking hebben op de gehele letselschadepraktijk. Het is naar onze mening een positieve ontwikkeling dat discriminatie op grond van geslacht zoveel mogelijk ingedamd wordt. Deze uitspraak kan dan ook gezien worden als een veelbelovende verruiming van de reeds ingezette lijn van jurisprudentie op het gebied van discriminatie op grond van geslacht.

## 2009-125

### Bejaarde bioloog vist achter het net

*Noot: mr. P.C. Vás Nunes*

#### 1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht om een oordeel over de vraag of verweerster jegens hem verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd door zijn inschrijving als senior-expert niet te verlengen.

1.2 De Commissie heeft verweerster in de gelegenheid gesteld te reageren op het verzoekschrift. Op 9 maart 2009 heeft de Commissie van verweerster het verzoek ontvangen om uitstel van de behandeling van de zaak in verband met een gesprek tussen partijen. De Commissie heeft met dit verzoek ingestemd en heeft de behandeling van de zaak aangehouden in afwachting van de uitkomst van het gesprek, dat heeft plaatsgevonden op 20 mei 2009. Aangezien partijen in dit gesprek niet nader tot elkaar zijn gekomen heeft de Commissie haar onderzoek op 25 juni 2009 hervat. Op 24 juli 2009 heeft de Commissie de reactie van verweerster op het verzoekschrift ontvangen.

1.3 Op 9 september 2009 heeft de Commissie zitting gehouden waar partijen in de gelegenheid zijn gesteld hun standpunten mondeling toe te lichten.

#### 2 Feiten

2.1 Verzoeker is geboren op 27 januari 1931. Hij is aquatisch bioloog.

2.2 Verweerster is een hulporganisatie, met als doel armoedebestrijding en duurzame ontwikkeling van sociale economie op vier continenten. Verweerster wil dit doel bereiken door aan lokale ondernemingen deskundige steun aan te bieden van zogenoemde senior-experts. Senior-experts, hierna ook: experts, schrijven zich als vrijwilliger in bij verweerster en ook de interne organisatie bestaat voor het merendeel uit vrijwilligers. Daarnaast heeft verweerster een kleine vaste (betaalde) staf. Bij verweerster staan ruim 4.000 senior-experts ingeschreven.

2.3 Verweerster hanteert een maximum leeftijdsgrens van 70 jaar voor experts om in aanmerking te komen voor uitzending. Deze leeftijdsgrens is in 1990 eenzijdig door verweerster vastgesteld. De leeftijdsgrens is bekend bij de experts en staat sinds 2000 op de website van verweerster. Verweerster houdt hierbij de mogelijkheid open om in uitzonderingssituaties toch experts uit te nodigen om na hun 70-ste nog missies te doen indien een expert voor zijn/haar 70-ste is gematcht voor een uitzending. De uitzending dient dan binnen een jaar na het bereiken van de 70-jarige leeftijd plaats te vinden.

2.4 Verzoeker stond sinds 1988 ingeschreven bij verweerster als senior-expert, onder meer op het gebied van de teelt van siervissen. Dit is een schaars specialisme. Verzoeker is in totaal 25 keer uitgezonden, waarvan zes keer nadat hij de leeftijdsgrens van 70 jaar had bereikt. Vijf van deze laatste zes missies waren vervolgmis-sies bij een project in Indonesië.

2.5 Verzoeker is in september 2005 zonder op-gaaf van redenen uitgeschreven uit het register van experts. Verzoeker was destijds 74 jaar oud. Verzoeker heeft op 7 mei 2006 de Commissie verzocht te beoordelen of verweerster jegens hem onderscheid op grond van leeftijd had gemaakt bij de beëindiging van zijn arbeids-verhouding door hem uit het register uit te schrijven. Naar aanleiding van dit verzoek oordeelde de Commissie op 29 maart 2007 dat verweerster jegens verzoeker verboden onderscheid had gemaakt op grond van leeftijd bij de beëindiging van de arbeidsverhouding (oordeel 2007-52).

2.6 Naar aanleiding van bovengenoemd oordeel heeft op 24 april 2007 een gesprek plaatsgevonden tussen verweerster en verzoeker. Daarbij zijn partijen overeengekomen dat verzoeker opnieuw bij verweerster wordt ingeschreven als senior-expert, onder de algemene condities en voorwaarden met betrekking tot inschrijving, matching en uitzending. De duur van de inschrijving is vastgesteld op een periode van één jaar, te weten van 1 mei 2007 tot 1 mei 2008. Bij brief van 2 mei 2007 heeft verweerster de gemaakte afspraken schriftelijk bevestigd.

2.7 Verweerster heeft de inschrijving met verzoeker na 1 mei 2008 niet verlengd.

### 3 Beoordeling van het verzoek

3.1 Ter beoordeling ligt de vraag voor of verweerster jegens verzoeker verboden onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt bij het aangaan van de arbeidsverhouding door zijn inschrijving als senior-expert niet te verlengen.

3.2 In artikel 3, aanhef en onderdeel c, Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) is, in samenhang met artikel 1 WGBL, onder meer bepaald dat onderscheid op grond van leeftijd is verboden bij het aangaan van een arbeidsverhouding. De Commissie beschouwt een besluit om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet te verlengen als een besluit betreffende het aangaan van een arbeidsovereenkomst (zie onder meer: CGB 11 oktober 2004, oordeel 2004-130).

3.3 Verzoeker stelt dat verweerster bij de hernieuwde inschrijving, voor de duur van één jaar, heeft vermeld dat partijen vóór afloop van de termijn aan elkaar kenbaar zouden maken of zij de inschrijfduur wilden verlengen. Zowel verzoeker als verweerster kon besluiten om de inschrijfduur niet te verlengen. Nadat verzoeker voor verweerster op missie was geweest, was verweerster zeer tevreden over zijn werk. Verweerster heeft dat kenbaar gemaakt bij de terugkoppeling en evaluatie van zijn laatste project. Tegelijkertijd heeft verweerster verzoeker laten weten dat ze desondanks had besloten de relatie te beëindigen. Volgens verzoeker is zijn leeftijd voor verweerster de reden geweest om zijn inschrijving niet te verlengen.

