



Derde evaluatie AWGB, WGB m/v en artikel 7:646 BW



Commissie Gelijke Behandeling



Derde evaluatie AWGB, WGB m/v en artikel 7:646 BW

Over de periode 1 september 2004 tot 1 september 2009



Inhoudsopgave

Samenvatting, conclusies en aanbevelingen	4
1. Inleiding	9
2. Feiten & cijfers	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Vragen via telefoon en e-mail	11
2.3 Verzoeken en afdoeningen	14
2.4 Per saldo	20
3. Nieuwe wettelijke bepalingen	20
3.1 Artikel 7a AWGB: sociale bescherming	20
3.2 Verruiming mogelijkheid onderzoek uit eigen beweging	22
3.3 Overige nieuwe bepalingen	23
3.3.1 Victimisatie	23
3.3.2 Lidmaatschap van een werkgevers- of werknemersvereniging	26
3.3.3 Arbeidsomstandigheden, intimidatie en seksuele intimidatie	26
3.3.4 Opdracht en bemiddeling	29
3.3.5 Zwangerschap, bevalling en moederschap	31
3.3.6 Toegang tot goederen en diensten	31
4. Werking van de wet in de praktijk van de Commissie	32
4.1 Effecten van verzoeken en oordelen	32
4.1.1 Opvolging van oordelen	32
4.1.2 Victimisatie	37
4.1.3 Schikkingen	38
4.2 Verzoeken die niet in behandeling worden genomen	39
4.3 (Voor)onderzoeken, adviezen, evaluaties en overige instrumenten	45
4.3.1 Adviezen	45
4.3.2 Onderzoeken en vooronderzoeken	50
4.3.3 Evaluaties	52
4.3.4 Overige instrumenten	53
4.3.5 Conclusies	53
5. Bijzondere thema's 54	
5.1 Discriminatie op meerdere gronden	54
5.1.1 Achtergrond	55
5.1.2 Vormen en definities	56
5.1.3 Europese ontwikkelingen	59
5.1.4 De praktijk van de Commissie	60
5.1.5 Conclusie	63
5.2 Terugkeer in de eigen functie na zwangerschap	64
5.2.1 Het beschermingsniveau van de richtlijn	65
5.2.2 Conclusie	66
5.3 Het gezamenlijk indienen van een verzoek bij de Commissie	67
6. Voorkeursbeleid: een doorlopend punt van aandacht	68
6.1 Inleiding & aanleiding	68
6.2 Feiten & cijfers	69
6.3 Toetsingskader voorkeursbeleid	71



6.4	Kritiek op de 'strengere toets' voor voorkeursbeleid	72
6.4.1	Uniforme toets voor de gronden geslacht en ras	72
6.4.2	Diversiteits,- afspiegelings,- en doelgroepenbeleid	75
6.5	Conclusies en aanbevelingen	78
7.	Reactie Commissie op rapport prof. mr. M.L.P. Loenen, Het afwegingskader van de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten	79
7.1	Doelstellingen AWGB en het afwegingskader	79
7.2	De EU-richtlijnen en het afwegingskader AWGB	80
7.3	Het EVRM en het afwegingskader AWGB	81
7.4	Afwegingskader AWGB bij botsende gelijkheidsrechten en toepassing door de Commissie	82
7.5	Evaluatie van het afwegingskader AWGB en conclusies	85
8.	De reactie van de CGB op het rapport van prof. mr. R. de Lange, Knelpunten in het gesloten systeem	85
8.1	De analyse van De Lange	86
8.2	Europese speelruimte	87
8.3	Oplossingen van De Lange	89
Bijlage 1:		94
	Overzicht onderzoeken en adviezen	
Bijlage 2:		98
	prof. mr. M.L.P. Loenen 'Het afwegingskader van de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten'	
Bijlage 3:		63
	prof. mr. R. de Lange. 'Knelpunten in het gesloten systeem'	

Samenvatting, conclusies en aanbevelingen

Voor u ligt de derde evaluatie van de AWGB, de WGB en artikel 7:646 BW (hierna samen ook aangeduid als AWGB). We hebben gekozen voor een evaluatie van beperkte omvang, waarbij het zwaartepunt ligt bij de verzoeken om een oordeel en de daarop uitgebrachte oordelen. In het onderhavige rapport rapporteert de Commissie Gelijke Behandeling (hierna: de Commissie) over haar bevindingen ten aanzien van de werking van de AWGB in de praktijk.

Enkele cijfers

In de afgelopen vijf jaar was het aantal verzoeken om een oordeel en vragen die de Commissie ontving tijdens het 'juridisch spreekuur' ongeveer even hoog als in de twee voorgaande evaluatieperiodes samen. Voor een deel houdt dit verband met de inwerkingtreding van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL). Daarnaast is de groei vermoedelijk het gevolg van de toegenomen bekendheid en toegankelijkheid van de Commissie. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk om via de website van de Commissie een verzoek om een oordeel in te dienen. Ook het aantal adviezen en onderzoeken dat de Commissie heeft uitgevoerd is toegenomen ten opzichte van de vorige evaluatie. Het aantal verzoeken om een oordeel loopt de laatste jaren overigens weer wat terug. Voor het overige weerspiegelen de cijfers grotendeels de ervaringen uit de voorgaande evaluatieperiodes, bijvoorbeeld voor wat betreft de opvolgingspercentages. Naar aanleiding van de oordelen waarin is geoordeeld dat verboden onderscheid werd gemaakt, heeft de verweerder in 74 procent van de gevallen individuele of structurele maatregelen genomen. Oordelen over eigen handelen werden negen van de tien keer opgevolgd.

Werking van de wet in de praktijk

De AWGB, alsook de procedure bij de Commissie, voorziet in een behoefte aan rechtvaardigheid en erkenning. Zelfs slachtoffers van victimisatie – dat wil zeggen verzoekers om een oordeel die nadeel ondervonden van hun klacht over ongelijke behandeling – menen in overgrote meerderheid er goed aan te hebben gedaan een procedure te starten. Niettemin moet het probleem van victimisatie niet onderschat worden. Uit een onderzoek dat de Commissie heeft laten uitvoeren, blijkt dat victimisatie een reëel en tamelijk omvangrijk probleem is, met name voor specifieke groepen en vooral in arbeidssituaties.

Gelukkig leidt de procedure bij de Commissie ook tot positieve gevolgen. Zoals hierboven reeds aangestipt, worden in de overgrote meerderheid van de gevallen maatregelen getroffen. Dit kunnen zowel individuele als structurele maatregelen zijn. Daarnaast wordt ook regelmatig geschikt (7%), zowel tijdens als na afloop van de procedure.

De Commissie heeft onderzocht in hoeveel en in welke gevallen zij niet bevoegd was een verzoek in behandeling te nemen of de verzoeker niet ontvankelijk was in zijn verzoek, bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van voldoende belang. Het percentage verzoeken dat om die redenen niet in behandeling werd genomen, de zogenaamde ko-zaken, schommelde tussen de 21 en 25 procent. Het merendeel van deze ko-zaken had betrekking op eenzijdig overheidshandelen (43%). Daarnaast kon een verzoek soms niet in behandeling worden genomen, omdat de wet nog niet in werking was getreden, door tijdverloop onderzoek in redelijkheid niet meer mogelijk was en vanwege een gebrek aan belang. Overigens blijkt uit de analyse van de ko-oordelen dat niet snel wordt aangenomen dat verzoekers geen belang hebben bij een oordeel.

De Commissie beschikt, naast het geven van oordelen in individuele zaken, over andere instrumenten om de doelstellingen van de AWGB te verwezenlijken. Zo kan de Commissie gevraagd en ongevraagd advies geven en een onderzoek (uit eigen beweging) instellen.

Deze evaluatieperiode heeft de Commissie vijftig adviezen uitgebracht, onder andere aan verschillende ministers, maar ook aan bijvoorbeeld de Nederlandse Vereniging van Banken en de





CNV-Jongerenorganisatie. De Commissie heeft twee keer een onderzoek uit eigen beweging (OUEB) uitgevoerd. Dit is een zwaar instrument, dat niet zomaar wordt ingezet. Eerst doet de Commissie een vooronderzoek dat duidelijk moet maken of er een vermoeden is van stelselmatig onderscheid. In één geval leidde het vooronderzoek niet tot een OUEB. De Commissie heeft ook vijf keer een algemeen onderzoek gedaan, onder andere naar discriminatie op de werkvloer van lesbische vrouwen en homoseksuele mannen.

Daarnaast evalueert de Commissie de wetgeving waaraan zij toetst, teneinde zicht te krijgen op de werking van de gelijkebehandelingswetgeving in de praktijk. Ieder jaar verschijnt een oordelelbundel, waarin een onafhankelijke redactie het werk van de Commissie inhoudelijk bespreekt. De verschillende instrumenten leveren ieder op eigen wijze een bijdrage aan de bewustwording en naleving van de gelijkebehandelingsnormen. Zij zijn regelmatig aanleiding tot aanpassing van beleid of (voorgenomen) wetgeving. De AWGB biedt dus voldoende mogelijkheden en instrumenten om invulling te geven aan de doelstellingen van de AWGB.

Nieuwe wettelijke bepalingen en wetwijzigingen

De toepassing van de wettelijke bepalingen die in of na 2004 zijn ingevoerd, heeft geen grote knelpunten aan het licht gebracht. De meeste wetwijzigingen die in de evaluatieperiode werden doorgevoerd, hebben in de oordelende praktijk van de Commissie nauwelijks tot veranderingen geleid. Te denken valt aan het expliciet opnemen van een verbod van onderscheid bij de arbeidsomstandigheden en het verbod van (seksuele) intimidatie. Voordat deze bepalingen aan de gelijkebehandelingswetgeving werden toegevoegd, werd het discriminatieverbod op deze onderdelen al geacht besloten te liggen in het verbod op onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden en kon de Commissie hieraan dus ook al toetsen.

Bij de invoering van een expliciet verbod van (seksuele) intimidatie werd, met name van werkgeverskant, de vrees geuit dat werkgevers door de nieuwe bepaling rechtstreeks aansprakelijk zouden kunnen worden gesteld voor seksuele intimidatie gepleegd door hun medewerkers. Deze vrees is ongegrond, alleen al omdat de bewijslastverdeling in geval van (seksuele) intimidatie niet anders is dan in geval van discriminatoire bejegening. Het expliciet opnemen van een verbod van (seksuele) intimidatie heeft niet geleid tot een hausse aan verzoeken.

Op de regel dat de meeste wetwijzigingen praktisch gezien nauwelijks tot veranderingen hebben geleid, zijn twee uitzonderingen: de toevoeging van een verbod op onderscheid naar ras bij de sociale bescherming en sociale voordelen (artikel 7a AWGB) en de uitbreiding van de mogelijkheid om een onderzoek uit eigen beweging te doen (artikel 12 AWGB). De bevoegdheid van de Commissie is hierdoor niet langer beperkt tot onderzoek dat een hele sector beslaat. Beide artikelen hebben hun meerwaarde in de afgelopen evaluatieperiode duidelijk bewezen.

Met de toevoeging van artikel 7a AWGB kan de Commissie ten aanzien van 'éenzijdig overheids-handelen', waarover zij in beginsel niet bevoegd is te oordelen, wel een oordeel geven als onderscheid wordt gemaakt op grond van ras bij de sociale bescherming. Hierdoor kon de Commissie bijvoorbeeld het beleid van een gemeente beoordelen waarbij zogenoemde heronderzoeken zich specifiek richten tot bijstandsgerechtigden van Somalische afkomst. Door de wijziging van artikel 12 AWGB heeft de Commissie een onderzoek uit eigen beweging kunnen doen bij een hogeschool, waarbij een – door het onderzoek bevestigd – vermoeden bestond dat stelselmatig onderscheid werd gemaakt jegens leerlingen van niet-Nederlandse afkomst.

De toegevoegde waarde van de overige wetwijzigingen en -aanvullingen is vooral dat zij de reikwijdte van de wet duidelijker maken en handvatten bieden om inzichtelijker te maken hoe de Commissie tot haar oordelen komt. Ten aanzien van de bepalingen over victimisatie in de AWGB beveelt de Commissie aan een aantal redactionele wijzigingen door te voeren. Onderaan deze samenvatting is een overzicht opgenomen met alle aanbevelingen.

Bijzondere thema's

Wetenschap en praktijk werpen voortdurend nieuwe vragen op ten aanzien van 'gelijkebehandelingsissues'. In deze evaluatie besteden we aan enkele bijzondere thema's extra aandacht. De analyse laat zien dat niet alles wat – in de literatuur of de praktijk – als knelpunt wordt beschouwd, ook werkelijk een knelpunt is.

Meervoudige discriminatie

De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving kent geen expliciet verbod van discriminatie op meerdere gronden. De vraag is daarom opportuun of het voor de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving wenselijk is om discriminatie op meerdere gronden, of specifieke vormen daarvan, expliciet te verbieden. Na een verkenning van het probleem komt de Commissie tot de conclusie dat het van belang kan zijn een expliciet verbod van meervoudige discriminatie in de wet op te nemen. Het ernstige karakter van discriminatie gericht tegen personen op grond van een specifieke combinatie van in de wet genoemde gronden, kan nu bij beoordeling door Commissie of rechter onderbelicht blijven. Op welke manier dat het beste kan, verdient nader onderzoek. De Commissie beveelt dan ook aan dit onderzoek te verrichten.

Het recht op terugkeer in de eigen functie na zwangerschap en bevalling

Anders dan in de gelijkebehandelingswetgeving is in de Herschikkingsrichtlijn (2006/54/EG) bepaald dat een werknemer na afloop van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof het recht heeft om onder dezelfde voorwaarden naar haar eigen of een gelijkwaardige functie terug te keren en te profiteren van elke verbetering in de arbeidsvoorwaarden waarop zij tijdens haar afwezigheid aanspraak zou hebben kunnen maken. Deze richtlijnbevestiging kan verschillend worden geïnterpreteerd. Een stringente interpretatie zou er toe leiden dat ieder nadeel dat een werknemer leidt als zij terugkeert na haar zwangerschaps- en bevallingsverlof, verboden onderscheid tot gevolg heeft. Ook als dit nadeel geen verband houdt met haar zwangerschap, maar bijvoorbeeld met een reorganisatie. De Commissie is geen voorstander van een dusdanige stringente interpretatie.

Afgaande op de visie van de wetgever, bij implementatie van de bovenbedoelde richtlijn, kan ervan worden uitgegaan dat de wetgever de toetsing van de Commissie langs de gebruikelijke lijnen heeft beschouwd als een correcte toepassing van de richtlijnbevestiging. Dit betekent dat een vrouw geen nadeel mag ondervinden *in verband met* haar zwangerschap als zij terugkeert van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof. De Commissie ondervindt geen belemmeringen bij de beoordeling van deze zaken. Vooralsnog lijkt er dus geen aanleiding om de bewoordingen van de richtlijnbevestiging ook expliciet op te nemen in de gelijkebehandelingswetgeving.

Het gezamenlijk indienen van een verzoek

Op dit moment biedt de AWGB niet de mogelijkheid om gezamenlijk, bijvoorbeeld als werkgever en werknemer, een verzoek om een oordeel in te dienen. Gelet op het vaak polariserende effect van juridische procedures op tegenspraak en de kans op victimisatie is het toe te juichen als dit wel tot de mogelijkheden behoort. De Commissie heeft hiertoe een aanbeveling gedaan, welke hieronder is opgenomen.

Voorkeursbeleid

In de afgelopen evaluatieperiode zijn veel vragen gesteld over de (on)mogelijkheid van het voeren van een voorkeursbeleid. Ook in de media bestond voor dit onderwerp bijzondere belangstelling. De laatste jaren zijn diverse vormen van voorkeursbeleid ter beoordeling aan de Commissie voorgelegd. De ervaring leert dat dergelijk beleid niet snel voldoet aan de strikte eisen die hieraan worden gesteld. Een eerste knelpunt is de toepassing van een uniforme (strikte) toets voor voorkeursbeleid ten aanzien van zowel de grond geslacht als ras. De Commissie concludeert dat mensenrechtelijke verdragen geen aanknopingspunten bieden voor een verschil in striktheid van toetsing naar gelang de grond geslacht of ras in het geding is. Aan het voeren van een





voorkeursbeleid voor etnische en culturele minderheden worden geen lichtere eisen gesteld dan aan een voorkeursbeleid voor vrouwen.

De Commissie meent dan ook dat een oplossing voor het probleem van (structurele) maatschappelijke achterstanden van bepaalde groepen niet moet worden gezocht in het versoepelen van de criteria van voorkeursbeleid zoals neergelegd in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Wellicht kunnen maatregelen in het kader van sociaal beleid en stimuleringsbeleid door de overheid en werkgevers maatschappelijke achterstanden verminderen, maar dat ligt buiten het bestek van deze wetsevaluatie.

Een tweede knelpunt is dat organisaties vaak een voorkeursbeleid voeren als instrument voor een divers personeelsbestand. Hoewel het valt toe te juichen als werkgevers streven naar een divers personeelsbestand en er dwingende redenen zijn voor de diverse samenstelling van bepaalde, 'bijzondere' overheidsorganisaties, zoals de politie en de rechterlijke macht, staat een versoepeling van de voorwaarden waaronder een voorkeursbeleid is toegestaan op gespannen voet met Europese jurisprudentie. De Commissie meent dan ook dat de diversiteit van deze en andere organisaties via andere weg zal moeten worden bereikt, bij voorkeur in de voorwaarden-scheppende sfeer.

De Commissie kon overigens goed uit de voeten met de AWGB in de zaken waarin zij was gevraagd te oordelen over diversiteits-, afspiegelings-, en doelgroepenbeleid onder de noemer van voorkeursbeleid.

Tot slot heeft de Commissie twee wetenschappers gevraagd onderzoek te doen naar twee gelijke-behandelingsvraagstukken waarmee de Commissie zich in het verleden en ook de afgelopen evaluatieperiode verschillende keren geconfronteerd zag, te weten: 'de botsing van verschillende gelijkheidsrechten' en 'de grenzen van het gesloten stelsel van uitzonderingen in de AWGB'.

De botsing van verschillende gelijkheidsrechten

In haar onderzoeksrapport biedt prof. mr. M.L.P. Loenen aan de hand van 'specifieke' bepalingen uit de gelijkebehandelingswetgeving, Europese richtlijnen, het EVRM en jurisprudentie van het EHRM, handvatten om een afweging te maken als de Commissie zich geconfronteerd ziet met een botsing van verschillende gelijkheidsrechten. Daarnaast zoomt Loenen in op de wijze waarop de Commissie tot nog toe dergelijke zaken heeft beoordeeld. Loenen pleit er voor de objectieve rechtvaardigingstoets minder strikt toe te passen. De Commissie onderschrijft grotendeels de constatering en aanbevelingen die opgenomen zijn in het onderzoeksrapport. Als sprake is van een botsing van gelijkheidsrechten zal steeds opnieuw een belangenafweging moeten worden gemaakt. Specifieke bepalingen uit de gelijkebehandelingswetgeving en het Europese recht bieden hierbij een afwegingskader.

De grenzen van het gesloten stelsel

De AWGB kent een gesloten stelsel van wettelijke uitzonderingen. Dit betekent dat het onderscheid per definitie is verboden als sprake is van direct onderscheid en er geen wettelijke uitzondering van toepassing is. De wetgever heeft impliciet al een belangenafweging gemaakt bij het formuleren van de wettelijke uitzonderingen, zodat voor de Commissie en de rechter in beginsel geen ruimte bestaat voor een nadere belangenafweging.

De Lange concludeert dat het gesloten stelsel met name problemen oplevert ten aanzien van de gronden geslacht en seksuele gerichtheid en dat de omvang van het probleem 'relatief' beperkt is. Tussen 1994 en 2010 is het maar in ongeveer twintig oordelen van de Commissie een probleem geweest, waarbij nog al eens sprake was van vergelijkbare situaties, zoals bij de oordelen over onderscheid op grond van seksuele gerichtheid bij bloed- en spermadonoren.

De Lange meent dat het niet wenselijk is het gesloten systeem 'wettelijk' open te breken, bijvoor-

beeld door ook bij direct onderscheid een belangenafweging mogelijk te maken. De Commissie deelt deze conclusie. De Lange wijst vervolgens op verschillende oplossingen en heeft hiertoe onder andere een rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar de juridische praktijk in een aantal ons omliggende landen.

Voor de Commissie is er op dit moment geen aanleiding concrete wijzigingen van de wet voor te stellen. Wel kan worden bezien of een ruimere redactie van de wettelijke uitzonderingen mogelijk is. Hierbij zou te zijner tijd kunnen worden aangesloten bij artikel 2, vijfde lid van de Kaderrichtlijn. Hierin is onder andere bepaald dat de richtlijn nationale bepalingen onverlet laat, die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn onder andere voor de bescherming van de rechten en vrijheden van derden.

Aanbevelingen:

De Commissie doet met betrekking tot de bepalingen over victimisatie in de AWGB de volgende aanbevelingen:

- Wijzig de formulering van artikel 8, eerste lid, AWGB door het woord 'of' weer op te nemen in de tekst tussen 'in strijd met artikel 5' en 'wegens'.
- Voeg in artikel 8 AWGB een nieuw lid 1 en 2 in, met vernummering van de overige leden: Artikel 8
 1. Het is verboden de arbeidsverhouding te beëindigen of betrokkene anderszins te benadelen wegens de omstandigheid dat deze in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op deze wet of terzake bijstand heeft verleend.
 2. Het feit dat een persoon het in artikel 1a, tweede en derde lid, bedoelde gedrag afwijst of lijdzaam ondergaat, mag niet ten grondslag liggen aan een beslissing die die persoon treft.

Artikel 8a AWGB vervalt.

De Commissie doet met betrekking tot de bepaling omtrent de kring van gerechtigden die een verzoek om een oordeel kunnen indienen bij de Commissie de volgende aanbeveling:

- Wijzig artikel 12 AWGB dusdanig dat partijen die in de huidige wetstekst als verzoeker en verweerder optreden, de mogelijkheid krijgen gezamenlijk een verzoek om een oordeel bij de Commissie in te dienen.

Verder beveelt de Commissie aan:

- Onderzoek op welke wijze het verbod van meervoudige discriminatie in de AWGB kan worden opgenomen.

Het traject richting één geïntegreerde gelijkebehandelingswetgeving (de zogenaamde Integratiewet) lijkt een goede gelegenheid om bovenstaande aanbevelingen in mee te nemen.





1. Inleiding

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) rapporteert iedere vijf jaar over haar bevindingen ten aanzien van de werking van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Naast de AWGB worden ook de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) en artikel 7:646 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bij deze vijfjaarlijkse evaluatie betrokken (artikel 20, tweede lid AWGB). De AWGB is op 1 september 1994 in werking getreden en bestond op 1 september 2009 vijftien jaar. De wet is dus toe aan haar derde evaluatie.¹

De AWGB verbiedt onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat op – kort gezegd – de terreinen arbeid en het aanbieden van en verlenen van toegang tot goederen en diensten. De WGB en artikel 7:646 BW verbieden onderscheid op grond van geslacht op het terrein van arbeid. De AWGB vormt, gelet op haar bredere reikwijdte, de kern van de gelijke-behandelingswetgeving.

Het achterliggende doel van de wet is te bevorderen dat individuen kunnen deelnemen aan het maatschappelijke leven. Discriminatoire handelingen kunnen deze deelname belemmeren. De wet beoogt deze belemmeringen op een aantal terreinen weg te nemen.

Naast de AWGB, de WGB en artikel 7:646 BW, zijn er nog meer gelijkebehandelingswetten en artikelen, die ieder een eigen evaluatietermijn kennen² en in het onderhavige rapport dus buiten beschouwing blijven. Het betreffen de volgende wetten en artikelen: de Wet verbod van onderscheid naar arbeidsduur (WOA), de Wet verbod van onderscheid tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde en onbepaalde tijd (WOBOT), de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ), de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL), en de artikelen 7:647 BW en 125g en 125h Ambtenarenwet. In de cijfers, met name in hoofdstuk 2, is informatie over die wetten en artikelen wel meegenomen met het oog op de volledigheid van het geboden overzicht. Dat maakt ook vergelijking mogelijk met de vorige evaluatieperiode, waarover eveneens de cijfers met betrekking tot alle gelijkebehandelingswetten zijn gepresenteerd.

1.1 Omvang van de evaluatie

In het onderhavige rapport evalueert de Commissie de AWGB, de WGB en artikel 7:646 BW. Voor de leesbaarheid worden deze drie samen verder ook aangeduid als AWGB. De evaluatie beslaat de periode van september 2004 tot en met 31 augustus 2009.

Beide voorgaande keren is de AWGB zeer uitvoerig geëvalueerd, zowel door de Commissie zelf

-
- 1 Voor de eerste evaluatie zie: CGB, *Gelijke behandeling in beweging. Evaluatie van vijf jaar Algemene wet gelijke behandeling*, Utrecht: CGB 1999; en I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag: Sdu, 1999. Voor de tweede evaluatie zie: CGB, *Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004*, Utrecht: CGB 2005; en M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2006.
- 2 De WOA is twee keer geëvalueerd. Voor de eerste evaluatie zie: CGB, *Advies Commissie gelijke behandeling inzake evaluatie van de Wet op het verbod tot het maken van onderscheid naar arbeidsduur*, CGB- advies 2002-4., 1 augustus 2002. Voor de tweede evaluatie zie, CGB: *De Wet Onderscheid Arbeidsduur. Tweede evaluatie. Evaluatieperiode 1 november 2001 tot 1 november 2006, januari 2010.*
- De Wet Onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd is één keer geëvalueerd, zie: CGB, *Evaluatieperiode 2002-2007, januari 2010.*
 - De WGBL is één keer geëvalueerd, zie: CGB, *WGBL, geen symboolwetgeving. Evaluatie van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (2004-2008)*. Utrecht: CGB, februari 2009.
 - De WGBH/CZ is eveneens één keer geëvalueerd, zie: CGB, *Zonder vallen en opstaan, Bevindingen van de Commissie Gelijke Behandeling over de werking van de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte in de praktijk*. Utrecht: CGB, november 2008.

als door externe onderzoekers. Mede daarom heeft de Commissie deze keer gekozen voor een evaluatie van beperkte omvang. Andere redenen voor een beperkte aanpak zijn de ontwikkelingen in 2010 rond het College voor de rechten van de mens, waarin de Commissie zal opgaan.³ Het College zal naar verwachting in 2011 officieel van start gaan. Met de komst van het College zal de huidige wetgeving worden aangepast en zal nieuwe wetgeving worden ingevoerd.

De bescheiden aanpak van de evaluatie komt met name tot uitdrukking in de reikwijdte ervan: het zwaartepunt ligt bij de verzoeken om een oordeel en de daarop uitgebrachte oordelen. Anders dan bij de tweede evaluatie van de AWGB zijn de effecten van de wet in brede zin (algemene sociale werking) niet onderzocht. Ook heeft de Commissie haar eigen werkwijze niet onder de loep genomen en is geen vergelijkend onderzoek gedaan naar rechterlijke uitspraken volgend op de procedure bij de Commissie. De Commissie beperkt zich, zoals gezegd, tot haar bevindingen in de praktijk.

Doordat de algemene sociale werking van de wet niet is onderzocht, kan uit het voorliggende rapport de indruk ontstaan dat de Commissie zich niet bewust is van de bredere werking van de wet. Niets is minder waar. De initiatieven genomen in het kader van het homo-emancipatiebeleid, bijvoorbeeld met betrekking tot het tegengaan van discriminatie op school, reiken verder dan de oordelen en adviezen van de Commissie. Ook hebben de onderzoeken over en politieke aandacht voor het afwijzen van sollicitanten met een niet-Nederlandse achtergrond een breed effect, naast de oordelen van de Commissie op dit terrein.

1.2 De centrale vraag

De vraag die centraal staat is: wat zijn de bevindingen van de Commissie ten aanzien van de werking van de AWGB in de praktijk over de periode van 1 september 2004 tot 31 augustus 2009.

Voor eventuele knelpunten die aan de effectiviteit en/of werkbaarheid van de wet in de weg staan, doet de Commissie in dit rapport aanbevelingen. Een overzicht van de aanbevelingen is opgenomen bij de samenvatting.

1.3 De uitvoerders

De wetgever heeft de evaluatie opgedragen aan de Commissie. De Commissie heeft de evaluatie grotendeels zelf uitgevoerd. Daarnaast hebben externe wetenschappers twee deelonderzoeken uitgevoerd naar onderwerpen waarmee de Commissie in de afgelopen evaluatieperiode verschillende keren werd geconfronteerd. Prof. mr. M.L.P. Loenen (Universiteit Utrecht) deed onderzoek naar het afwegingskader van de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten. Prof. mr. R. de Lange (Erasmus Universiteit Rotterdam) onderzocht de knelpunten in het gesloten stelsel van de AWGB. In hoofdstuk 7 en 8 reflecteert de Commissie op de onderzoeken. De onderzoeksrapporten zijn als bijlagen opgenomen bij dit rapport. De inhoud hiervan is volledig voor rekening van de schrijvers.

Ten behoeve van de transparantie van het onderzoek en om de onderzoeksbevindingen te spiegelen aan de ervaringen buiten de Commissie, is tevens een externe begeleidingscommissie ingesteld. De begeleidingscommissie heeft een begeleidende en adviserende rol gehad gedurende het hele proces. De begeleidingscommissie bestond uit: mr. S.M. Koelman, werkzaam bij het Ministerie van Binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties, drs. J.M.A. Mooren, vanuit haar ervaring bij de Stichting van de Arbeid, prof. mr. J.M. van Slooten, als hoogleraar verbonden aan de Universiteit van de Amsterdam en W. Ruygrok, werkzaam bij Equality.

3 Kamerstukken II, 2009/2010, 32467, nr. 2.





1.4 De opbouw van het rapport

Dit rapport is als volgt opgebouwd. Hoofdstuk 2 bevat feiten en cijfers over verzoeken om informatie en om oordelen, en over de uitgebrachte oordelen en adviezen. In hoofdstuk 3 worden de wetswijzigingen die in de evaluatieperiode van kracht werden en hun effecten besproken.⁴ Belangrijke wijzigingen waren de invoering van een verbod op onderscheid op grond van ras bij de sociale bescherming (artikel 7a AWGB) en de verruiming van de mogelijkheid tot het doen van onderzoek uit eigen beweging (artikel 12 AWGB). In hoofdstuk 4 wordt aandacht besteed aan de toegankelijkheid en effecten van de procedure bij de Commissie. Tot de effecten worden zowel positieve gevolgen – bijvoorbeeld schikkingen en compensatieregelingen – als negatieve gevolgen gerekend, in het bijzonder victimisatie van de verzoeker.

In hoofdstuk 5 wordt eerst aandacht besteed aan zogenoemde meervoudige discriminatie, een onderwerp dat hoog op nationale, Europese en internationale agenda's staat. In de andere twee paragrafen worden achtereenvolgens besproken de terugkeer in de eigen functie na zwangerschap en de mogelijkheid voor – bijvoorbeeld – werkgever en werknemer om samen een verzoek in te dienen. In hoofdstuk 6 wordt uitgebreid stilgestaan bij een onderwerp dat door de jaren heen de gemoederen bij tijd en wijle hevig bezighoudt: voorkeursbeleid en positieve actie. De nadruk in dit onderdeel van de evaluatie ligt op de vraag hoe de oplevende belangstelling voor mogelijkheden om quota te hanteren en diversiteitsbeleid te formuleren zich verhoudt tot de doelstellingen van het nationale en Europese (gelijkebehandelings)recht, en of de gelijkebehandelingswetgeving in dit opzicht voldoet aan de maatschappelijke behoeften. In de laatste twee hoofdstukken bespreekt en reflecteert de Commissie op de onderzoeken van prof. mr. M.L.P. Loenen en prof. mr. R. de Lange.

2. Feiten & cijfers

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk geeft een cijfermatig beeld van de kwesties die in de evaluatieperiode aan de Commissie werden voorgelegd. Om vergelijking met de vorige jaren te vergemakkelijken is voor de evaluatieperiode aangesloten bij de vorige evaluaties: het tijdvak waarover de cijfers worden gepresenteerd (1 januari 2005 - 31 december 2009) valt daarom niet helemaal samen met de wettelijke evaluatieperiode (1 september 2004 - 31 augustus 2009).

Om dezelfde reden is dit hoofdstuk niet beperkt tot gegevens over de AWGB, de WGB en de artikelen 7:646 en 7:647 BW, maar zijn ook cijfers over andere gelijkebehandelingswetten, te weten de WOA, de WOBOT, de WGBH/CZ en de WGBL, meegenomen. Laatstgenoemde wetten worden overigens ook apart periodiek geëvalueerd.⁵

De cijfers in dit hoofdstuk zijn slechts in beperkte mate vergeleken met de gegevens van de vorige evaluatieperiode. Een systematische vergelijking is vooral bemoeilijkt doordat we voor de huidige evaluatie over veel meer, en meer verfijnde gegevens beschikken dan bij de vorige evaluatie. Hierdoor is een analyse van de cijfers in historisch perspectief niet goed mogelijk.

Veruit de meeste vragen worden gesteld via het telefonisch en per mail dagelijks bereikbare 'juridisch spreekuur'. Daarnaast ontvangt de Commissie verzoeken om oordelen over eigen of andermans handelen, en verzoeken om advies.

2.2 Vragen via telefoon en e-mail

Mensen die zich gediscrimineerd voelen, maar ook bijvoorbeeld werkgevers en (rechts)hulpverleners, kunnen hun vragen kosteloos aan de Commissie voorleggen via de mail of het telefonisch

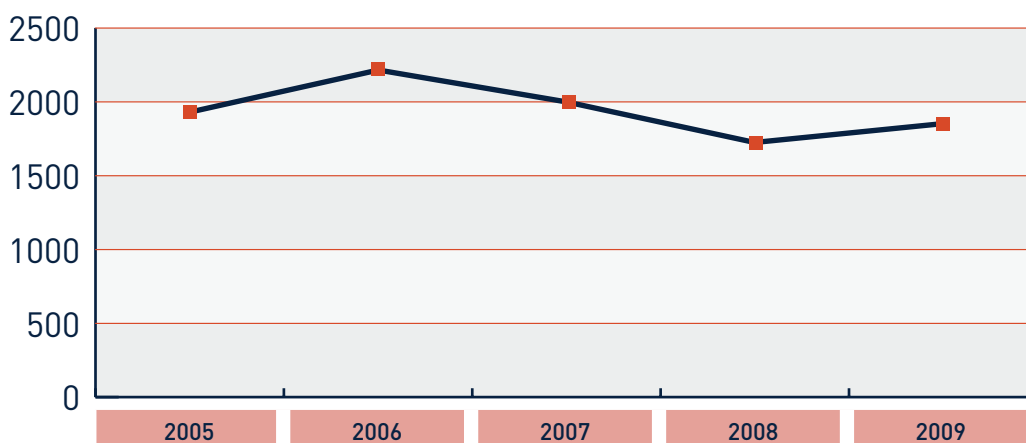
⁴ Kamerstukken II, 2009/2010, 32467, nr. 2.

⁵ Zie voetnoot 2.

spreekuur. Vaak heeft de vragensteller voldoende aan het antwoord of de doorverwijzing (bijvoorbeeld naar een Anti Discriminatie Voorziening (ADV)). Soms leidt het contact tot een verzoek om een oordeel.

In de verslagperiode registreerde de Commissie een kleine 10.000 vragen, gemiddeld 2.000 vragen per jaar. Dat is bijna een verdubbeling ten opzichte van de eerste tien jaar, toen het jaarlijks gemiddelde op ruim 1.000 lag. Overigens schommelde het aantal vragen per jaar in de afgelopen vijf jaar aanzienlijk (figuur 1). Een duidelijke opgaande lijn tekent zich af tot begin 2006 – die overigens reeds is ingezet vanaf 2002 – waarna een daling inzet die vanaf 2008 weer stabiliseert.