3.4 Verweerster betwist primair dat de leeftijd van verzoeker een rol heeft gespeeld bij het besluit om zijn inschrijving niet te verlengen. Nadat de Commissie had geoordeeld dat sprake was van verboden leeftijdsonderscheid, stond zij voor de keuze om met verzoeker een leeftijds grens overeen te komen bij het bereiken waarvan de inschrijving automatisch zou (kunnen) eindigen op grond van artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel b, WGBL of met verzoeker een afgebakende periode overeen te komen, na welke periode de inschrijving automatisch zou (kunnen) eindigen. Verweerster is uiteindelijk met verzoeker een periode van inschrijving voor de duur van één jaar overeengekomen.

3.5 Verweerster heeft drie redenen aangevoerd die ten grondslag hebben gelegen aan het besluit om de inschrijving van verzoeker niet te verlengen. Allereerst werden op het vakgebied van verzoeker minder aanvragen verwacht,

zeker uit landen waar verzoeker actief was. Verder wenste verweerster prioriteit te geven aan aanvragen uit andere sectoren. Voorts wenste verweerster senior-experts op het vakgebied van verzoeker die recenter waren ingeschreven kans te geven om uitgezonden te worden. Daarvoor is de doorstroming van vrijwilligers van belang.

3.6 Subsidiair stelt verweerster dat zij voor de bij haar ingeschreven senior-experts in beginsel een leeftijds grens van 70 jaar hanteert, welke leeftijds grens in zijn algemeenheid is toegestaan op grond van artikel 7, eerste lid, onderdeel b, van de WGBL, mits deze kenbaar is voor de experts. Verzoeker was op de hoogte van deze leeftijds grens toen hij opnieuw werd ingeschreven, voor de duur van één jaar.

3.7 Voor zover sprake is van onderscheid op grond van leeftijd vanwege het besluit van verweerster om de inschrijving niet te verlengen, stelt de Commissie vast dat het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd is vanwege de uitzondering van artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel b, WGBL. Daarin is bepaald dat het verbod van onderscheid niet geldt indien het onderscheid betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet (AOW) recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeen gekomen hogere leeftijd. Nadat de Commissie in het onder 2.5 genoemde oordeel had vastgesteld dat verweerster jegens verzoeker verboden onderscheid had gemaakt op grond van leeftijd bij de beëindiging van de arbeidsverhouding zijn partijen een nieuwe arbeidsverhouding aangegaan. Daarmee is tussen partijen een nieuwe rechtsverhouding ontstaan. Bij het aangaan van de nieuwe arbeidsverhouding was verzoeker bekend met de leeftijds grens die verweerster stelt bij de inschrijving van senior-experts. Gezien het bovenstaande concludeert de Commissie dat voor zover verweerster jegens verzoeker onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt bij het niet aangaan van een nieuwe arbeidsverhouding, dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is.

3.8 Ten overvloede merkt de Commissie het volgende op. Dat verweerster niet in strijd met de WGBL heeft gehandeld, neemt niet weg dat het aangaan van een nieuwe arbeidsverhouding onder voor verzoeker minder gunstige voorwaarden mogelijk niet in overeenstemming is met bepalingen uit het algemene burgerlijk recht. Het is evenwel niet aan de Commissie om daarover te oordelen.

#### 4 Oordeel

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat de . . . jemens . . . geen verboden onderscheid heeft gemaakt op grond van leeftijd.

Aldus gegeven te Utrecht op 16 december 2009 door mr. D. Ghidei, voorzitter, in tegenwoordigheid van mr. M.A. de Groot, secretaris.

#### Noot van mr. P.C. Vas Nunes

1. Een door de overheid en het bedrijfsleven bekostigde stichting zendt “experts” uit naar ontwikkelingslanden. De stichting vergoedt de reis- en verblijfskosten van de experts en betaalt ze een (vermoedelijk geringe) “dagvergoeding”. Verder draagt de stichting de kosten van de verzekeringsdekking. De experts ontvangen van de stichting aanwijzingen en de experts rapporteren aan de stichting, maar verder zijn ze vrij in de wijze waarop zij hun projecten uitvoeren.

In 1988 laat een in de teelt van siervissen gespecialiseerde bioloog zich bij de stichting inschrijven. Hij is dan 57 jaar oud. De stichting zendt hem in totaal 24 keer uit. De laatste vijf keer dat hij wordt uitgezonden is hij al ouder dan 70. Dit is bijzonder, want de stichting is vanaf enig moment – onduidelijk is wanneer, vermoedelijk na 1988 – het beleid gaan voeren om bij haar ingeschreven experts in beginsel op hun 70<sup>e</sup> verjaardag uit te schrijven (en dus niet meer uit te zenden). “In beginsel”, want uitzonderingen zijn mogelijk, zoals ook in dit geval. In september 2005 schrijft de stichting de inmiddels 74-jarige bioloog alsnog uit, dit mede om precedentwerking te voorkomen. De bioloog protesteert, maar de stichting houdt voet bij stuk, waarop de bioloog de CGB om een oordeel vraagt. Hij beroept zich op de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl).

De stichting voert onder andere aan dat geen sprake is van een “arbeidsverhouding” als bedoeld in artikel 3 onder c van de Wgbl. De CGB verwerpt dit verweer, waarna zij zowel een beroep op artikel 7 eerste lid onder b Wgbl (pensioenontslaguitzondering) als een beroep op onderdeel c (algemene objectieve rechtvaardiging) verwerpt. Zodoende valt het oordeel ongunstig uit voor de stichting (oordeel 2007-52).

De stichting biedt aan om de bioloog opnieuw in te schrijven voor de duur van een jaar (1 mei 2007-1 mei 2008). De bioloog aanvaardt

dit aanbod. Blijkbaar wordt hij nog één laatste keer uitgezonden, maar, hoewel de stichting tevreden is over zijn werk, verlengt zij zijn inschrijving niet. Opnieuw vraagt de bioloog een oordeel aan de CGB. Deze keer valt het oordeel (2009-125) in het voordeel van de stichting uit.

2. De Wgbl implementeert Richtlijn 2000/78/EG, tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*Pb EG*, 2000, L 303), die zich voor zover hier van belang uitstrekt “tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep” (artikel 3, eerste lid, onder a). Uit de considerans blijkt dat hiermee alleen wordt gedoeld op beroepsmatige arbeid (zie punten 7 t/m 11, 17 en 25). De richtlijn strekt zich niet uit tot vrijwilligerswerk.

Nu staat de richtlijn toe dat lid-staten in hun nationale wetgeving een hoger beschermingsniveau bieden dan de richtlijn (artikel 8). Aan het begrip arbeidsverhouding mag dus in de nationale wetgeving een ruimere betekenis worden toegekend dan het in de richtlijn heeft. Volgens de CGB is dit in de Wgbl ook gebeurd: in die wet is het begrip arbeidsverhouding dan ook ruimer dan in de richtlijn. De CGB verwijst daarbij onder andere naar de wetsgeschiedenis.

3. Een zoektocht naar de bron van het begrip arbeidsverhouding in de Wgbl begint uiteraard bij de parlementaire geschiedenis van die wet. In de memorie van toelichting van het desbetreffende wetsvoorstel leest men dat het begrip ook andere arbeidsverhoudingen dan arbeidsovereenkomsten omvat “mits er sprake is van een gezagsrelatie, zoals **onder omstandigheden** stages en vrijwilligerswerk. Hierbij wordt aangesloten bij de betekenis die het begrip arbeidsverhouding heeft in de Awgb” (*Kamerstukken II*, 2004/05, 28 170, nr. 3, p. 20, accentuering toegevoegd, PCVN). De verwijzing naar de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) in dit citaat is van beperkt nut, want de parlementaire stukken van die wet (*Kamerstukken II*, 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 79) helpen ons weinig; zij verwijzen door naar de wordingsgeschiedenis van de Wet van 27 april 1989 (Herziening wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen, *Stb.* 1989, 168). Hoewel het toen nog niet ging om het begrip arbeidsverhouding maar om “betrekking”, is de memorie van toelichting bij het desbetreffende wetsvoorstel de bron (*Kamerstukken II*, 1986/87, 19 908, nr. 3, p. 14-15). Daar leest men:

*“Bij “betrekking” is in elk geval gedacht aan [...] de arbeidsovereenkomst, de ambtelijke aanstelling en*

*het vrije beroep. De term “betrekking” heeft echter naar onze mening een ruimere betekenis. Het verbod om bij het aanbieden van een betrekking [...] onderscheid te maken heeft, gezien het hiervoor vermelde, de strekking om de toegang tot het arbeidsproces niet te blokkeren. Wij zijn dan ook van mening dat vormen van arbeid, waarin op overeenkomstige wijze als in de eerdergenoemde drie vormen aan het arbeidsproces wordt deelgenomen; voor de toepassing van artikel 3 als “betrekking” kunnen worden beschouwd. Hierbij denken wij bijvoorbeeld aan [kort samengevat, PCVN: WSW-ers, uitzendkrachten, werkende uitkeringsgerechtigden en stagiaires]. Een verduidelijking via een algemene omschrijving van het begrip betrekking achten wij [...] niet goed mogelijk [...]. Een limitatieve opsomming [...] is evenmin goed denkbaar, zowel met het oog op toekomstige ontwikkelingen als vanwege het feit dat zich naast de hierboven genoemde voorbeelden van een “betrekking” vele andere gevallen voordoen, bijvoorbeeld het vervullen van praktijkervaringsplaatsen, vrijwilligerswerk, het verrichten van enkele diensten en aanneming van werk, waarvan slechts afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan worden vastgesteld, of daarbij al dan niet van een betrekking sprake is.’ (accentuering toegevoegd, PCVN)*

Uit dit citaat maak ik op dat de wetgever primair heeft gedacht aan vormen van arbeid waarbij op een wijze vergelijkbaar met een arbeidsovereenkomst of vrij beroep “aan het arbeidsproces wordt deelgenomen”. Dat het citaat vrijwilligerswerk noemt als voorbeeld van een “betrekking” lijkt hiermee op gespannen voet te staan. Immers, het verrichten van vrijwilligerswerk staat in mijn beleving lang niet altijd gelijk aan het deelnemen aan het arbeidsproces. Onder deze omstandigheid is het begrijpelijk dat de CGB terugvalt op het in de memorie van toelichting bij de Wgbl gebezigde criterium of “er sprake is van een gezagsrelatie”.

In de onderhavige zaak doet de CGB moeite een gezagsrelatie tussen de stichting en de bioloog te construeren. Hoewel die relatie m.i. wel erg dun was, kan ik vrede hebben met het oordeel op dit punt, behalve dat een overweging over de extraterritorialiteit van het betrokken werk niet had misstaan. Toegegeven, de bioloog hoefde pas na terugkeer in Nederland een rapport in te leveren, maar het zwaartepunt van zijn (vrijwilligers)werk lag toch duidelijk buiten Nederland.

4. In eerdere publicaties (zie o.a. *NJB* 2008 p. 1165 en *TAP* 2009 p. 66) heb ik in twijfel getrokken of artikel 7, eerste lid, onderdeel b, Wgbl richtlijnconform is. Ik laat dit aspect hier buiten beschouwing.

5. Artikel 7, eerste lid, onderdeel b, Wgbl laat toe het beëindigen van een arbeidsverhouding in verband met een “tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd”. De CGB vond in oordeel 2007-52 dat partijen niet zo’n overeenkomst waren aangegaan, omdat de stichting haar beleid op het punt van maximale leeftijd eenzijdig had bepaald. Hier zou men tegenin kunnen brengen dat dit beleid blijkbaar al jaren bestond en bij de bioloog bekend was. Uit het feit dat hij zich – naar ik vermoed – vele malen na het bekend raken met dit beleid zonder opmerking daarover liet uitzenden had de CGB een stilzwijgende overeenkomst kunnen destilleren. Hier staat tegenover dat de stichting de bioloog vijf keer na zijn 70<sup>e</sup> verjaardag uitzond, waaruit de CGB mocht opmaken dat géén stilzwijgende overeenkomst van die strekking bestond.

6. In haar tweede oordeel overweegt de CGB terecht en in navolging van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ) EG 4 oktober 2001 *JAR* 2001/219 (*Melgar/Los Barrios*). Vgl. CGB 15 juni 2001 kenbaar uit Pres. Rb. Haarlem 12 oktober 2001 *JAR* 2001/221) dat weigering een voor bepaalde tijd aangegane overeenkomst te verlengen gelijk staat aan het afwijzen van een sollicitatie. De CGB heeft talloze malen het niet-verlengen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in strijd met de wet geoordeeld. Helaas wordt daarover niet of nauwelijks geprocedeerd. Mogelijk menen de betrokken (ex-)werknemers geen schadeclaim te hebben, maar dit is niet juist (zie *SMA* 2004 p. 6).