Figuur 1: Aantal vragen juridisch spreekuur per jaar, periode 2005-2009



Van ongeveer een derde (31%) van de vragen die via het juridisch spreekuur werden voorgelegd, is geen grond of terrein bekend. Dit betreft vragen van algemene aard, vragen waarvan de achtergrond niet is toegelicht, of vragen die buiten de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving vallen.

Gronden

De meeste vragen die via het juridisch spreekuur werden voorgelegd, hadden betrekking op de grond leeftijd (21%), gevolgd door handicap/chronische ziekte, geslacht (beide 11%) en ras (7%) (tabel 1). Het aandeel vragen over leeftijd nam in de afgelopen vijf jaar wel aanzienlijk af van 27 procent in 2005 naar 14 procent in 2009. Het aantal vragen over godsdienst en handicap/chronische ziekte nam daarentegen toe. Dit komt in grote lijnen overeen met de gronden waarop de verzoeken om een oordeel betrekking hadden (tabel 3).

De toename van vragen over handicap/chronische ziekte werd deels veroorzaakt door de uitbreiding van de werkingssfeer van de wet naar primair en voortgezet onderwijs. Vragen in dit verband hadden niet alleen betrekking op fysieke toegankelijkheid, maar ook op toegankelijkheid in ruimere zin (onderwijsmateriaal, examens, aannamebeleid, begeleiding en dergelijke). Veel vragen over godsdienst hadden betrekking op kledingvoorschriften, in het bijzonder op het



dragen van een hoofddoek op het werk en op school. Ook gingen veel 'godsdienstvragen' over de vraag of organisaties op bijzondere christelijke grondslag – waarvan ons land er vele kent – sollicitanten mogen weigeren die geen, of een andere geloofsovertuiging aanhangen (en deze soms ook zichtbaar uitdragen).

Tabel 1: Vragen naar grond, periode 2005-2009

	2005		2006		2007		2008		2009		Totaal	
	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%
Geslacht	230	12	169	8	255	13	217	12	196	11	1067	11
Ras	120	6	105	5	163	8	131	7	127	7	646	7
Nationaliteit	22	1	44	2	44	2	64	4	44	2	218	2
Godsdienst	83	4	118	5	106	5	87	5	120	7	514	5
Seksuele gerichtheid	24	1	21	1	28	1	22	1	15	1	110	1
Burgerlijke staat	26	1	39	2	24	1	29	2	29	2	147	2
Politieke overtuiging	1	0	7	0	2	0	2	0	5	0	17	0
Levensovertuiging	3	0	1	0	4	0	2	0	2	0	12	0
Arbeidsduur	71	4	61	3	57	3	47	3	32	2	268	3
Vaste /tijdelijke arbeidscontracten	31	2	29	1	32	2	17	1	20	1	129	1
Handicap/chronische ziekte	129	7	184	8	224	11	205	12	291	16	1033	11
Leeftijd	529	27	533	24	402	20	289	16	258	14	2011	21
Meerdere gronden	109	6	82	4	121	6	139	8	131	7	582	6
Geen gelijke behandelingsgrond/grond onbekend	578	30	800	36	533	27	501	29	557	30	2969	31
Totaal aantal vragen	1956	100	2193	100	1995	100	1752	100	1827	100	9723	100

Tabel 2: Vragen naar terrein, periode 2005-2009 ⁶

Terreinen	2005		2006		2007		2008		2009		Totaal	
	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%
Geslacht	222	11	293	13	284	14	220	13	195	11	1214	12
Ras	53	3	46	2	46	2	28	2	45	2	218	2
Nationaliteit	163	8	137	6	97	5	78	4	129	7	604	6
Godsdienst	586	30	641	29	649	33	489	28	410	22	2775	29
Seksuele gerichtheid	12	1	6	0	4	0	9	1	1	0	32	0
Burgerlijke staat	335	17	413	19	405	20	393	22	434	24	1980	20
Politieke overtuiging	44	2	58	3	76	4	76	4	50	3	304	3
Arbeidsduur	541	28	599	27	434	22	459	26	563	31	2596	27
Totaal aantal vragen	1956	100	2193	100	1995	100	1752	100	1827	100	9723	100

Terreinen

De helft van alle vragen die via het juridisch spreekuur werden voorgelegd, had betrekking op het terrein van de arbeid (tabel 2). De meeste daarvan gingen over arbeidsvoorwaarden (29% van alle voorgelegde vragen). Een vijfde van de vragen had betrekking op het aanbod van en de toegang tot goederen en diensten. In de evaluatieperiode nam het aandeel vragen over arbeid wel af van 53 % in 2005 naar 42 % in 2009, terwijl het aandeel vragen over goederen en diensten juist toenam van 17 % in 2005 naar 24 % in 2009.

2.3 Verzoeken en afdoeningen

De Commissie ontving in de afgelopen vijf jaar in totaal 2.735 verzoeken om een oordeel. Dat is ongeveer evenveel als in de eerste tien jaar samen, toen in totaal 2.841 verzoeken werden ingediend. Na 2006 nam de instroom weer wat af. De meeste verzoeken hadden betrekking op de grond leeftijd (22%), gevolgd door geslacht en ras (respectievelijk 16% en 14%), zie tabel 3. In de vorige evaluatieperiode, toen de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) net in werking was getreden, stond de grond geslacht nog bovenaan bij de verzoeken, op enige afstand (van 10%) gevolgd door de grond ras. In de huidige evaluatieperiode zijn de percentages van deze twee gronden nagenoeg gelijk en ligt het totale aantal 'ras-verzoeken' zelfs iets hoger dan het aantal 'geslacht-verzoeken' (resp. 417 en 407). De afname van de instroom vanaf 2007 is grotendeels toe te schrijven aan de grond leeftijd: het aantal vragen daarover halveerde. Een mogelijke verklaring voor deze afname is dat er intussen op onderdelen voldoende duidelijkheid is gekomen, onder meer door oordelen en adviezen van de Commissie. Het aantal verzoeken met betrekking tot de grond handicap/chronische ziekte nam toe. De andere gronden laten geen eenduidige trend zien.

⁶ Het aantal verzoeken om informatie dat betrekking had op sociale bescherming, is niet afzonderlijk in de tabel opgenomen, omdat hierover geen nauwkeurige gegevens beschikbaar zijn.



**Tabel 3: Verzoeken om een oordeel naar grond, periode 2005-2009**

Gronden	2005		2006		2007		2008		2009		Totaal	
	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%
Geslacht	108	17	83	12	86	17	54	13	76	16	407	15
Ras	78	13	105	15	96	19	72	17	66	14	417	15
Nationaliteit	20	3	20	3	17	3	26	6	39	8	122	4
Godsdienst	29	5	56	8	40	8	33	8	28	6	186	7
Seksuele gerichtheid	15	2	4	1	10	2	7	2	12	3	48	2
Burgerlijke staat	20	3	14	2	6	1	9	2	11	2	60	2
Politieke overtuiging	0	0	2	0	3	1	5	1	4	1	14	1
Levensovertuiging	1	0	3	0	0	0	0	0	0	0	4	0
Arbeidsduur	12	2	22	3	17	3	10	2	10	2	71	3
Vaste/Tijdelijke arbeidscontracten	14	2	16	2	6	1	8	2	3	1	47	2
Handicap/Chronische ziekte	65	10	89	13	69	13	50	12	81	17	354	13
Leeftijd	208	33	219	32	134	26	106	25	105	22	772	28
Geen CGB-grond	51	8	61	9	31	6	52	12	38	8	233	9
Totaal	621	100	694	100	515	100	432	100	473	100	2735	100

Van alle verzoeken had 65 % betrekking op het terrein van de arbeid, maar dat aandeel loopt zowel in absolute als relatieve zin iets terug (tabel 4). Het aantal verzoeken op het terrein van goederen en diensten en onderwijs steeg daarentegen.

Tabel 4: Instroom verzoeken naar terrein, periode 2005- 2009

Gronden	2005		2006		2007		2008		2009		Totaal	
	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%
Arbeid	108	17	83	12	86	17	54	13	76	16	407	15
Leveren van en toegang tot goederen en diensten	78	13	105	15	96	19	72	17	66	14	417	15
Onderwijs	20	3	20	3	17	3	26	6	39	8	122	4
Sociale Bescherming	29	5	56	8	40	8	33	8	28	6	186	7
Geen CGB-terrein	15	2	4	1	10	2	7	2	12	3	48	2
Totaal	621	100	694	100	515	100	432	100	473	100	2735	100

Lang niet elk verzoek om een oordeel leidt tot een oordeel. In de afgelopen vijf jaar werd in 61% van de voorgelegde kwesties geen oordeel uitgesproken (tabel 5). Redenen daarvoor kunnen bijvoorbeeld de onbevoegdheid van de Commissie of het ontbreken van belang bij de verzoeker zijn. Een voorbeeld van dit laatste is als iemand klaagt over voorkeursbeleid van een bedrijf, zonder dat hij zelf van plan is daar te solliciteren, waardoor hij dus ook niet zelf 'last' zal onder-

vinden van dat beleid.⁷ Ook kan een verzoeker, lopende de procedure, besluiten te stoppen, omdat een schikking is getroffen (7%) of om andere redenen, zoals het vinden van een nieuwe baan, toenemende twijfel over slagingskansen vanwege bewijsnood, of omdat de procedure als te belastend wordt ervaren (eveneens 7%). Ten slotte is er een aanzienlijke groep verzoekers (22%) die, nadat hun verzoek in behandeling is genomen, gewoon 'verdwijnt'. Deze verzoekers laten niets meer van zich horen. Dergelijke dossiers worden na een of meer rappelbrieven gesloten en worden als 'gesloten' afgedaan.

Het aandeel verzoeken dat tot een oordeel leidde (39%) daalde in de afgelopen vijf jaar ten opzichte van de tien jaar daarvoor, toen nog gemiddeld 46 procent van de verzoeken tot een oordeel leidde. In de evaluatieperiode zette de daling zich voort en daalde het aantal verder van 47 % in 2005 naar 32 % in 2009. Deze daling kan in ieder geval deels worden verklaard doordat de Commissie in de afgelopen periode steeds nadrukkelijker is gaan kijken naar de mogelijkheden en wenselijkheid van alternatieve oplossingen voor voorgelegde kwesties, waaronder mediation, in plaats van het opstarten van de procedure die leidt tot een oordeel.

In de evaluatieperiode sprak de Commissie in totaal 1064 oordelen uit. Het aantal per jaar uitgesproken oordelen was het hoogst in 2006 (267), en daalde daarna tot 120 in 2009. Hiervoor is geen eenduidige verklaring.

Tabel 5: Afdoening van verzoeken, periode 2005-2009

	2005		2006		2007		2008		2009		Totaal	
	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%
<i>Afdoening</i>												
Oordeel	235	44%	267	39%	230	36%	147	33%	120	30%	999	37%
Oordeel eigen handelen	16	3%	15	2%	17	3%	8	2%	9	2%	65	2%
Geslaagde mediation	4	1%	9	1%	10	2%	7	2%	5	1%	35	1%
Kennelijk Ongegrond	112	21%	170	25%	131	21%	111	25%	96	24%	620	23%
Ingetrokken na schikking	30	6%	45	7%	47	7%	27	6%	35	9%	184	7%
Ingetrokken, overig	23	4%	67	10%	84	13%	8	2%	18	5%	200	7%
Gesloten	113	21%	107	16%	120	19%	136	31%	114	29%	590	22%
Totaal	533	100	680	100	639	100	444	100	397	100	2693	100

In de evaluatieperiode sprak de Commissie 65 oordelen uit naar aanleiding van een verzoek om een oordeel over 'eigen handelen'. De meeste van dergelijke verzoeken dienen werkgevers in die willen weten of hun (voorgenomen) beleid in overeenstemming is met de gelijkebehandelingswetgeving. Uit het oogpunt van effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving zijn dergelijke verzoeken uiteraard toe te juichen, omdat op deze manier conflicten en individuele procedures worden voorkomen (zie ook hoofdstuk 4).

Het percentage verzoeken dat resulteert in een oordeel verschilt per grond (tabel 6). Verzoeken over onderscheid op grond van geslacht leidden bijvoorbeeld in 55 % van de gevallen tot een oordeel, terwijl slechts 37 % van de verzoeken over de grond handicap/chronische ziekte tot een oordeel leidde. Dit laatste verschil wordt grotendeels verklaard doordat verzoeken daarover betrekking hadden op openbaar vervoer, het aanbieden van goederen of diensten, of het primair onderwijs. Het openbaar vervoer en het aanbieden van goederen en diensten, met uitzondering van het primair en voortgezet onderwijs dat sinds 1 augustus 2009 onder de reikwijdte van de

7 Zie ook hoofdstuk 4 over kennelijk ongegrond zaken.



Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) valt, vallen niet binnen de reikwijdte van de WGBH/CZ. Deze verzoeken worden zonder oordeel afgedaan. Daar komt bij dat verzoeken over de grond handicap/chronische ziekte relatief vaak leiden tot een geslaagde mediation; in dat geval volgt evenmin een oordeel.

Veruit de meeste afgehandelde verzoeken waren afkomstig van individuele personen (91%).

In de daaraan voorafgaande tien jaar was dat percentage lager (82%). De resterende verzoeken

Tabel 6: Afgehandelde verzoeken om een oordeel naar grond, periode 2005-2009

	(Stan- daard) oordeel		Geslaagde mediation		Ingetrok- ken (na schikking)		Kennelijk onge- grond		Sluiting		Totaal	
	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%
Geslacht	156	55%	3	1%	49	17%	24	8%	53	19%	285	100%
Ras	120	41%	6	2%	33	11%	51	18%	81	28%	291	100%
Nationaliteit	23	22%	0	0%	17	17%	24	23%	39	38%	103	100%
Godsdienst	79	55%	1	1%	19	13%	7	5%	38	26%	144	100%
Seksuele gerichtheid	13	38%	0	0%	4	12%	11	32%	6	18%	34	100%
Burgerlijke staat	14	30%	0	0%	4	9%	16	35%	12	26%	46	100%
Politieke overtuiging	1	13%	0	0%	1	13%	4	50%	2	25%	8	100%
Levensovertuiging	1	17%	0	0%	0	0%	4	67%	1	17%	6	100%
Arbeidsduur	27	40%	1	1%	15	22%	6	9%	18	27%	67	100%
Vaste/Tijdelijke arbeidscontracten	20	47%	0	0%	7	16%	8	19%	8	19%	43	100%
Handicap/Chronische ziekte	113	37%	9	3%	66	21%	69	22%	51	17%	308	100%
Leeftijd	339	46%	6	1%	109	15%	127	17%	153	21%	734	100%
Meerdere gronden	157	57%	5	2%	22	8%	30	11%	60	22%	274	100%
Geen CGB-grond	1	0%	4	1%	26	8%	239	71%	68	20%	338	100%
Totaal	1064	40%	35	1%	372	14%	620	23%	590	22%	2681	100%

waren ingediend door rechtspersonen, zoals ADV's en werkgevers.

Van de individuele verzoekers voert 80 % hun procedure zelf, zonder bijstand. Van de 20 % die wel wordt bijgestaan, is dat in 6 % van de gevallen door een advocaat en in 5 % van de gevallen door een ADV. Het merendeel van de verzoekers is man (59%), maar de man/vrouw-verhouding verschilt per grond. Bij de afgehandelde verzoeken over onderscheid op grond van geslacht, arbeidsduur en godsdienst was een meerderheid van de verzoekers vrouw. Mannen dienden relatief vaak een verzoek in over onderscheid op grond van leeftijd, ras en nationaliteit. In de evaluatieperiode werden zes oordelen gegeven in zaken die waren ingediend door transgenders.

Tabel 7: Oordelen per type verzoeker, periode 2005-2009

Verzoeker; natuurlijke persoon of rechtspersoon						
	jaar uitstroom					Totaal
	2005	2006	2007	2008	2009	
Natuurlijke persoon	484	633	581	395	367	2460
	91%	93%	91%	89%	92%	91%
Rechtspersoon	49	48	58	49	31	235
	9%	7%	9%	11%	8%	9%
	533	681	639	444	398	2695
	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Tabel 8: Oordelen naar terrein/ grond, periode 2005-2009

	Werving en selectie	Aangaan arbeidsverhouding	Beëindiging arbeidsverhouding	Arbeidsvoorwaarden	Arbeid overig	Goederen en diensten	Overig	Meerdere terreinen per oordeel	Geen terrein bekend	Totaal
Geslacht	23	16	19	34	15	26	4	17	2	156
Ras	19	5	7	9	19	34	8	19	1	121
Nationaliteit	2	2	0	1	0	17	1	0	0	23
Godsdienst	22	6	5	8	9	23	3	3	0	79
Seksuele gerichtheid	0	0	1	1	1	6	1	2	1	13
Burgerlijke staat	1	0	1	6	1	5	0	0	0	14
Politieke overtuiging	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1
Levensovertuiging	1	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Arbeidsduur	0	0	2	22	3	0	0	0	0	27
Vaste/ tijdelijke contracten	0	0	2	16	0	0	0	2	0	20
Handicap/ Chronische ziekte	19	8	18	14	13	29	2	10	0	113
Leeftijd	126	8	53	91	30	21	1	9	0	339
Meerdere gronden per zaak	43	1	9	33	12	32	10	15	2	157
Totaal	256	46	117	235	103	194	30	77	6	1064

Bleef het percentage uitgebrachte oordelen over de grond ras in de vorige evaluatieperiode nog met de helft achter bij het percentage oordelen over de grond geslacht (respectievelijk 22% en 44%), deze percentages zijn in de huidige evaluatieperiode veel dichter bij elkaar komen te liggen (respectievelijk 41% en 55%). Wel ligt de grond ras met betrekking tot het aantal intrekkingen en het aantal verzoeken dat 'kennelijk ongegrond' is nog fors voor op de grond geslacht. Als men de 'nieuwe' gronden leeftijd en handicap/chronische ziekte (inwerking getreden op respectievelijk 1 mei 2004 en 1 december 2003) niet meerekent, is de rangorde tussen de 'hoogst scorende'





gronden waarop een verzoek werd ingediend nagenoeg gelijk gebleven sinds de vorige evaluatie: na geslacht en ras, volgt ook nu weer, op enige afstand, de grond godsdienst. Met de 'nieuwe' gronden leeftijd (op 1) en handicap (op 4) is het aan de top wel meer dringen geworden.

In 51 % van de 1.064 oordelen die in de evaluatieperiode werden uitgesproken, concludeerde de Commissie op ten minste één onderdeel van de klacht tot verboden onderscheid of strijd met de wet (tabel 9).

Tabel 9: Verzoeken afgedaan als oordeel, naar dictum en grond, periode 2005-2009

	In minstens één dictum verboden onderscheid of strijd met de wet		Geen verboden onderscheid/ strijd met de wet		Totaal	
	abs.	%	abs.	%	abs.	%
Geslacht	92	59	64	41	156	100
Ras	44	37	76	63	120	100
Nationaliteit	15	65	8	35	23	100
Godsdienst	46	58	33	42	79	100
Seksuele gerichtheid	7	54	6	46	13	100
Burgerlijke staat	3	21	11	79	14	100
Politieke overtuiging	0	0	1	100	1	100
Levensovertuiging	1	100	0	0	1	100
Arbeidsduur	19	70	8	30	27	100
Vaste/Tijdelijke arbeidscontracten	12	60	8	40	20	100
Handicap/Chronische ziekte	56	50	57	50	113	100
Leeftijd	181	53	158	47	339	100
Meerdere gronden	69	44	88	56	157	100
Geen CGB-grond	0	0	1	100	1	100
Totaal	545	51	519	49	1064	100

Voor sommige gronden, in het bijzonder ten aanzien van de grond ras, is het percentage oordelen waarin tot verboden onderscheid of strijd met de wet werd geconcludeerd, opvallend laag (37%) in vergelijking met andere gronden (bijvoorbeeld geslacht 59% of godsdienst 58%). Het is niet precies duidelijk wat de oorzaak hiervan is. Bewijsrechtelijke problemen lijken zich relatief vaak voor te doen in rassendiscrimatiekwesities. De situaties waarover wordt geklaagd zijn geregeld weinig concreet. Het is vaak moeilijk om feiten aan te voeren die kunnen doen vermoeden dat de gebeurtenissen die als discriminerend zijn ervaren, voortkwamen uit rassendiscriminatie. Dat is alleen anders als bijvoorbeeld openlijk racistische opmerkingen zijn gemaakt. Dat laatste komt, althans in de kwesities die aan de Commissie worden voorgelegd, maar heel weinig voor, mogelijk omdat rassendiscriminatie zo gevoelig ligt. Naar de ervaring van de Commissie zijn degenen die van rassendiscriminatie worden beschuldigd, in de regel niet geneigd te erkennen dat zij überhaupt onderscheid hebben gemaakt (los van de vraag of het onderscheid verboden is). Vermoedelijk heeft dit te maken met het taboe dat op rassendiscriminatie rust. Vanuit het oogpunt van bescherming tegen rassendiscriminatie is dit een onbevredigende situatie. De Commissie heeft daarom in 2007 een intern onderzoek gedaan op basis waarvan aandachtspunten zijn geformuleerd. Aan de hand van deze punten kunnen op de zitting vragen worden gesteld waardoor

relevante feiten naar voren komen (zoals meer aandacht voor de context als factor die kan bepalen of een incident als discriminatie kan worden aangemerkt). Helaas heeft dit tot op heden niet geleid tot een merkbare verbetering van de situatie.

2.4 Per saldo

In de laatste vijf jaar zijn ongeveer evenveel vragen gesteld en verzoeken ingediend als in de tien jaar daarvoor. De laatste jaren neemt het aantal verzoeken wel af. De aanvankelijke toename in de eerste jaren van de evaluatieperiode en de latere afname hangen waarschijnlijk samen met de invoering van de WGBL in 2004 en van de WGBH/CZ eind 2003 (toen meteen al sprake was van een sterke stijging van het aantal vragen en verzoeken over die gronden).

Niettemin was ook in 2009 leeftijd de grond waarover de meeste verzoeken werden ingediend. Het aantal vragen en verzoeken met betrekking tot de gronden godsdienst en handicap/chronische ziekte nam toe. Bij de overige gronden is geen duidelijke trend waarneembaar.

In de helft van alle oordelen werd ten aanzien van ten minste één onderdeel van de klacht geoordeeld dat sprake was van verboden onderscheid of strijd met de wet.

3. Nieuwe wettelijke bepalingen

In – of vlak voor – de evaluatieperiode is de gelijkebehandelingswetgeving op verschillende onderdelen aangevuld of gewijzigd, deels ter implementatie van Europese richtlijnen⁸, deels naar aanleiding van de vorige AWGB-evaluatie.⁹ De inwerkingtreding van de zogenoemde Herschikingsrichtlijn heeft geen aanleiding gegeven tot wijzigingen.¹⁰ De belangrijkste aanvulling was de toevoeging van een nieuw artikel 7a aan de AWGB (paragraaf 3.1), en de uitbreiding van de mogelijkheid tot het doen van onderzoek uit eigen beweging (paragraaf 3.2). Daarnaast zijn bepalingen toegevoegd over lidmaatschap van werkgevers- en werknemersverenigingen (zie paragraaf 3.3.2) en met betrekking tot verschillende vormen van victimisatie (zie paragraaf 3.3.1). De overige wijzigingen en aanvullingen bestonden uit explicitering van normen die in de praktijk al op die manier werden geïnterpreteerd en toegepast (zie paragraaf 3.3.3 t/m 3.3.6).

3.1 Artikel 7a AWGB: sociale bescherming

Een belangrijke uitbreiding van de AWGB was de toevoeging van een nieuw artikel 7a, ter implementatie van artikel 3, eerste lid, onderdelen e en f van de zogenoemde 'Rasrichtlijn', EG-Richtlijn 2000/43 van 29 juni 2000.¹¹ Artikel 7a AWGB trad op 1 april 2004 in werking.

Artikel 3 Rasrichtlijn luidt, voor zover van belang:

1. Binnen de grenzen van de aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden is deze richtlijn, zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot:
 - e. sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg;
 - f. sociale voordelen.

8 EG-implementatiewet AWGB van 21 februari 2004 ter uitvoering van richtlijn 2000/43/EG en richtlijn 2000/78/EG, Stb. 2004, 120; Wet van 5 oktober 2006 ter uitvoering van Richtlijn 2002/73/EG, Stb. 2006, 469; Wet van 21 juli 2007 ter uitvoering van richtlijn 2004/113/EG, Stb. 2007, 321.

9 Evaluatiewet AWGB van 15 september 2005, Stb. 2005, 529; en naar aanleiding van de evaluatie van het Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn: besluit van 23 maart 2004, Stb. 2004, 163, en Besluit van 18 oktober 2005, Stb. 2005, 529.

10 Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking).

11 Stb. 2004, 119.





Artikel 7a AWGB bepaalt:

1. Onverminderd artikel 7 is onderscheid op grond van ras verboden bij sociale bescherming, daaronder begrepen sociale zekerheid, en sociale voordelen.
2. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen de begrippen sociale bescherming, sociale zekerheid en sociale voordelen, bedoeld in het eerste lid, worden omschreven. De voordracht voor een krachtens de eerste volzin vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd.

Feiten en cijfers

In de evaluatieperiode heeft de Commissie negentien oordelen uitgesproken waarin artikel 7a AWGB aan de orde was.¹² In drie zaken concludeerde de Commissie dat artikel 7a AWGB niet van toepassing was.

Buiten de reikwijdte van het begrip sociale bescherming vielen volgens de Commissie (besluiten over) de verstrekking van vakbekwaamheidsverklaringen (oordelen 2004-70, 2005-15) en van horecavergunningen (oordeel 2007-12).

Vijf van de aan de Commissie voorgelegde verzoeken hadden betrekking op besluiten in individuele situaties. Hieronder vallen zowel besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), bijvoorbeeld betrekking hebbend op een AWBZ-indicatie (oordeel 2007-43), als bejegeningsskwesties (oordeel 2006-109). In één zaak (resultierend in de oordelen 2009-112 en 2009-113) meenden de verzoekers dat sprake was van specifiek op Roma gericht uitkeringsbeleid, terwijl dat niet aan de orde bleek te zijn. Een andere verzoeker meende dat de door hem ondervonden strenge behandeling door een vestiging van het Centrum voor Werk en Inkomen (CWI) met betrekking tot zijn aanvraag van een uitkering op hem persoonlijk was gericht, terwijl het ging om een algemeen verschil in aanpak door verschillende vestigingen van het CWI, (oordeel 2007-91). In alle andere gevallen waren de bezwaren gericht tegen de gevolgen voor individuen van algemeen beleid, zoals de specifiek op bijstandsgerechtigden van Somalische afkomst gerichte heronderzoeken (oordelen 2006-257 en 2006-258), of tegen de inhoud van een wettelijke regeling of bepaling, zoals het hanteren van een ingezetenenvereiste in de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten (Wajong) (oordeel 2008-122).

Toetsing

In zes van de twaalf gevallen waarin de Commissie zich bevoegd verklaarde om het verzoek te beoordelen, concludeerde de Commissie tot verboden onderscheid. In één zaak was sprake van verboden direct onderscheid (oordeel 2006-257). In vijf gevallen toetste de Commissie of het door haar geconstateerde indirecte onderscheid objectief gerechtvaardigd was.¹³ Alleen het hanteren van het criterium 'lokaal levenspeil' voor het vaststellen van de hoogte van een uitkering voor vervolgingsslachtoffers uit voormalig Nederlands-Indië, was volgens de Commissie niet objectief gerechtvaardigd.¹⁴

Het bijzondere van het toetsen van eenzijdig overheidshandelen is gelegen in de taakafbakening tussen wetgever en rechtsprekende instantie. Het is aan de wetgever en het bestuur om politieke en bestuurlijke keuzes te maken. Rechtsprekende instanties horen zich daar niet in te mengen. Hoewel eenzijdig overheidshandelen, zoals het verstrekken van uitkeringen, het toekennen van subsidies en het vaststellen van belastingaanslagen, niet met zoveel woorden wordt uitgezonderd

12 2004-70; 2005-70, 2005-151, 2005-225; 2006-109, 2006-127, 2006-206, 2006-222, 2006-257 en 258; 2007-4, 2007-12, 2007-43, 2007-91, 2007-152; 2008-107, 2008-122; 2009-112 en 113.

13 Oordelen 2006-206, 2006-222, 2007-4, 2007-91 en 2007-152.

14 De lagere uitkering werd namelijk alleen toegekend aan uitkeringsgerechtigden die in Indonesië waren vervolgd, niet de Nederlandse nationaliteit hadden én op een bepaalde datum niet in Nederland woonden.

in de AWGB, heeft de wetgever daarvoor bij de totstandkoming van de AWGB wel nadrukkelijk gekozen. De Commissie heeft daarbij in haar interpretatie van de wet altijd aangesloten. Met de invoering van artikel 7a AWGB is eenzijdig overheidshandelen, zij het op het specifieke terrein van de 'sociale bescherming' en alleen met betrekking tot de grond ras, alsnog nadrukkelijk binnen de reikwijdte van de AWGB gebracht. Dat riep in de afgelopen jaren met name vragen op over hoe strikt moest worden getoetst in het geval van indirecte onderscheid (oordeel 2006-22) en over de (on)wenselijkheid van een inhoudelijke beoordeling van wettelijke regelingen en bepalingen (oordeel 2007-4).

In de afgelopen vijf jaar is, zoals gezegd, in vijf zaken getoetst of het indirecte onderscheid objectief gerechtvaardigd was. De Commissie heeft in enkele oordelen (bijvoorbeeld oordelen 2006-222 en 2007-4) de door haar toegepaste toets in wat algemenere termen toegelicht. Uitgangspunt is dat politieke keuzes in beginsel niet worden getoetst aan de gelijkebehandelingswetgeving. Die politieke vrijheid wordt echter begrensd door het VN-Rassendiscriminatieverdrag dat heel weinig ruimte laat voor het maken van onderscheid op grond van ras, al dan niet direct. Dat verklaart waarom overheidshandelen waarbij gebruik wordt gemaakt van een eenduidige maatstaf (bijvoorbeeld oordeel 2006-222) sneller objectief gerechtvaardigd wordt geacht dan situaties waarin verschillende criteria worden gehanteerd (zoals in oordeel 2007-152). Opmerking verdient nog dat de Commissie in oordeel 2007-152 de verzoeker met haar klacht gericht tegen de Pensioen- en Uitkeringsraad niet-ontvankelijk verklaarde omdat deze raad, als uitvoerder van de Wet uitkering vervolgingslachtoffers (Wuv), geen beleidsvrijheid heeft bij het bepalen van de grondslag waarop de uitkering moet worden berekend.

Op grond van de aan haar voorgelegde vragen concludeert de Commissie dat de afbakening van artikel 7a AWGB ten opzichte van artikel 7 AWGB weinig tot geen problemen heeft opgeleverd (vergelijk oordeel 2006-222, in het bijzonder overweging 3.9).

Het ontbreken van een gedetailleerde inkleuring van de begrippen sociale bescherming en sociale voordelen heeft vooralsnog evenmin tot problemen geleid.

Een punt dat niet ter sprake kwam bij de totstandkoming van de wetwijziging maar in de praktijk wel vragen blijkt op te roepen, is de verhouding tussen de gronden ras en nationaliteit. Overweging 13 van de preambule van de Rasrichtlijn stelt nadrukkelijk dat ook indirecte discriminatie op grond van ras verboden is, maar merkt tegelijkertijd op dat het verbod niet van toepassing is op verschillen in behandeling op grond van nationaliteit. Veel regelingen op het terrein van sociale bescherming maken echter geen direct onderscheid naar (staatkundige) nationaliteit, maar hanteren andere criteria die vaak zowel indirect onderscheid op grond van ras als nationaliteit opleveren, zoals bij het hanteren van een ingezetenenvereiste (vergelijk oordeel 2008-122).

3.2 Verruiming mogelijkheid onderzoek uit eigen beweging

De Commissie is bevoegd om op eigen initiatief onderzoek te doen naar verboden onderscheid in organisaties wanneer het vermoeden bestaat dat daarvan stelselmatig sprake is (artikel 12 AWGB). Tot 2005 was vereist dat een dergelijk onderzoek sectorbreed werd uitgevoerd, om afzonderlijke organisaties te beschermen tegen reacties op incidenten en tegen willekeur. In 2005 werd die beperking geschrapt. Daardoor kreeg de Commissie de mogelijkheid om onderzoek naar stelselmatig onderscheid te beperken tot één of meer bedrijven of instellingen uit een bepaalde sector.

Behalve de vrees dat één of enkele organisaties geconfronteerd zouden kunnen worden met een onderzoek uit eigen beweging naar aanleiding van een enkel incident, bestonden in het parlement ook aarzelingen in verband met mogelijke verstrengeling van 'opsporende' en 'rechtsprekende' taken van de Commissie en de daarmee gepaard gaande risico's voor haar onafhankelijkheid. Ook werd getwijfeld aan de noodzakelijkheid van deze uitbreiding van bevoegdheid (Kamerstukken II, 2003-2004, 29 311, nr. 7).





De Commissie zelf had op de wetswijziging aangedrongen, omdat ervaring had geleerd dat het vereiste van sectorbreed onderzoek een barrière kan zijn, met name door de aanzienlijke financiële en personele middelen die met dergelijk grootscheeps onderzoek gemoeid kunnen gaan.¹⁵

In de evaluatieperiode heeft de Commissie twee onderzoeken uit eigen beweging afgerond, één naar onderscheid bij het verstrekken van hypotheekleningen (*Risicoselectie op grond van postcode en verblijfsstatus; een onderzoek uit eigen beweging naar onderscheid door hypothecaire financiers*, december 2006) en een onderzoek naar rassendiscriminatie op een hogeschool (*Discriminatie? Op zoek naar onderliggende mechanismen. Een onderzoek uit eigen beweging naar stelselmatig onderscheid bij de Haagse Hogeschool*, 14 mei 2009). In 2008 is de Commissie een – sectorbreed – vooronderzoek gestart naar beloningsverschillen tussen mannen en vrouwen in achttien ziekenhuizen. In de zomer van 2009 is met het eigenlijke onderzoek begonnen. Dit onderzoek is begin 2011 afgerond.

Alleen bij het onderzoek naar discriminatie in het hoger onderwijs is gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het onderzoek te beperken tot één organisatie.

Dat er tot op heden slechts één keer gebruik is gemaakt van die mogelijkheid, laat zien dat het instrument niet lichtvaardig wordt ingezet. In het betreffende geval waren er diverse aanwijzingen dat op de school sprake was van stelselmatig onderscheid, waaronder verschillende verzoeken om een oordeel over een specifieke opleiding en spontane meldingen van studenten om getuigenverklaringen af te leggen. Naar aanleiding hiervan en op basis van haar onderzoek naar twee van de ingediende verzoeken (oordelen 2008-44 en 2008-45), concludeerde de Commissie dat de aanwijzingen voor stelselmatig onderscheid dermate sterk waren dat er iets moest gebeuren. In goed overleg met de hogeschool is toen besloten tot een onderzoek. Zoals ook bij sectorbreed onderzoek gebruikelijk is, is de hogeschool steeds nauw betrokken geweest bij het onderzoek en zijn alle beslissingen na overleg met de school genomen. Het onderzoek werd uitgevoerd door een extern onderzoeksbureau. De begeleidingscommissie werd gevormd door een onafhankelijke voorzitter, een vertegenwoordiger van de hogeschool en een vertegenwoordiger van de CGB. De nauwe betrokkenheid van en het overleg met de hogeschool leidde ertoe dat de hogeschool zich kon vinden in de conclusies van het rapport, en daarmee ook meteen aan de slag is gegaan. De wetswijziging, waardoor het nu mogelijk is om onderzoek tot één organisatie te beperken, is aldus bijzonder effectief gebleken. Dit geldt te meer nu het maar de vraag is of er voldoende aanwijzingen waren geweest voor een sectorbreed onderzoek. Immers, er bestaan grote regionale en lokale verschillen in samenstelling van bevolkingsgroepen naar etnische, culturele en nationale afkomst, waardoor niet is uit te sluiten dat het verschijnsel op de Haagse Hogeschool zich op een aantal andere hogescholen (nog) niet voordoet door hun relatief homogene samenstelling. De mogelijkheid om in actie te komen naar aanleiding van de signalen, zonder eerst de problematiek voor de hele sector in kaart te hoeven brengen, heeft bovendien bijgedragen aan het voorkomen van verdere escalatie van de conflicten binnen de opleiding. Bij dit onderzoek heeft zich geen spanning voorgedaan met de oordelende taak. Er was eerder sprake van het tegendeel: juist de verzoeken om een oordeel en het onderzoek in het kader van die verzoeken, leverden de aanwijzingen voor een vermoeden van stelselmatig onderscheid.