7. Het tweede oordeel (09-125) is begrijpelijk maar teleurstellend. De uitschrijving van de bioloog was onterecht, aldus het eerste oordeel. Het had dus voor de hand gelegen om de bioloog onvoorwaardelijk weer in te schrijven, zonder “tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd”. De enige reden dat de herinschrijving slechts tijdelijk was lijkt me dat de bioloog de 70 al was gepasseerd. Was niet het betrokken beding (einde van rechtswege na een jaar) discriminatoir en dus nietig ingevolge artikel 13 Wgbl?

8. Het eerste oordeel bevat de volgende overweging ten overvloede: “Nu verweerster voor verzoeker een uitzondering op vastgestelde leeftijdseis heeft gehanteerd en zij verzoeker kennelijk ook ruim na zijn zeventigste verjaardag nog geschikt vond voor uitzending, heeft verweerster in het geval van verzoeker het recht verwerkt om een beroep te doen op de door haar gehanteerde leeftijdsgrens van 70 jaar. Ook op grond hiervan kan verweerster geen beroep meer doen op de algemene uit-

zondering van artikel 7, eerste lid, onderdeel b, Wgbl". Daargelaten de juistheid van deze overweging (kan men wel een recht verwerken om een beroep op de Wgbl te doen?) vraag ik me af waarom de stichting in 2007 (eerste oordeel) geen beroep op artikel 7, eerste lid, onderdeel b, Wgbl mocht doen en een jaar later (tweede oordeel) wel.

9. Als laatste opmerking kan ik het niet laten te signaleren dat geen van de beide procedures vlot verliep. De eerste duurde ruim negen maanden, de tweede maar liefst dertien maanden (waarvan ruim drie vanwege een aanhouding op verzoek van partijen). Had het niet wat sneller gekund?



# Adviezen





## Adviezen 2009

Een belangrijke taak van de Commissie Gelijke Behandeling is het geven van adviezen. Door gevraagd en ongevraagd adviezen uit te brengen aan onder andere ministers, departementen, de wetgever en spelers in het maatschappelijke veld, zorgt de CGB voor opbouw van kennis op het gebied van gelijke behandeling. Bovendien leiden gerichte adviezen tot structurele maatregelen die ongelijke behandeling kunnen voorkomen. Adviezen zijn dus een belangrijk instrument om het bewustzijn van de gelijkebehandelingsnormen te bevorderen en ervoor te zorgen dat deze worden nageleefd. Ook kan door middel van adviezen antwoord worden gegeven op meer algemene vragen die leven op het terrein van gelijke behandeling.

Onderstaande adviezen en brieven (met korte adviezen) zijn in 2009 uitgebracht. De volledige teksten staan op de website van de CGB: [www.cgb.nl](http://www.cgb.nl), onder publicaties.

**Advies 2009-01** commentaar op de vijfde Nederlandse rapportage over de implementatie van de het VN verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (CEDAW).

**Advies 2009-02** inzake mogelijke ongelijke behandeling op grond van godsdienst en/of levensovertuiging door vacaturesite.

**Advies 2009-03** inzake de toetsing van seniorenregelingen aan de WGBL.

**Advies 2009-04** commentaar op de 17e en 18e Nederlandse rapportage over de implementatie van het internationaal verdrag ter bestrijding van alle vormen van rasdiscriminatie.

**Advies 2009-05** WGBL, geen symboolwetgeving. Evaluatie van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.

**Advies 2009-06** AMvB Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) in verband met uitbreiding van de reikwijdte tot het openbaar vervoer.

**Advies 2009-07** inzake doelgroepgerichte uitzend- en bemiddelingsbureaus.

**Advies 2009-08** Comments on the combined fourth and fifth Dutch report on The implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten).



# Rechterlijke uitspraken





## RECHTERLIJKE UITSPRAKEN, GEWEZEN IN 2009, OVER ZAKEN WAAROVER DE COMMISSIE GELIJKE BEHANDELING REEDS EEN OORDEEL HEEFT GEGEVEN

Oordeelnummer	Rechterlijke instantie	Datum	Uitspraak	Grond	Vindplaats
2001-68	Rechtbank Den Haag	3 juni 2009	Anders dan de Commissie is de Rechtbank van oordeel dat bij verlenging van de advocatenstage geen ruimte is voor een individuele toetsing als bedoeld in de arresten Nimz en Kording van het HvJ EG.	Arbeidsduur	LJN: BI8206, AWB 07/730 BESLU en AWB 07/732 BESLU
2004-27	Hof Leeuwarden	27 januari 2009	Anders dan de Commissie is het Hof van oordeel dat geen sprake is van onderscheid.	Geslacht	LJN: BH3143, 107.001.635/01
2005-139	Hof Leeuwarden	7 april 2009	Anders dan de Commissie is het Hof van oordeel dat geen sprake is van onderscheid.	Leeftijd	LJN: BI2376, 107.001.310/01
2005-219	Hof Den Bosch	8 oktober 2009	Evenals de Commissie is het Hof van oordeel dat sprake is van objectief gerechtvaardigd onderscheid.	Leeftijd	LJN: BJ9736, HD 200.005.131
2006-33	Rechtbank Zutphen, Sector Kanton – Locatie Harderwijk	16 december 2009	Discriminatoire bejegening van transseksueel. De kantonrechter onderschrijft het oordeel van de Commissie.	Geslacht	Zaaknummer 344701 (niet gepubliceerd)
2006-153	Hof Leeuwarden	14 april 2009	Evenals de Commissie is het Hof van oordeel dat de klachtbehandeling onvoldoende zorgvuldig was.	Ras	LJN: BI2421, 107.002.266/01
2006-220	Centrale Raad van Beroep	7 mei 2009	Anders dan de Commissie acht de Raad het noodzakelijk dat docente handen schud.	Godsdienst	LJN: BI2440, 07/5747 AW + 07/5802 AW + 07/6021 AW t/m 07/6024 AW
2007-42	Centrale Raad van Beroep	19 november 2009	Oordeel Commissie is geen nieuw feit in de zin van artikel 4:6, eerste lid, Awb.	Leeftijd	LJN: BK4775, 08/4889 AW

2007-165	Hof Den Bosch	3 maart 2009	Het Hof volgt het oordeel van de Commissie.	Leeftijd	LJN: BH4945, HD 103.005.626
2008-20	Rechtbank Den Haag, Sector Kanton	20 mei 2009	Anders dan de Commissie is de Rechtbank van oordeel dat geen sprake is van onderscheid.	Gelacht	Rolnr: 798646/08-25942 (niet gepubliceerd)