3.3 Overige nieuwe bepalingen

3.3.1 Victimisatie

Aan de bestaande bepalingen omtrent victimisatieontslag zijn verschillende nieuwe elementen toegevoegd. Ook andere vormen van victimisatie dan ontslag zijn nu verboden (alleen AWGB en

¹⁵ CGB, Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004, Utrecht: CGB 2005, p. 104-105.

WGB) en de bescherming tegen dergelijke victimisatie is uitgebreid naar de werknemer die bijstand heeft verleend aan een collega in verband met een discriminatieklacht.¹⁶ In de AWGB, de WGB en het BW is de bepaling opgenomen dat de werknemer die intimidatie of seksuele intimidatie afwijst of lijdzaam ondergaat niet daarom of in verband daarmee mag worden benadeeld (artikelen 8a, lid 2 AWGB, 1a, vierde lid WGB en 7:646, negende lid BW). De wijzigingen in de AWGB gelden sinds 1 april 2004, de wijzigingen in de WGB en het BW sinds 18 oktober 2006.

Wetswijzigingen tekstueel

Artikel 8, eerste lid AWGB luidde tot 1 april 2004: 'Beëindiging van de arbeidsverhouding door de werkgever in strijd met artikel 5 of wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op artikel 5, is vernietigbaar'.

In de nieuwe redactie is het woordje 'of' vervangen door een komma. Dat lijkt te suggereren dat de bepaling nu nog slechts ziet op victimisatieontslag.

De Commissie gaat er echter vanuit dat het hier gaat om een vergissing, omdat in de Memorie van Toelichting niets over een dergelijke wijziging is gezegd. Daarnaast bevat het BW een vergelijkbare bepaling waarin het woord 'of' wel is blijven staan. Hoewel de Commissie aanneemt dat aan deze wijziging in artikel 8, eerste lid, AWGB, geen betekenis moet worden toegekend, beveelt zij wel aan de formulering van dit artikel aan te passen, om verwarring te voorkomen.

Feiten en cijfers

In de evaluatieperiode heeft de Commissie negentien keer een oordeel gegeven over de vraag of sprake was van victimisatie in de zin van de AWGB, de WGB of het BW. Ongeveer tweederde van deze klachten betrof de grond geslacht, de overige zaken hadden betrekking op de grond ras. De enige andere grond ter zake van een victimisatieklacht die in de evaluatieperiode aan de Commissie werd voorgelegd betrof de grond leeftijd.

Er is één klacht voorgelegd door een werknemer die een getuigenverklaring had afgelegd in een zaak die door een collega bij de Commissie aanhangig was gemaakt. Deze collega stelde daarom ontslagen te zijn (oordeel 2004-42). De Commissie kon die zaak echter niet toetsen aan artikel 8 AWGB, omdat de uitbreiding naar derden op dat moment nog niet van kracht was. Nadien zijn er door derden geen oordelen meer gevraagd over victimisatie.

Toetsing

In achttien gevallen heeft de CGB getoetst aan de AWGB en slechts in één geval aan het BW (oordeel 2007-196). Dit kan worden verklaard door het feit dat veel van deze oordelen geen victimisatieontslag betroffen, maar andere vormen van benadeling, zoals een verslechterde werksfeer, negatieve beoordeling, standplaatswijziging, of opschorting van loonsverhogingen. Dergelijke vormen van benadeling vallen niet onder de victimisatiebepalingen van het BW. Daarnaast had een aantal zaken betrekking op gebeurtenissen die hadden plaatsgevonden vóór 18 oktober 2006, waardoor noch de BW-, noch de WGB-bepalingen van toepassing waren (bijvoorbeeld oordelen 2005-195, 2006-250 en 2007-11).

In alle zaken waarin werd getoetst aan de AWGB, werd niet getoetst aan artikel 8 AWGB over victimisatieontslag, maar aan artikel 8a AWGB. De verklaring daarvoor is dat artikel 8 AWGB 'slechts' stelt dat victimisatieontslag vernietigbaar is, terwijl artikel 8a AWGB benadeling van personen verbiedt wegens het feit dat zij een beroep hebben gedaan op de AWGB of ter zake bijstand hebben verleend. Het is niet aan de Commissie om te oordelen over de vernietigbaarheid van een victimisatieontslag: de Commissie kan slechts vaststellen of sprake is van verboden onderscheid. Toetsing aan artikel 8 AWGB zou betekenen dat de Commissie moet toetsen of in strijd is gehandeld met een impliciet in artikel 8 AWGB besloten liggend verbod op victimisatie-

16 Zie de artikelen 8, eerste lid en 8a AWGB; 1b, vierde en vijfde lid WGB; en 6:647, eerste lid BW.





ontslag. Artikel 8a AWGB kent wél een zelfstandig (expliciet) verbod op victimisatie en is daarom eenvoudiger toe te passen en aan partijen uit te leggen.

Ook vóór de invoering van artikel 8a AWGB heeft de Commissie niet aan artikel 8 AWGB getoetst. In plaats daarvan beoordeelde de Commissie klachten over victimisatieontslag aan het verbod om onderscheid te maken bij de arbeid (bijvoorbeeld oordelen 1996-14 en 2003-138). Het voordeel van artikel 8a AWGB boven de oude praktijk om via de band van het discriminatieverbod te toetsen, is dat rechtstreeks aan het verbod van victimisatie kan worden getoetst, wat voor partijen veel duidelijker is.

Niettemin kan de redactie van artikel 8a AWGB nog tot misverstanden leiden nu hierin niet expliciet staat dat een arbeidsverhouding niet mag worden *beëindigd*, omdat een persoon een beroep heeft gedaan op de AWGB, of ter zake bijstand heeft verleend. Hieruit zou de conclusie kunnen worden getrokken dat victimisatieontslag weliswaar vernietigbaar is op grond van artikel 8 AWGB, maar dat dit niet verboden is in de zin van de AWGB.

Verder verdient het de voorkeur eerst het algemene victimisatieverbod en pas daarna de vernietigbaarheid van een victimisatieontslag op te nemen. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij artikel 1b, vierde en vijfde lid, WGB. De tekst daarvan luidt als volgt:

Artikel 1b, vierde lid, WGB

Het bevoegd gezag mag het dienstverband van degene die krachtens aanstelling of arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht werkzaam is in de openbare dienst niet beëindigen of betrokkene niet anderszins benadelen wegens de omstandigheid dat deze in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op het in het eerste lid bepaalde of terzake bijstand heeft verleend.

Artikel 1b, vijfde lid WGB

De beëindiging van de arbeidsovereenkomst van degene die op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht werkzaam is in openbare dienst door het bevoegd gezag in strijd met deze wet, is vernietigbaar. Artikel 647 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek is van overeenkomstige toepassing.

Bewijslast

In de gelijkebehandelingswetgeving is victimisatie niet geconstrueerd als vorm van onderscheid. Daarom moet victimisatie ten volle worden bewezen en geldt niet de verlichte bewijslast van de artikelen 10 AWGB, 6a WGB en 7:646, twaalfde lid, BW. De bewijsnood wordt echter enigszins verlicht door naast concrete incidenten ook de 'keten van gebeurtenissen' in ogenschouw te nemen (vergelijk oordeel 2007-114).

In zeven van de negentien oordelen over victimisatie concludeerde de Commissie dat sprake was van victimisatie. In de andere zaken werd geen victimisatie vastgesteld, onder meer omdat het gestelde nadeel werd betwist (oordeel 2007-132), of omdat het gestelde causaal verband tussen het ondervonden nadeel (de gestelde victimisatie) en het beroep op de gelijkebehandelingswetgeving niet kon worden vastgesteld (oordeel 2005-68).

Aanbevelingen:

De Commissie beveelt met betrekking tot de bepalingen over victimisatie in de AWGB, WGB en BW aan:

- Wijzig de formulering van artikel 8, eerste lid, AWGB door het woord 'of' weer op te nemen in de tekst tussen 'in strijd met artikel 5' en 'wegens'.
- Voeg in artikel 8 AWGB een nieuw lid 1 en 2 in, met vernummering van de overige leden: Artikel 8
 1. Het is verboden de arbeidsverhouding te beëindigen of betrokkene anderszins te benadelen wegens de omstandigheid dat deze in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op deze wet of terzake bijstand heeft verleend.
 2. Het feit dat een persoon het in artikel 1a, tweede en derde lid, bedoelde gedrag afwijst of lijdzaam ondergaat, mag niet ten grondslag liggen aan een beslissing die die persoon treft.

Artikel 8a AWGB vervalt.

3.3.2 Lidmaatschap van een werkgevers- of werknemersvereniging

Sinds 1 april 2004 is in de AWGB een nieuw artikel 6a opgenomen dat onderscheid verbiedt bij het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werknemers- of werkgeversorganisatie of een vereniging van beroepsgenoten. Ook ten aanzien van de voordelen die uit dat lidmaatschap of die betrokkenheid voortvloeien mag geen onderscheid worden gemaakt. In de WGB werd een vergelijkbaar artikel (4a) opgenomen dat sinds 18 oktober 2006 van kracht is.

De Commissie heeft pas recent twee verzoeken om oordelen ontvangen over de door deze bepalingen bestreken kwesties. Deze hebben ten tijde van het schrijven van dit rapport nog niet tot een oordeel geleid.

3.3.3 Arbeidsomstandigheden, intimidatie en seksuele intimidatie

De implementatie van de verschillende EG-richtlijnen heeft ertoe geleid dat eerst in de AWGB en vervolgens in WGB en BW geëxpliciteerd is dat:

1. het discriminatieverbod óók betrekking heeft op arbeidsomstandigheden (artikelen 5, eerste lid, onder h, AWGB; 1b, eerste lid, WGB; en 7:646, eerste lid, BW);
2. het verbod van onderscheid mede inhoudt een verbod van intimidatie (artikelen 1a, eerste en tweede lid, AWGB; 1a, eerste en tweede lid, WGB; 7:646, zesde en zevende lid, BW);
3. het verbod van onderscheid mede inhoudt een verbod van seksuele intimidatie (artikelen 1a, eerste en derde lid, AWGB; 1a, eerste en derde lid, WGB; 7:646, zesde en achtste lid, BW).

Voordat deze bepalingen aan de gelijkebehandelingswetgeving werden toegevoegd, werd het discriminatieverbod op deze onderdelen al geacht besloten te liggen in het verbod op onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden. Het verbod op onderscheid is immers gericht op alle aspecten van de arbeidsverhouding met inbegrip van de werksfeer, voor zover die mede bepalend is voor de ontplooiing en het functioneren van medewerkers (bijvoorbeeld oordeel 1999-72). Dit omvat dus ook discriminatoire bejegening door collega's en leidinggevenden. Werkgevers hebben op grond van deze bepaling de verplichting zorg te dragen voor een discriminatievrije werkomgeving. Indien een leidinggevende een werknemer discrimineert, is de werkgever, vanwege de gezagsverhouding tussen de leidinggevende en de werknemer, rechtstreeks verantwoordelijk voor de schending van de gelijkebehandelingsnorm, óók als de werkgever niet op de hoogte was van de discriminatoire bejegening. Als collega's elkaar onderling discrimineren is de werkgever alleen verantwoordelijk als hij weet of ten minste had moeten weten dat er gediscrimineerd wordt op de werkvloer en hij daartegen desondanks geen maatregelen heeft genomen en/of klachten daar-





over niet zorgvuldig heeft behandeld (bijvoorbeeld oordeel 2009-48). Een werkgever is óók gehouden klachten over discriminatie serieus te behandelen, als hij meent dat de klacht ongegrond is. Seksuele intimidatie wordt als een (gekwalficeerde) vorm van discriminerende bejegening beschouwd.

Feiten en cijfers

In de evaluatieperiode heeft de Commissie meer dan honderd keer geoordeeld over discriminatoire opmerkingen en gedragingen van collega's en/of leidinggevenden en over de manier waarop klachten daarover zijn behandeld. De meeste verzoeken hadden betrekking op de grond ras, maar daarnaast hadden de verzoeken betrekking op de gronden geslacht, godsdienstige overtuiging en seksuele gerichtheid.

Intimidatie

Sinds de nieuwe bepalingen van kracht zijn, heeft de Commissie twaalf van die verzoeken getoetst aan het nieuwe intimidatieverbod, oordelen over intimidatie vanwege een handicap/chronische ziekte niet meegerekend.¹⁷ Alle twaalf de intimidatieklachten werden getoetst aan de AWGB. In één zaak werden de gebeurtenissen, voor zover zij hadden plaatsgevonden na 18 oktober 2006, getoetst aan de WGB (oordeel 2007-132). In drie zaken betoogden de verzoekers dat zij werden geïntimideerd nadat zij hadden geklaagd over seksuele intimidatie (oordelen 2007-132, 2007-11 en 2005-90). Eén keer werd seksuele intimidatie getoetst aan het 'algemene' intimidatieverbod, omdat het verbod van seksuele intimidatie op dat moment nog niet expliciet in de wet was neergelegd (oordeel 2006-65).

Eén oordeel had betrekking op het terrein van aanbieden van goederen en diensten. De klacht was gericht tegen de eigenaar van een recreatiepark (oordeel 2005-90).

Seksuele intimidatie

Over seksuele intimidatie gaf de Commissie zeven oordelen, die zij echter niet allemaal aan de nieuwe bepalingen kon toetsen, omdat die nog niet van kracht waren.¹⁸ In een aantal gevallen was wel sprake van seksuele intimidatie, maar wensten de verzoeksters slechts een oordeel over de vraag of hun werkgever hun klachten daarover wel voldoende zorgvuldig had behandeld (bijvoorbeeld 2006-36 en 2008-130).

Seksuele intimidatie hoeft als discriminatiegrond niet per se verband te houden met sekse. Discriminatie op grond van ras of seksuele voorkeur bijvoorbeeld kan ook de vorm van seksuele intimidatie aannemen. In de evaluatieperiode zijn er echter geen verzoeken ingediend die (mede) verband hielden met een andere grond dan geslacht.

Als een klacht betrekking heeft op (seksuele) intimidatie of discriminerende bejegening door een collega, niet zijnde leidinggevende, hoeft niet per se te worden vastgesteld of de gestelde behandeling zich echt heeft voorgedaan. In die gevallen kan vaak worden volstaan met een beoordeling of de werkgever zich voldoende heeft gekweten van zijn verplichting om te zorgen voor een discriminatievrije werkvloer. Dit verklaart dat slechts in twee zaken expliciet is getoetst of sprake was geweest van seksuele intimidatie (2006-65 en 2006-250). In beide gevallen ging het om klachten over (onder andere) een leidinggevende.

Bewijslast

De gelijkebehandelingswetgeving kent een verlichte bewijslast (artikelen 10 AWGB, 6a WGB en 7:646, twaalfde lid BW). Dat betekent dat, anders dan in het civiele recht, degene die stelt gediscrimineerd te zijn, die stelling niet hoeft te bewijzen, maar slechts feiten hoeft aan te dragen die kunnen doen vermoeden dat sprake is van (verboden) onderscheid. Desondanks blijkt het in de

17 Oordelen 2009-22, 2007-132, 2007-57, 2007-40, 2007-11, 2006-65, 2005-167, 2005-147, 2005-90, 2005-75, 2005-30, 2004-170.

18 Oordelen 2008-30, 2007-196, 2006-250, 2006-65, 2006-36, 2005-112, 2005-90.

praktijk lastig om bewijs te leveren in discriminatiezaken. In veel van de oordelen die de CGB in de evaluatieperiode heeft gegeven, komt de Commissie tot de conclusie dat geen feiten zijn aangedragen die onderscheid kunnen doen vermoeden.¹⁹ Dit is niet verwonderlijk. Discriminatie ligt gevoelig en werkgevers en aanbieders van goederen en diensten zullen doorgaans niet schriftelijk vastleggen of openlijk erkennen dat in hun bedrijf verboden onderscheid wordt gemaakt. Discriminerende opmerkingen worden niet vaak openlijk gemaakt en soms zijn mensen zich ook niet bewust dat hun handelwijze als discriminatie valt aan te merken. Daarnaast wordt soms pas na lange tijd geklaagd, met name over discriminatie op de werkvloer, waardoor het lastig is nog te achterhalen wat er precies is gebeurd of gezegd.

De moeilijkheid discriminatie te bewijzen zou de reden kunnen zijn voor het verschil tussen onderzoeksresultaten zoals gerapporteerd in de Discriminatiemonitor niet-westerse migranten op de arbeidsmarkt 2010²⁰ en het aantal verzoeken dat de Commissie daarover in de evaluatieperiode heeft ontvangen.

Ook voor intimidatie geldt een verlichte bewijslast, maar daarnaast formuleert het intimidatieverbod een aantal cumulatieve eisen waaraan moet zijn voldaan, wil een handeling of situatie als intimidatie kunnen worden aangeduid. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever het verbod op intimidatie, anders dan seksuele intimidatie, als een gekwalificeerde en zware vorm van discriminatie beschouwt, die zo ernstig is dat daarvoor geen enkele rechtvaardiging bestaat (Kamerstukken II, 2002/03, 28 770, nr. 5, p. 17). Daardoor ligt de lat voor verzoekers hoog, ondanks de verlichte bewijslast. Er moeten feiten zijn die kunnen doen vermoeden dat sprake is (geweest) van gedrag dat tot doel of tot gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en dat daarnaast ook tot doel of gevolg heeft dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. In slechts twee oordelen is geconcludeerd dat sprake was van intimidatie (oordelen 2007-11 en 2006-65).

In zes zaken slaagde de verzoeker er niet in een vermoeden te vestigen van een verband tussen de (gestelde) intimidatie en de beschermde grond(en). In twee zaken was de ondervonden nadelige behandeling onvoldoende om het te kwalificeren als intimidatie.

Als geen vermoeden van intimidatie kon worden vastgesteld, toetste de Commissie ook aan het verbod van discriminatoire bejegening. Voor discriminatoire bejegening gelden niet de cumulatieve vereisten waardoor het – relatief – eenvoudiger is om feiten aan te voeren die een vermoeden van onderscheid kunnen vestigen. In de twee overige zaken waarin was geklaagd over intimidatie (oordelen 2005-190 en 2005-147) kwam de Commissie om verschillende redenen niet toe aan een toetsing aan het intimidatieverbod.

Meer duidelijkheid over de normen nodig?

Gelet op het grote aantal verzoeken over discriminatie op de werkvloer, zou overwogen kunnen worden de verplichting van werkgevers om zorg te dragen voor een discriminatievrije werkomgeving expliciet in de wet op te nemen. De Commissie ziet echter geen aanleiding om een aanbeveling in deze zin te doen, omdat de toepassing van de wet op dit punt tot op heden niet tot problemen heeft geleid. Ook is in de praktijk niet gebleken dat er bij partijen behoefte was aan verduidelijking van de normstelling.

Conclusies

De eerder door de Commissie geuite vrees dat de bewijslast van intimidatie té hoog zou zijn, is

19 Zie 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 van de Commissie Gelijke Behandeling, p. 10.

20 Discriminatiemonitor niet-westerse migranten op de arbeidsmarkt, Sociaal en Cultureel Planbureau, 7 september 2010.





vooral nog niet bewaarheid.²¹ De Commissie ziet er daarom van af haar eerdere aanbeveling, om de cumulatieve vereisten in alternatieve vereisten te veranderen, te herhalen.

Bij de invoering van de wet uitten vooral werkgevers de vrees dat zij door de nieuwe bepaling rechtstreeks aansprakelijk zouden kunnen worden gesteld voor seksuele intimidatie gepleegd door hun medewerkers. Op basis van de oordelen over seksuele intimidatie die de Commissie in de evaluatieperiode uitsprak, kan hierover niets worden gezegd. Deze oordelen werden nog getoetst aan de oude regels. Niettemin vindt de Commissie de vrees ongegrond, omdat de wetsgeschiedenis duidelijk is op dit punt. Werkgevers kunnen alleen aansprakelijk worden gehouden voor het handelen van een werknemer als de werkgever niet adequaat en tijdig reageert op seksuele intimidatie van een medewerker door een andere medewerker (Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II, 2005-2006, 30 237, nr. 6, p. 4). Bovendien geeft de redactie van de nieuwe bepaling geen aanleiding voor een andere benadering van de verantwoordelijkheid van werkgevers dan tot nog toe werd gehanteerd, waarbij seksuele intimidatie op dezelfde wijze werd getoetst als discriminatoire bejegening.

Omdat de bepalingen over intimidatie en seksuele intimidatie nog betrekkelijk nieuw zijn en er sinds de invoering van deze bepalingen nog maar weinig oordelen over dit onderwerp zijn gevraagd, kunnen nog geen conclusies worden getrokken over nut en werking ervan. Expliciete vermelding in de wet van deze verboden maakt de reikwijdte van de bescherming van de wet voor justitiabelen wel duidelijker. Vanuit dat perspectief is de invoering van de intimidatiebepalingen in ieder geval toe te juichen.

De voorspelling van Holtmaat dat de toevoeging van seksuele intimidatie als vorm van verboden onderscheid (te) veel tijd en aandacht van de Commissie zou vragen is vooral nog niet uitgekomen.²² Weliswaar is seksuele intimidatie een lastig te bewijzen en emotioneel onderwerp – overigens in dit opzicht niet heel anders dan andere vormen van discriminatoire bejegening – maar de nieuwe bepaling heeft niet tot een hausse aan klachten geleid. Daar komt bij dat een deel van de verzoeken beperkt was tot de beoordeling van de klachtbehandeling, waardoor niet onderzocht hoefde te worden of sprake was (geweest) van seksuele intimidatie.

De Commissie ziet geen aanleiding om aan te bevelen dat de verplichting van werkgevers om zorg te dragen voor een discriminatievrije werkomgeving, expliciet in de wet wordt opgenomen. In de praktijk zijn de normen voldoende duidelijk.

3.3.4 Opdracht en bemiddeling

Aan de AWGB (artikel 1, onderdeel a), de WGB (artikel 1) en het BW (artikel 7:646, vijfde lid) is een expliciet verbod toegevoegd op het geven van opdracht tot het maken van onderscheid.

Een verbod op onderscheid bij de arbeidsbemiddeling werd toegevoegd aan de AWGB (artikel 5, eerste lid, onder c) en aan de WGB (artikel 3, eerste lid). Het BW bevat een dergelijk verbod niet, omdat het alleen de arbeidsovereenkomst regelt en niet de arbeidsbemiddeling. In de Nederlandse versie van de richtlijnen is niet expliciet opgenomen dat onderscheid is verboden bij de arbeidsbemiddeling en -omstandigheden. Dat moet worden afgeleid uit de bewoordingen van artikel 3 van beide richtlijnen. De formuleringen in de Engelse en Franse versies zijn op dit punt veel duidelijker. Daarnaast kan uit de parlementaire behandeling van de EG-Implementatiewet

21 Commentaar van de CGB inzake implementatie van de gemeenschappelijke bepalingen van de EG-Kaderrichtlijn, CGB-advies 2001/03, 31 mei 2001.

22 Prof. H.T.M. Holtmaat, 'Het verbod op seksuele intimidatie in de WGH: Een koekoeksei in het nest van de gelijkebehandelingswetgeving?' In: J.H. Gerards, *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2007*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 261-278.

AWGB worden afgeleid dat het de bedoeling is geweest van de (Europese) wetgever om arbeidsbemiddeling – zowel ten behoeve van de werkgever als de werkzoekende – onder de reikwijdte van het verbod van onderscheid te laten vallen.

De Commissie oordeelde al in 1995 dat artikel 5 AWGB ook van toepassing was op het terrein van de arbeidsbemiddeling (oordeel 1995-41). Het geven van opdracht tot het maken van (verboden) onderscheid werd eveneens al vóór de implementatie van deze bepaling bestreken door de gelijkebehandelingswetgeving.²³

Het gebruik van – bijvoorbeeld – discriminerende selectiecriteria werd daarnaast ook aan de opdrachtgever toegerekend als hij wist of had moeten weten dat de opdrachtnemer verboden onderscheid maakte bij de uitvoering van de opdracht, zelfs al strekte de opdracht daartoe niet.

Feiten & cijfers

In de evaluatieperiode werden diverse zaken voorgelegd over het geven van opdracht tot onderscheid. Aan de orde kwam onder meer de (veronderstelde) opdracht aan een marktonderzoeksbureau om onderzoek te verrichten naar klanttevredenheid (oordeel 2007-104). De meeste oordelen betroffen het terrein van de arbeid. Het ging meestal om opdrachten aan bemiddelingsbureaus of werving- en selectiebureaus om kandidaten direct of indirect te selecteren op geslacht, afkomst of godsdienst. Daarnaast werden ook geregeld vragen voorgelegd over de opdracht tot leeftijdsonderscheid. Dit valt echter, nu dit de grond leeftijd betreft, buiten de reikwijdte van de evaluatie.

De Commissie bracht in de evaluatieperiode vijftien keer een oordeel uit over onderscheid bij de arbeidsbemiddeling (bijvoorbeeld oordelen 2009-40, 2007-211 en 2006-82). De oordelen hadden betrekking op verschillende soorten organisaties op het terrein van de arbeidsbemiddeling, zoals uitzendbureaus, recruitmentbureaus en (gemeentelijke) reïntegratiebureaus. Klachten betroffen zowel organisaties die door werkzoekenden waren ingeschakeld om hen te helpen bij het vinden van een baan, al dan niet in het kader van reïntegratie, als bedrijven die in opdracht van werkgevers wervings- en selectieprocedures uitvoerden. Sommige verzoeken waren zowel op de (beoogde) werkgever als op de inlener en/of opdrachtgever gericht, andere betroffen slechts één partij.

Toetsing

De Commissie legt de opdracht tot het maken van onderscheid beperkt uit, te weten, als een opdracht aan andere bedrijven en organisaties om (verboden) onderscheid te maken. Een opdracht aan (eigen) werknemers valt erbuiten, omdat een dergelijke 'dienstopdracht' direct aan de werkgever is toe te rekenen, die immers verantwoordelijk is voor een discriminatievrije werkomgeving.

Niet in alle gevallen waarin sprake is van een opdrachtgever en een opdrachtnemer toetste de Commissie aan het 'opdrachtverbod'. Als de opdracht als zodanig geen onderscheidmakende elementen omvatte, maar de opdrachtgever niettemin bij zijn uiteindelijke keuze alsnog zelf onderscheid maakte, werd dat rechtstreeks getoetst aan het verbod op het maken van onderscheid bij de arbeid (bijvoorbeeld oordeel 2008-75). Dezelfde toets paste de CGB toe als de opdrachtgever wist of had moeten weten dat de opdrachtnemer bij de uitvoering van de opdracht onderscheid maakte (bijvoorbeeld oordeel 2005-154). In alle gevallen moeten feiten worden aangevoerd die onderscheid dan wel opdracht tot onderscheid kunnen doen vermoeden. De nieuwe bepaling gaat dus alleen over situaties waarin aan de orde is óf er sprake is van een opdracht aan een derde om (verboden) onderscheid te maken.

Het verbod op het maken van onderscheid bij de arbeidsbemiddeling vormt vaak de pendant van

23 Kamerstukken II, 2002-2003, 28 770, nr. 3, p. 7.





situaties waarin van opdracht sprake is. Het komt ook voor dat een arbeidsbemiddelaar werft zonder dat sprake is van een concrete vacature. In sommige gevallen bleek het (verboden) onderscheid inderdaad het gevolg van een opdracht daartoe.

Bemiddelaars hebben een zorgplicht tegenover de mensen die zij bemiddelen. Dat betekent dat zij tevens een verplichting hebben om klachten over discriminatie door bijvoorbeeld een inlener, zorgvuldig te onderzoeken (bijvoorbeeld oordelen 2005-239 en 2004-164). De bemiddelaar zelf heeft de verantwoordelijkheid om niet in strijd te handelen met de gelijkebehandelingswetgeving, ook niet als hij in opdracht handelt van een derde (bijvoorbeeld oordeel 2006-230). Onderscheid maken om een opdrachtgever ter wille te zijn, mag dus niet.

Conclusie

De toegevoegde waarde van beide nieuwe verboden zit niet in een verruiming van de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving, omdat opdracht en bemiddeling ook eerder al werden geschaard onder het verbod op onderscheid. Wel maken de bepalingen het mogelijk om preciezer aan te geven wie waarvoor verantwoordelijk is. Die duidelijkheid draagt bij aan de begrijpelijkheid van de oordelen voor partijen.

3.3.5 Zwangerschap, bevalling en moederschap

Artikel 1 WGB en artikel 7:646, vijfde lid, BW, bepalen dat onder direct onderscheid mede wordt verstaan onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap. Een vergelijkbare bepaling is (sinds 1 november 2005) toegevoegd aan de AWGB, (artikel 1, tweede lid, AWGB). Deze toevoeging heeft in de praktijk niet tot wijzigingen geleid. Voor zover het gaat over onderscheid op het terrein van de arbeid – het gros van de zaken over discriminatie op deze gronden – werd en wordt getoetst aan de WGB of het BW.

3.3.6 Toegang tot goederen en diensten

Aan het verbod op het maken van onderscheid bij het aanbieden van goederen of diensten (artikel 7, eerste lid, AWGB) werd per 1 april 2004 nadrukkelijk toegevoegd dat dit verbod ook gaat over het verlenen van toegang tot goederen en diensten. Ook loopbaanoriëntatie werd expliciet genoemd als één van de diensten waarover de bepaling gaat.²⁴ De nieuwe redactie heeft in de praktijk niet tot veranderingen geleid.

De aanvulling 'toegang tot' heeft betrekking op het handelen van intermediaire bedrijven die toegang bieden tot de goederen of diensten van derden, zoals bijvoorbeeld reisbureaus. Er werden enkele verzoeken voorgelegd met betrekking tot het handelen van intermediaire bedrijven, zoals reisbureaus (bijvoorbeeld oordeel 2006-164), maar doorgaans heeft de Commissie getoetst aan het verbod op onderscheid bij het aanbieden, en niet bij het verlenen van toegang tot, omdat een reisbureau immers zelfstandig een dienst aanbiedt in de zin van artikel 7 AWGB. De CGB sprak in de evaluatieperiode geen oordelen uit over advisering of bemiddeling ter zake van een goed of dienst. Evenmin gaf de Commissie oordelen over onderscheid bij het geven van loopbaanoriëntatie. In de hele periode werd één oordeel uitgesproken over onderscheid (op grond van ras) bij de school- en beroepskeuze (oordeel 2005-13).

²⁴ Kamerstukken II, 2002-2003, 28 770, nr. 3, p. 13.

4. Werking van de wet in de praktijk van de Commissie

Eén graadmeter voor de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving in de praktijk is de mate waarin oordelen worden opgevolgd. Een ander punt van aandacht is of de procedure bij de Commissie voldoende toegankelijk is.

In paragraaf 4.1 worden de effecten van een procedure bij de Commissie op drie onderdelen geëvalueerd. In 4.1.1 kijken wij naar de opvolging van oordelen waarin tot verboden onderscheid of strijd met de wet is geconcludeerd. In 4.1.2 staan wij stil bij de nadelige effecten van een procedure op de verhouding tussen partijen. In 4.1.3 wordt ingegaan op schikkingen die lopende de procedure werden getroffen.

Paragraaf 4.2 bevat een kwantitatieve analyse van verzoeken die niet in behandeling werden genomen, omdat zij kennelijk ongegrond waren of kennelijk niet-ontvankelijk, of omdat de Commissie niet bevoegd was. Dergelijke verzoeken worden doorgaans met een brief, in een enkel geval met een zogenaamd 'ko-oordeel'²⁵ afgedaan.

Voor het tijdvak waarover wij de cijfers presenteren hebben wij aangesloten bij het algemene kwantitatieve overzicht in hoofdstuk 2. Daarbij zijn, om een en ander zo helder mogelijk in beeld te brengen en net als in hoofdstuk 2, alle gronden meegenomen, dus ook de gronden waarop deze evaluatie geen betrekking heeft, zoals leeftijd en handicap.

4.1 Effecten van verzoeken en oordelen

4.1.1 Opvolging van oordelen

De Commissie gaat sinds 2004 systematisch na of oordelen waarin is geconcludeerd tot verboden onderscheid en/of strijd met de wet worden nageleefd. Daarmee is specifiekere informatie beschikbaar gekomen. In totaal zijn er 1025 oordelen in de periode tussen 2004 en oktober 2009 uitgebracht. Het gaat hier dus over een andere periode dan in hoofdstuk 2 waar heel 2009 meegenomen is.

Van deze 1025 oordelen is bij 503 ervan onderscheid geconstateerd (49%). Daarnaast zijn er oordelen waarin niet is geoordeeld dat sprake was van onderscheid of strijd met de wet, maar waarin wel een aanbeveling is gedaan. Dat brengt het totaal op 555 zaken die voor follow up in aanmerking komen. Hierbij zijn alleen de zaken meegenomen waarvan de follow-up bekend is. In 38 zaken was dit niet het geval, zodat de gepresenteerde follow-upcijfers betrekking hebben op 517 zaken.

Maatregelen naar aanleiding van een oordeel kunnen een algemeen, structureel karakter hebben of gericht zijn op de individuele verzoeker. Structurele maatregelen waren bijvoorbeeld het formaliseren van sollicitatieprocedures en het verduidelijken van beleidsregels. Individuele maatregelen die werden genomen, waren onder meer het toekennen van schadevergoeding, opnieuw het gesprek aangaan om een conflict alsnog uit te praten, en het alsnog toekennen van een loonsverhoging.

In het algemeen werden oordelen beter opgevolgd als de Commissie daartoe een concrete aanbeveling deed. De Commissie kan aanbevelingen geven bij zowel oordelen waarbij sprake is geweest van (verboden) onderscheid, als bij oordelen waarbij dit niet het geval was. Dit laatste gebeurt vooral in zaken waarbij het risico bestaat dat in de toekomst wel sprake zal zijn van (verboden) onderscheid.

De Commissie deed 49 aanbevelingen in oordelen waarbij geen sprake was van verboden onder-

25 Dit wordt gebruikt als verzamelnaam voor oordelen waarin de CGB niet bevoegd is, de verzoeker niet-ontvankelijk is in zijn verzoek of als het verzoek kennelijk ongegrond is. Zie ook 4.2.





scheid en 79 aanbevelingen in zaken waarbij wel sprake was van verboden onderscheid.

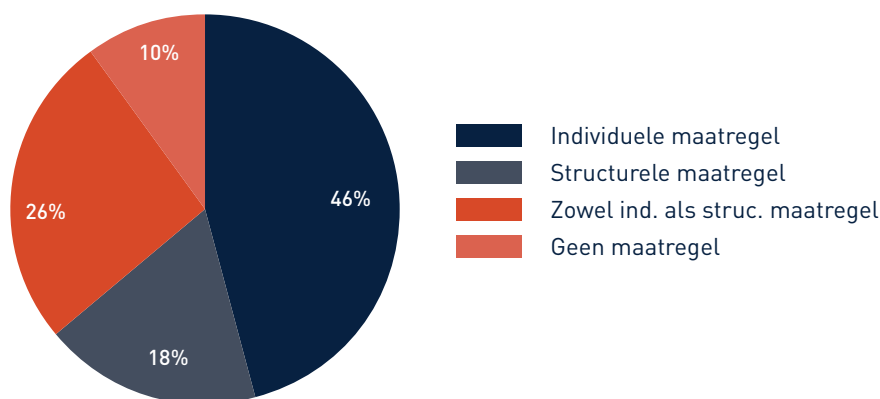
De cijfers in de tabellen hierna hebben betrekking op alle oordelen waarin de Commissie concludeerde dat sprake was van verboden onderscheid, of strijd met de wet en/of waarin de Commissie een aanbeveling deed.

De zaken (7%) waarvan niet bekend is of er maatregelen zijn genomen naar aanleiding van het oordeel zijn, zoals hierboven toegelicht, buiten beschouwing gelaten. Voor de interpretatie van de cijfers is van belang dat sommige oordelen om uiteenlopende redenen niet voor opvolging vatbaar zijn, bijvoorbeeld omdat het verzoek is ingediend door een belangenbehartiger, zoals een ADV, of ziet op eigen handelen.

Tabel 10 en figuur 2:

Soort maatregel dat is getroffen naar aanleiding van een oordeel, periode 2005-2009

	Individuele maatregel	Structurele maatregel	Zowel ind. als struct. Maatregel	Geen maatregel	Totaal	Opvolgingspercentage
2005	21	59	15	33	128	74%
2006	13	74	15	37	139	73%
2007	6	50	23	31	110	72%
2008	6	37	25	20	88	77%
2009	6	19	14	13	52	75%
Totaal	21	59	15	33	128	74%



De vorige evaluatie liet zien dat vaker structurele dan individuele maatregelen werden getroffen. Deze evaluatie bevestigt dat beeld. Structurele maatregelen werden getroffen in 64 procent van de zaken (53% in de vorige evaluatieperiode). In 28 procent van de zaken werd een individuele maatregel getroffen (24% in de vorige evaluatieperiode). Dat betekent over het geheel genomen een lichte stijging van het aantal gevallen waarin oordelen op enigerlei wijze zijn opgevolgd. Het aantal gevallen waarin zowel structurele als individuele maatregelen werden getroffen daalde licht van 20 naar 18 procent. In 26 procent van de zaken werden geen maatregelen genomen naar aanleiding van het oordeel.

In zaken waarbij om een oordeel over eigen handelen is gevraagd, lag het opvolgingspercentage uiteraard veel hoger. Slechts in vier van de 35 zaken werden geen maatregelen getroffen.

Gronden

In tabel 2 en figuur 2 is de opvolging uitgesplitst naar grond. Het totaal aantal zaken waarin deze gronden aan de orde waren, komt niet overeen met het aantal oordelen, omdat er in één oordeel meerdere gronden aan de orde kunnen zijn geweest (verwijs 5.1).

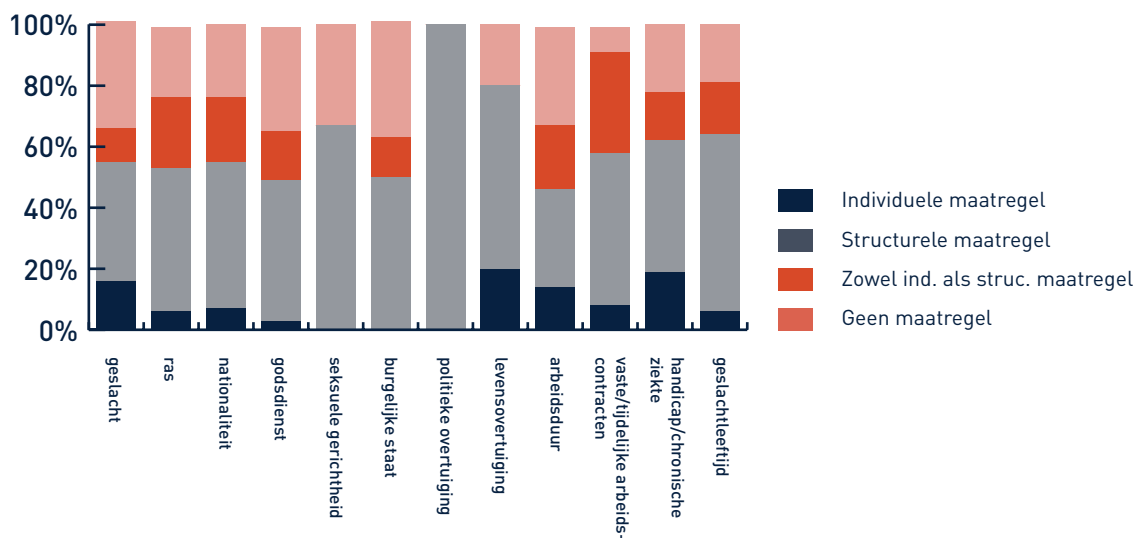
Bij de berekening van het aantal maatregelen dat is genomen bij individuele en structurele maatregelen, moet rekening worden gehouden met de optelsom van follow-up waarbij beide maatregelen zijn genomen. Zo is er bij de grond betreffende het al dan niet tijdelijke karakter van het arbeidsovereenkomst sprake van twaalf oordelen. In vier gevallen is er sprake van een situatie waarbij zowel individuele maatregelen als structurele maatregelen zijn genomen. Dit aantal is opgeteld bij de follow-up waarbij alleen een structurele of een individuele maatregel is genomen. Het totaal aantal oordelen dat is gegeven, verandert hierdoor echter niet.

Tabel 11 en figuur 3:

Genomen maatregelen naar aanleiding van een oordeel per grond, periode 2005-2009

	Individuele maatregel	Structurele maatregel	Zowel ind. als struct. maatregel	Geen maatregel	Totaal	% Opvolging
Geslacht	19	47	13	42	121	65%
Ras	5	37	18	18	78	77%
Nationaliteit	2	14	6	7	29	76%
Godsdienst	2	28	10	21	61	66%
Seksuele gerichtheid	0	6	0	3	9	67%
Burgerlijke staat	0	4	1	3	8	63%
Politieke overtuiging	0	1	0	0	1	100%
Levensovertuiging	1	3	0	1	5	80%
Arbeidsduur	4	9	6	9	28	68%
Vaste /tijdelijke arbeidscontracten	1	6	4	1	12	92%
Handicap/chronische ziekte	13	30	11	15	69	78%
Leeftijd	11	106	31	35	183	81%

In de vorm van een staafdiagram zien deze gegevens er als volgt uit:





Over het geheel genomen worden oordelen goed opgevolgd, maar de cijfers laten wel variaties zien tussen de gronden. Opvallend is dat in de evaluatieperiode in 77 procent van de zaken over de grond ras naar aanleiding van een oordeel maatregelen werden genomen. Dat betekent een daling ten opzichte van de vorige periode toen dat percentage nog op 88 procent lag. In 55 van de in totaal 78 oordelen werden structurele maatregelen genomen en in 23 werden individuele maatregelen getroffen. Achttien keer werd zowel structureel als individueel iets gedaan, terwijl eveneens in achttien zaken geen enkele maatregel werd getroffen. De opvolging van oordelen met betrekking tot de grond nationaliteit laten een vergelijkbaar beeld zien. Twintig van de 29 oordelen (76%) leidden tot structurele maatregelen, terwijl in acht zaken een individuele maatregel werd getroffen. Zes keer werd zowel op individueel als op structureel niveau iets gedaan. In zeven gevallen werden geen maatregelen getroffen.

Naar aanleiding van de negen oordelen over onderscheid op grond van seksuele gerichtheid werden in zes gevallen structurele maatregelen getroffen. In geen enkel geval werd een individuele maatregel genomen. In het enige geval dat in de afgelopen vijf jaar tot het oordeel 'strijd met de wet op grond van politieke overtuiging' leidde (oordeel 2006-239), werden structurele maatregelen genomen.

Oordelen met betrekking tot de gronden godsdienst, geslacht en burgerlijke staat werden het minst vaak opgevolgd. In de vorige periode werd nog 81 procent van de 'godsdienst-oordelen' opgevolgd, dat daalde tot 66 procent in de laatste vijf jaar.

In twaalf van de 61 zaken werden individuele maatregelen getroffen, in 38 zaken werden structurele maatregelen getroffen, terwijl in tien zaken sprake was van beide. 21 oordelen leidden niet tot maatregelen.

Met betrekking tot de grond geslacht ligt de zaak anders. Hoewel oordelen over de grond geslacht relatief nog steeds een laag opvolgingspercentage kennen (65%), is sprake van een aanzienlijke stijging in vergelijking met de vorige evaluatieperiode toen dat percentage nog op 45 procent lag. In zestig zaken werden structurele en in 32 zaken werden individuele maatregelen genomen. In dertien zaken was sprake van beide, terwijl in 42 zaken geen enkele maatregel werd getroffen.

Burgerlijke staat ten slotte werd met een opvolgingspercentage van 63 procent het minst goed opgevolgd. In drie van de acht zaken werden geen maatregelen getroffen.

Terreinen

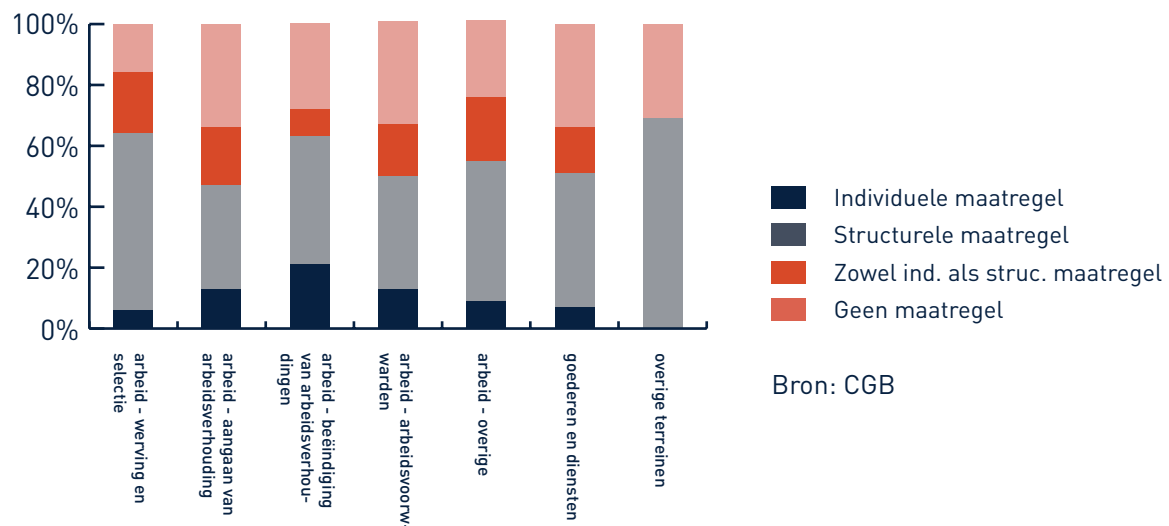
Veruit het grootste aantal oordelen (83%) had betrekking op het terrein van de arbeid. Daarom is dat terrein hieronder uitgesplitst naar deelterreinen. Ook hier geldt dat de totalen niet per se overeenkomen met het totale aantal oordelen, omdat er meerdere terreinen aan de orde kunnen zijn in één oordeel.

Tabel 12 en figuur 4:

Genomen maatregelen naar aanleiding van een oordeel per terrein, periode 2005-2009

	Individuele maatregel	Structurele maatregel	Zowel ind. als struct. maatregel	Geen maatregel	Totaal	% Opvolging
Arbeid – Werving en selectie	10	96	34	26	166	84%
Arbeid – Aangaan van de arbeidsverhouding	4	11	6	11	32	66%
Arbeid – Beëindiging arbeidsverhouding	14	29	6	19	68	72%
Arbeid – Arbeidsvoorwaarden	17	49	22	45	133	66%
Arbeid – Overig	6	31	14	17	68	75%
Goederen en diensten	6	40	14	31	91	66%
Overige terreinen	0	9	0	4	13	69%

In een staafdiagram zien deze gegevens er als volgt uit.



De cijfers laten zien dat het terrein in het algemeen niet van grote invloed was op de vraag of het oordeel werd opgevolgd (zo'n 66% - 75%), met uitzondering van de positieve uitschieter op het terrein van de werving en selectie (84%). Een mogelijke verklaring is dat juist het terrein van de werving en selectie zich leent voor algemene verbeteringen, die werkgevers ook in hun eigen belang achten. Actie richting verzoekers ligt mogelijk gevoeliger. Op het terrein van het aangaan van arbeidsverhoudingen ligt het algemene opvolgingspercentage weliswaar veel lager, maar het aantal gevallen waarin individuele maatregelen werden getroffen ligt verhoudingsgewijs aanzienlijk hoger.

Maatregelen naar aanleiding van oordelen

De maatregelen die werden getroffen naar aanleiding van oordelen waren net zo divers als de onderwerpen waarover werd geklaagd. Individuele maatregelen variëren van excuses, alsnog in gesprek gaan en ondersteuning bij het zoeken van een andere functie tot het uitbetalen van achterstallige loonsverhogingen of een schadevergoeding. In één geval werd verzoekster, een student, alsnog een tentamenherkansing aangeboden (oordeel 2009-71). Het kwam voor dat de verwerende partij zo tevreden was met de nieuwe informatie die hij kreeg over wat wel en niet is





toegestaan, dat hij de verzoeker daarvoor bedankte (oordeel 2008-4).

Het lage aantal individuele maatregelen in vergelijking met het aantal structurele maatregelen dat is getroffen, laat zich in ieder geval mede verklaren doordat bepaalde zaken zich niet lenen voor individuele opvolging.²⁶ Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer het verzoek door een ADV of een ondernemingsraad is ingediend, waarbij er geen individuele benadeelde partij is betrokken. Ook bij oordelen over eigen handelen is niet sprake van een benadeelde partij.

Daarnaast waren er echter ook gevallen waarin de verzoeker zich zo negatief en onverzoenlijk opstelde – terwijl dat in geen verhouding stond tot de ondervonden ongelijke behandeling of onzorgvuldige klachtbehandeling – dat het de verweerder niet echt te verwijten viel dat hij geen individuele maatregelen trof. In één geval nam de verweerder wel maatregelen, maar gaf hij aan dat hij de Commissie daarover slechts wilde informeren als deze dat niet zou melden aan verzoeker, uit angst voor diens reactie (oordeel 2008-72).

Structurele maatregelen naar aanleiding van oordelen bestonden onder meer uit het aanpassen of verduidelijken van kledingvoorschriften, het bijscholen van het personeel, het aanpassen van procedures, huisregels of vacatureteksten, of bekendheid geven aan het oordeel in de organisatie. Dat laatste is vooral ook van belang als een organisatie veel verschillende vestigingen heeft, zoals bijvoorbeeld bij een uitzendbureau.

Samenvatting

De cijfers over de evaluatieperiode weerspiegelen in grote lijnen het beeld van de vorige periode. Het opvolgingspercentage (zo'n 75%) bleef ongeveer gelijk. Oordelen over eigen handelen werden negen van de tien keer opgevolgd. Er werden ook nu weer vaker structurele dan individuele maatregelen genomen. Verschillen in opvolgingspercentages tussen de gronden deden zich ook in deze periode voor. Op dit punt waren er wel enkele interessante ontwikkelingen, waaronder de daling van het aantal opgevolgde oordelen met betrekking tot de grond godsdienst en een stijging ten aanzien van oordelen over de grond geslacht.

4.1.2 Victimisatie

De Commissie heeft tussen 1 januari 2004 tot 1 oktober 2006 onderzoekers van de Universiteit Twente onderzoek laten doen naar victimisatie-ervaringen.²⁷ De onderzoekers hebben onder meer de victimisatie-ervaringen onderzocht van werknemers die om een oordeel over het handelen van hun werkgever hadden gevraagd. Het ging om de ervaringen los van de uitkomst van de procedure, dus los van de vraag of de verzoeker in het gelijk was gesteld. Het onderzoek onder 132 (voormalige) verzoekers bevestigt dat victimisatie een reëel probleem is. Van de 132 verzoekers gaf slechts een derde aan geen enkel nadeel te hebben ondervonden. Tweederde meldde vormen van sociale en/of werkgerelateerde benadeling te hebben ervaren, variërend van milde vormen, zoals kritische opmerkingen over het klagen, tot ernstige vormen, zoals ontslag.

Ernstige en meervoudige vormen van benadeling bleken zich vooral voor te doen bij klachten over ongelijke behandeling op de gronden ras, geslacht en handicap / chronische ziekte, bij klachten over discriminatoire bejegening door collega's en leidinggevenden, en in situaties waarin de klager er relatief alleen voor stond, bijvoorbeeld als hij de enige werknemer was met een handicap. Het onderzoek laat ook zien dat ernst en omvang van victimisatie toenemen naarmate de oplossing van het conflict langer op zich laat wachten. Formalisering van het geschil, bijvoorbeeld door een verzoek om een oordeel in te dienen, bemoeilijkt het vinden van informele oplossingen. Het aan de orde stellen van de ongelijke behandeling via de Commissie heeft volgens veel van de geïnterviewden weinig bijgedragen aan het oplossen van hun probleem. Volgens ongeveer de

²⁶ Vergelijk 'Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004', p. 79-80.

²⁷ M. van Genugten en J. Svensson, Dubbel de dupe? Een studie naar de benadeling van werknemers die ongelijke behandeling aan de orde stellen, Universiteit Twente, Enschede 2010. Ook beschikbaar op www.cgb.nl.

helft van hen had het zelfs niets opgeleverd en was de situatie niet verbeterd, of zelfs verslechterd.

Veel geïnterviewden – ook zij die geen verbetering zagen – blijken echter de gang naar de Commissie niet alleen te beoordeelden op grond van het directe nut. De procedure bij de Commissie voorziet in een behoefte aan rechtvaardigheid, erkenning en aandacht. Het lijken vooral deze ervaren baten te zijn die verklaren waarom ondanks de ervaren victimisatie 80 procent van de geïnterviewden de procedure bij de Commissie positief beoordeelt, 89 procent meent dat zij er goed aan heeft gedaan, en 86 procent vindt dat het zin heeft gehad om over ongelijke behandeling te klagen.

Overigens zegt het feit dat victimisatie plaatsvindt niet alles over het nuttig effect van het klagen. Uit de follow-up van oordelen van de Commissie blijkt immers dat in ongeveer 75 procent van de oordelen de verweerder (meestal: de werkgever) individuele en/of structurele maatregelen treft naar aanleiding van het oordeel.

Het onderzoek rechtvaardigt de conclusie dat victimisatie een reëel en tamelijk omvangrijk probleem is, vooral voor specifieke risicogroepen en vooral in arbeidssituaties. Tegelijkertijd blijken victimisatie-effecten niet in ernstige mate afbreuk te doen aan de voordelen die voor verzoekers kleven aan een procedure bij de Commissie en/of het krijgen van een oordeel over de door hun voorgelegde klacht, waaronder aandacht voor en erkenning van hun probleem.

4.1.3 Schikkingen

Een procedure bij de Commissie kan op twee manieren tot een schikking leiden. Partijen kunnen tijdens de procedure, voordat het oordeel wordt uitgesproken, tot een schikking komen. Dit gebeurt vaak in aanloop naar de zitting, wanneer stukken zijn gewisseld en vragen over een weer zijn beantwoord. Daarmee zijn de contouren van het gelijkebehandelingsprobleem verhelderd. Het komt ook voor dat tijdens de zitting alsnog wordt besloten een poging te doen de zaak te schikking. In een dergelijk geval wordt de zaak opgeschort tot partijen vragen om sluiting van het dossier, of, als toch niet wordt geschikt, verzoeker vraagt om heropening. De Commissie komt dan niet toe aan een oordeel. De zaak verschijnt in de statistieken in de categorie 'ingetrokken zaken'.²⁸ In 2007 was dit bijvoorbeeld in twintig van de 45 ingetrokken zaken het geval. Partijen kunnen ook nadat een oordeel is uitgesproken een schikking treffen, bijvoorbeeld over een schadevergoeding. Dat kwam in de evaluatieperiode 19 keer voor. Andere vormen van schikkingen waren het alsnog toekennen van een bonus en een aanbod om alsnog auditie te komen doen.

In de onderzochte periode zijn er 184 van de in totaal 2693 zaken ingetrokken na een schikking tijdens de procedure. Uitgesplitst naar jaar gaat het in 2005 om dertig (van de in totaal 533) verzoeken die zijn ingetrokken na een schikking, dat is 6 procent. In 2006 gaat het om 45 (van de 680) verzoeken die zijn ingetrokken na een schikking, dat wil zeggen in 7 procent van de gevallen. In 2007 gaat het om 47 (van de 639) verzoeken die na schikking zijn ingetrokken (7%), in 2008 gaat het om 27 (van de 444) verzoeken die na schikking zijn ingetrokken (6%), en in 2009 gaat het ten slotte om 35 verzoeken (van de 397) waarin is geschikt (9%).

Het aantal zaken dat wordt ingetrokken na een schikking schommelde in de afgelopen jaren tussen de 6 en 9 procent met een gemiddelde van 7 procent. Ter vergelijking: het aantal verzoeken dat werd afgedaan met een oordeel (inclusief oordelen over eigen handelen) bedroeg respectievelijk 32 procent in 2009, 35 procent in 2008 en 39 procent in 2007. Niet op alle gronden wordt evenveel geschikt. Vooral zaken die betrekking hebben op handicap/chronische ziekte lenen zich – kennelijk – voor schikking. Van het totale aantal afdoeningen tussen 2004 en 2009 werd gemiddeld 14 procent afgedaan met een schikking. Twee op de drie intrekkingen in 2007

28 Het is niet altijd na te gaan of er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de procedure bij de Commissie en een schikking, vandaar dat gesproken wordt van 'ingetrokken na schikking' i.p.v. 'ingetrokken wegens schikking'. Zo'n verband is in veel gevallen echter wel waarschijnlijk.





hield verband met een klacht over handicap/chronische ziekte. In een groot aantal van deze gevallen trof de verweerder, doorgaans een werkgever, alsnog een doeltreffende aanpassing. Andere gronden waarbij relatief veel werd geschikt waren vast/tijdelijk contract (12%), geslacht (11%) en arbeidsduur (10%).

Door administratieve oorzaken is sprake van een lichte onderrapportage van schikkingszaken en is de rol die de procedure bij de Commissie speelde bij een schikking niet telkens volledig gedocumenteerd. Desondanks is het aantal geregistreerde schikkingszaken onder deze omstandigheden al niet gering – gemiddeld 7 procent per jaar. Als geen procedure bij de Commissie was gestart, hadden partijen in deze zaken waarschijnlijk geen oplossing gevonden.

4.2 Verzoeken die niet in behandeling worden genomen

De Commissie stelt geen onderzoek in naar aanleiding van een verzoek, als het verzoek kennelijk ongegrond is, het belang van de verzoeker of het gewicht van de gedraging waarover wordt geklaagd kennelijk onvoldoende is, of als een onderzoek feitelijk niet meer goed mogelijk is vanwege het tijdverloop (artikel 14 AWGB).

Als wordt geklaagd over ongelijke behandeling vanwege of in verband met een niet-door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde grond, kan de Commissie daarover niet oordelen. Een duidelijk voorbeeld dat met enige regelmaat terugkeert, is de hondenbezitter die zich beklagt dat hij wel belasting voor zijn hond moet betalen, maar de buurman niet voor de kat. In de andere gevallen is de klacht niet ontvankelijk. Het komt ook voor dat klachten wel gegrond zijn, maar een terrein betreffen dat buiten de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving valt. De Commissie is dan niet bevoegd. Tot deze groep behoren de klachten over zogenoemd eenzijdig overheids-handelen (zie ook paragraaf 3.1 over artikel 7a AWGB). Alle bovengenoemde gevallen waarbij een verzoek niet in behandeling kan worden genomen, worden in de wandeling 'ko-afdoeningen' (kennelijk ongegrond) genoemd.

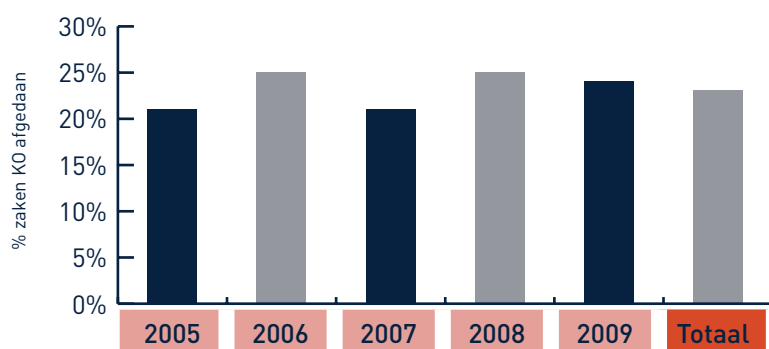
Feiten en cijfers

Tussen 1 januari 2005 en 31 december 2009 werden in totaal 620 verzoeken om een oordeel (23%) 'ko' afgedaan. Het aantal ko-afdoeningen per jaar is niet helemaal stabiel en schommelde van 21 procent in 2005 en 2007 tot 25 procent in 2006 en 2008. Er is echter geen sprake van een duidelijke trend.

Tabel 13: Uitstroom verzoeken om een oordeel naar type afdoening, periode 2005-2009

Afdoening	2005		2006		2007		2008		2009		Totaal	
	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%
Oordeel	235	44%	267	39%	230	36%	147	33%	120	30%	999	37%
Oordeel eigen handelen	16	3%	15	2%	17	3%	8	2%	9	2%	65	2%
Geslaagde mediation	4	1%	9	1%	10	2%	7	2%	5	1%	35	1%
Kennelijk Ongegrond	112	21%	170	25%	131	21%	111	25%	96	24%	620	23%
Ingetrokken na schikking	30	6%	45	7%	47	7%	27	6%	35	9%	184	7%
Ingetrokken, overig	23	4%	67	10%	84	13%	8	2%	18	5%	200	7%
Gesloten	113	21%	107	16%	120	19%	136	31%	114	29%	590	22%
Totaal	533	100	680	100	639	100	444	100	397	100	2693	100

Figuur 5: Percentage ko-zaken op totaal aantal afgehandelde zaken (relatieve cijfers).



In de evaluatieperiode werd 36 procent van de verzoeken 'ko' afgedaan, omdat geen sprake was van een door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde grond, terwijl 14 procent niet in behandeling werd genomen, omdat de verzoeken betrekking hadden op een terrein dat niet door de gelijkebehandelingswetgeving wordt bestreken (zie tabel 2).

De categorie 'overige' is een restcategorie die onder meer bestaat uit verzoeken die betrekking hadden op een periode waarin een wet of bepaling nog niet in werking was getreden.

Het komt ook voor dat een klacht te weinig concreet is om in behandeling te kunnen nemen (8 procent van alle ko-afdoeningen). In ongeveer de helft van deze zaken werd de verzoeker de mogelijkheid geboden om het verzoek aan te vullen. Reden om die mogelijkheid niet te bieden was bijvoorbeeld dat al meteen een omvangrijk dossier was overgelegd waaruit bleek dat er weinig méér informatie te verwachten was. In dergelijke gevallen ontbrak doorgaans elk begin van een vermoeden van onderscheid, of althans enige aanwijzing dat er feiten boven tafel zouden kunnen komen op basis waarvan zo'n vermoeden zou kunnen worden gevestigd.

Het 'totaal aantal redenen' (zie tabel 2) valt hoger uit dan het 'totaal aantal zaken ko' omdat sommige verzoeken om meer dan één reden 'ko' worden afgedaan, bijvoorbeeld als zowel de grond als het terrein niet wordt bestreken door de gelijkebehandelingswetgeving.

Tabel 14: Redenen dat zaken kennelijk ongegrond (KO) zijn, periode 2005 - 2009

	2005 Abs.	% van aantal zaken KO	2006 Abs.	% van aantal zaken KO	2007 Abs.	% van aantal zaken KO	2008 Abs.	% van aantal zaken KO	2009 Abs.	% van aantal zaken KO	Totaal Abs.	% van aantal zaken KO
Reden KO												
Geen GB-grond	46	41	44	26	54	41	47	42	30	31	221	36
Eenzijdig overheidshandelen	52	46	60	35	42	32	50	45	61	64	267	43
Geen/verkeerd terrein	9	8	41	24	19	15	8	7	10	10	89	14
Klachten onvoldoende geconcretiseerd	8	7	19	11	9	7	9	8	6	6	51	8
Geen belang	5	4	15	9	6	5	8	7	10	10	44	7
Overig	20	18	28	16	12	9	16	14	8	8	84	14
Totaal aantal redenen	140		207		142		138		125		756	
Totaal aantal zaken KO	112		170		131		111		96		620	





De cijfers laten een duidelijke stijging zien van het aantal ko-afdoeningen vanwege eenzijdig overheidshandelen: van 32 procent in 2007, naar 45 procent in 2008 en 64 procent in 2009 (zie tabel 2 en figuur 2). Het aantal verzoeken dat als kennelijk ongegrond werd afgedaan nam daarentegen af van 41 procent in 2007 naar 31 procent in 2009. Het aantal ko-afdoeningen vanwege het ontbreken van een beschermde grond of terrein in het geheel, fluctueert, maar laat geen duidelijke trend zien.

Figuur 6: Aandeel ko-redenen op het totaal aantal 'ko', periode 2005-2009



Verzoeken die geen betrekking hebben op een beschermde grond worden als kennelijk ongegrond aangemerkt. Het komt echter ook voor dat er wel een beschermde grond in geding is, terwijl het verzoek toch 'ko' wordt afgedaan, zoals bij eenzijdig overheidshandelen. De cijfers laten zien dat er significante verschillen bestaan in ko-afdoeningen tussen de verschillende gronden (zie tabel 3). Verzoeken om een oordeel in verband met onderscheid naar godsdienst werden het minst vaak ko afgedaan (5%), gevolgd door geslacht (8%). Verzoeken in verband met ras en nationaliteit werden aanzienlijk vaker 'ko' afgedaan (respectievelijk 18% en 23%). Gronden zoals seksuele gerichtheid en politieke of levensovertuiging laten nog hogere percentages zien. Het gaat daarbij echter om (vrij) kleine aantallen. Daarom kunnen hieraan moeilijk conclusies worden verbonden. Anders dan bij gronden als leeftijd en handicap/chronische ziekte, laten deze verschillen zich niet verklaren door een verschil in door de wet bestreken terreinen.

Tabel 15: Afdoening (KO en alle andere wijze van afdoening) naar grond, periode 2005-2009

	KO afgedaan		Andere afdoening		Totaal	
	Absoluut	%	Absoluut	%	Absoluut	%
Geslacht	24	8%	261	92%	285	100%
Ras	51	18%	240	82%	291	100%
Nationaliteit	24	23%	79	77%	103	100%
Godsdienst	7	5%	137	95%	144	100%
Seksuele gerichtheid	11	32%	23	68%	34	100%
Burgerlijke staat	16	35%	30	65%	46	100%
Politieke overtuiging	4	50%	4	50%	8	100%
Levensovertuiging	4	67%	2	33%	6	100%
Arbeidsduur	6	9%	61	91%	67	100%
Vaste/Tijdelijke arbeidscontracten	8	19%	35	81%	43	100%
Handicap/Chronische ziekte	69	22%	239	78%	308	100%
Leeftijd	127	17%	607	83%	734	100%
Meerdere gronden	30	10%	256	90%	286	100%
Geen wettelijke grond	239	71%	99	29%	338	100%
Totaal	620	23%	2073	77%	2693	100%

Cijfers over ko-afdoeningen naar terrein zijn alleen beschikbaar over de jaren 2005, 2008 en 2009, en dus niet over de gehele evaluatieperiode. Deze cijfers geven niettemin een duidelijk beeld [zie tabel 4].

Tabel 16: KO naar terrein alleen voor de jaren 2005, 2008 en 2009

	2005		2008		2009		Totaal	
	abs.	%	abs.	%	abs.	%	abs.	%
Arbeid – Werving en selectie	7	6%	3	3%	10	10%	20	6%
Arbeid – Aangaan arbeidsverhouding	3	3%	2	2%	5	5%	10	3%
Arbeid – Beëindiging arbeidsverhouding	11	10%	11	10%	9	9%	31	10%
Arbeid – Arbeidsvoorwaarden	6	5%	6	5%	2	2%	14	4%
Arbeid – Overig	8	7%	39	35%	25	26%	72	23%
Goederen en diensten	3	3%	1	1%	0	0%	4	1%
Meerdere terreinen	0	0%	1	1%	0	0%	1	0%
Geen terrein	74	66%	48	43%	45	47%	167	52%
Totaal aantal KO afdoeningen	112	100%	111	100%	96	100%	319	100%





Eenzijdig overheidshandelen

Veruit de meeste verzoeken die 'ko' werden afgedaan hadden betrekking op eenzijdig overheidshandelen (43%). Dat is het logische gevolg van de keuze van de wetgever bij de totstandkoming van de AWGB om een groot deel van het overheidshandelen – dat wil zeggen de typische overheidstaken zoals het verlenen van vergunningen, het toekennen van uitkeringen of het handelen van de politie – buiten de werkingssfeer van de wet te laten. De wetgever meent – en heeft dat ook bij gelegenheid van de vorige evaluatie herhaald – dat de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voldoende rechtsbescherming bieden. Ook is in veel van dergelijke situaties de Nationale Ombudsman bevoegd. Met de invoering van artikel 7a AWGB, over sociale bescherming (zie paragraaf 3.1), is een klein deel van het eenzijdig overheidshandelen alsnog binnen het bereik van de gelijkebehandelingswetgeving gebracht, maar alleen met betrekking tot de grond ras. De wetgever koos er voor niet verder te gaan dan voorgescreven door de Rasrichtlijn.

Een groot aantal ko-afdoeningen betrof, zoals gezegd, klachten over eenzijdig overheidshandelen. In veel gevallen wilden verzoekers een negatieve beslissing door de Commissie laten toetsen, bijvoorbeeld over de weigering om een visum of een verblijfsvergunning te verlenen, of om een subsidie of een vergunning niet te verstrekken. Ook werd geklaagd over gemeentelijke belastingen en over door de rechter opgelegde omgangsregelingen. Tot de instanties waarover werd geklaagd behoorden onder meer verschillende ministeries en gemeenten, de politie, de rechter, de belastingdienst, het UWV en de IND.

Het jaarlijks aantal ko-afdoeningen vanwege eenzijdig overheidshandelen fluctueert aanzienlijk. In 2007 was het percentage het laagst (32%). In 2009 was dat het dubbele (64%).

Het is moeilijk om de aanzienlijke stijging van de laatste jaren te verklaren. Mogelijk is de voorlichting over de gelijkebehandelingswetgeving op dit punt onvoldoende duidelijk of verwijzen externe instanties in dit soort gevallen vaker naar de Commissie.

Het aantal verzoeken over onderscheid bij de sociale bescherming was gering. Hieruit kan daarom geen trend worden afgeleid.

Ko-afdoeningen omdat de wet nog niet in werking was getreden

Een klein deel van de ko-afdoeningen betrof klachten die betrekking hadden op een wet of bepaling die nog niet in werking was getreden op het moment dat het probleem zich voordeed. In de gelijkebehandelingswetten wordt zelden een overgangsregeling getroffen. In dat geval moet worden uitgegaan van een onmiddellijke werking en heeft de bepaling dus geen terugwerkende kracht, met uitzondering van situaties waarbij de gevolgen blijven doorwerken.

De meeste verzoeken (18) die om deze reden niet ontvankelijk waren, in het bijzonder in 2005, hadden betrekking op de gronden leeftijd en handicap/chronische ziekte. Een enkele keer deed de Commissie een dergelijke klacht niet 'ko' af en sprak een oordeel uit, bijvoorbeeld om naar de buitenwereld toe duidelijkheid te verschaffen over de gevolgen van de wet.²⁹

Met betrekking tot de opbouw van pensioenaanspraken bestaat wel een bijzondere bepaling van overgangsrecht. In artikel III van de Wet van 12 maart 1998, ter implementatie van de zogeheten Barber-richtlijn³⁰ is bepaald dat het BW en de WGB voor werknemers terugwerkende kracht hebben tot en met 17 mei 1990 en voor beroepsgenoten tot en met 1 januari 1993.