# Registers





# Artikelenregister

## ALGEMENE WET GELIJKE BEHANDELING

### Artikel 1

2009-1, 2009-2, 2009-8, 2009-10, 2009-11, 2009-15, 2009-19, 2009-22, 2009-29, 2009-31, 2009-33, 2009-35, 2009-36, 2009-37, 2009-40, 2009-42, 2009-43, 2009-44, 2009-46, 2009-47, 2009-48, 2009-51, 2009-52, 2009-53, 2009-54, 2009-57, 2009-58, 2009-59, 2009-60, 2009-61, 2009-64, 2009-65, 2009-66, 2009-67, 2009-71, 2009-72, 2009-73, 2009-78, 2009-80, 2009-83, 2009-84, 2009-88, 2009-91, 2009-93, 2009-94, 2009-95, 2009-103, 2009-104, 2009-107, 2009-108, 2009-111, 2009-112, 2009-113, 2009-117, 2009-129

### Artikel 1a

2009-22

### Artikel 2

2009-15, 2009-33, 2009-46, 2009-84

### Artikel 2 lid 1

2009-33, 2009-46, 2009-84

### Artikel 2 lid 4

2009-84

### Artikel 3

2009-43

### Artikel 4

2009-61

### Artikel 5

2009-11, 2009-19, 2009-29, 2009-36, 2009-40, 2009-42, 2009-46, 2009-48, 2009-52, 2009-57, 2009-67, 2009-80, 2009-88, 2009-91, 2009-93, 2009-94, 2009-95, 2009-103

### Artikel 5 lid 1

2009-5, 2009-10, 2009-19, 2009-22, 2009-37, 2009-40, 2009-42, 2009-44, 2009-46, 2009-48, 2009-52, 2009-64, 2009-65, 2009-66, 2009-72, 2009-73, 2009-83, 2009-91, 2009-93, 2009-94, 2009-95, 2009-103, 2009-129

### Artikel 5 lid 2

2009-29

### Artikel 5 lid 6

2009-44

### Artikel 7

2009-2, 2009-15, 2009-29, 2009-31, 2009-33, 2009-47, 2009-51, 2009-55, 2009-58, 2009-59, 2009-60, 2009-84, 2009-104, 2009-107, 2009-108, 2009-111, 2009-117

### Artikel 7 lid 1

2009-1, 2009-2, 2009-8, 2009-29, 2009-33, 2009-35, 2009-36, 2009-47, 2009-51, 2009-55, 2009-58, 2009-59, 2009-60, 2009-71, 2009-84, 2009-104, 2009-107, 2009-108, 2009-111, 2009-117

### Artikel 7 lid 2

2009-29

### Artikel 7a

2009-112, 2009-113

### Artikel 8

2009-83

### Artikel 8a

2009-19

### Artikel 8a lid 1

2009-19

**Artikel 10**

2009-2, 2009-5, 2009-10, 2009-22, 2009-31, 2009-35, 2009-36, 2009-37, 2009-40, 2009-42, 2009-44, 2009-59, 2009-72, 2009-73, 2009-93, 2009-94, 2009-95, 2009-103, 2009-104, 2009-107, 2009-108, 2009-112, 2009-113, 2009-117

**Artikel 12**

2009-15, 2009-40, 2009-55

**Artikel 12 lid 1**

2009-55

**Artikel 12 lid 2**

2009-24, 2009-35, 2009-40, 2009-53, 2009-54, 2009-78, 2009-112

**Artikel 14 lid 1**

2009-24, 2009-54

**Artikel 19**

2009-31

**WET GELIJKE BEHANDELING VAN MANNEN EN VROUWEN**

**Artikel 1**

2009-7, 2009-44, 2009-53, 2009-54, 2009-61, 2009-78, 2009-96, 2009-103, 2009-119, 2009-120, 2009-121, 2009-126, 2009-128

**Artikel 1b**

2009-90, 2009-120, 2009-128

**Artikel 3**

2009-103, 2009-121

**Artikel 3 lid 1**

2009-7, 2009-96, 2009-119, 2009-126

**Artikel 3 lid 3**

2009-119, 2009-126

**Artikel 3 lid 4**

2009-7, 2009-119, 2009-126

**Artikel 5**

2009-96

**Artikel 5 lid 2**

2009-119, 2009-126

**Artikel 6a**

2009-96, 2009-103, 2009-121, 2009-128

**Artikel 7**

2009-67

**Artikel 7 lid 1**

2009-67

**Artikel 8**

2009-67

**Artikel 9**

2009-67

**Artikel 10**

2009-67

**Artikel 12b**

2009-44, 2009-53, 2009-54, 2009-61, 2009-78, 2009-101

**WET GELIJKE BEHANDELING LEEFTIJD BIJ ARBEID**

**Artikel 1**

2009-79, 2009-99, 2009-100, 2009-128

**Artikel 1 lid 1**

2009-3, 2009-7, 2009-9, 2009-13, 2009-16, 2009-17, 2009-21, 2009-23, 2009-24, 2009-25, 2009-26, 2009-27, 2009-28, 2009-30, 2009-32, 2009-34, 2009-40, 2009-41, 2009-44, 2009-45, 2009-49, 2009-63, 2009-68, 2009-69, 2009-76, 2009-77, 2009-81, 2009-82, 2009-89, 2009-96, 2009-98, 2009-110, 2009-115, 2009-116, 2009-118, 2009-122, 2009-123, 2009-124, 2009-125

**Artikel 1 lid 2**

2009-23

**Artikel 3**

2009-3, 2009-7, 2009-9, 2009-13, 2009-17, 2009-21, 2009-23, 2009-24, 2009-25, 2009-26, 2009-27, 2009-28, 2009-30, 2009-32, 2009-34, 2009-40, 2009-40, 2009-44, 2009-45, 2009-63,

2009-68, 2009-69, 2009-76, 2009-77, 2009-79,  
2009-81, 2009-82, 2009-89, 2009-96, 2009-  
98, 2009-99, 2009-100, 2009-110, 2009-115,  
2009-116, 2009-118, 2009-122, 2009-123,  
2009-124, 2009-125

**Artikel 7 lid 1**

2009-16, 2009-21, 2009-23, 2009-24, 2009-25,  
2009-26, 2009-32, 2009-40, 2009-41, 2009-44,  
2009-45, 2009-77, 2009-79, 2009-81, 2009-  
82, 2009-98, 2009-110, 2009-115, 2009-118,  
2009-122, 2009-123, 2009-125