In de evaluatieperiode werden zeven verzoeken met betrekking tot de opbouw van pensioenaanspraken 'ko' afgedaan, omdat het pensioen was opgebouwd voor de inwerkingtreding van de

²⁹ Onder meer 2005-38, 2006-223 en 224, 2007-192 en 2007-218.

³⁰ Richtlijn nr. 96/97/EG van de Raad van de Europese Unie van 20 december 1996 tot wijziging van Richtlijn nr. 86/387/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid.

wet en in de gevallen dat het verzoek betrekking had op de grond geslacht, het pensioen was opgebouwd voor 17 mei 1990, of 1 januari 1993.³¹

Tijdverloop

Op grond van artikel 14, eerste lid, aanhef en onderdeel c, AWGB, stelt de Commissie geen onderzoek in als er sinds het (gestelde) onderscheid zoveel tijd is verstreken dat in redelijkheid geen onderzoek meer kan plaatsvinden. In de evaluatieperiode kwam het sporadisch voor dat een zaak om die reden niet in behandeling werd genomen.

Het is afhankelijk van het soort gebeurtenis of handelen waarover wordt geklaagd of een onderzoek naar wat zich in het verleden heeft afgespeeld nog uitgevoerd kan worden. Bij de beoordeling daarvan kan ook het belang van de verzoeker een rol spelen. Hoe groter het belang van de verzoeker om alsnog na jaren een oordeel te krijgen, hoe eerder zal worden besloten om toch nader onderzoek te doen.

De meeste verzoeken die 'ko' zijn afgedaan vanwege het tijdverloop betroffen situaties die zich langer dan vier jaar geleden hadden voorgedaan.

Belang

Gemiddeld 7 procent van de ko-afdoeningen betrof een verzoek waarbij het belang van de verzoeker of het gewicht van de gedraging waarover werd geklaagd te gering werd bevonden (tabel 2 en figuur 2). Deze zaken zijn samengenomen, omdat het in de praktijk vaak moeilijk is om een onderscheid te maken tussen belang en gewicht van de gedraging. De cijfers laten een zo lichte stijging zien (10% in 2009) dat daaraan geen conclusies kunnen worden verbonden.

Verzoeken die om deze reden 'ko' werden afgedaan betroffen bijvoorbeeld kwesties die niet de verzoeker zelf maar een onbekende derde raakten. Ook uitten verzoekers soms hun ongenoegen over een regeling zonder dat duidelijk was of, en zo ja hoe zij daardoor werden benadeeld. Dat was bijvoorbeeld het geval in de zaak waarin iemand klaagde over een vacaturetekst zonder dat hij op grond van zijn kwalificaties in aanmerking kwam voor de functie.

Als niet op voorhand duidelijk is dat er onvoldoende belang is, of als de niet-ontvankelijkheid slechts een deel van het verzoek betreft, kan de Commissie toch tot een oordeel komen. In de evaluatieperiode is dat bij enkele verzoeken gebeurd.³² Eén keer oordeelde de Commissie dat de verzoeker zelf kennelijk geen belang (meer) hechtte aan een oordeel, maar werd het onderwerp door de verweerder zo belangrijk geacht dat deze de Commissie verzocht om een oordeel over eigen handelen (oordeel 2007-85).

In de evaluatieperiode werd drie keer een verzoek 'ko' afgedaan expliciet omdat het gewicht van de gedraging waarover werd geklaagd te licht werd bevonden en bovendien al eerder een oordeel over een vergelijkbare kwestie was gegeven. De kwesties betroffen een voorschrift van een werkgever met betrekking tot haardracht, van een sportschool inzake het dragen van mouwloze shirts en een 'cadeaudoos' met promotieartikelen voor mensen die gaan samenwonen.

Conclusie

Uit de cijfers blijkt dat de CGB niet snel aanneemt dat verzoekers geen belang hebben bij een oordeel en dat in het algemeen de toegang tot de procedure bij de Commissie niet wordt belemmerd.

31 In één geval (2007-56) werd wel een oordeel uitgesproken.

32 Oordelen 2006-122, 2006-224, 2006-159 en 2008-63 en 64.





4.3 (Voor)onderzoeken, adviezen, evaluaties en overige instrumenten

De CGB beschikt, naast het geven van oordelen in individuele gevallen, over verschillende instrumenten om de doelstellingen van de AWGB te bereiken. De CGB kan (voor)onderzoek doen en adviezen en evaluaties uitbrengen. Hieronder wordt weergegeven hoe vaak de CGB deze instrumenten heeft ingezet, wat ermee werd beoogd en welke effecten deze hebben gehad. Daarnaast worden nog enkele andere instrumenten genoemd. De CGB is zich bewust dat de genoemde effecten in veel gevallen niet alleen aan de onderzoeken, adviezen en evaluaties van de CGB is toe te schrijven. Andere organisaties of personen hebben vaak een belangrijke bijdrage geleverd.

In dit hoofdstuk wordt één onderzoek genoemd dat niet in de evaluatieperiode is uitgebracht, maar waarvan de periode van onderzoek wél binnen de evaluatieperiode valt ("Dubbel de dupe? Een studie naar de benadeling van werknemers die gelijke behandeling aan de orde stellen", Universiteit Twente, 2010). Om een zo compleet mogelijk beeld te geven, noemen we in dit hoofdstuk niet alleen instrumenten die op de AWGB betrekking hebben, maar ook die non-discriminatie gronden betreffen die in andere gelijkebehandelingswetten zijn neergelegd (zoals de WGBL en de WGBH/CZ). De in dit hoofdstuk genoemde onderzoeken, adviezen en evaluaties zijn te vinden op www.cgb.nl onder publicaties. Voor een overzicht kan de bijlage worden geraadpleegd.

4.3.1 Adviezen

Adviestaak CGB

Een belangrijke taak van de CGB is het uitbrengen van adviezen. Door gevraagd of ongevraagd adviezen uit te brengen aan onder andere ministers, departementen, de wetgever en spelers in het maatschappelijke veld, zorgt de CGB voor opbouw en verspreiding 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 en de naleving van de gelijkebehandelingsnormen te bevorderen. Ook kan door middel van adviezen antwoord worden gegeven op meer algemene vragen die leven op het terrein van gelijke behandeling.

De AWGB zegt niets over de adviestaak van de CGB. Bij de evaluatie van de AWGB van 1994-1999 heeft de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (mede namens een aantal andere ministers) echter benadrukt dat het vast beleid is om de CGB te raadplegen bij de voorbereiding van wetgeving op het terrein van gelijke behandeling en dat een voortzetting van deze taak nuttig wordt geacht. Ook gaf de minister aan dat de CGB vrij is om bepaalde kwesties onder de aandacht van het kabinet te brengen. Een meer algemene, wettelijk omschreven adviesfunctie achtte de minister dan ook niet nodig (Kamerstukken II, 2001-2002, 28481, nr.1, p.28).

Analyse adviezen

Aantallen

Jaar	Aantal adviezen
2004 (vanaf september)	4
2005	6
2006	16
2007	10
2008	9
2009 (tot september)	5
Totaal	50

In de periode van deze evaluatie (2004-2009) zijn er in totaal vijftig adviezen uitgebracht. In de periode van de vorige twee evaluaties (1994-2004) zijn er in totaal 37 adviezen uitgebracht. Deze sterke toename duidt erop dat de CGB meer belang is gaan hechten aan het adviesinstrument.

Onderwerpen

Onderwerp	Aantal
Meerdere gronden	9
Leeftijd	9
Geslacht	8
Ras	6
Handicap of chronische ziekte	5
Pensioen	3
Godsdienst	3
Voorkeursbeleid	2
Onderwijs	2
Overig	2
Seksuele gerichtheid	1
Totaal	50

Drie van de adviezen over geslacht gaan over de uitkering voor zwangere zelfstandigen (2006/06, 2006/10 en 2007/04).

Bij de adviezen over pensioen is het advies over pensioenregelingen die mogelijk leeftijdsdiscriminatie opleveren niet inbegrepen (2008/09). Dit advies is in deze tabel bij het onderwerp leeftijd ondergebracht.

De adviezen onder overig gaan over de ingebrekestelling door de Europese Commissie (2008/02) en over het voorstel van wet over gemeentelijke anti-discriminatievoorzieningen (2008/07)

Uit bovenstaande tabel blijkt dat 72 procent van de adviezen (ook) betrekking had op de gronden uit de AWGB.

Categorieën

Als de adviezen worden onderverdeeld in adviezen aan de overheid, de Tweede Kamer, maatschappelijke organisaties en internationale organisaties, ziet de verdeling er als volgt uit.

Advies uitgebracht aan:	Totaal aantal	Aantal gevraagde adviezen	Aantal ongevraagde adviezen
Overheid	19	13	6
Tweede Kamer	12	4	8
Maatschappelijke organisaties	16	13	3
Internationale organisaties	5	2	3
Totaal	52	32	20





Het totaal staat hier op 52, omdat één advies was gericht aan zowel de overheid als aan maatschappelijke organisaties en een ander advies aan zowel de overheid als de Tweede Kamer. Deze adviezen zijn dus dubbel geteld.

Gevraagde en ongevraagde adviezen

<i>Adviezen</i>	1994-2004	2004-2009
Gevraagd	27 (73%)	32 (64%)
Ongevraagd	10 (27%)	18 (36%)
Totaal	37 (100%)	50 (100%)

De tabel laat zien dat de CGB meer belang is gaan hechten aan het adviesinstrument. Daarnaast valt op dat de toename van adviezen met name in de ongevraagde adviezen zit. De CGB heeft er bewust voor heeft gekozen actiever op te treden als er belangrijke onderwerpen aan de orde zijn die de gelijkebehandelingswetgeving raken.

Onderwerp adviezen

<i>Adviezen</i>	1994-2004	2004-2009
Wetgeving	24 (65%)	12 (24%)
Beleid	8 (22%)	33 (66%)
Internationaal	5 (13%)	5 (10%)
Totaal	37 (100%)	50 (100%)

Uit de tabel blijkt dat het zwaartepunt van de advisering van wetgeving naar beleid is verschoven. Dat betekent niet dat de CGB minder is gaan adviseren over wetgeving (gemiddeld is het aantal wetgevingsadviezen absoluut gezien gelijk aan de voorgaande evaluatieperiodes), maar dat zij aanvullend meer adviezen over beleid heeft uitgebracht. Dit komt door haar actievere houding en doordat er meer adviezen aan de CGB zijn gevraagd. Wellicht dat een grotere bekendheid met de adviestaak van de CGB een rol heeft gespeeld.

De CGB heeft in de periode 2004-2009 vijf internationale adviezen uitgebracht. Dat zijn er evenveel als zij in de tien jaar ervoor heeft gegeven. De toename van dit soort adviezen is een uiting van het feit dat de CGB in de loop der jaren steeds meer internationaal is gaan opereren.

Doelen adviezen

Informatie geven over gelijkebehandelingsnormen

Internationale adviezen hebben als doel informatie te leveren die van belang is voor de beoordeling of Nederland op het terrein van gelijke behandeling internationale verdragen naleeft. Deze adviezen zijn gericht aan Europese of aan VN-comité's, zoals de Europese commissie tegen racisme en intolerantie (ECRI), het comité tegen rassendiscriminatie (CERD) en het comité tegen de discriminatie van vrouwen (CEDAW). In internationale adviezen aan toezichthoudende VN-comité's, brengt de CGB op basis van haar deskundigheid, oordelen en andere activiteiten punten naar voren die naar haar mening niet of onvoldoende in regeringsrapporten aan bod komen. Zij hoopt hiermee te bereiken dat de leden van de VN-comité's dit commentaar meenemen in de dialoog met en aanbevelingen aan de Nederlandse regering om de situatie te verbeteren.

Synchronisatie met gelijkebehandelingsnormen

De CGB geeft ook adviezen over voorgenomen wetgeving en beleid. Doel van deze adviezen is om in beeld te brengen hoe de voorgenomen wetgeving en het beleid zich tot de bestaande gelijkebehandelingswetgeving verhouden. Hierdoor kan de CGB helpen beleid en wetgeving te ontwikkelen die met de gelijkebehandelingswetgeving in overeenstemming is.

Als het om voorgenomen nieuwe gelijkebehandelingswetgeving gaat, is het doel van een advies van de CGB ook om aan te geven of deze naar de mening van de CGB uitvoerbaar is. Hierbij kan gedacht worden aan de adviezen over uitbreiding van de WGBH/CZ met wonen (2004/08), primair en voortgezet onderwijs (2006/14) en openbaar vervoer (2007/02 en 2009/06).

Duidelijkheid geven over gelijkebehandelingsnormen

Een deel van de adviezen van de CGB heeft tot doel de normen in de gelijkebehandelingswetgeving te verduidelijken. Zo heeft de CGB op verzoek van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap een advies uitgebracht over gelijke behandeling in het onderwijs ("Naar een discriminatievrije school", advies 2008/03). Aanleiding was dat het voor veel scholen onduidelijk was welke kleding- en gedragseisen op grond van de gelijkebehandelingswetgeving gesteld mochten worden.

Andere voorbeelden van adviezen die beogen duidelijkheid over de gelijkebehandelingswetgeving te geven zijn de adviezen die de CGB over leeftijdsdiscriminatie heeft uitgebracht: leeftijdsonderscheid in advertenties (2005/06), in de supermarktbranche (2006/02), in sociale plannen (2007/05) en bij seniorenregelingen (2009/03). Deze adviezen geven antwoorden op vragen als: Is leeftijdsonderscheid toegestaan in advertenties, bij aanname en bij ontslag in de supermarktbranche? Zo ja, onder welke omstandigheden? Moeten leeftijdseisen altijd in advertenties vermeld worden? Is leeftijdsonderscheid toegestaan bij het opstellen van sociale plannen en bij seniorenregelingen? Aan welke voorwaarden moet dan worden voldaan?

Ten slotte kan hier nog de 'werving- en selectiegids' worden genoemd. Dit is weliswaar niet een officieel advies, maar wel een instrument dat aan adviezen is verwant. De werving- en selectiegids is een website die de CGB in de evaluatieperiode heeft ontworpen met informatie over gelijke behandeling bij de werving en selectie (www.wervingenselectiegids.nl). HRM en P&O professionals vormen de doelgroep, maar ook anderen kunnen de site raadplegen. Aanleiding om dit digitale instrument te maken was dat de CGB veel vragen en verzoeken om oordelen kreeg die over de werving en selectie gingen. Op de site geeft de CGB duidelijkheid over de eisen die werkgevers al dan niet aan sollicitanten mogen stellen. De werving- en selectiegids is eind 2009 gelanceerd.

Effecten adviezen

Om te laten zien of de doelen van de advisering ook zijn bereikt, geven we hieronder een impressie van de manier waarop er met de adviezen van de CGB wordt omgegaan en hoe deze bijdragen aan de bevordering van gelijke behandeling.

In 2004 heeft de CGB een advies uitgebracht over het combineren van co-schappen met zwangerschap en zorgtaken (2004/07). Aanleiding voor dit advies was een verzoek van het landelijk overleg van onderwijsdirecteuren van de geneeskundefaculteiten. In dit advies heeft de Commissie aanbevolen om deeltijd co-schappen mogelijk te maken, zodat zwangere studenten en studenten met zorgtaken beter in staat zouden zijn om co-schappen te lopen. Het CGB advies heeft ertoe geleid dat per 1 september 2005 in het hele land co-assistenten geneeskunde met zorgtaken voor eigen kinderen de mogelijkheid hebben gekregen om hun co-schappen in deeltijd te doen.

In 2006 heeft de CGB op verzoek van de CNV-jongerenorganisatie geadviseerd over leeftijdsdis-





criminatie in de supermarktbranche (2006/02). Aanleiding was dat advertenties voor hulpkrachten vaak ongemotiveerde leeftijdseisen stellen. Daarnaast werden contracten van 'oudere' vakkenvullers niet verlengd. Voor hen in de plaats werden (goedkopere) jongeren aangesteld. De CGB heeft in haar advies uitgelegd waarom dit in het algemeen verboden leeftijdsdiscriminatie is. Met dit advies in de hand kon de vakbond supermarkten benaderen om de (on)toelaatbaarheid van leeftijdseisen aan de orde te stellen.

Dit advies en de andere adviezen over leeftijdsdiscriminatie hebben duidelijkheid verschaft over of al dan niet leeftijdseisen mogen worden gesteld. De CGB gaat ervan uit dat hierdoor minder verzoeken om oordelen over dit onderwerp zijn ingediend dan zonder het advies het geval zou zijn geweest.

Ook de drie adviezen over zwangere zelfstandigen (2006/06, 2006/10, 2007/04) hebben bijgedragen aan de bevordering van gelijke behandeling. Deze adviezen waren gericht aan de overheid en betroffen de gevolgen van het afschaffen van de Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen (WAZ). De WAZ voorzag in een uitkering tijdens de zwangerschap en na de bevalling. Sinds de afschaffing van de WAZ waren vrouwen voor zo'n uitkering aangewezen op private verzekeraars. Een dergelijke verzekering tegen inkomensderving bleek in de praktijk slechts in beperkte mate af te sluiten. De CGB adviseerde de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid om voor zelfstandigen opnieuw publiek een zwangerschapsvoorziening te regelen of betere kaders te scheppen voor een private regeling. Deze adviezen zijn in 2007 opgevolgd: er is een financiële basisvoorziening voor zwangere zelfstandigen gecreëerd.

De CGB heeft ongevraagd een advies uitgebracht over een voorgestelde verruiming van de mogelijkheden tot wachttijden in de Pensioenwet (2007/09). Het ging om een wijziging in de Pensioenwet en een amendement waardoor het mogelijk zou worden om per CAO de wachttijd van twee maanden voor verwerving van het ouderdomspensioen met zes maanden te verlengen. In dit advies heeft de CGB aan leden van de Tweede Kamer laten weten dat een wachttijd en drempelperiode onderscheid wegens leeftijd en tijdelijke en vaste arbeidscontracten kan opleveren. Bovendien gaf de CGB aan dat het toestaan van een drempelperiode op gespannen voet stond met de ratio achter de geïntroduceerde toetredingsleeftijd van 21 jaar. Het advies van de CGB heeft ertoe geleid dat de drempelperiode alleen bij uitzendbureaus werd uitgebreid en niet bij andere sectoren.

De minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen heeft de CGB advies gevraagd ten behoeve van een leidraad voor scholen. De CGB heeft dit advies (uit 2008) in 2009 openbaar gemaakt (2008/03). Dit advies geeft een juridisch kader voor het opstellen van kleding- en gedragsvorschriften, het bepalen van taaleisen en voor de toegankelijkheid van het onderwijs voor leerlingen met een beperking. De minister heeft uiteindelijk besloten geen leidraad voor scholen te maken met als gevolg dat het advies wellicht van minder praktisch nut is geweest dan aanvankelijk was beoogd. Wel heeft de minister voor het onderwerp homoseksualiteit een handreiking voor primair en voortgezet onderwijs opgesteld. De CGB heeft haar advies aan alle onderwijskoepels toegezonden.

De staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft bij brief van 22 januari 2008 de CGB gevraagd de leeftijdsgrenzen zoals opgenomen in de 'Beleidsnota werkpleerplicht voor jongeren tot 27 jaar' te bezien en hem ter zake te adviseren. Het kabinet hechtte er groot belang aan te voorkomen dat jongeren in de bijstand en daarmee in een 'bijstandsval' terecht komen, waardoor zij langdurig buiten de maatschappij komen te staan. De CGB heeft op basis hiervan geconcludeerd dat de leeftijdsgrenzen in de werkpleerplicht die specifiek op jongeren van 16-18 en 27 jaar gericht was, objectief gerechtvaardigd waren. Wel adviseerde zij om een onderbouwing te geven voor de leeftijdsgrens van 27 jaar (advies 2008/05).

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is dit advies overgenomen.

Begin 2009 heeft de CGB een advies uitgebracht over discriminatie van vrouwen in Nederland (2009/01). Dit advies was gericht aan het CEDAW comité, dat is het VN-comité dat toeziet op naleving van het vrouwenverdrag. Het CEDAW comité heeft in zijn aanbevelingen aan Nederland een aantal punten uit het advies overgenomen. Bijvoorbeeld over discriminatie van allochtone vrouwen op de arbeidsmarkt, ongelijke beloning van mannen en vrouwen en discriminatie van transgenders.

De door de CGB ontworpen website www.wervingenselectiegids.nl blijkt aan een behoefte te voldoen, zo blijkt uit de bezoekcijfers aan de website. In 2010 hebben gemiddeld rond de 1000 personen per maand de eind 2009 gelanceerde website geraadpleegd. Het bezoekersaantal is in de loop van 2010 toegenomen.

4.3.2 Onderzoeken en vooronderzoeken

Algemeen

De onderzoeken van de CGB zijn in twee categorieën in te delen, namelijk onderzoeken uit eigen beweging (OUEB's) die in een oordeel eindigen, en meer algemene onderzoeken. De laatste soort onderzoeken zijn gericht op het in kaart brengen van bepaalde verschijningsvormen van discriminatie of onderliggende mechanismen en eindigen niet in een oordeel.

De bevoegdheid van de CGB om een OUEB in te stellen staat in artikel 12 lid 1 van de AWGB. Dit artikel bepaalt dat de CGB uit eigen beweging kan onderzoeken of er stelselmatig onderscheid wordt gemaakt en dat zij hierover haar oordeel kenbaar kan maken.

Aan een OUEB gaat altijd een vooronderzoek vooraf. Dit is erop gericht om vast te stellen of sprake is van een vermoeden van stelselmatig onderscheid.

De CGB heeft in deze evaluatieperiode één maal een vooronderzoek gedaan dat niet tot een onderzoek heeft geleid, omdat er onvoldoende aanknopingspunten waren om te veronderstellen dat sprake was van stelselmatig onderscheid. Dit vooronderzoek betrof discriminatie bij stages ("Discriminatie bij stage", Regioplan, publicatienr. 1524, 2007). Verder is er nog een ander vooronderzoek verricht naar de beloning van mannen en vrouwen in de algemene Nederlandse ziekenhuizen. Dit heeft geleid tot een OUEB waarvan het rapport in 2011 is gepubliceerd.

<i>(voor)onderzoeken</i>	1994-2004	2004-2009
Vooronderzoek zonder OUEB	3	1
OUEB's	2	2
Andersoortig onderzoek	0	5
Totaal	5	8

Uit de tabel blijkt dat er in deze evaluatieperiode gemiddeld meer OUEB's zijn gedaan dan in de periode ervoor. Dat komt omdat artikel 12 van de AWGB is aangepast. Aanvankelijk stond in deze bepaling dat er alleen onderzoek gedaan kon worden naar stelselmatig onderscheid binnen een sector. De CGB heeft bij de eerste evaluatie van de AWGB aangegeven dat de eis van sectorbrede discriminatie het inzetten van dit onderzoeksinstrument sterk bemoeilijkt.

Per 1 november 2005 is de bepaling van artikel 12 AWGB minder strikt geformuleerd (Stb. 2005 nr. 516 en 529) en kan de CGB ook een OUEB instellen als het vermoeden bestaat dat bij een bepaald bedrijf of een bepaalde instelling stelselmatig onderscheid wordt gemaakt. Door deze wijziging kon de CGB bijvoorbeeld een OUEB doen naar stelselmatige discriminatie wegens afkomst op een hogeschool ("Onderzoek naar discriminatie op de Haagse Hogeschool", de Beuk, 2009). In paragraaf 3.2 van dit evaluatierapport wordt nader ingegaan op de verruiming van de





mogelijkheid tot het doen van een OUEB.

Opvallend is dat in deze evaluatieperiode vijf keer een algemeen onderzoek is gedaan, terwijl dat in de voorgaande evaluatieperiodes in het geheel niet is gebeurd. Dat komt, omdat de CGB het steeds meer als haar taak ziet beter zicht te krijgen en te bieden op het soort discriminatie en waar dit door komt. Met dit soort onderzoeken kan de CGB handvatten bieden om discriminatie te voorkomen.

Effecten onderzoeken

Het hierboven genoemde onderzoek uit eigen beweging naar discriminatie op de Haagse Hogeschool is in nauw overleg met de school tot stand gekomen. Uit het onderzoek kwam naar voren dat zowel allochtone als autochtone studenten en docenten stelselmatig discriminatie ervoeren. Verder maakte het onderzoek duidelijk welke mechanismen een rol speelden bij het ontstaan en voortduren van discriminatie binnen de hogeschool. Het onderzoek bood mogelijke oplossingen om deze mechanismen aan te pakken. Het college van bestuur van de hogeschool heeft de conclusies van het onderzoek onderschreven en de aanbevelingen overgenomen. Zo heeft de hogeschool workshops gegeven aan leidinggevenden over het omgaan met verschillen, is er voor de medewerkers een leergang omgaan met culturele diversiteit opgezet, zijn er seminars over diversiteit gehouden en is er een site ontworpen waarop informatie over diversiteit uitgewisseld kan worden. Daarnaast wordt de integriteitscode herzien, zijn er tevredenheidsonderzoeken onder de medewerkers uitgezet waarin vragen over discriminatie zijn opgenomen, worden vertrouwenspersonen bijgeschoold op het gebied van discriminatie en wordt aan verschillende medewerkers een training conflicthantering gegeven. Op deze wijze wordt er gewerkt aan een beter en veiliger schoolklimaat en heeft het CGB-onderzoek bijgedragen aan de bevordering van gelijke behandeling op deze school.

In 2006 heeft de CGB uit eigen beweging het onderzoek "Risicoselectie op grond van postcode en verblijfsstatus door hypothecair financiers" openbaar gemaakt. Daarnaast heeft zij twee adviezen uitgebracht die nauw met dit onderzoek samenhangen (2006/15 en 2006/16). Het onderzoek heeft zij naar aanleiding van signalen uit het veld opgestart. Het was het eerste onderzoek uit eigen beweging waarbij vanaf het begin belanghebbenden bij het onderzoek waren betrokken. Uit dit onderzoek bleek dat hypothecair financiers onderscheid maakten op grond van afkomst: vrijwel alle banken verleenden geen hypotheek aan mensen met een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd. Bovendien werd duidelijk dat enkele banken aanvullende voorwaarden hanteerden voor delen van bepaalde grote steden, waardoor met name allochtonen lastiger een hypotheek konden afsluiten. De CGB adviseerde de hypothecaire sector de acceptatiecriteria transparanter te maken en in sommige gevallen aan te passen. Gedurende het onderzoek bleek een grote bereidheid te bestaan om bestaande uitgangspunten en voorwaarden nog eens tegen het licht te houden. Het Contactorgaan Hypothecair Financiers en de Nederlandse Vereniging van Banken hebben naar aanleiding van het onderzoek de gedragscode hypothecaire financieringen aangepast. Daarna hebben de meeste financiers de acceptatiecriteria voor hypothecaire financieringen aangepast. Naar aanleiding van het onderzoek zijn Kamervragen gesteld en is een artikel in het "Eigen Huis Magazine" verschenen.

De CGB nam ook het initiatief tot het onderzoek "Discriminatie is het woord niet, een onderzoek naar discriminatie van lesbische vrouwen en homoseksuele mannen op de werkvloer" (Verwey-Jonker Instituut, april 2009). Uit dit onderzoek blijkt dat deze groepen op de werkvloer problemen ervaren vanwege hun seksuele voorkeur. Deze problemen hebben vooral te maken met de bedrijfscultuur en de wijze waarop lesbische vrouwen en homoseksuele mannen worden bejegend. De mate waarin deze problemen zich voordoen varieert per sector, bedrijf en werkvloer. Deze problemen worden weinig aan leidinggevende en vertrouwenspersonen gerapporteerd. De CGB heeft de resultaten van dit onderzoek bij verschillende bijeenkomsten gepresenteerd, zodat

werkgevers, de FNV, belangenorganisaties, vertrouwenspersonen en vertrouwensinspecteurs van de Arbeidsinspectie deze informatie in hun werk konden meenemen. De resultaten van het onderzoek zijn benut voor een project van de FNV en werkgevers over acceptatie van homoseksualiteit op de werkvloer. Verder zijn de uitkomsten van het onderzoek verwerkt in de CGB brochure "Discriminatie op de werkvloer". Deze brochure is breed verspreid onder HRM en P&O adviseurs.

Vooronderzoeken

Vooronderzoeken worden gedaan om na te gaan of er voldoende aanwijzingen zijn om te vermoeden dat sprake is van stelselmatig onderscheid. Zij helpen een beter beeld te krijgen van gesignaleerde problemen. In sommige gevallen leiden vooronderzoeken tot een OUEB, in andere gevallen leiden zij tot de conclusie dat de gesignaleerde problemen lijken mee te vallen, of dat beter een ander instrument ingezet kan worden. Ook dit is waardevolle informatie.

Er is in de evaluatieperiode één vooronderzoek gedaan dat niet tot een onderzoek uit eigen beweging heeft geleid. Dit betrof een vooronderzoek naar discriminatie bij stages dat RegioPlan in opdracht van de CGB heeft uitgevoerd ("Discriminatie bij stage", augustus 2007, RegioPlan publicatienr. 1524). Aanleiding voor dit onderzoek waren verschillende verzoeken om oordelen en berichten in de media over dit onderwerp. Deze signalen deden vermoeden dat studenten die een onderwijsstage wilden lopen stelselmatig wegens afkomst of religie werden gediscrimineerd. Om er achter te komen of dit vermoeden terecht was heeft de CGB in de onderwijssector een onderzoek laten doen. Conclusie van dit onderzoek was dat de minder goede positie van allochtone studenten op de stagemarkt vooral verklaard kon worden door objectieve criteria zoals taalkennis, opleidingsniveau en studieresultaten. Subjectieve criteria zoals cultuurverschillen (houding, presentatie en uiterlijke verschijning tijdens een sollicitatiegesprek) en een minder goed netwerk of minder steun vanuit huis bleken ook een rol te spelen. Het dragen van een hoofddoek speelde een ondergeschikte rol bij de uitsluiting van stages. Omdat er onvoldoende aanknopingspunten waren voor een vermoeden van stelselmatige discriminatie, heeft de CGB besloten hier geen nader onderzoek naar te doen.

4.3.3 Evaluaties

Evaluaties hebben tot doel duidelijk te maken hoe de gelijkebehandelingswetten in de praktijk werken. De CGB is wettelijk verplicht om gelijkebehandelingswetten op gezette tijden te evalueren. Vervolgens worden deze evaluaties aan de regering en de Tweede Kamer toegestuurd. In de evaluaties doet de CGB aanbevelingen om de werking van de gelijkebehandelingswetten te verbeteren.

Een uitgebreide evaluatie is vooral van belang als het om nieuwe wetgeving gaat, zoals bij de evaluatie van de WGBL (die op 1 mei 2004 in werking is getreden). Bij wetgeving die al langer van kracht en eerder geëvalueerd is, kan naar de mening van de CGB met een beperkte evaluatie worden volstaan. Een uitgebreide evaluatie is namelijk zeer tijdrovend en levert naar verhouding niet zoveel op; doorgaans wordt geconcludeerd dat toepassing van de gelijkebehandelingswetgeving weinig problemen oplevert.

In deze evaluatieperiode heeft de CGB twee evaluaties gedaan: een evaluatie van de AWGB ("Het verschil gemaakt: evaluatie van de AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004") en een evaluatie van de WGBL ("WGBL, geen symbool-wetgeving. Evaluatie van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid 2004-2008", advies 2009/05).

Uit de AWGB evaluatie 1999-2004 zijn of worden een aantal aanbevelingen opgevolgd. Zo heeft het kabinet aangekondigd dat de AWGB met de uitzonderingsgrond volksgezondheid wordt uitgebreid (Kamerstukken II, 2008-2009, 28481, nr. 5). Hiertoe is een voorstel opgenomen in het concept wetsvoorstel voor de Integratiewet. Verder heeft het kabinet op aanraden van de CGB





laten onderzoeken welk overheidshandelen onder de reikwijdte van de AWGB moet vallen. Het kabinet heeft na dit onderzoek geconcludeerd dat eenzijdig overheidshandelen niet door de AWGB bestreken dient te worden (Kamerstukken II, 2008-2009, 28481, nr. 5). Ook de aanbevelingen aan de overheid om meer voorlichting over de gelijkebehandelingswetgeving te geven en om een regisserende rol te nemen om het voortbestaan en versterking van de bestaande infrastructuur voor discriminatiebestrijding te waarborgen is ter harte genomen. Tot slot is in navolging van een aanbeveling van de CGB niet overgegaan tot het heffen van griffierechten bij de CGB.

In de evaluatie van de WGBL heeft de CGB aanbevolen om bepalingen in CAO's die leeftijds-onderscheid bevatten te voorzien van een vermelding van het doel van dit leeftijds-onderscheid. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ondersteunde deze gedachte en heeft aangekondigd deze aanbeveling onder de aandacht van sociale partners te brengen (Brief van de minister van SZW van 11 juni 2009 aan de voorzitter van de Tweede Kamer, kenmerk AV/AR/2009/6871). De CGB heeft ook aanbevolen om de maatschappelijke terreinen waarop een verbod van leeftijds-onderscheid zou moeten gelden uit te breiden. Deze aanbeveling is niet overgenomen.

4.3.4 Overige instrumenten

Oordelenbundels

Als het gaat om de werking van de wet in de praktijk, kunnen de oordelenbundels die de CGB jaarlijks uitbrengt niet onvermeld blijven. In de oordelenbundels bespreekt een onafhankelijke redactie de belangrijkste oordelen, adviezen en onderzoeken van de CGB. Daarnaast staan er artikelen in van wetenschappers over verschillende aspecten van gelijke behandeling. De bundel wordt verspreid onder professionals die met gelijke behandeling te maken krijgen. Doel is om inzicht te bieden in de manier waarop de gelijkebehandelingsnormen uitgelegd moeten worden. Om een goed beeld te krijgen van de mate waarin dit doel wordt bereikt is nader onderzoek nodig.

4.3.5 Conclusies

De AWGB biedt voldoende mogelijkheden om adviezen te geven en onderzoeken en evaluaties te kunnen uitvoeren. In de evaluatieperiode heeft de CGB volop van deze mogelijkheden gebruik gemaakt; zij heeft vergeleken met de tien jaar ervoor relatief vaak van deze instrumenten gebruik gemaakt.

Wat betreft de adviezen valt op dat het zwaartepunt van advisering van wetgeving naar beleid is verschoven. Daarnaast Dit is niet omdat de CGB minder adviezen over wetgeving heeft uitgebracht, maar juist omdat zij meer adviezen over beleid heeft gegeven. Dit komt zowel door haar actievere houding, die zich in ongevraagde adviezen uit, als doordat er meer adviezen aan de CGB zijn gevraagd. Wellicht dat dit het gevolg is van een grotere bekendheid met de adviestaak van de CGB. Ten opzichte van de eerdere evaluatieperiodes is een toename van internationale adviezen waar te nemen. Dit kan verklaard worden doordat de CGB in de loop der jaren steeds meer internationaal is gaan opereren.

Het aantal onderzoeken uit eigen beweging is toegenomen, omdat artikel 12 AWGB minder strikt is geformuleerd. Hierdoor is de onderzoeksbevoegdheid van de CGB niet meer beperkt tot stelselmatig onderscheid binnen een sector, maar kan ook binnen een bedrijf of instelling onderzoek worden gedaan.

Opvallend is dat de CGB, in tegenstelling tot in de vorige evaluatieperiodes, ook algemene onderzoeken is gaan doen. De CGB ziet het steeds meer als haar taak om te laten zien welke soorten discriminatie er zijn, welke mechanismen hieraan ten grondslag liggen en welke mogelijkheden er zijn om deze vormen van discriminatie te voorkomen.