**Artikel 8 lid 3**

2009-89

**Artikel 9**

2009-7, 2009-17, 2009-34, 2009-49, 2009-98,  
2009-115, 2006-116, 2009-118

**Artikel 10**

2009-24, 2009-25, 2009-26, 2009-124

**Artikel 12**

2009-3, 2009-69, 2009-128

**Artikel 12 lid 1**

2009-27, 2009-28, 2009-30, 2009-40, 2009-63,  
2009-76, 2009-79, 2009-81, 2009-82, 2009-96,  
2009-128

**Artikel 14**

2009-40

**Artikel 17**

2009-81, 2009-82

**WET GELIJKE BEHANDELING HANDICAP  
OF CHRONISCHE ZIEKTE****Artikel 1**

2009-4, 2009-14, 2009-20, 2009-38, 2009-50,  
2009-56, 2009-57, 2009-62, 2009-74, 2009-75,  
2009-87, 2009-102, 2009-109, 2009-127

**Artikel 2**

2009-4, 2009-20, 2009-38, 2009-50, 2009-57,  
2009-62, 2009-87, 2009-102, 2009-109

**Artikel 4**

2009-14, 2009-20, 2009-38, 2009-50, 2009-56,  
2009-74, 2009-75, 2009-102, 2009-127

**Artikel 6**

2009-109

**Artikel 10**

2009-102

**Artikel 10 lid 1**

2009-4, 2009-20, 2009-38, 2009-50, 2009-56

**Artikel 10 lid 2**

2009-4, 2009-20, 2009-38

**BURGERLIJK WETBOEK****Artikel 7:646**

2009-6, 2009-12, 2009-18, 2009-53, 2009-54,  
2009-67, 2009-78, 2009-85, 2009-86, 2009-  
101, 2009-104, 2009-114, 2009-120

**Artikel 7:646 lid 1**

2009-6, 2009-12, 2009-61, 2009-78, 2009-85,  
2009-86, 2009-101, 2009-114, 2009-120

**Artikel 7:646 lid 5**

2009-6, 2009-18, 2009-78, 2009-85, 2009-86,  
2009-101

**Artikel 7:646 lid 8**

2009-6

**Artikel 7:646 lid 12**

2009-12, 2009-18, 2009-85, 2009-86, 2009-  
104, 2009-114

**Artikel 7:648**

2009-19, 2009-85, 2009-86, 2009-92, 2009-97,  
2009-106

**Artikel 7:648 lid 1**

2009-41, 2009-85, 2009-86, 2009-92, 2009-97,  
2009-106

**Artikel 7:649**

2009-19

**Artikel 7:649 lid 1**

2009-39

**OVERIG**

**Ambtenarenwet**

Artikel 125 g, 2009-90, 2009-70

Artikel 125 g lid 1, 2009-90

Artikel 125 h, 2009-80

**Besluit Gelijke Behandeling**

Artikel 2, 2009-84

**Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde  
tijd**

Artikel V, 2009-106

# Trefwoordenregister

## **Aanbieden goederen en diensten**

2009-1, 2009-2, 2009-8, 2009-15, 2009-29, 2009-31, 2009-33, 2009-35, 2009-36, 2009-47, 2009-51, 2009-58, 2009-59, 2009-60, 2009-71, 2009-84, 2009-104, 2009-107, 2009-108, 2009-111, 2009-117

## **Aangaan arbeidsverhouding**

2009-6, 2009-11, 2009-12, 2009-16, 2009-18, 2009-27, 2008-282009-29, 2009-39, 2009-46, 2009-48, 2009-64, 2009-80, 2009-88, 2009-90, 2009-94, 2009-102, 2009-105, 2009-110, 2009-114, 2009-120, 2009-121, 2009-125, 2009-127

## **Advertentie**

2009-49

## **Alleenstaande**

2009-65, 2009-66

## **Arbeidsbemiddeling**

2009-34, 2009-40, 2009-68, 2009-115, 2009-116, 2009-118, 2009-121

## **Arbeidsduur**

2009-19, 2009-41, 2009-70, 2009-85, 2009-86, 2009-90, 2009-92, 2009-97, 2009-106

## **Arbeidsomstandigheden**

2009-57, 2009-72, 2009-124

## **Arbeidsvoorwaarden**

2009-5, 2009-14, 2009-19, 2009-21, 2009-23, 2009-29, 2009-32, 2009-39, 2009-41, 2009-44, 2009-52, 2009-53, 2009-54, 2009-61, 2009-67, 2009-70, 2009-74, 2009-75, 2009-76, 2009-77, 2009-78, 2009-85, 2009-86, 2009-89, 2009-91, 2009-92, 2009-93, 2009-94, 2009-97, 2009-99, 2009-100, 2009-101, 2009-106, 2009-122

## **Bedrijfsleven**

2009-5, 2009-14, 2009-21, 2009-22, 2009-30, 2009-32, 2009-39, 2009-52, 2009-54, 2009-61, 2009-72, 2009-85, 2009-86, 2009-99, 2009-100

## **Beëindiging van arbeidsverhouding**

2009-10, 2009-11, 2009-12, 2009-13, 2009-24, 2009-25, 2009-26, 2009-29, 2009-37, 2009-38, 2009-48, 2009-80, 2009-83, 2009-91, 2009-99, 2009-100, 2009-128

## **Belang**

2009-55

## **Beloning**

2009-14, 2009-21, 2009-39, 2009-52, 2009-53, 2009-54, 2009-61, 2009-65, 2009-66, 2009-67, 2009-70, 2009-76, 2009-85, 2009-86, 2009-89, 2009-106

## **Beroepsopleiding/beroepsonderwijs**

2009-3, 2009-109

## **Bevoegdheid Commissie**

2009-1, 2009-2, 2009-8, 2009-21, 2009-31, 2009-33, 2009-44, 2009-51, 2009-54, 2009-55, 2009-59, 2009-104, 2009-107, 2009-108

## **Bevordering**

2009-94

## **Bewijslast**

2009-3, 2009-6, 2009-8, 2009-9, 2009-10, 2009-11, 2009-12, 2009-18, 2009-19, 2009-20, 2009-22, 2009-27, 2009-28, 2009-30, 2009-31, 2009-35, 2009-36, 2009-37, 2009-40, 2009-42, 2009-44, 2009-47, 2009-50, 2009-52, 2009-54, 2009-56, 2009-59, 2009-64, 2009-68, 2009-85, 2009-86, 2009-93, 2009-94, 2009-96, 2009-105, 2009-107, 2009-108, 2009-112, 2009-113, 2009-114, 2009-117, 2009-120, 2009-124

**Burgerlijke Staat**

2009-2, 2009-44, 2009-65, 2009-66, 2009-95

**CAO's**

2009-23, 2009-61, 2009-77, 2009-97, 2009-106, 2009-122

**Chronische ziekte**

2009-4, 2009-14, 2009-20, 2009-62, 2009-87, 2009-102, 2009-109

**Cultuur**

2009-37

**Deeltijdarbeid**

2009-19, 2009-70, 2009-85, 2009-86, 2009-106

**Dienstverlening**

2009-2, 2009-9, 2009-15, 2009-35, 2009-36, 2009-39, 2009-47, 2009-50

**Discriminatie op de werkvloer**

2009-5, 2009-11, 2009-12, 2009-19, 2009-20, 2009-22, 2009-38, 2009-48, 2009-72, 2009-91, 2009-94

**Doeltreffende aanpassing**

2009-4, 2009-20, 2009-38, 2009-50, 2009-57, 2009-62, 2009-87, 2009-102, 2009-109

**Eenzijdig overheidshandelen**

2009-55

**EG-recht**

2009-40, 2009-50, 2009-54, 2009-61, 2009-62, 2009-65, 2009-66, 2009-71, 2009-78

**Gedetacheerde werknemers**

2009-77

**Geslacht**

2009-2, 2009-6, 2009-11, 2009-12, 2009-18, 2009-19, 2009-44, 2009-51, 2009-53, 2009-54, 2009-55, 2009-58, 2009-61, 2009-67, 2009-71, 2009-78, 2009-85, 2009-86, 2009-90, 2009-96, 2009-101, 2009-103, 2009-105, 2009-114, 2009-117, 2009-119, 2009-120, 2009-121, 2009-128

**Geslachtsbepaaldheid**

2009-119, 2009-126

**Gezondheidszorg**

2009-10, 2009-18, 2009-31, 2009-46, 2009-56, 2009-79, 2009-106, 2009-107, 2009-108

**Godsdienst**

2009-1, 2009-10, 2009-15, 2009-29, 2009-36, 2009-42, 2009-52, 2009-55, 2009-94, 2009-103, 2009-129

**Handen schudden**

2009-129

**Handicap**

2009-4, 2009-38, 2009-50, 2009-56, 2009-74, 2009-75, 2009-87, 2009-102, 2009-109

**Handicap of chronische ziekte**

2009-4, 2009-14, 2009-20, 2009-38, 2009-50, 2009-56, 2009-62, 2009-74, 2009-75, 2009-87, 2009-102, 2009-109

**Hetero- of homoseksuele gerichtheid**

2009-31, 2009-91

**Homoseksuele gerichtheid**

2009-31, 2009-91

**Hoofddoek**

2009-15, 2009-29, 2009-36, 2009-42

**Industrie**

2009-22, 2009-57, 2009-122,

**Intersectionaliteit**

2009-44,

**Intimidatie**

2009-22, 2009-38,

**Islam**

2009-10, 2009-15, 2009-36, 2009-42, 2009-52, 2009-103,

**Kinderopvang**

2009-36, 2009-119

**Kledingvoorschriften**

2009-15, 2009-29



**Leeftijd**

2009-3, 2009-9, 2009-13, 2009-16, 2009-21, 2009-23, 2009-24, 2009-25, 2009-26, 2009-27, 2009-28, 2009-30, 2009-32, 2009-34, 2009-40, 2009-41, 2009-43, 2009-44, 2009-45, 2009-49, 2009-63, 2009-68, 2009-76, 2009-77, 2009-79, 2009-81, 2009-82, 2009-89, 2009-96, 2009-98, 2009-99, 2009-100, 2009-110, 2009-115, 2009-116, 2009-118, 2009-122, 2009-123, 2009-124, 2009-125, 2009-128

**Nationaliteit**

2009-33, 2009-37, 2009-46

**Objectieve rechtvaardiging**

2009-2, 2009-8, 2009-13, 2009-14, 2009-15, 2009-18, 2009-20, 2009-21, 2009-23, 2009-24, 2009-25, 2009-26, 2009-31, 2009-32, 2009-33, 2009-36, 2009-39, 2009-40, 2009-41, 2009-44, 2009-46, 2009-54, 2009-65, 2009-66, 2009-70, 2009-74, 2009-75, 2009-81, 2009-82, 2009-84, 2009-89, 2009-90, 2009-92, 2009-98, 2009-99, 2009-106, 2009-107, 2009-108, 2009-115, 2009-116, 2009-118, 2009-122, 2009-123, 2009-125, 2009-128

**Onderwijs**

2009-2, 2009-52, 2009-62, 2009-71, 2009-84, 2009-97, 2009-109, 2009-105, 2009-124

**Ontvankelijkheid**

2009-1, 2009-8, 2009-15, 2009-24, 2009-25, 2009-26, 2009-35, 2009-40, 2009-47, 2009-53, 2009-60, 2009-61, 2009-70, 2009-78, 2009-79, 2009-84, 2009-100

**Openbare dienst**

2009-15, 2009-65, 2009-66, 2009-74, 2009-75, 2009-112, 2009-113, 2009-123

**Overgangsrecht**

2009-61

**Overheid**

2009-3, 2009-15, 2009-40, 2009-41, 2009-55, 2009-70, 2009-80, 2009-81, 2009-82, 2009-90, 2009-128

**Partnerpensioen**

2009-44, 2009-53, 2009-54, 2009-68, 2009-101

**Pensioenen**

2009-32, 2009-43, 2009-44, 2009-53, 2009-54, 2009-61, 2009-78, 2009-89, 2009-101, 2009-110

**Pensioenfondsen**

2009-43, 2009-44, 2009-53, 2009-54, 2009-61

**Personeelsadvertenties**

2009-34, 2009-68, 2009-98, 2009-115, 2009-116, 2009-118, 2009-119, 2009-126

**Politieke gezindheid**

2009-29

**Ras**

2009-5, 2009-8, 2009-19, 2009-22, 2009-33, 2009-35, 2009-37, 2009-40, 2009-42, 2009-46, 2009-48, 2009-52, 2009-57, 2009-59, 2009-60, 2009-64, 2009-67, 2009-72, 2009-73, 2009-80, 2009-83, 2009-84, 2009-88, 2009-93, 2009-94, 2009-95, 2009-103, 2009-104, 2009-111, 2009-112, 2009-113