Uit de follow up van de onderzoeken, adviezen en evaluaties blijkt dat deze op verschillende manieren en in verschillende gradaties een bijdrage leveren aan de bewustwording en naleving van de gelijkebehandelingsnormen. De onderzoeken, adviezen en evaluaties zijn regelmatig aanleiding tot aanpassing van beleid of (voorgenomen) wetgeving. Ook zetten zij anderen ertoe aan om activiteiten te ontwikkelen en worden de aanbevelingen uit adviezen of de resultaten van onderzoeken hierbij meegenomen. De in deze evaluatie genoemde voorbeelden van follow up geven een indruk van de effecten van de inzet van onderzoeken, adviezen en evaluaties. Om een volledig beeld te krijgen van de effectiviteit van deze en andere instrumenten is een uitgebreider onderzoek nodig.

5. Bijzondere thema's

Het denken over gelijkebehandelingswetgeving staat niet stil. Wetenschap en praktijk werpen voortdurend nieuwe vragen op. Drie van dergelijke vragen worden hierna besproken. Het eerste thema betreft een tamelijk uitvoerige verkenning van een verschijnsel dat meervoudige discriminatie wordt genoemd (5.1). Deze problematiek is vooral door rechts- en sociaalwetenschappelijke discussies op de agenda gezet. Nagegaan wordt of en zo ja hoe deze theorievorming kan bijdragen aan een efficiëntere toepassing van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving. De andere twee thema's vloeien voort uit ervaringen met de gelijkebehandelingswetgeving in de evaluatieperiode. In de wet is het recht op terugkeer in de eigen functie na zwangerschap en bevalling niet nadrukkelijk vastgelegd. Onderzocht wordt of aanvulling van de wet op dit punt wenselijk is (5.2). In de laatste paragraaf (5.3) wordt ingegaan op de (on)mogelijkheid voor partijen om gezamenlijk een verzoek in te dienen. De AWGB biedt daartoe op dit moment geen mogelijkheid.

5.1 Discriminatie op meerdere gronden

Een jonge moslim die zich kledde in een djellaba, werkte voor een telefonisch informatiecentrum. Zijn arbeidsovereenkomst werd nog gedurende de proeftijd opgezegd, onder andere omdat een vrouwelijke collega per ongeluk over hem struikelde toen hij in een gang aan het bidden was. Zij schrok hevig, omdat zij hem niet direct had herkend en een gestalte voor zich zag die zij associeerde met moslimterrorisme. De man legde de beëindiging voor aan de rechter en stelde gediscrimineerd te zijn op grond van zijn godsdienst en zijn geslacht. De werkgever antwoordde dat er a) meerdere mannen in zijn bedrijf werkzaam waren en b) recentelijk nog een moslima was aangenomen. Daarom was er, volgens de werkgever, geen sprake van discriminatie. Het is echter duidelijk dat het probleem in deze zaak is gelegen in de combinatie van kenmerken die van toepassing zijn op de man en die specifieke vooroordelen oproepen: man, moslim, en mogelijk ook nog zijn jonge leeftijd. Met name (jonge) mannen die moslim zijn, worden in verband gebracht met terrorisme, meer dan moslima's of mannen die een andere of geen godsdienst aanhangen.³³

Een ander voorbeeld van discriminatie op meer dan één grond is het volgende. Een oudere vrouw solliciteerde naar de functie van rijinstructeur, maar werd afgewezen omdat de werkgever oudere vrouwen niet geschikt achtte voor de functie. Oudere vrouwen zouden niet over genoeg kracht en behendigheid beschikken om het stuur te grijpen of snel te remmen. De vrouw zou wel zijn aangenomen als ze jong was geweest en/of een man.³⁴

33 European Commission, Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws Brussel, september 2007, p. 21. De zaak werd geschikt. De rechter heeft zich dus niet uitgesproken over de vraag of sprake was van (meervoudige) discriminatie.

34 Government Equalities Office, Equality Bill: Assessing the impact of a multiple discrimination provision. A discussion document, april 2009, p. 11.





Er is steeds meer aandacht voor discriminatie op meerdere gronden. Niet alleen in Nederland, maar ook in andere landen en op internationaal niveau wordt nagedacht hoe discriminatie die mensen treft vanwege meer dan een persoonskenmerk kan worden herkend, geduid en bestreden. Zo heeft het Europees Parlement bijvoorbeeld een amendement aangenomen op het EU-voorstel voor een nieuwe, brede kaderrichtlijn, waarin de Europese Commissie wordt opgedragen om een expliciet verbod op te nemen van meervoudige discriminatie.³⁵

De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving kent geen expliciet verbod. De vraag is daarom opportuun of het voor de effectiviteit van de gelijkebehandelingswetgeving wenselijk is om discriminatie op meerdere gronden, of specifieke vormen daarvan, expliciet te verbieden. Eerst wordt de achtergrond van de discussie over discriminatie op meerdere gronden in beeld gebracht (5.1.1), waarna de verschillende vormen ervan (5.1.2) en buitenlandse wetgeving op dit punt (5.1.3) worden beschreven. Vervolgens wordt aan de hand van de ervaringen van de Commissie met verzoeken om een oordeel, nagegaan of toevoeging van een bepaling over meervoudige discriminatie een meerwaarde zou kunnen hebben (5.1.4). Daarna volgt een conclusie (5.1.5).

5.1.1 Achtergrond

Het denken over samenloop van discriminatiegronden kwam vanaf 1989 op gang door een artikel van de jurist Kimberlé Crenshaw over discriminatie op meerdere gronden.³⁶ Zij betoogde dat onder begrippen als 'seksediscriminatie' en 'rassendiscriminatie' slechts de ervaringen worden begrepen van de dominante subgroep binnen de groep, namelijk witte vrouwen of zwarte mannen, en niet de ervaringen van zwarte vrouwen. Deze focus op de relatief bevoorreedden binnen de groepen 'vrouwen' en 'zwarten' leidt tot vervormde uitkomsten in discussies over seksisme en racisme, omdat door die beperkte focus maar een klein deel van een veel complexer fenomeen in beeld komt. Daarom stelde zij dat alleen een analyse die de specifieke problemen van zwarte vrouwen in ogenschouw neemt, recht kan doen aan hun positie en aan de problemen waarmee zij, anders dan zwarte mannen of blanke vrouwen, te maken krijgen.

Dit artikel leidde tot veel wetenschappelijke discussie, zowel onder juristen als onder sociologen, politicologen en anderen zoals cultuurwetenschappers; in eerste instantie vooral in de Verenigde Staten, Canada, Groot-Brittannië en Ierland, later gevolgd door wetenschappers op het Europese continent.³⁷

Inmiddels zijn ook beleidsmakers zich over discriminatie op meerdere gronden gaan buigen, zowel in Nederland als op Europees en mondiaal niveau. Een voorbeeld daarvan is de UN World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance in 2001 (Durban, Zuid-Afrika), waar het onderwerp op de agenda stond³⁸. Het comité bij het VN-verdrag tegen rassendiscriminatie (CERD), heeft bijvoorbeeld een algemene aanbeveling gegeven met betrekking tot de gendercomponent (met geslacht samenhangende aspecten van rassendiscriminatie) van rassendiscriminatie (General Comment no 25: Gender related dimensions of racial

35 Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 2 april 2009 over het voorstel voor een Richtlijn van de Raad, betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling voor personen ongeacht godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)).

36 K. Crenshaw, 'Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics', University of Chicago Legal Forum 1989, p. 139-169.

37 B.v. T. M. Makkonen, Compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore, Turku, : Abo Akademy University, Institute for Human Rights, 2002; D. Schiek, L. Waddington & M. Bell (eds.), Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law, Oxford / Portland: Hart Publishing, 2007, hoofdstuk 1.5, p. 170 – 180; D. Schiek & V. Chege (eds.), European Union non-discrimination law. Comparative perspectives on multidimensional equality law, London / New York: Routledge Cavendish, 2009.

38 In het slotdocument van de bijeenkomst in Durban wordt ook verwezen naar discriminatie op meerdere gronden: Durban Declaration and Programme of Action, general issue nr. 2, p. 5, te vinden op <http://www.un.org/WCAR>.

discrimination, van 20 maart 2000³⁹). Het VN-vrouwenverdragcomité (CEDAW) heeft een aanbeveling gedaan aan de Nederlandse regering over de positie van zwarte, migranten- en vluchtelingenvrouwen (Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women van 5 februari 2010, paragrafen 42 en 43, p. 10-11, CEDAW/C/NLD/CO/5).

In de theoretische discussie over meervoudige discriminatie is veel aandacht voor de machtscomponent die besloten ligt in de maatschappelijke ordeningsprincipes die in een samenleving gelden. Ordeningsprincipes zijn bijvoorbeeld de verdeling van mensen in categorieën: man of vrouw, autochtoon of allochtoon, blank of zwart, jong of oud. Deze ordeningsprincipes hebben niet alleen effect op de manier waarop een samenleving is georganiseerd, maar ook op de manier waarop mensen zichzelf en anderen ervaren. De indeling van mensen aan de hand van deze principes leidt echter niet altijd tot gelijkwaardige groepen. Vaak geldt één van de twee groepen als de vanzelfsprekende norm, waar de andere groep, die de uitzondering vormt, aan wordt afgemeten. De groep die als de norm wordt gezien (mannen, blanken), heeft aldus een positie die doorgaans niet wordt gezien als een positie van structureel voordeel, maar als het normale, algemene uitgangspunt. Daardoor verkeert deze groep in een gunstiger positie dan de niet-dominante groep. Macht is gelegen in onzichtbaarheid en vanzelfsprekendheid: door machtige posities niet te benoemen of door ze te presenteren als objectief en algemeen, blijven zij in stand. Andersom wordt die machtsverhouding juist doorbroken door de norm zichtbaar te maken en te benoemen als één van de vele posities, in plaats van de enige en natuurlijke positie.⁴⁰

5.1.2 Vormen en definities

Er bestaat veel onduidelijkheid over wat discriminatie op meerdere gronden precies is en er is ook kritiek op de terminologie. De gebruikte begrippen – meervoudige discriminatie, intersectionaliteit, multi-dimensionale discriminatie, samenloop van gronden en kruispuntdenken – zouden te complex zijn om er in de praktijk mee uit de voeten te kunnen. Introductie van deze focus zou ook de aandacht kunnen afleiden van bijvoorbeeld de strijd voor seksegelijkheid.⁴¹ Niettemin wordt algemeen onderschreven dat het onderkennen van meervoudige vormen van discriminatie een duidelijke meerwaarde kan hebben, bijvoorbeeld omdat zo recht kan worden gedaan aan de specifieke problemen waar mensen tegenaan lopen die regelmatig op meer dan één grond gediscrimineerd of gemarginaliseerd worden.⁴²

Er zijn veel verschillende termen om discriminatie als hier aan de orde te beschrijven: denk aan *multiple discrimination*, *simple multiple discrimination*, *additive discrimination*, *intersectionality* in het Engels, en meervoudige discriminatie, samenloop van gronden, intersectionaliteit, multi-dimensionale discriminatie en kruispuntdenken in het Nederlands. Bijzonder lastig is dat dezelfde termen soms worden gebruikt voor verschillende fenomenen.

‘Meervoudige discriminatie’ wordt vaak gebruikt als overkoepelende term waaronder verschillende vormen van discriminatie op meerdere gronden worden begrepen. Deze term dekt de lading echter niet helemaal: iemand die meermaals op dezelfde grond wordt gediscrimineerd, zou ook een voorbeeld van meervoudige discriminatie kunnen zijn. Het zou daarom juist zijn te spreken van discriminatie op meerdere gronden. De discussie draait immers om vormen van discriminatie waarbij iemand wordt getroffen door discriminatie op meer dan één grond. De term meervoudige discriminatie wordt in deze tekst niettemin (ook) gebruikt, omdat het de meest

39 Te raadplegen op: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm>.

40 M. Hermans, Intersectionaliteit. Een uitnodiging tot inclusief denken over gender, etniciteit, discriminatie en beeldvorming, Den Haag: E-Quality, november 2002.

41 Zie S. Burri & D. Schiek, Multiple discrimination in EU law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination? European Commission, 2009, p. 5. Toegankelijk via: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=en&moreDocuments=yes>.

42 S. Burri en D. Schiek 2009, a.w. noot 43, p. 20.





gebruikelijke term is om het fenomeen aan te duiden.

Er wordt ook verschillend gedacht over de situaties die al dan niet onder het begrip meervoudige discriminatie vallen. Doorgaans wordt onderscheid gemaakt tussen vormen van meervoudige discriminatie waarbij de verschillende gronden los van elkaar een (al dan niet versterkend) effect hebben – zogenoemde *samenloop van gronden* – en vormen van discriminatie waarbij de gronden die van toepassing zijn niet los van elkaar kunnen worden gezien – *interferentie van gronden*. Deze indeling is nogal arbitrair. Het is de vraag wanneer verschillende vormen van discriminatie van één persoon nog los van elkaar kunnen worden gezien. Niettemin helpt het onderscheid het fenomeen te verduidelijken, reden om deze twee vormen van discriminatie op meerdere gronden hierna kort toe te lichten.

Samenloop van gronden

Deze term doelt op de situatie waarin een persoon discriminatie ondervindt op twee of meer gronden, maar waarbij de discriminatie wel naar grond kan worden ontleed.

De categorie omvat verschillende situaties:

Discriminatie op meerdere gronden op hetzelfde moment, terwijl deze gronden elkaar versterken.⁴³ Elk van de gronden kan op zichzelf al voor uitsluiting zorgen, maar de combinatie ervan zal het vóórkomen van discriminatie kunnen doen toenemen, of het effect van discriminatie kunnen versterken. Een voorbeeld: een werkgever wijst een kandidaat af vanwege zijn leeftijd en omdat hij immigrant is waardoor hij weinig werkervaring heeft in Nederland en de Nederlandse taal (nog) niet vloeiend spreekt. Ieder van deze factoren kan de man minder aantrekkelijk maken als kandidaat, maar de combinatie ervan vermindert zijn kansen nog verder. Een ander voorbeeld: een blinde werknemer van Turkse afkomst werd met het oog op herplaatsing gevraagd een schriftelijke competentietest af te leggen. De test werd haar echter niet in braille voorgelegd, maar voorgelezen, wat het maken van de test bemoeilijkte. Door haar Turkse afkomst beheerste zij de Nederlandse taal niet volledig, waardoor de moeilijkheidsgraad van de test nog werd versterkt (oordeel 2006-256).⁴⁴

Interferentie van gronden

Bij deze vorm van discriminatie gaat het om onderscheid op grond van meerdere persoonskenmerken, terwijl deze kenmerken niet onderling 'ontward' kunnen worden. Vaak spelen vooroordelen en stereotypingen een rol.

Anders dan bij de cumulatieve vormen van discriminatie (samenloop) is interferentie 'meer dan de som der delen'. Dat wil zeggen dat deze personen niet te maken hebben met een min of meer toevallige combinatie van persoonskenmerken die incidenteel nadeliger uitpakt dan wanneer slechts één kenmerk op hen van toepassing was geweest, maar met vooroordelen die zijn gestoeld op een breed gedragen, negatieve beeldvorming over de betreffende groep.

Het probleem van deze vorm van discriminatie is dat de combinatie van persoonskenmerken in beginsel eindeloos is. Er is geen enkele duidelijkheid of consensus over de groepen die zij

43 Deze vorm wordt wel compounded discrimination genoemd, maar soms - verwarrend genoeg - ook aangeduid als additive discrimination genoemd; b.v. G. Moon, in een paper Multi-dimensional discrimination: Justice for the whole person, geschreven namens Justice en Equality and Diversity Forum ten behoeve van de jaarvergadering van de Equality Commission for Northern Ireland, 23 oktober 2007. Voor een verslag van de bijeenkomst zie: [http://www.equalityni.org/archive/pdf/conferencereport\(F\).pdf](http://www.equalityni.org/archive/pdf/conferencereport(F).pdf).

44 Soms wordt ook de vorm: eerst discriminatie op de ene grond, gevolgd door discriminatie op een andere grond, begrepen onder het begrip meervoudige discriminatie. Een voorbeeld: een gehandicapte, homoseksuele man wordt eerst afgewezen voor een functie omdat hij gehandicapt is en vervolgens met zijn partner geweigerd bij een dansavond omdat mannen alleen worden binnengelaten als ze in het gezelschap zijn van een vrouwelijke (dans)partner. Deze vorm wordt wel aangeduid als (simple) multiple discrimination of als additive discrimination (European Commissie 2007, a.w. noot ..., p. 16). In deze evaluatie blijft deze 'additive discrimination' verder buiten beschouwing.

stelselmatig worden gediscrimineerd vanwege hun combinatie van persoonskenmerken. Dat migranten- en vluchtelingenvrouwen in Nederland te maken hebben met specifieke vooronderstellingen waarmee andere vrouwen in Nederland niet te maken krijgen – nog náást de problemen die vrouwen van Nederlandse afkomst ook ondervinden – zal tot weinig discussie leiden. Evenmin zal veel discussie ontstaan over de vaststelling dat specifieke vooroordelen bestaan over moslima's met hoofddoek en over jonge mannen van Antilliaanse of Marokkaanse afkomst. Maar over de precieze inhoud van dergelijke stereotypen alsook over (mogelijke) stereotypen over talloze andere groepen – oudere mannen met een handicap (ongeschikt voor werk, vaak ziek), gehandicapte allochtonen (profiteurs, lastige patiënten), ongehuwde homo's (promiscue), jonge zwarte vrouwen (losbandige seksuele moraal) is minder consensus. En hoe moeten progressieve, interfererende problemen worden benoemd, bijvoorbeeld wanneer iemand lijdt aan een chronische ziekte die met het vorderen van de leeftijd steeds meer beperkingen oplevert? Zit het versterkende effect van de uitsluiting op twee gronden dan in een specifiek vooroordeel, in een 'simpeler' gecombineerd effect of is het gewoon pech dat de twee gronden op deze manier samenkomen?

Burri en Schiek betogen dat het op dit moment nog geen goed idee is om specifieke groepen te benoemen die in het bijzonder kwetsbaar zijn voor discriminatie op interfererende gronden (en daarmee andere groepen als niet of minder vatbaar daarvoor te benoemen).⁴⁵ Dat andere groepen nog weinig aandacht hebben gekregen in dit verband zegt wellicht meer over hun (on)zichtbaarheid dan over hun geringe kwetsbaarheid voor discriminatie op interfererende gronden. Door telkens te onderzoeken met welke persoonskenmerken concrete gevallen van discriminatie samenhangen en hoe die kenmerken met elkaar interacteren, kan mogelijk meer zicht worden gekregen op de groepen die te maken hebben met stelselmatige discriminatie vanwege verschillende persoonskenmerken. Op die manier kan wellicht worden vastgesteld dat bijvoorbeeld de groep oudere arbeidsgehandicapte mannen niet als slachtoffer van deze vorm van discriminatie moet worden aangemerkt, nu de afzonderlijke persoonskenmerken (oud, gehandicapt, man) hen onder de huidige maatschappelijke normen weliswaar minder aantrekkelijk maken voor de arbeidsmarkt, maar deze kenmerken relatief eenvoudig 'ontward', dus los van elkaar, kunnen worden beoordeeld en de positie van deze personen niet wezenlijk verschilt van die van oudere arbeidsgehandicapte vrouwen, jonge arbeidsgehandicapten m/v of ouderen m/v zonder handicap of chronische ziekte. Ter vergelijking: ten aanzien van jonge Antilliaanse mannen gelden vooroordelen – crimineel en onbetrouwbaar in de omgang met vrouwen – die niet gelden ten aanzien van jonge Antilliaanse vrouwen, oudere Antilliaanse mannen of jonge mannen van Nederlandse of Marokkaanse afkomst. Een afzonderlijke beoordeling van de persoonskenmerken 'jong', 'man' en 'Antilliaans' zou aldus geen recht doen aan de vooroordelen waarmee deze groep te maken heeft. Onderzoek kan dus antwoord geven op de vraag met welke specifieke vorm van discriminatie op meerdere gronden iemand te maken heeft, maar met dien verstande dat het, afhankelijk van de specifieke omstandigheden, in de praktijk toch steeds weer anders kan liggen. Er is daarom geen eenduidig antwoord te geven op de vraag of de oudere, arbeidsgehandicapte man te maken heeft met interferentie van gronden.

Dat maakt het lastig om dergelijke vormen van discriminatie te vertalen naar het recht, ook als op zichzelf wel duidelijk is dat het gaat om een vorm van discriminatie die moeilijk zichtbaar kan worden gemaakt als de verschillende discriminatiegronden niet in samenhang worden gezien.

Volgens sommige auteurs is discriminatie die het gevolg is van specifieke vooroordelen ernstiger dan discriminatie die het gevolg is van 'gewone' samenloop van gronden of van discriminatie op één grond. Vooroordelen zijn immers zo hardnekkig dat een individu of kleine groep ze onmogelijk kan bestrijden. Een aantal Europese landen heeft daarom wettelijk geregeld dat discriminatie

45 Burri en Schiek (2009), p. 20.





op twee of meer gronden zwaarder wordt bestraft dan discriminatie op één grond. Daar staat tegenover dat de ernst van een concreet geval van discriminatie niet alleen afhangt van de 'vorm' van die discriminatie maar ook van andere factoren, zoals de ernst van het nadeel of de verhouding tussen discriminerende en gediscrimineerde – nog daargelaten de vraag of het überhaupt wenselijk is onderscheid te maken in zwaarte tussen discriminatiegevallen. Omdat het moeilijk is te bepalen voor wie specifieke groepsgebonden vooroordelen gelden, is het ook lastig om een juridische kwalificatie aan deze vormen van discriminatie toe te kennen.

5.1.3 Europese ontwikkelingen

Europese Unie

In geen van de verschillende richtlijnen die de Europese Unie (EU) heeft uitgevaardigd met betrekking tot gelijke behandeling, is een expliciet artikel opgenomen met betrekking tot meervoudige discriminatie. Wel is in de preambules van richtlijnen 2000/43/EC en 2000/78/EC (overwegingen 14 respectievelijk 8 van de preambules), die niet zien op onderscheid op grond van geslacht, opgenomen dat het gemeenschapsrecht een lange traditie heeft op het gebied van het verbod van seksdiscriminatie en dat vrouwen vaak het slachtoffer zijn van meervoudige discriminatie. Opmerkelijk is dat in de nadien inwerkinggetreden richtlijnen met betrekking tot de gelijke behandeling van vrouwen, geen overweging is opgenomen met betrekking tot discriminatie op meerdere gronden. Hoewel positief ontvangen, leggen de aanbevelingen in deze richtlijnen een lastig punt bloot van het gemeenschapsrecht, namelijk dat de bescherming tegen discriminatie op specifieke gronden is neergelegd in verschillende richtlijnen, die ook nog eens onderling in beschermingsniveau verschillen. Dit wordt over het algemeen niet beschouwd als bevorderlijk voor de bescherming tegen meervoudige discriminatie. De constructie maakt het bijvoorbeeld onmogelijk voor een migrant om te klagen over discriminatie bij de sociale bescherming op grond van ras én geslacht, nu artikel 7a AWGB uitsluitend ziet op ras. Een zelfde probleem doet zich voor als bijvoorbeeld een oudere vrouw door een reisorganisatie wordt uitgesloten van deelname aan een reis. Zij kan hierover niet klagen omdat de grond leeftijd niet van toepassing is op het brede terrein van aanbieden van en verlenen van toegang tot goederen en diensten.

Het Europees Parlement bepleit opnemng van een expliciet artikel over discriminatie op meerdere gronden in de voorgestelde brede richtlijn over gelijke behandeling bij het aanbieden van goederen en diensten ⁴⁶ in plaats van de door de Europese Commissie voorgestelde vermelding in de preambule (zie ook onder 5.1).

EU-lidstaten

De meeste EU-lidstaten kennen geen wettelijke bepalingen over discriminatie op meerdere gronden. In een paar lidstaten, voornamelijk lidstaten die pas recent wetgeving hebben geformuleerd op het gebied van gelijke behandeling, komen verschillende varianten voor, maar geen enkele nationale wetgeving geeft een definitie:

Oostenrijk kent een bepaling waarin staat dat meervoudige discriminatie zal worden betrokken bij de berekening van de hoogte van de compensatie voor ondervonden discriminatie.⁴⁷

De Duitse wetgeving bevat een artikel dat bepaalt dat ongelijke behandeling op meerdere gronden alleen dan niet in strijd met de wet kan worden geacht als de rechtvaardigingen die daarvoor worden aangevoerd gelden voor alle gronden die aan de ongelijke behandeling ten grondslag liggen. Daarnaast heeft de Duitse rechter uitgemaakt dat voor gevallen van meervoudige dis-

⁴⁶ Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion and belief, disability, age or sexual orientation other than in the field of employment and education, COM (2008) 426.

⁴⁷ Informatie afkomstig van de Oostenrijkse Ombudsman voor Gelijke Behandeling (Gleichbehandlungsanwaltschaft); artikel 12, lid 13 van de Oostenrijkse Algemene Wet Gelijke Behandeling (Bundesgesetz über die Gleichbehandlung).

criminatie een hogere compensatie en boete geldt.⁴⁸

In Bulgarije moeten zaken waarin meerdere gronden aan de orde zijn niet door een drie- maar door een vijfvoudige kamer worden behandeld. Ook geldt in geval van meervoudige discriminatie de mogelijkheid van hogere boetes en compensaties.⁴⁹

In Kroatië is discriminatie op meerdere gronden opgenomen in een artikel over 'ernstiger vormen van discriminatie' waaronder ook herhaalde discriminatie, langdurige discriminatie of discriminatie die een bijzonder ernstig gevolg heeft voor het slachtoffer. Voor deze vormen van discriminatie geldt de mogelijkheid een hogere compensatie toe te kennen.⁵⁰

In Roemenië is bepaald dat discriminatie op twee of meer gronden een verzwarende omstandigheid is.⁵¹

En in het Verenigd Koninkrijk is onlangs een artikel ingevoerd dat ziet op discriminatie op twee gronden. Tot de invoering van deze bepaling was het, niet mogelijk te klagen bij de rechter over discriminatie op meer dan één grond. Daarin is nu verandering gekomen, hoewel het nog altijd niet mogelijk is om zaken voor te leggen waarin meer dan twee gronden aan de orde zijn. In die gevallen moet worden gekozen voor de twee belangrijkste gronden.⁵²

Er is geen onderzoek bekend naar het effect van deze bepalingen. Het is dan ook onmogelijk om op basis van de ervaringen van andere EU-lidstaten te zeggen of het opnemen van een artikel met betrekking tot meervoudige discriminatie een goed handvat biedt om (meer) recht te doen aan de complexiteit van discriminatie.

In een aantal landen, waaronder Finland, wordt op de naleving van de gelijkebehandelingswetgeving toegezien door verschillende, naar grond gesplitste organisaties. Daar kan het expliciet opnemen van een artikel met betrekking tot meervoudige discriminatie het mogelijk maken gevallen van meervoudige discriminatie door één van deze organisaties te laten beoordelen.⁵³ Dit is in Nederland niet aan de orde.

5.1.4 De praktijk van de Commissie

De AWGB bevat geen expliciet verbod op meervoudige discriminatie. Bij gelegenheid van de parlementaire behandeling van de AWGB is er ook niet over gesproken.

Als gevolg hiervan geeft artikel 1 van de AWGB geen ondubbelzinnig antwoord op de vraag of meervoudige discriminatie is verboden. In artikel 1, aanhef en onderdeel b, AWGB, is bepaald dat onder direct onderscheid wordt verstaan: onderscheid tussen personen op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Op grond van de letterlijke tekst van deze bepaling lijkt het alsof de AWGB onderscheid verbiedt op één van de bovengenoemde gronden, of onderscheid op grond van een samenloop van deze gronden, maar niet in geval van interferentie van gronden, waarbij sprake is van een *combinatie* van persoonskenmerken die tot een unieke identiteit kunnen leiden. Denk aan het aangehaalde voorbeeld van de jonge moslimman. Hij werd niet gediscrimineerd, omdat hij een man en/of islamitisch en/of jong is, maar omdat hij een 'jonge moslimman' is.

48 Informatie afkomstig van de Duitse Federale Anti-Discriminatie Agentschap (antidiskriminierungsstelle), artikel 4 van de Duitse Algemene Wet Gelijke Behandeling (Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz).

49 In artikel 11, tweede lid, van de Bulgaarse wet voor de bescherming tegen discriminatie is meervoudige discriminatie verboden. Volgens informatie van de Bulgaarse Commission for the Protection against Discrimination (CPD) kunnen bij meervoudige discriminatie hogere boetes dan de gebruikelijke worden opgelegd..

50 Informatie afkomstig van de Kroatische Ombudsman.

51 Informatie afkomstig van de Bulgaarse Nationale Raad voor de Strijd tegen Discriminatie.

52 Informatie afkomstig van de Britse Equality and Human Rights Commission.

53 Informatie afkomstig van de Finse Ombudsman voor Minderheden. De andere organisaties die zich met de bescherming tegen discriminatie bezig houden zijn bijvoorbeeld de Finse Ombudsman voor Gelijkheid, die toeziet op de naleving van de Finse Wet Gelijke Behandeling van Mannen en Vrouwen, een parlementaire ombudsman en de Arbeidsinspectie.





Hieruit vloeit eveneens voort dat niet met zekerheid te zeggen is of de Commissie bevoegd is gevallen van discriminatie op meerdere gronden te beoordelen. De CGB acht zichzelf overigens wel bevoegd en heeft dan ook meermaals over meervoudige discriminatie geoordeeld. In de evaluatieperiode waren in zo'n elf tot veertien procent van de oordelen twee gronden aan de orde, in twee procent van alle oordelen waren dat er drie, een enkele keer meer dan drie gronden.

Samenloop van gronden

In de meeste zaken waarin meerdere gronden aan de orde waren, ging het niet om discriminatie op interfererende gronden, maar om de hierboven als eerste beschreven vorm, waarbij de verschillende gronden, hoewel zij elkaar kunnen versterken, nog wel los van elkaar kunnen worden gezien. Een voorbeeld is de kwestie die werd voorgelegd door een aantal supporters van een voetbalclub (oordeel 2008-25). Zij meenden dat bij de verdeling van seizoenskaarten indirect onderscheid werd gemaakt op grond van geslacht en burgerlijke staat. Doorgaans wordt in zo'n geval per grond nagegaan of sprake is van (verboden) onderscheid.

Het komt ook voor dat iemand klaagt over verschillende incidenten die raken aan verschillende gronden. Voorbeelden daarvan zijn de oordelen 2008-107 en 2008-108 waarin de CGB achtereenvolgens beoordeelde of een opmerking van een recruiter over de bedrijfscultuur tot verboden onderscheid op grond van de Surinaams-Javaanse afkomst van de sollicitant leidde en vervolgens of een opmerking over de leeftijd van de man tot leeftijdsonderscheid leidde.

Eén keer heeft de Commissie nadrukkelijk aandacht besteed aan de interactie tussen twee gronden (2006-256). Een blinde werknemer van Turkse afkomst werd met het oog op interne herplaatsing gevraagd een schriftelijke competentietest af te leggen. De test werd haar echter niet in braille voorgelegd, maar voorgelezen, wat het maken van de test bemoeilijkte. Door haar Turkse afkomst beheerste zij de Nederlandse taal niet volledig, waardoor de moeilijkheidsgraad van de test nog werd versterkt en haar kansen om haar competenties goed over het voetlicht te brengen aanzienlijk afnamen.

Interferentie van gronden

Enkele verzoekers klaagden expliciet over discriminatie vanwege een combinatie van gronden. Een vrouw klaagde dat haar geen starterssubsidie werd toegekend, omdat zij een oudere allochtone vrouw was (2008-107). De Commissie kon die weigering echter alleen toetsen aan de grond ras, omdat artikel 7a AWGB alleen beschermt tegen onderscheid op die grond. De Commissie merkte op dat zij bij haar beoordeling rekening hield met een eventuele interferentie van de gronden leeftijd en geslacht met de grond ras (overweging 3.12). Overigens achtte de Commissie geen feiten aanwezig die discriminatie konden doen vermoeden.

Een islamitische man afkomstig uit Irak, klaagde dat hij was ontslagen, omdat collega's zijn handelen bevooroordeeld interpreteerden en alles uitlegden in het licht van hun veronderstelling dat moslimmannen uit het Midden-Oosten niet het gezag van vrouwen accepteren (oordeel 2008-55). Vanwege het tijdverloop sinds het ontslag, bleek het onmogelijk feiten te achterhalen. De Commissie oordeelde voor beide gronden samen dat er geen feiten waren die onderscheid konden doen vermoeden, zonder verder aandacht te besteden aan eventuele interferentie van gronden.

Een ander voorbeeld van een impliciete beoordeling van interferentie van gronden is de zaak van een Duitse gescheiden vader (oordeel 2006-67) die erover klaagde dat hij minder informatie kreeg over de behandeling van zijn zoon in een ziekenhuis dan zijn Nederlandse ex-vrouw. In deze zaak beoordeelde de Commissie of sprake was van discriminatie op grond van het feit dat de verzoekende partij een *gescheiden man* was – en dus niet een gescheiden vrouw of gehuwde man. De Commissie ging niet expliciet in op de samenhang tussen de gronden of op de mogelijkheid van interfererende gronden. De vraag naar onderscheid op grond van nationaliteit of nationale afkomst werd separaat beoordeeld.

Ook oordeel 2007-40, over een Dominicaanse, vrouwelijke uitzendkracht die zich geïntimideerd voelde door een collega, is een voorbeeld van een gezamenlijke beoordeling van twee gronden (in dit geval ras en geslacht) zonder dat de Commissie expliciet inging op de argumenten van de verzoekende partij waarom die twee gronden gezamenlijk een probleem vormden. Evenmin onderzocht de Commissie uit eigen beweging of de discriminatie die de vrouw stelde te ondervinden voortvloeide uit specifieke vooroordelen tegen vrouwen van niet-Nederlandse afkomst. Wellicht speelde hier mee dat de stellingen van de vrouw voor een groot gedeelte werden ontkend of genuanceerd.

De Commissie besteedt dus in sommige gevallen wel aandacht aan de gelaagdheid van de discriminatieklacht, zonder expliciet te benoemen dat mogelijk sprake is van interferentie van gronden.

De Commissie heeft ook zaken beoordeeld waarin zij bekeek of sprake was van onderscheid op één grond, terwijl in die gevallen mogelijk sprake was van discriminatie op meerdere gronden. Aandacht daarvoor maakt het mogelijke het bijzondere karakter van bepaalde vooroordelen bij het oordeel te betrekken. Daarbij valt te denken aan zaken van moslimvrouwen die een hoofddoek dragen, *moslimmannen* met een baard, zwarte, migranten- en vluchtelingenvrouwen, jonge mannen van Marokkaanse afkomst.

De Commissie heeft bijvoorbeeld het geval van de moslimman die een baard droeg en om die reden werd geassocieerd met de Taliban (oordeel 2007-8) alleen beoordeeld vanuit de grond godsdienst, terwijl gesteld zou kunnen worden dat de associatie met de Taliban enkel bij moslimmannen opkomt en daarom een specifiek vooroordeel is waarmee moslimmannen te maken krijgen.

Op grond van het voorgaande kunnen ten aanzien van de praktijk van de Commissie de volgende conclusies worden getrokken:

- Jaarlijks worden verschillende zaken aan de Commissie voorgelegd waarin in ieder geval wordt gesteld dat sprake is van discriminatie op meerdere gronden;
- Vaak beoordeelt de Commissie elke grond afzonderlijk, zonder een beoordeling van de vraag of de gronden gezamenlijk een cumulatief dan wel een interfererend effect hebben;
- In veel gevallen komt de Commissie ook niet toe aan die vraag doordat verzoekende partijen niet in staat blijken hun stellingen te substantiëren en de feitenvaststelling blijft steken in de conclusie dat partijen elkaar tegenspreken, waardoor een onderzoek naar de vraag of de discriminatie werd versterkt door de samenloop van gronden, niet aan de orde is;
- In enkele gevallen beoordeelt de Commissie wel expliciet of sprake is van een vorm van meervoudige discriminatie;
- In het geval van oordeel 2008-107 is bewust de vraag of sprake was van interferentie van gronden niet beantwoord, omdat in die zaak sprake was van eenzijdig overheids-handelen, dat niet kan worden getoetst aan de grond geslacht;
- Vaker beoordeelt de Commissie de vraag of sprake is van een vorm van meervoudige discriminatie impliciet, dus zonder theoretische onderbouwing van meervoudige discriminatie;
- Vaak oordeelt de Commissie, in zaken die mogelijk meervoudige discriminatie betreffen, uitsluitend aan de hand van de enkele grond die de verzoekende partij naar voren brengt. In de gevallen waarin geen of geen expliciete aandacht is besteed aan het mogelijke voorkomen van meervoudige discriminatie, is niet met zekerheid vast te stellen waarom dit niet is gebeurd.





Door naar alle relevante gronden in hun onderlinge verband te kijken, zou dit in bepaalde gevallen kunnen leiden tot een beoordeling die meer recht doet aan de situatie waarin de betreffende verzoeker zich bevindt. Stel dat de Antilliaanse jonge man die als voorbeeld is genoemd bij de bespreking van de definitie van interferentie van gronden (zie paragraaf 5.1.2), een verzoek zou hebben ingediend, nadat hij was afgewezen voor een baan vanwege het daar genoemde vooroordeel dat jonge Antilliaanse mannen crimineel zijn en onbetrouwbaar in de omgang met vrouwen. Als de drie toepasselijke gronden (afkomst, leeftijd, geslacht) apart zouden worden beoordeeld, zou dit wellicht tot een andere uitkomst leiden dan wanneer die gronden in onderlinge samenhang zouden worden gezien. Dat geldt met name voor de minder in het oog springende gronden (geslacht en leeftijd). Als de gronden afzonderlijk zouden worden getoetst is het denkbaar dat de Commissie zou concluderen dat geen sprake is van onderscheid, terwijl diezelfde gronden, gezien in combinatie met een Antilliaanse afkomst, kunnen wijzen op bepaalde vooroordelen. Hetzelfde geldt ten aanzien van de grond ras; als alleen wordt getoetst aan de grond ras, springen de specifieke vooroordelen die gelden ten aanzien van jonge mannen van Antilliaanse afkomst minder in het oog dan wanneer de drie gronden tezamen en in elkaars licht worden gezien. Met name in het geval van interferentie van gronden is mogelijk sprake van een knelpunt bij de beoordeling van de vraag of in strijd is gehandeld met de gelijkebehandelingswetgeving. Uit bovenstaande voorbeelden blijkt immers dat als was gekeken naar een mogelijke interferentie van gronden de uitkomst van de beoordeling mogelijk anders was geweest.

5.1.5 Conclusie

Het gaat er vooral om, zoals Crenshaw schreef, 'de andere vragen te stellen': als sprake is van een duidelijke gendercomponent, vraag je dan af hoe bijvoorbeeld etniciteit een rol speelt. Dergelijke vragen kunnen ook bijdragen aan bewustwording rond de invloed van de etniciteit van de dominante groep. Andersom kun je je afvragen hoe in een zaak over etnische verschillen gender meespeelt.⁵⁴ Het is belangrijk ernaar te streven mensen bewuster te maken van het feit dat hun handelingen ingegeven kunnen zijn door vooroordelen, ook als deze betrekking hebben op meer gronden.

Bewustwording kan worden bevorderd door een verbod op meervoudige discriminatie op te nemen. Hoewel de meeste EU-lidstaten een dergelijk verbod niet kennen, gaan lidstaten hiertoe steeds vaker over. Dat het fenomeen meervoudige discriminatie steeds meer juridische erkenning krijgt, blijkt ook uit het feit dat het Europese Parlement pleit voor opnemings van een artikel over discriminatie op meerdere gronden in de voorgestelde 'brede richtlijn'.

Niettemin kunnen kanttekeningen worden geplaatst bij het opnemen van een expliciet verbod van meervoudige discriminatie. Genoemd is bijvoorbeeld dat niet alle door de AWGB beschermde gronden op dezelfde terreinen van het maatschappelijk leven van toepassing zijn. Denk hierbij aan het voorbeeld dat is aangehaald van de migrant die niet kan klagen over onderscheid op grond van ras en geslacht bij de sociale bescherming.

Verder laat meervoudige discriminatie in de vorm van interferentie van gronden zich vaak moeilijk in precieze juridische termen vangen, terwijl ook het bewijs daarvan vaak lastiger is. Gegevens en onderzoeken over stereotype beeldvorming waarmee sommige groepen te maken hebben, ontbreken vaak. Overigens is in de praktijk niet gebleken dat de CGB vanwege het ontbreken van die onderzoeken en data in het geheel niet uit de voeten kan met gevallen van interferentie van gronden.

54 M. Hermans, 2002, p. 20. Crenshaw baseerde zich overigens op M.J. Matsuda 'Beside my Sister, Facing the Enemy: Legal Theory out of Coalition', 43 STAN.L.Rev., 1991, p. 1183.

Kijkend naar het buitenland valt op dat meervoudige discriminatie als een ernstiger vorm van discriminatie wordt beschouwd. Dit komt onder andere tot uitdrukking in strengere sanctiemogelijkheden. Het expliciet opnemen van een verbod van meervoudige discriminatie zou voor de oordelende taak van de Commissie in dit opzicht geen consequenties hebben, zolang de Commissie geen compensatie kan bieden of boetes kan opleggen. Dit ligt uiteraard anders bij toetsing door de rechter, die bij de vaststelling van een schadevergoeding wel rekening zou kunnen houden met meervoudige discriminatie. In het kader van deze evaluatie is echter niet onderzocht, noch is onderzoek bekend op basis waarvan conclusies kunnen worden getrokken over het effect van een dergelijke bepaling op de gelijkebehandelingsrechtspraak.

Daarnaast is relevant dat de Commissie ook nu al oordeelt in zaken waarin meerdere discriminatiegronden aan de orde zijn, zowel in geval van samenloop als van interferentie van gronden. Uit de praktijk blijkt dat de Commissie op grond van de huidige wetgeving goed uit de voeten kan als sprake is van meervoudige discriminatie in de vorm van samenloop van gronden. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de situatie van de blinde Turkse sollicitante (2006-256). Als sprake is van interferentie van gronden ligt dat wat ingewikkelder. Het opnemen van een expliciet verbod van discriminatie op meerdere gronden, kan bijdragen aan de bekendheid van het fenomeen. Zeker voor de burger die een beroep wil doen op de wet ingeval sprake is van meervoudige discriminatie, is kenbaarheid van de norm van belang. Bovendien kan een expliciet verbod ertoe bijdragen dat een beroep dat op afzonderlijke gronden niet slaagt wel slaagt als wordt gekeken naar de interferentie van gronden.

Op grond van het bovenstaande stelt de Commissie vast dat er weliswaar enige kanttekeningen kunnen worden geplaatst bij het expliciet opnemen van een verbod van meervoudige discriminatie, maar dat deze niet onoverkomelijk zijn. Belangrijker is dat het expliciet opnemen van zo'n verbod de rechtszekerheid en de bewustwording ten goede komt.

Aanbeveling

- De Commissie beveelt aan te onderzoeken op welke wijze het verbod van meervoudige discriminatie in de AWGB kan worden opgenomen.

5.2 Terugkeer in de eigen functie na zwangerschap

De Commissie ontvangt jaarlijks een groot aantal verzoeken om een oordeel over seksdiscriminatie. In de afgelopen vijf jaar schommelde dat aantal tussen de 54 en 108 verzoeken. Een groot deel van die verzoeken (30%) had betrekking op onderscheid in verband met zwangerschap. In 2006 gingen veertien van de 51 oordelen over onderscheid op grond van geslacht over zwangerschap (27%). In 2007 waren dat opnieuw veertien oordelen, maar nu op 41 oordelen over de grond geslacht (34%) en in 2008 gingen elf van de 39 oordelen over onderscheid op grond van geslacht over zwangerschap (28%).

Hoewel de verbodsnorm op onderscheid vanwege zwangerschap een algemeen bekende gelijkebehandelingsnorm is, bleef het aantal verzoeken om oordelen over zwangerschapsdiscriminatie door de jaren heen grotendeels stabiel.

In de evaluatieperiode zijn vijf oordelen uitgesproken over kwesties die verband hielden met terugkeer naar de eigen of een gelijkwaardige functie⁵⁵ en één over een verslechtering van

55 Oordelen 2004-115 (zelfde functie voor 50% niet mogelijk, geen strijd); 2005-168 (andere werkplekken en andere werkzaamheden, geen strijd); 2005-213 (reorganisatie tijdens zwangerschap, in andere functie geplaatst, geen strijd); 2008-19 (opheffing functie en aanbieden lagere functie na verlof, strijd); 2008-26 (functiewijziging na verlof, geen strijd).





arbeidsvoorwaarden na afloop van zwangerschaps- en bevallingsverlof.⁵⁶ Hoewel dat aantal opvallend laag is, lag het in de eerste tien jaar nog lager: vier oordelen in totaal.⁵⁷ Artikel 15 van de zogenoemde Herschikkingsrichtlijn (2006/54/EG), die een aantal andere richtlijnen inzake seksdiscriminatie heeft vervangen, bepaalt dat een werknemer na afloop van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof het recht heeft om onder dezelfde voorwaarden naar haar eigen of een gelijkwaardige functie terug te keren en te profiteren van elke verbetering in de arbeidsvoorwaarden waarop zij tijdens haar afwezigheid aanspraak zou hebben kunnen maken.⁵⁸ Dit recht is niet expliciet in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving neergelegd. Wel is het werkgevers ingevolge de AWGB, de WGB en artikel 7:646 BW verboden om onderscheid te maken naar geslacht - waaronder begrepen naar zwangerschap en moederschap - bij onder meer de arbeidsvoorwaarden. De wetgever is ervan uitgegaan dat met het bestaande verbod op seksdiscriminatie bij de arbeid de bepaling afdoende was geïmplementeerd (Kamerstukken II, 2004/05, 30 237, nr. 3, p. 5-6).

In het kader van deze evaluatie wordt onderzocht of er aanleiding is om alsnog een expliciete bepaling over het recht op terugkeer in de wet op te nemen.

5.2.1 Het beschermingsniveau van de richtlijn

Het Europese Hof van Justitie voor de Europese Gemeenschappen (HvJ-EG), sinds 1 december 2009 Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU), hierna ook: het Hof, heeft een heldere lijn uitgezet met betrekking tot de aanspraak op verbeteringen in de arbeidsvoorwaarden.⁵⁹ Het Hof heeft zich vooralsnog niet kunnen uitspreken over het recht op terugkeer.

In de literatuur bestaat verschil van inzicht over het beschermingsniveau dat door de richtlijn wordt geboden. In 2006 betoogden Burri & Cremers-Hartman dat de wetgever, door geen expliciete bepaling over het recht op terugkeer op te nemen, de kans mist om de norm te verduidelijken, hoewel ook mét zo'n bepaling 'de link met (afwezigheid wegens) zwangerschap moet worden aangetoond'.⁶⁰

In 2009 schreven Cremers-Hartman & Vegter echter dat het recht op terugkeer in eigen functie een 'hard' recht is. Zij merken (naar aanleiding van oordeel 2008-26) op: 'Naar onze mening had echter het recht op terugkeer in de eigen functie het uitgangspunt moeten zijn. Als die functie vanwege de reorganisatie was opgeheven, had de vrouw recht op een gelijkwaardige functie en dat recht had ze te gelde moeten kunnen maken. Een werkgever die op dit punt nalatig is, handelt in strijd met het verbod van onderscheid op grond van geslacht. De vraag of andere medewerkers vanwege de reorganisatie ander werk hebben gekregen, is daarbij in het geheel niet van belang. De duidelijke norm dat een zwangere vrouw na afloop van de verlofperiode recht heeft op terugkeer in de eigen functie dan wel een gelijkwaardige functie levert immers een ander toetsingskader op.'⁶¹

Afgaande op de letterlijke tekst van de richtlijnen lijkt het inderdaad alsof het recht op terugkeer een 'hard' recht is.

Het ontslagverbod bij zwangerschap en bevalling(sverlof), zoals neergelegd in artikel 7:670, tweede lid, BW, is ook absoluut geformuleerd: werknemers mogen zolang ze zwanger zijn en in de zes weken na het bevallingsverlof niet worden ontslagen. Analoog hieraan zou kunnen worden

56 Oordeel 2006-115 (uitstel van loonsverhoging, strijd).

57 Oordelen 1995-2 (functiewijziging na verlof, strijd); 1997-102 (wijziging taakinhoud na verlof, strijd); 1998-87 (functie overbodig na terugkeer van verlof, geen strijd); 1999-96 (terugkomst in oude functie onmogelijk gemaakt, strijd).

58 Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking).

59 Gillespie, genoemd in oordeel 2006-115, Thibault (HvJ EG 30 april 1998, zaak C-136/95, Jur. 1998, p. I-2027; zie voor een bespreking van dit arrest: S.D. Burri, Gelijke behandeling m/v, p. 136-137, en Lewen (HvJ EG 21 oktober 1999, zaak C-333/97, Jur. p. I-7243).

60 S. Burri & E. Cremers-Hartman (Oordelenbundel 2005, p. 51).

61 E. Cremers-Hartman & M. Vegter (oordelenbundel 2008, p. 73).

betoogd dat dat het recht op terugkeer in de functie een vergelijkbaar recht is en daarom eveneens een absoluut karakter behoort te hebben.

Daartegen pleit dat de gelijkebehandelingsnormen op het gebied van bescherming in verband met zwangerschap, bevalling en moederschap bedoeld zijn om vrouwen niet in een nadeliger positie te brengen. Bij andere normen aangaande de bescherming van zwangerschap, bevalling en moederschap, zoals opgenomen in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving, geldt wel de gebruikelijke bewijslastverdeling waarbij de verzoekende partij feiten dient aan te voeren die onderscheid kunnen doen vermoeden. Het standpunt van Burri & Cremers-Hartman sluit hierbij aan. Deze bewijslastverdeling zou ook moeten gelden bij het recht op terugkeer. Waarom zou een vrouw die na haar zwangerschaps- en bevallingsverlof terugkeert in een bedrijf waar tijdens haar verlof een reorganisatie heeft plaatsgevonden, een sterker recht hebben op behoud van rechten dan de overige werknemers?

In de praktijk toetste de Commissie als volgt: bij zaken over een wijziging van de functie of arbeidsvoorwaarden onderzocht de Commissie of er een verband was met de zwangerschap of het verlof. Als dat het geval was, concludeerde de Commissie dat sprake was van verboden onderscheid, omdat onderscheid op grond van zwangerschap beschouwd wordt als direct onderscheid. Als de richtlijnbeeping tot uitgangspunt zou zijn genomen, is het afhankelijk van de lezing van artikel 15 van richtlijn 2006/54 of slechts het nadeel bij de terugkeer moet worden aangetoond, of dat ook van een verband tussen het nadeel en de zwangerschap of het verlof moet blijken. Over het algemeen resulteerde de aanpak van de Commissie – in bijna alle gevallen – niet tot minder bescherming van terugkerende werknemers, dan het geval zou zijn geweest als de richtlijnbeeping was gevolgd. In vijf van de tien oordelen (1995-2; 1996-96; 2004-115; 2008-19; 2006-115) was de conclusie niet anders geweest, ook al was wellicht een andere redenering gevolgd. In twee zaken was dat hoogstwaarschijnlijk ook het geval (1997-2; 2005-213). In drie gevallen is het mogelijk dat toetsing aan de richtlijnbeeping tot een ander oordeel had geleid, vergelijk oordelen 1998-87, 2005-168 en, 2008-26). Of dat ook werkelijk zo zou zijn geweest, lijkt mede afhankelijk van de interpretatie van de richtlijnbeeping. Als men deze bepaling leest als een onvoorwaardelijk recht zoals Cremers-Hartman & Vegter, dan zou er bij nadeel automatisch sprake zijn van verboden onderscheid. Volgt men de lezing van Burri & Cremers-Hartman dan is het allerminst zeker dat de conclusie anders zou hebben geluid.

In de evaluatieperiode waren er ook enkele rechterlijke uitspraken waarin het recht op terugkeer aan de orde was.⁶² In deze zaken werd echter niet getoetst aan de gelijkebehandelingswetgeving, waardoor niet te zeggen is of de uitkomst anders was geweest als aan de richtlijnbeeping was getoetst.

5.2.2 Conclusie

Op basis van het kleine aantal oordelen kunnen moeilijk harde conclusies worden getrokken. Wel staat vast dat er verschil van inzicht mogelijk is over de reikwijdte van de richtlijnbeeping. De wetgever vond een expliciete bepaling over het recht op terugkeer niet nodig. Blijkbaar vond de wetgever dat de Commissie de richtlijnbeeping correct toepaste. Er lijkt geen dringende reden te zijn om alsnog een bepaling over het recht op terugkeer op te nemen. Op basis van de uitgesproken oordelen kan ook geen significante verbetering in bescherming van zwangere en pas bevallen werknemers worden verwacht.

Wel kan het bestaan van een expliciete bepaling bekendheid van justitiabelen met het recht op dit punt aanzienlijk vergroten. Bovendien zal zo'n bepaling de rechter en de Commissie in voorkomende gevallen dwingen daaraan aandacht te besteden, wat de bekendheid van de norm ook vergroot.

62 Rb Breda, sector kanton, 324354, LJN BK9667; Ktr. Schiedam, 5 juli 2000, JAR 2000/180. Noten / vindplaatsen e.d. fatsoeneren.





De Commissie is geen voorstander van een stringente interpretatie van de richtlijnbevestiging waarbij het enkele nadeel bij terugkeer voldoende is om verboden onderscheid aan te nemen. Er zijn immers vele gevallen denkbaar waarin dergelijk nadeel zich voordoet zonder enig verband te houden met de zwangerschap van een individuele werknemer.

5.3 Het gezamenlijk indienen van een verzoek bij de Commissie

In artikel 12 AWGB is geregeld wie er bij de Commissie een verzoek om een oordeel kunnen indienen. Verzoekers kunnen vragen om een oordeel over het handelen van een andere partij, maar zij kunnen de Commissie ook vragen of hun eigen (voorgenomen) praktijk strookt met de eisen van de gelijkebehandelingswetgeving.

Het komt voor dat twee partijen in een conflict over een gelijkebehandelingskwestie besluiten gezamenlijk de Commissie te verzoeken om haar oordeel over die kwestie. Een voorbeeld is het ICT-bedrijf dat van plan was om in overleg met zijn OR een arbeidsvoorwaardelijke regeling vast te stellen en dat samen met zijn OR wilde weten of de regeling onderscheid naar bijvoorbeeld geslacht tot gevolg had. De huidige wetstekst bood deze partijen echter niet de mogelijkheid samen om een oordeel te vragen. Of het bedrijf vraagt om een oordeel eigen handelen, of de OR vraagt om een oordeel over de regeling van de werkgever. Dit stuitte op onbegrip bij zowel de werkgever als de OR, die het gevoel hadden dat zij op deze manier nodeloos tegenover elkaar kwamen te staan. Gezien de toenemende rol van een OR bij moderne arbeidsverhoudingen zou het volgens de Commissie mogelijk moeten zijn dat dergelijke partijen zich gezamenlijk tot de Commissie wenden. Dat geldt ook voor een werkgever en een werknemer. In de evaluatieperiode kreeg de Commissie te maken met een werkgever en een werknemer die een arbeidsconflict goeddeels hadden opgelost door overleg, maar nog op één laatste probleem stuitten, dat te maken had met gelijke behandeling. Ook in die situatie was de mogelijkheid om gezamenlijk een verzoek voor te leggen in alle opzichten beter geweest.

Het ligt daarom voor de hand te overwegen artikel 12 AWGB zo te wijzigen dat het mogelijk wordt gezamenlijk een verzoek in te dienen. Daardoor moet niet de indruk worden gewekt dat de Commissie een bemiddelende taak heeft. De Commissie bemiddelt niet, maar oordeelt. Een gezamenlijk verzoek moet daarom betrekking hebben op één of meer door partijen gezamenlijk geformuleerde rechtsvragen die binnen de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving vallen.

De Commissie ziet geen reden om een dergelijke mogelijkheid te beperken tot het terrein van de arbeid. Juist ook gelet op het vaak polariserende effect van juridische procedures op tegenspraak en de kans op victimisatie (zie paragraaf 4.1.2) is het toe te juichen als partijen samen een gelijkebehandelingsgeschil willen oplossen.

Aanbeveling

- De Commissie beveelt aan artikel 12 AWGB zo te wijzigen dat partijen die in de huidige wetstekst als verzoeker en verweerder optreden, de mogelijkheid krijgen gezamenlijk een verzoek om een oordeel bij de Commissie in te dienen.

6. Voorkeursbeleid: een doorlopend punt van aandacht

6.1 Inleiding & aanleiding

Er kunnen vele redenen zijn om de ene mens boven de andere te verkiezen. Dat is meestal ook geen probleem. Het mag alleen niet, als daardoor mensen worden achtergesteld of uitgesloten op een door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde grond, op een door die wetgeving bestreken terrein.

Duidelijk is dat de werkgever die bijvoorbeeld allerlei vooroordelen over allochtonen koestert en daarom alleen autochtonen werft, in strijd handelt met de gelijkebehandelingswetgeving. Maar niet alle voorkeuren zijn zo evident discriminatoir. Een werkgever die vaststelt dat zijn staf vrijwel geheel uit autochtone mannen bestaat kan dat onwenselijk vinden, omdat hij denkt met een gevarieerder personeelsbestand een grotere markt te kunnen aanboren, creatiever te werk te kunnen gaan, of omdat hij vermoedt dat de eenzijdige samenstelling geen toeval is maar het gevolg van (onzichtbare) discriminatoire mechanismen in de organisatie.

De gelijkebehandelingswetgeving maakt voor een selecte groep 'voorkeuren' een uitzondering op de basisregel dat onderscheid op bepaalde gronden verboden is. Het gaat om maatregelen die mensen tijdelijk 'bevoorrechten' omdat zij behoren tot een bepaalde, maatschappelijk gezien, achtergestelde groep. Doel is om op die manier structurele maatschappelijke achterstand te verminderen of op te heffen.⁶³ De eis dat sprake moet zijn van een structurele maatschappelijke achterstand, betekent dat voorkeursbeleid naar zijn aard asymmetrisch is. Daarmee wijkt deze uitzondering af van het 'gewone' gelijkebehandelingsrecht dat juist symmetrisch is geformuleerd: zowel discriminatie van mannen als van vrouwen, van autochtonen als van allochtonen is verboden. Voorrang voor leden van achtergestelde groepen wordt daarom in de volksmond ook wel 'positieve discriminatie' of 'omgekeerde discriminatie' genoemd, omdat immers leden van de niet achtergestelde groep een baan kunnen mislopen vanwege hun (door de wet zelf irrelevant geachte) huidskleur of geslacht. Het is dan ook precies om die reden – het voorkómen van onnodige uitsluiting of achterstelling van *iedereen* vanwege zijn geslacht of ras – dat voorkeursbeleid aan strenge eisen is gebonden (zie hierna paragraaf 6.3).

De afgelopen jaren werden diverse vormen van voorkeursbeleid aan de Commissie ter beoordeling voorgelegd. De ervaring leert dat dergelijk beleid niet snel voldoet aan de daaraan gestelde strikte eisen. Tegelijkertijd lijkt sprake van een oplevende belangstelling voor 'radicalere' maatregelen: quota voor vrouwen in Raden van Commissarissen, uitsluitend onder bepaalde doelgroepen werven of het reserveren van functies.⁶⁴ Zes van de veertien oordelen over voorkeursbeleid hadden betrekking op quotering/reservering, alsook het uitgebrachte advies over voorkeursbeleid. In een meerderheid van die gevallen (drie oordelen plus het advies) ging het om de reservering van een baan, met een fifty-fifty-verdeling over vrouwen en etnische groepen (elk twee). Sommige van deze wensen omtrent quotering/reservering komen voort uit frustratie over het voortduren van ondervertegenwoordiging, terwijl andere bijvoorbeeld gericht zijn op verandering van sfeer. Een voorbeeld van het eerste was de wens van (toenmalig) minister van Binnenlandse Zaken Ter Horst in 2008 om alleen vrouwen in aanmerking te laten komen voor een vacante functie als commissaris van politie. Een voorbeeld van het laatste is de wens om een man te mogen werven, omdat op kantoor alleen maar vrouwen zitten.

63 Hier wordt in aansluiting op de vorige evaluatie (1999-2004) de term voorkeursbeleid gehanteerd (en niet voorkeursbehandeling bijvoorbeeld). Quoterings- of reserveringsbeleid (vaak afgekort tot 'quota') wordt gebruikt voor maatregelen waarbij een baan (voorziening of opleidingsplaats) exclusief is voorbehouden aan leden van een bepaalde groep, die dan voorrang krijgen bij 'voldoende' of 'gebleken geschiktheid'. Quotering is een vèrgaande vorm van voorkeursbeleid die niet voldoet aan de wettelijke vereisten voor voorkeursbeleid.

64 Deze trend vinden we onder meer terug in de aanbevelingen van het CEDAW-Comité, in Recommendation No. 25 CEDAW bijvoorbeeld, waarin ook quota worden aanbevolen als instrument om de gelijkheid van vrouwen te realiseren (zie ook de Kabinetsreactie op de Aanbevelingen van het CEDAW-Comité, 5 juli 2010, p. 8).





Dergelijke kwesties rijzen steeds opnieuw en haalden in de evaluatieperiode regelmatig de pers.

In dit hoofdstuk wordt het volgende nagegaan: beperken de grenzen die in wet en jurisprudentie worden gesteld aan voorkeursbeleid, de effectiviteit van de wet (onnodig) en zo ja, welke oplossingen zijn daar voor?

In paragraaf 6.2 worden cijfers en feiten over voorkeursbeleid van de afgelopen jaren gepresenteerd (aantallen, gronden, groepen, terreinen, en inhoud oordelen). In paragraaf 6.3 wordt het toetsingskader voor voorkeursbeleid beschreven in de context van de gelijkebehandelingswetgeving als gesloten systeem. In paragraaf 6.4 worden de te bespreken kritiekpunten op de 'strenge toets' voor voorkeursbeleid geformuleerd, onder de noemers van 'uniforme toets voor de gronden geslacht en ras' en 'diversiteits-, afspiegelings- en doelgroepenbeleid'. Paragraaf 6.5 bevat conclusies en aanbevelingen.

6.2 Feiten & cijfers

In de evaluatieperiode sprak de Commissie in totaal zeventien oordelen uit waarin zij (mede) onderzocht of beleid of het voornemen daartoe voldeed aan de criteria voor voorkeursbeleid als bedoeld in artikel 2 AWGB. De Commissie bracht één gevraagd advies uit over een beleidsvoornemen (advies 2008-01). Dit advies wordt hierna voor het gemak meegeteld als oordeel. Oordelen over voorkeursbeleid dat ziet op de grond handicap/chronische ziekte zijn daarbij niet meegenomen, omdat deze buiten het bestek van de AWGB-evaluatie vallen.⁶⁵ Daarnaast bracht de Commissie nog twee ongevraagde adviezen uit over voorkeurs(quoterings-)beleid.⁶⁶ Tabel 17 hieronder bevat een overzicht van alle oordelen waarin voorkeursbeleid op enigerlei wijze aan de orde was, uitgesplitst naar grond en terrein.

⁶⁵ Dit was welgeteld één oordeel, over voorkeursbeleid voor o.m. 'reïntegrerenden' (2006-61).

⁶⁶ CGB-advies van 28 januari 2008, 2008-01, en een briefadvies aan de minister van Binnenlandse Zaken over quoteringsbeleid (31 maart 2009).

Tabel 17: Voorkeursbeleid, gronden & terreinen

grond	specifieke groep	aantal oordelen	terrein	inhoud oordelen
geslacht	vrouw	7	arbeid	<ol style="list-style-type: none"> 1. reserveringsbeleid voor een vrouw voor de functie van hoofd P&O ontoelaatbaar (2004-173) 2. voorrang voor een vrouw bij 'gebleken geschiktheid' i.p.v. bij 'gelijke geschiktheid': verboden onderscheid (2007-17) 3. redactielidmaatschap feministisch tijdschrift gereserveerd voor vrouwen: verboden onderscheid (2008-39) 4. defensie: vrijstelling van uitzending alleen voor moeders: geen passend middel: verboden onderscheid (2008-52)
			goederen & diensten	<ol style="list-style-type: none"> 1. lagere cursuskosten voor (allochtone) vrouwen: voor 4viervan de vijf cursussen voldaan aan eisen voorkeursbeleid (2005-225) 2. alleen mannen moeten entree betalen bij horeca: niet gericht op achterstand / niet tijdelijk (2006-91)
			overige	<ol style="list-style-type: none"> 1. vrouwen geworven voor uitsluitend uit mannen bestaand schoolbestuur: bestuurslidmaatschap valt buiten materiële reikwijdte: Commissie onbevoegd (2007-32)
	man	4	arbeid	<ol style="list-style-type: none"> 1. voorrangbeleid voor mannen, allochtonen, homo's, reïntegrerenden & jongeren: deels toegestaan / deels verboden (2006-61; OEH) 2. voorkeur voor mannelijke kandidaat i.v.m. seksespecifieke hulpverlening: feitelijk beroep op (niet-onderbouwde) geslachtsbepaaldheid (2006-165) 3. voorkeur voor allochtone man: feitelijk (niet-geslaagd) beroep geslachts- en rasbepaaldheid (2008-48)
			goederen en diensten	<ol style="list-style-type: none"> 1. pleidooi voor voorrang voor jongens bij toegang tot studie medicijnen: i.c. geen verboden onderscheid want uitspraak gedaan op persoonlijke titel / geen beleid (2007-185)
ras/afkomst	allochtoon	6	arbeid	<ol style="list-style-type: none"> 1. 2006-61 (zie hierboven onder geslacht) 2. organisatie voert voorkeursbeleid maar past het niet toe: i.c. geen objectieve beoordeling (2007-55) 3. 2008-48 (zie hierboven onder i) 4. gereserveerde functies: disproportioneel (2008-81) 5. diversiteitsbeleid: voorrang voor mensen afkomstig uit land met 'islamitische signatuur': beleid op onderdelen onvoldoende onderbouwd: tussenoordeel (2008-143) 6. reservering van functies: disproportioneel (2008-1; advies)
	autochtoon	2	goederen en diensten	<ol style="list-style-type: none"> 1. 'afspiegelingsbeleid' volkstuintencomplex: maximaal 40% allochtone leden: beleid berust op vooronderstellingen t.a.v. verband tussen afkomst & zich houden aan regels: verboden direct onderscheid (2009-8) 2. schijn van doelgroepenbeleid met maximaal 50% allochtone leden voetbalclub; niettemin geen strijd want voor iedereen zelfde toegangseisen (2009-35)
seksuele gerichtheid	homo	2	arbeid	<ol style="list-style-type: none"> 1. 2006-61 (zie hierboven onder geslacht)
			goederen en diensten	<ol style="list-style-type: none"> 1. doelgroepenbeleid: homo's hepatitis A-vaccinatie tegen gereduceerd tarief (2006-20)
	hetero	-		
nationaliteit		-		





Een aantal zaken springt in het oog. Er zijn maar weinig zaken waarin de Commissie het gevoerde beleid (deels) in overeenstemming vond met de eisen die aan voorkeursbeleid worden gesteld (oordelen 2005-25 en 2006-61). Opvallend is verder dat zes van de zeventien kwesties (mede) draaiden om *niet*-achtergestelde groepen (mannen en autochtonen), terwijl in twee gevallen voorkeursbeleid aan de orde was op een grond waarvoor geen uitzondering bestaat (seksuele gerichtheid, oordelen 2006-20 en 2006-61). Voorts valt op dat in een aanzienlijk aantal van de voorgelegde zaken de 'voorkeur' voor een kandidaat met bepaalde identiteitskenmerken niets te maken had met achterstelling van deze groep en discriminatiebestrijding. Sommige zaken draaiden feitelijk om ras- en/of geslachtsbepaaldheid, andere hadden te maken met de wens een minimum aantal autochtone leden te behouden dan wel te werven of met het streven naar een evenwichtiger man/vrouwverhouding (in de disco).

6.3 Toetsingskader voorkeursbeleid

De wetgever heeft voorkeursbeleid expliciet geformuleerd als uitzondering op het wettelijk verbod van onderscheid naar geslacht en ras – en dus bijvoorbeeld niet als een (bijzondere) vorm van gelijke behandeling. De AWGB biedt in artikel 2, derde en vierde lid, de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden, bevoorrechtende maatregelen (voorkeursbeleid) te treffen voor vrouwen en personen behorende tot bepaalde etnische minderheidsgroepen, *ondanks* het feit dat die maatregelen direct onderscheid naar geslacht respectievelijk ras maken. Deze constructie is het logische gevolg van het gesloten systeem dat de AWGB kenmerkt. Uitzonderingen moeten restrictief worden uitgelegd om uitholling van het verbod op het maken van onderscheid te voorkomen. Deze constructie heeft tot gevolg dat voorkeursbeleid *mag*, maar zeker geen verplichting is.

Voorkeursbeleid mag alleen worden gevoerd met betrekking tot groepen die een *structurele* maatschappelijke achterstand hebben; dus wel voor vrouwen en allochtonen, niet voor mannen en autochtonen.⁶⁷ De uitzondering is asymmetrisch.

De Nederlandse wetgeving met betrekking tot voorkeursbeleid is geënt op Europees recht.⁶⁸ Het Hof heeft die criteria nader uitgewerkt in een aantal uitspraken met betrekking tot voorkeursbeleid voor vrouwen.

In het zogeheten Kalanke-arrest oordeelde het Hof dat een voorrangregel voor vrouwen bij de toegang tot arbeid ontoelaatbaar is als vrouwen 'automatisch' en 'onvoorwaardelijk' voorrang wordt verleend.⁶⁹ Anderen moeten de kans krijgen hun (grotere) geschiktheid te laten zien (het zorgvuldigheidsvereiste). Er wordt algemeen aangenomen dat de implicatie van deze uitspraak is dat 'harde quota', waarbij functies zijn gereserveerd voor vrouwen, onder alle omstandigheden ontoelaatbaar zijn, althans voor zover het gaat om toegang tot de arbeid en promotie.⁷⁰ Na Kalanke heeft het Hof nog enkele andere uitspraken gedaan over voorkeursbeleid. De criteria die het Hof hier hanteerde waren minder streng, maar deze zaken hadden dan ook geen betrekking op toegang tot arbeid of promotie.⁷¹

67 Kamerstukken II, 2001/02, 28 169, nr. 5, p. 17. Deze wordt gedefinieerd als een achterstand op meerdere maatschappelijke terreinen tegelijkertijd, welke niet van tijdelijke aard is.

68 De voor voorkeursbeleid vier relevante Richtlijnen zijn, met betrekking tot ras: Richtlijn 2000/43/EG, Pb L 180/22 van 19 juli 2000, (Rasrichtlijn) (Artikel 5), met betrekking tot geslacht: Richtlijn 2000/78/EC, Pb L 303/16 van 2 dec. 2000 (Artikel 7, eerste lid); Richtlijn 2006/54/EG, Pb L 204/23 van 26 juli 2006, (Herschikkingsrichtlijn), (Artikel 3) PM en Richtlijn 2004/113/EG). Pb L 373/37 van 21 dec. 2004 (Richtlijn gelijke behandeling m/v inzake goederen en diensten). Deze richtlijnen bevatten uitzonderingsbepalingen t.b.v. het nemen van 'specifieke (positieve actie-) maatregelen' om 'volledige gelijkheid in de praktijk' te waarborgen.