**Reïntegratie**

2009-20, 2009-57, 2009-102

**Samenloop van gronden**

2009-44

**Selectie**

2009-9, 2009-30, 2009-42, 2009-46, 2009-50, 2009-56, 2009-64, 2009-68, 2009-73, 2009-81, 2009-82, 2009-96, 2009-98, 2009-115, 2009-116, 2009-118, 2009-120

**Seniorenregeling**

2009-23, 2009-41, 2009-122

**Sollicitatie**

2009-9, 2009-30, 2009-42, 2009-46, 2009-49, 2009-50, 2009-56, 2009-63, 2009-64, 2009-68, 2009-79, 2009-81, 2009-82, 2009-94, 2009-95, 2009-96, 2009-98, 2009-103, 2009-110, 2009-115, 2009-116, 2009-118, 2009-120, 2009-127, 2009-129

**Spoedprocedure**

2009-20

**Sport**

2009-35, 2009-104

**Taaleis**

2009-8, 2009-52, 2009-111

**Tijdelijke dienst**

2009-6, 2009-11, 2009-12, 2009-18, 2009-19,  
2009-27, 2009-28, 2009-39, 2009-79, 2009-80,  
2009-105

**Transseksualiteit**

2009-107, 2009-108

**Uitzendarbeid**

2009-9, 2009-11, 2009-12, 2009-37, 2009-38,  
2009-115, 2009-116, 2009-118, 2009-120,  
2009-121

**Verblijfsstatus**

2009-37

**Vereenvoudigde procedure**

2009-11, 2009-12, 2009-43, 2009-55, 2009-63,  
2009-89, 2009-98, 2009-110

**Vereniging**

2009-24, 2009-25, 2009-26, 2009-33, 2009-35,  
2009-51, 2009-104

**Vervoer**

2009-59, 2009-60

**Verzekeringen**

2009-39, 2009-78, 2009-117

**Victimisatie**

2009-19, 2009-83, 2009-128

**Voorkeursbeleid**

2009-11, 2009-12

**Vrijwilligerswerk**

2009-125

**Werkgeversorganisaties**

2009-23

**Werknemersorganisaties**

2009-23, 2009-100, 2009-122

**Werving**

2009-17, 2009-46, 2009-56, 2009-81, 2009-82,  
2009-96, 2009-98, 2009-115, 2009-116, 2009-  
118, 2009-121, 2009-126

**Werving en Selectie**

2009-3, 2009-7, 2009-16, 2009-30, 2009-34,  
2009-42, 2009-45, 2009-46, 2009-49, 2009-50,  
2009-56, 2009-63, 2009-64, 2009-68, 2009-69,  
2009-73, 2009-81, 2009-82, 2009-83, 2009-88,  
2009-90, 2009-95, 2009-96, 2009-98, 2009-  
103, 2009-115, 2009-116, 2009-118, 2009-122

**Zakelijke dienstverlening**

2009-39, 2009-58, 2009-87

**Zorgsector**

2009-56, 2009-106

**Zwangerschap**

2009-6, 2009-18, 2009-71, 2009-114

**Zwangerschapsverlof**

2009-6, 2009-18, 2009-114

# Overzicht auteurs 2009

## HOOFDREDACTIE

Prof. dr. C.J. Forder is bijzondere hoogleraar rechten van het kind aan faculteit rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam

## REDACTIE

Mr. M.F. Baltussen is docent/onderzoeker aan de Universiteit van Tilburg

Mr. E. Cremers-Hartman is arbeidsrechtjurist en werkzaam als zelfstandig onderzoeker en publicist te Leiden, tevens voorzitter Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (CKA)

Mr. M. Davidović is onderzoeker racisme en extremisme bij de Anne Frank Stichting

Mr. A.W. van Leeuwen is advocaat bij SteensmaEven advocaten te Rotterdam

Dr. lic. A.J. Overbeeke is universitair docent afdeling Staats- en Bestuursrecht, VU Amsterdam; postdoc onderzoeker Universiteit Antwerpen

Mr. M.J. Strijkers is beleidsmedewerker Meldpunt Discriminatie Regio Amsterdam

Mr. dr. M.S.A. Vegter is advocaat bij Bosch Advocaten te Amsterdam

Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen is lid van de Raad van State, hoogleraar onder-

wijsrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en de Radboud Universiteit

Mr. S.K. van Walsum is universitair hoofddocent Migratierecht, afdeling Staats- en Bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam

Mr. M.B. de Witte-Van den Haak is advocaat arbeids- en ambtenarenrecht bij Pels Rijcken & Droogleeuw Fortuijn advocaten en notarissen te Den Haag

Prof. mr. P.J.J. Zoontjens is hoogleraar Onderwijsrecht en hoofddocent Staats- en Bestuursrecht, departement Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit van Tilburg

## THEMABIJDAGEN

Prof. mr. J.E. Goldschmidt is hoogleraar Rechten van de Mens en Directeur van het Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten aan de Universiteit Utrecht.

A.S. Oude Hergelink is student in het masterprogramma Aansprakelijkheid en Verzekering aan de Erasmus Universiteit Rotterdam

Dr. H.G. Siebers is universitair hoofddocent aan de Universiteit van Tilburg. Hij is directeur van de Masteropleiding Organisation of Cultural Diversity en doet onderzoek naar etnische identiteit en ongelijkheid in organisaties en op de arbeidsmarkt in Nederland en Zuid Afrika

Krzysztof Śmiszek is as of March 2010 co-coordinator of the European Commission of Sexual Orientation Lawyers (ECSOL) – non-governmental and non-political network of legal experts

## **ANNOTATOREN**

Prof. mr. J.H. Gerards is als hoogleraar staats- en bestuursrecht verbonden aan de Afdeling staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden

Mr. dr. M. Heemskerk is senior onderzoeker aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam, en advocaat bij HouthoffBuruma

Prof. mr. S.D. Lindenbergh is hoogleraar privaatrecht verbonden aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Erasmus Universiteit Rotterdam

Prof. dr. E. Lutjens is hoogleraar Pensioenrecht bij de Vrije Universiteit Amsterdam, Expertisecentrum Pensioenrecht, en advocaat bij DLA Piper NV te Amsterdam

Mr. P.C. Van Nunes is advocaat bij het kantoor Barentskrans te Den Haag

Mr. dr. A.G. Veldman is Europees hoofd-docent (Europees) Arbeidsrecht en Sociaal Beleid en verbonden aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht

Prof. Mr. S.F.M. Wortmann, bijzonder hoogleraar personen- familie- en jeugdrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en lid van de Raad van State