69 HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, Jur. 1995, p.I-3051.

70 Vgl. nota Voorkeursbeleid: quota voor vrouwen bij de werving en selectie voor banen kunnen volgens het Hof vJ-EG nooit proportioneel zijn, vanwege de onevenredige inbreuk die zij maken op de rechten van mannen (Kamerstukken II, 2004/2005, 28 770, nr. 11, p.24).

71 De overige zaken die betrekking hebben op voorkeursbeleid, zijn HvJ- EG 11 november 1997, zaak C-409/95 (Marchall, Jur.1997, p I-6363; HvJ- EG 28 maart 2000, zaak C-158/97 (Badeck) Jur 2000 p I-1875; HvJ EG 30 september 2004, zaak C-319/03 (Briheche), Jur. 2004, p. I n.n.g. JAR 2004, 260; HvJ EG 19 maart 2002 (Lommers), zaak C-476/99 Jur.2002, p.I-2891.

Op basis van de wettelijke vereisten en de jurisprudentie van het Hof heeft de Commissie de volgende criteria geformuleerd waaraan voorkeursbeleid moet voldoen:

- Achterstandsvereiste: er moet sprake zijn van achterstand – gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod van de groep die onderwerp is van het voorkeursbeleid (wettelijk criterium ontleend aan de AWGB);
- Zorgvuldigheidsvereiste: bij sollicitaties mag uitsluitend bij gelijke geschiktheid voorrang worden gegeven aan de kandidaat die deel uitmaakt van de doelgroep, (criterium ontleend aan jurisprudentie HvJ EG, Kalanke-arrest);
- Evenredigheids- of proportionaliteitsvereiste: het onderscheid moet in redelijke verhouding staan tot het doel: de voorkeursmaatregel moet kunnen worden gerechtvaardigd door de mate van achterstand, terwijl deze ook geschikt moet zijn om die achterstand daadwerkelijk te verminderen of op te heffen (wettelijk criterium ontleend aan de AWGB).⁷²

Hoewel het HvJ-EG zijn criteria heeft ontwikkeld met betrekking tot voorkeursbeleid voor vrouwen, past de Commissie, om redenen van rechtseenheid en herkenbaarheid, deze (strengere) toets ook zoveel mogelijk toe bij de beoordeling van voorkeursbeleid op andere gronden waarvoor voorkeursbeleid is toegestaan. Dat ligt anders bij voorkeursbeleid dat niet ziet op de toegang tot arbeid, maar bijvoorbeeld is gericht op het faciliteren van de combinatie van arbeid en zorg door het voorzien in kinderopvang (Arrest Lommers, zie noot 74) of waar het gaat om de toegang tot goederen en diensten (bijvoorbeeld oordeel 2005-225, betreffende speciale cursussen voor allochtone vrouwen tegen een laag tarief).

Het strenge toetsen van voorkeursbeleid bij de toegang tot arbeid staat op gespannen voet met maatschappelijke ontwikkelingen die vragen om een quoterings- of reserveringsbeleid, juist bij de toegang tot de arbeid en dus juist waar dit niet is toegestaan.

6.4 Kritiek op de 'strenge toets' voor voorkeursbeleid

De kritiek op de voorwaarden voor voorkeursbeleid richt zich op twee onderdelen: de uniforme ('strenge') toetsing van de toepassingsvoorwaarden voor de gronden ras en geslacht (6.4.1) en het toetsen van diversiteits-, afspiegelingsbeleid of doelgroepenbeleid aan de voorwaarden voor voorkeursbeleid (6.4.2).

6.4.1 Uniforme toets voor de gronden geslacht en ras

De reden om voorkeursbeleid voor bijvoorbeeld etnische minderheden zoveel mogelijk aan dezelfde maatstaven te toetsen als voor geslacht, is gelegen in de verwachting dat het Hof dat ook zal doen (2008-143). Bovendien komt een uniforme toepassing van de gelijkebehandelingswetgeving de kenbaarheid en de voorspelbaarheid van de wet ten goede.

De kritiek richt zich op twee onderdelen: het vereiste van een aantoonbare achterstand en de toepassing van het zorgvuldigheidscriterium.

Het achterstandsvereiste

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met 'achterstand' *maatschappelijke* achterstand wordt bedoeld (en niet slechts achterstand binnen bijvoorbeeld een organisatie). Het concrete aandeel van de groep die onderwerp is van het voorkeursbeleid binnen een bepaalde functiesoort en – niveau moet worden vergeleken met het relevante potentiële aanbod op de arbeidsmarkt in het weringsgebied van de bewuste organisatie. Het aantonen van een dergelijke achterstand is veel

⁷² Een vierde eis is het kenbaarheidsvereiste, ontleend aan artikel 3, tweede lid, WGB. Dit verlangt dat bij de aanbidding van de betrekking duidelijk wordt gemaakt dat een voorkeursbeleid van toepassing is en dat duidelijk is dat de vacature openstaat voor alle kandidaten. Hier zijn alleen de eerste drie criteria van belang en blijft deze laatste voorwaarde verder buiten beschouwing.





moeilijker ten aanzien van etnische minderheden dan ten aanzien van vrouwen. Dat komt primair doordat organisaties sinds de afschaffing van de Wet Samen niet meer beschikken over betrouwbare en volledige cijfers over de samenstelling van hun personeel naar afkomst. De Commissie gaat hier in haar oordelen doorgaans betrekkelijk soepel mee om, maar eist wel aanwijzingen dat er inderdaad sprake is van een achterstand.

Daarnaast is het vaak lastig de achterstandsgroep te bepalen. Waar er bij voorkeursbeleid voor vrouwen kan worden uitgegaan van een eenduidige en duidelijk kenbare groep, vormen allochtonen allerminst een homogene groep – niet wat betreft afkomst, maar ook niet ten aanzien van de omvang van de maatschappelijke achterstand, de mate van integratie, of de terreinen waarop een achterstand bestaat. Dit heeft tot op heden echter nauwelijks gespeeld in de zaken die aan de Commissie werden voorgelegd (wellicht met met uitzondering van oordeel 2008-143). Ook critici lijken hier vooralsnog niet echt een punt van te maken.

Het zorgvuldigheidsvereiste

De kritiek op de uniforme toepassing van het toetsingskader voor voorkeursbeleid zoals dat is ontwikkeld voor vrouwen, lijkt primair in te houden dat het niet nodig is om de strikte eisen, zoals geformuleerd in Kalanke, ook toe te passen op voorkeursbeleid voor andere groepen dan vrouwen. Groenendijk wijst er op dat het VN-verdrag tegen rassendiscriminatie (IVUR),⁷³ anders dan het VN-Vrouwenverdrag, een verplichting bevat om achterstanden actief te bestrijden, wat een verplichting impliceert tot het nemen van bijzondere maatregelen (special measures) voor specifieke groepen, waar nodig.⁷⁴ Bovendien legt het IVUR veel minder nadruk op de tijdelijkheid van maatregelen dan het Europese en nationale recht. Ten slotte is volgens Groenendijk de achterstand van vrouwen, in vergelijking met allochtonen, beperkt tot een ondervertegenwoordiging in de hogere functies, terwijl allochtonen in de volle breedte worden achtergesteld. Hij is daarom van mening dat voorkeursbeleid voor allochtonen niet alleen minder strikt *mag* worden getoetst, maar ook minder strikt *moet* worden getoetst. Aldus opent hij de weg naar het reserveren van arbeidsplaatsen en het werken met quota ten aanzien van etnische en culturele minderheden.

Over de wenselijkheid van de strikte eisen die het Hof hanteert ten aanzien van voorkeursbeleid bij de toegang tot arbeid en promotie van vrouwen kan men uiteraard van mening verschillen, nog los van de vraag of het wenselijk is deze strikte toets ook toe te passen op andere 'doelgroepen' van voorkeursbeleid. Zo kan men de vraag opwerpen of er niet ook een minder strikte uitleg van het bewuste Kalanke-arrest mogelijk is, mede in het licht van enkele actuele politieke ontwik-

73 Artikel 1, vierde lid van het VN-verdrag tegen rassendiscriminatie (ICERD) luidt: "Special measures taken for the sole purpose of securing adequate advancement of certain racial or ethnic groups or individuals requiring such protection as may be necessary in order to ensure such groups or individuals equal enjoyment or exercise of human rights and fundamental freedoms shall not be deemed racial discrimination, provided, however, that such measures do not, as a consequence, lead to the maintenance of separate rights for different racial groups and that they shall not be continued after the objectives for which they were taken have been achieved." (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965, entry into force 4 January 1969, in accordance with Article 19).

Artikel 4 van het Vrouwenverdrag (CEDAW) luidt; "1. Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention, but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved. 2. Adoption by States Parties of special measures, including those measures contained in the present Convention, aimed at protecting maternity shall not be considered discriminatory."

74 C.A. Groenendijk, annotatie bij oordeel 2008-81, voorkeursbehandeling op grond van ras en geslacht, in: J.H.Gerards en P.J.J. Zoontjes (red.) Gelijke behandeling: Oordelen en Commentaar 2008, pp.304-313.

kelingen op Europees niveau. Een aantal andere Europese lidstaten⁷⁵ – voor wie de jurisprudentie van het HvJ-EU evenzeer leidend is voor de interpretatie van de nationale wetgeving inzake voorkeursbeleid – staat wél een reserveringsbeleid voor vrouwen toe bij de selectie voor banen⁷⁶ en heeft ook een bij wet vastgesteld ‘vrouwenquotum’ voor raden van bestuur en commissarissen van beursgenoteerde bedrijven. Daar komt bij dat Eurocommissaris Viviane Reding (Justitie) Europese lidstaten al enige tijd dreigt met een verplicht ‘vrouwenquotum’ in de top van het bedrijfsleven als het grote Europese bedrijven niet lukt binnen afzienbare tijd ten minste 30 procent vrouwen te benoemen. De Commissie overweegt in dit kader nader onderzoek te laten doen naar de uitleg die wordt gegeven aan Europese richtlijnen.

Het is verder de vraag hoe wenselijk de strenge toets van het Hof is waar het gaat om functies waarvoor weinig specifieke vaardigheden of ervaring nodig is. Wat is de toegevoegde waarde van ‘de beste’ kandidaat en waarom kan niet worden volstaan met de eis dat de kandidaat aan de functie-eisen voldoet?⁷⁷

Vooralsnog moeten deze strenge eisen echter worden toegepast en ligt het voor de hand om voor alle gronden gelijke bescherming te bieden. De Commissie laat nu al wel enige ruimte voor de mogelijkheid dat zwaardere maatregelen nodig kunnen zijn om de achterstelling van etnische minderheidsgroepen te bestrijden. Het is niet uit te sluiten dat zich een dussdanig uitzonderlijke situatie kan voordoen dat de gebruikelijke toets niet onverkort behoort te worden toegepast (2008-81). Factoren die van invloed zijn op de vraag of sprake is van een dergelijke ‘uitzonderlijke’ situatie zijn onder meer het karakter van de dienst, de mate van achterstand en het falen van andere, minder vergaande maatregelen.

Het argument dat mensenrechtelijke verplichtingen zouden dwingen tot een differentiatie in toetsing en ruimte zouden bieden voor een soepeler toetsing van voorkeursbeleid ten behoeve van etnische minderheidsgroepen, onder meer vanwege het niet expliciet vermelden van een tijdelijkheidseis, overtuigt niet. In de eerste plaats blijkt duidelijk uit de redactie van de mensenrechtelijke bepalingen met betrekking tot positieve actie, dat dergelijke maatregelen naar hun aard niet permanent behoren te zijn (dit blijkt zowel uit de artikelen van het VN-verdrag tegen rassendiscriminatie als van het Vrouwenverdrag). Ook wordt uit het Vrouwenverdrag een positieve verplichting voor staten afgeleid om actief achterstelling en ondervertegenwoordiging van vrouwen te bestrijden (zie CEDAW General Recommendation no. 23).⁷⁸

De ‘verplichting’ van verdragspartijen om specifieke maatregelen te nemen om achterstanden te bestrijden, betekent nog niet dat zij particuliere organisaties moeten verplichten tot het voeren

75 Begin 2011 hadden Zweden, Spanje, Frankrijk en, meest recentelijk, België, een bij wet vastgesteld vrouwenquotum voor raden van bestuur en commissarissen ingevoerd. Duitsland was zich op dat moment nog aan het beraden op een dergelijk ‘vrouwenquotum’. Invoering van een wettelijk afdwingbaar vrouwenquotum voor de Nederlandse top van het bedrijfsleven – een voorstel daarvoor ligt bij de Eerste Kamer – is nog steeds onzeker. Het gewenste percentage vrouwen in de top van het bedrijfsleven varieert overigens per land en varieert tussen de 20 en 50 procent.

76 Een belangrijk argument daarvoor is, behalve de achterstand van vrouwen, dat diversiteit naar geslacht de prestaties van het bedrijf ten goede komt. Daarbij wordt vaak verwezen naar onderzoek dat dit idee bevestigt (zie onder meer het wetenschappelijk onderzoek van M. van Praag en H. Oosterbeek [2011], *The impact of gender diversity on the performance of business terms*, dat in opdracht van Stibbe werd verricht).

77 We kunnen echter constateren dat de maatschappelijke behoefte aan quoterings/reservering met name de hogere (leidinggevende) functies geldt.

78 Recommendation no. 23. CEDAW luidt: ‘The Committee encourages all governments of the State party to sensitize relevant officials to the concept of temporary special measures as interpreted in the Committee’s general recommendation No. 25. The Committee recommends that the governments apply temporary special measures in various forms in areas where women are underrepresented or disadvantaged and allocate additional resources where needed to accelerate the advancement of women. The Committee also recommends that the governments encourage their use in both the public and private sectors’.





van een voorkeursbeleid.⁷⁹ Gerards merkt op dat deze internationaalrechtelijke verplichting zo vaag is geformuleerd dat daarin prima alleen die bepalingen gelezen kunnen worden die passen in het Europese kader.⁸⁰ En zo'n verplichting kan uit de aard der zaak ook alleen maar vaag en algemeen geformuleerd zijn: positieve actie is immers maatwerk.

Ten aanzien van de veronderstelling van Groenendijk dat de arbeidsmarktpositie van allochtonen zoveel slechter is dan die van vrouwen en dit een argument is voor een soepeler beoordeling van voorkeursbeleid, geldt dat dit steeds per geval zal moeten worden vastgesteld. In sommige opzichten zullen (autochtone) vrouwen ongetwijfeld in een betere positie zitten; gegeven de horizontale arbeidsmarktsegregatie zal dat echter lang niet in alle gevallen zo zijn.

Een andere vraag is of quoterings- en reserveringsmaatregelen wel de beste middelen zijn om de problemen op te lossen die men beoogt op te lossen. In de eerste plaats is het vaak een slecht idee om 'kwaad met kwaad' te bestrijden. De gelijkebehandelingswetgeving gaat uit van het idee dat bescherming moet worden geboden tegen onderscheid op grond van specifieke identiteitskenmerken, omdat ze irrelevant zijn. Als die gronden vervolgens wel worden ingezet om bepaalde groepen voorrang te geven, krijgen degenen die daardoor worden buitengesloten al snel het idee dat de doelgroep wordt voorgetrokken. De 'excuustruus' is een bekend fenomeen. Dat betekent dat bijzondere maatregelen heel zorgvuldig moeten worden ingezet. Deze kunnen immers ook de verschillen tussen groepen benadrukken, in plaats van deze irrelevant te maken, zoals met de AWGB wordt beoogd. Daarom is de vereiste van proportionaliteit tussen de zwaarte van het voorkeursbeleid en de omvang van de achterstand van groot belang.

6.4.2 Diversiteits-, afspiegelings-, en doelgroepenbeleid

In de evaluatieperiode werd de Commissie met enige regelmaat gevraagd te oordelen over de bevoorrechtiging van groepen in het kader van een afspiegelings-, diversiteits-, of doelgroepenbeleid (oordelen 2005-225, 2006-61, 2008-81, advies 2008-01). In de visie van de makers van dergelijk beleid zijn identiteitskenmerken doorgaans relevant: men meent dat het de organisatie ten goede komt als het personeelsbestand gevarieerd is. Het gaat dan in de praktijk meestal om afkomst en/of geslacht en/of leeftijd. Dit beleid is doorgaans niet geformuleerd in termen van tijdelijkheid: een divers samengesteld personeelsbestand is (altijd) beter. Impliciet ligt in een dergelijke visie ook besloten dat men bepaalde eigenschappen toedicht aan leden van specifieke groepen (die vaak stoelen op stereotype beelden). Zou dat niet zo zijn, dan zou diversiteit als zodanig immers geen meerwaarde hebben.

Zolang bepaalde groepen, door zichtbare of onzichtbare uitsluitingsmechanismen significant zijn ondervertegenwoordigd, kan dergelijk beleid uiteraard bijdragen aan de bestrijding van achterstelling. Maar soms blijft de wens naar werknemers uit een bepaalde groep bestaan als men eenmaal de gewenste diversiteit heeft bereikt. Simpel gezegd: wie de man/vrouwverhouding in zijn bedrijf graag in evenwicht ziet, zoekt dus een vrouw als een vrouwelijk personeelslid de organisatie verlaat, en een man als een man de organisatie verlaat. Zo worden seksegebonden arbeidsplaatsen geïntroduceerd en dat druist volledig in tegen de uitgangspunten van de gelijkebehandelingswetgeving. Hetzelfde geldt voor de stereotype beelden van groepskenmerken waarop diversiteitsbeleid doorgaans is gebaseerd; eenmaal aangesteld als 'vrouw' of 'allochtoon' kunnen vrouwen en allochtonen worden aangesproken ('vastgepind') op de stereotype eigenschappen die aan 'hun' groep worden toegedicht.

79 Vgl. hetgeen in de nota Voorkeursbeleid [2005] staat over de noodzaak van aanpassing van de huidige bepalingen over voorkeursbeleid naar aanleiding van het VN-Vrouwenverdrag: 'De huidige Nederlandse wettelijke bepalingen geven uitdrukkelijk ruimte voor een dergelijke (in artikel 4, eerste lid van genoemd Verdrag neergelegde mogelijkheid tot) voorkeursbehandeling, op een wijze die nauwkeurig in overeenstemming is gebracht met de voorwaarden die daaraan in het recht van de Europese Unie worden gesteld.' (Kamerstukken II, 2004/2005, 28 770, nr. 11., p. 28).

80 J.H. Gerards in NJCM-Bulletin 2005, nr. 5, p. 640, n 46.

De wetgeving laat, zoals gezegd, maar zeer beperkt ruimte om onderscheid te maken op een beschermde grond. De enige uitzondering die van toepassing zou kunnen zijn op diversiteitsbeleid en dergelijke, is de uitzondering voor voorkeursbeleid (voor de gronden geslacht en ras). Daaraan toetst de Commissie dus ook. Dit gebeurde in de evaluatieperiode in vier gevallen waarin sprake was van een (voorgenomen) voorrangbeleid voor mannen, om een meer divers personeelsbestand te verkrijgen en/of een betere afspiegeling. Daarbij ging het drie keer om een voorkeursbeleid bij de werving en selectie voor een baan (oordelen 2006-61, een oordeel omtrent het eigen handelen, 2006-165 en 2008-48) en een keer om het aanbieden van goederen en diensten (oordeel 2005-198). Ook sprak de Commissie zich een aantal keren uit over een voorrangmaatregel voor etnische groepen waarmee diversiteit of afspiegeling werd nagestreefd (onder andere CGB-advies 2008-01, oordeel 2006-61), en sprak zij zich één keer uit over het voornemen om homoseksuelen voorrang te geven omwille van afspiegeling (oordeel 2006-61). Het betrof het beleid van een hoofdstedelijke gemeentelijke zorginstelling die een betere afspiegeling wilde worden van haar cliëntenbestand.

Het is logisch dat werkgevers die dergelijk beleid voeren zich vervolgens in bochten moeten wringen om aan te tonen dat de ondervertegenwoordiging van de doelgroep wijst op een structurele (maatschappelijke) achterstand - die hoeft er immers niet te zijn, terwijl het beleid bovendien niet tijdelijk is. Ook de eis dat een werkgever kan aantonen dat andere, minder zware middelen in het geheel niet hebben geholpen, is voor dergelijke partijen vaak irrelevant. Een voorbeeld is het voorkeursbeleid voor allochtonen voor ondersteunend personeel bij de Tweede Kamer. Doel van dit (reserverings-)beleid was om dit personeel een betere afspiegeling van de Haagse beroepsbevolking te laten zijn (CGB-advies 2008-01). Het beleid voldeed niet aan de voorwaarden voor voorkeursbeleid, omdat de achterstand van de doelgroep voor dit type functies te gering bleek om het gekozen (vergaande) voorkeursbeleid te kunnen legitimeren. De legitimatie van de maatregel lag voor de werkgever echter ook niet in vermindering van een maatschappelijke achterstand, maar in een betere afspiegeling van de beroepsbevolking.

Dit neemt niet weg dat de Commissie de afgelopen jaren goed heeft kunnen oordelen over genoemde voorbeelden van diversiteits-, afspiegelings- en doelgroepenbeleid, onder de figuur van voorkeursbeleid.

Concluderend kunnen wij stellen dat in de samenleving behoefte bestaat aan diversiteitsbeleid en afspiegelingsbeleid, náást voorkeursbeleid. Maar zoals gezegd past de idee van nagestreefde diversiteit niet goed bij de idee van gelijkheid. Het moet niet uitmaken of een werknemer man, zwart, hetero is of van een rolstoel gebruik maakt. Dat geldt echter niet voor overheidsinstellingen met een publieke taak waarmee iedereen te maken kan krijgen, zoals de rechterlijke macht en de politie.⁸¹ Diversiteit of afspiegeling naar (met name) geslacht en afkomst zijn voor het functioneren van die organisaties van essentieel belang. Niet omdat een allochtoon of een vrouw verondersteld wordt bepaalde eigenschappen of kennis mee te brengen.⁸² Naar personen met dergelijke kennis en vaardigheden kan immers gericht worden geworven zonder vooronderstellingen ten aanzien van identiteitskenmerken. Diversiteit is voor politie en rechterlijke macht wel van belang in verband met acceptatie van hun gezag en draagvlak onder alle lagen van de bevolking waaraan ze deels hun legitimiteit ontleen. Gerards (2005) bespreekt het quoteringsbeleid dat de Belgische Hoge Raad voor de Justitie hanteert voor vrouwen en mannen (ten minste 30% mannen en ten minste 30% vrouwen) als instrument om de Hoge Raad meer divers en een betere

81 Zie J. Gerards in NJCM-Bulletin nr. 5, 2005; zie ook B. Sloot over diversiteitsbeleid (descriptieve representatie) in de rechterlijke macht ('Moeten rechters lijken op de Nederlandse bevolking? Over de wenselijkheid van descriptieve representatie door de rechterlijke macht?', in: Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht, februari 2004, nr. 2. pp. 49-62).

82 Al lijkt dit 'inhoudelijke' argument voor menigeen wel een rol te spelen (vergelijk oordeel 2010-27, waarin een politieorganisatie een voorkeursbeleid voor vrouwen voert omdat 'Met de komst van een vrouwelijke leidinggevende, de kans van slagen op herstel in het vertrouwen in de leiding groter [werd] geacht vanwege specifieke vrouwelijke kwaliteiten en kijk op zaken'). Zoals eerder opgemerkt, kleeft hieraan het bezwaar van seks- en etnische stereotypering dat discriminatie in de hand werkt.





afspiegeling van de bevolking te maken.⁸³ Gerards, die vanuit rechtvaardigheidsoogpunt geen bezwaren ziet tegen dit – ‘symmetrische’ – type voorkeursbeleid, constateert dat het Belgische Hof door het hanteren van quota in strijd handelt met het EG-recht, dat immers geen mogelijkheden biedt voor versoepeling ten behoeve van quota voor vrouwen bij de selectie voor banen. Het Hof neemt principieel de stelling in dat met quota voor vrouwen een onevenredig ernstige inbreuk wordt gemaakt op de rechten van derden (mannen) die nooit proportioneel kan zijn.

Als het nu niet gaat om quota, maar om voorkeursbeleid ‘bij gelijke geschiktheid’, komt dit laatste bezwaar te vervallen. Voorkeursbeleid kan een geschikt en in sommige gevallen legitiem middel zijn om meer diversiteit of een betere afspiegeling van etnische of genderverhoudingen te bereiken – conform de twee gronden waarvoor de wet voorkeursbeleid toestaat. Het kan daarom zinvol zijn om de noodzaak en wenselijkheid van voorkeursbeleid te laten onderzoeken voor een zeer beperkt aantal, bij naam te noemen instellingen met een publieke taak waarvoor diversiteit casu quo een zekere ‘kritische massa’ (zie hieronder) essentieel is voor het functioneren, zoals voor justitie en politie. Het Amerikaanse Supreme Court heeft jarenlange ervaring met voorkeursbeleid voor etnische groepen en staat diversiteitsargumenten ter rechtvaardiging daarvan toe.⁸⁴ Sterker nog, anders dan de Commissie en het Hof, accepteert het Amerikaanse Hof uitsluitend diversiteitsargumenten voor voorkeursbeleid. De Supreme Court heeft geoordeeld dat voorkeursbeleid voor etnische minderheden ten behoeve van diversiteit onder bepaalde omstandigheden is toegestaan, zolang het maar geen quota betreft. Zo acht het Hof het belang van etnische diversiteit in het onderwijs, met het oog op de toekomstige werkkring van studenten bijvoorbeeld van zo’n groot staatsbelang, dat dit *compelling interest* voorkeursbeleid voor bepaalde etnische minderheden op universiteiten kan rechtvaardigen. Een zekere *critical mass* van studenten afkomstig uit etnische minderheidsgroepen wordt nodig geacht om studenten later maatschappelijk goed te laten functioneren en hierin is de legitimatie van voorkeursbeleid gelegen.

De AWGB laat het in zijn huidige vorm niet toe om voorkeursbeleid te gebruiken voor doelen als diversiteit of een betere afspiegeling ‘zonder meer’. Het is de vraag of het gebruik van voorkeursbeleid voor de gronden geslacht en ras toch niet (wettelijk) mogelijk moet zijn voor een klein aantal bijzondere (overheids-)organisaties met een publieke taak, waarvoor diversiteit ofwel ‘kritische massa’ een essentiële en legitieme behoefte lijkt. Die behoefte moet dan wel steeds opnieuw worden vastgesteld en worden gerelateerd aan het organisatiebelang, omdat dit belang nu eenmaal varieert per organisatie, of per onderdeel of niveau binnen een organisatie.

Een belangrijk (principieel) argument om *geen* voorkeursbeleid omwille van louter grotere diversiteit of een betere afspiegeling mogelijk te maken, ook niet voor bijzondere organisaties als bovengenoemde, is dat voorkeursbeleid hier geen geschikt⁸⁵ en een te zwaar middel voor is. Het valt moeilijk te rijmen met het wettelijk kader waarin voorkeursbeleid een uitzondering is op het verbod van (direct) onderscheid en voorbehouden aan groepen met een structurele maatschappelijke achterstand. Diversiteits- en afspiegelingsbeleid hebben in de regel – en zeker in het

83 Ibid.

84 De belangrijkste uitspraken over voorkeursbeleid van de Supreme Court in dit verband, zijn de uitspraak over de ‘Bakke-case’ uit 1978 (voluit: de zaak *Regent of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 1978) – omdat daarin de lijn met betrekking tot de legitimatie in termen van diversiteit is vastgelegd – en de uitspraak uit 2003 over de zaak *Grutter v. Bollinger* uit 2003, tegen de Law School of the University of Michigan (539 U.S. 2003), omdat deze lijn in deze uitspraak is bevestigd door de Court. Zie voor de discussie over deze jurisprudentie en de relevantie ervan voor de Nederlandse discussie over voorkeursbeleid, o.m. J.H. Gerards (2005). Zij bespreekt de jurisprudentie van de Supreme Court in het kader van de Nederlandse en Belgische discussie over quota bij banen voor vrouwen als middel om gelijke vertegenwoordiging van mannen en vrouwen in (bijvoorbeeld) de rechtspraak te bereiken.

85 In een aantal gevallen wil men bijvoorbeeld ook helemaal geen voorrang geven aan bepaalde groepen mensen boven andere, maar wil men simpelweg leden van een bepaalde groep in een functie of op een plaats hebben, als waren deze sekse- en/of ras-bepaald (dit lijkt aan de orde bij de zaak uit oordeel 2008-48). Ook wordt diversiteitsbeleid, anders dan voorkeursbeleid, niet beschouwd als tijdelijk beleid (zie boven).

geval van mannen – niets van doen met het tegengaan van (effecten van) structurele achterstelling en het scheppen van gelijke kansen,⁸⁶ terwijl de legitimering van (discriminerend) voorkeursbeleid juist dáárin is gelegen. Een ander argument is dat het moeilijk is om een grens te trekken: waarom voor die groep wel en voor een andere geen voorkeursbeleid, en waarom mag het in de ene overheidsorganisatie wel (bij de politie bijvoorbeeld), en in de andere niet (bij gemeenten bijvoorbeeld), terwijl die ook een publieke taak uitvoert en diversiteit daar eveneens van groot belang is?

Voor andere gronden dan geslacht en ras, voor achtergestelde religieuze groepen en homoseksuelen bijvoorbeeld, hoeft de mogelijkheid van een voorkeursbeleid zoals neergelegd in de AWGB in elk geval niet in overweging te worden genomen. Dat stuit namelijk op te veel principiële en praktische bezwaren, zoals privacy (registratie) en de identificatie van groepen wier identiteit in beginsel niet zichtbaar is (zoals van de meeste religieuze groepen en homoseksuelen).⁸⁷ De Commissie ziet niet in hoe in die gevallen kan worden voldaan aan (bijvoorbeeld) het achterstandsvereiste en kent hier ook geen voorbeelden van.⁸⁸ In oordeel 2006-61, waarin de werkgever een voorkeursbeleid wilde voeren voor homoseksuelen, heeft de Commissie geen problemen ervaren bij de toetsing aan de wet en evenmin naar een uitweg gezocht. Het voorkeursbeleid was gewoon in strijd met de wet.

6.5 Conclusies en aanbevelingen

Op basis van bovenstaande verkenning van vraagstukken van voorkeursbeleid en diversiteit, komt de Commissie tot de volgende conclusies.

- De toepassing van een (uniforme) strikte toets voor voorkeursbeleid zowel op de grond geslacht als ras kan de effectiviteit van de wet (onnodig) beperken. Het argument dat mensenrechtelijke verplichtingen dwingen tot een differentiatie in toetsing (in het bijzonder een soepeler toetsing van voorkeursbeleid ten behoeve van etnische groepen) vindt de Commissie niet overtuigend. De Commissie constateert dat verdragen als CEDAW en CERD voor voorkeursbeleid op grond van geslacht of ras bij de werving en selectie niet de verwachte aanknopingspunten bieden, daargelaten een minder strikte proportionaliteits(zorgvuldigheids)toets. De Commissie concludeert dan ook dat een oplossing voor het probleem van (structurele) maatschappelijke achterstanden van bepaalde groepen niet moet worden gezocht in het versoepelen van de criteria van voorkeursbeleid. Wellicht kunnen maatregelen in het kader van sociaal beleid en stimuleringsbeleid, door zowel de overheid als werkgevers, maatschappelijke achterstanden verminderen.⁸⁹ Dit is in overeenstemming met de eerder genoemde artikelen uit het CEDAW en het CERD.

86 De CGB heeft eerder (in haar vorige Awgb-evaluatie bijvoorbeeld) gepleit voor een EG-recht conforme, symmetrische benadering van onder meer de grond geslacht. Op grond hiervan kan een voorkeursbeleid voor mannen worden gevoerd, als hun ondervertegenwoordiging wijst op een structurele achterstand en de voorangmaatregel bijdraagt aan het wegnemen hiervan.

87 Aan de hier genoemde meer praktische bezwaren, zoals de formele identificatie en registratie van onzichtbare persoonskenmerken, zitten overigens ook weer principiële aspecten.

88 Recent Europees vergelijkend onderzoek van de Europese Commissie uit 2009 vermeldt dat dit onderzoek geen enkel voorbeeld opleverde van positieve actiemaatregelen gerelateerd aan religie of geloof. Ook vermeldt het: "[T]he least likely to be beneficiaries [of positive action measures] were considered to be lesbian, gay, bi-sexual and transgender individuals." (International Perspectives on Positive Action Measures, European Commission 2009, p. 8). Er wordt helaas niet ingegaan op de mogelijke verklaringen hiervoor.

89 Zie het advies van de Commissie aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid geadviseerd naar aanleiding van de conceptnota Voorkeursbehandeling, CGB-advies/2004/10. Zie ook het meer recente CGB-advies van 2008/1, waarin de noodzaak van de inbedding van voorkeursmaatregelen in breder (diversiteits)beleid wordt benadrukt als voorwaarde voor de effectiviteit van voorkeursbeleid voor het beslechten van structurele achterstanden.





- De Commissie zal zelf nader onderzoek laten verrichten naar de uitleg die wordt gegeven aan Europese richtlijnen, omdat die in de lidstaten van de Unie sterk blijkt te verschillen. Niet alle staten hanteren een (even) strenge toets, getuige de invoering van een 'hard vrouwenquotum' in de top van het bedrijfsleven in tal van ons omringende landen.
- Een tweede mogelijk knelpunt is dat organisaties vaak een divers personeelsbestand willen bewerkstelligen door middel van het voeren van een voorkeursbeleid. Daaraan worden echter strikte eisen gesteld, zoals hierboven besproken. Dit heeft overigens niet tot problemen geleid met betrekking tot de toetsing aan de AWGB. De Commissie heeft de afgelopen jaren regelmatig geoordeeld over diversiteits-, afspiegelings-, en doelgroepenbeleid onder de noemer van voorkeursbeleid.
- Niettemin lijkt in de samenleving de behoefte te bestaan aan een uitzondering op het verbod van onderscheid om een diversiteits- en afspiegelingsbeleid te kunnen voeren. Dit is in het bijzonder van belang voor bepaalde, 'bijzondere' overheidsorganisaties met een publieke taak, zoals de politie en de rechterlijke macht. Zoals eerder genoemd staat een versoepeling van de voorwaarden waaronder een voorkeursbeleid is toegestaan echter op gespannen voet met de jurisprudentie van het Hof en zijn er tevens bezwaren van meer praktische aard tegen een uitbreiding in die richting. De Commissie benadrukt dat de diversiteit van deze en andere organisaties via andere weg kan worden bereikt, bij voorkeur in de voorwaardenscheppende sfeer. Bijvoorbeeld in de vorm van het wegnemen van drempels voor ondervertegenwoordigde groepen en in het bieden van promotiekansen en een aantrekkelijke, discriminatievrije werkomgeving waarin mensen gelijk worden behandeld, gegeven hun verschillen. Anders dan voorkeursbeleid, zijn dit maatregelen van meer permanente aard, die als zodanig meer effect kunnen hebben op structurele ongelijkheden.

7 Reactie Commissie op rapport prof. mr. M.L.P. Loenen, Het afwegingskader van de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten.

De hoofdvraag van dit deel van het evaluatieonderzoek luidt als volgt:

In hoeverre is de AWGB, in het licht van de doelstellingen die aan de wet ten grondslag liggen en in het licht van de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling en het EVRM, toereikend om een afweging te kunnen maken tussen gelijkheidsrechten onderling?

Loenen beantwoordt in haar rapport vier deelvragen:

1. Welke eisen of randvoorwaarden zijn te stellen aan een toetsings/afwegingskader bij botsende gelijkheidsrechten in het licht van de doelstellingen die aan de AWGB ten grondslag liggen?
2. Welke eisen of randvoorwaarden zijn te stellen aan een toetsings/afwegingskader bij botsende gelijkheidsrechten in het licht van de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling?
3. Welke eisen of randvoorwaarden zijn te stellen aan een toetsings/afwegingskader bij botsende gelijkheidsrechten in het licht van het EVRM?
4. Welk toetsings/afwegingskader biedt de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten en hoe wordt vult de Commissie dat kader in blijkens de oordelen inzake botsende gelijkheidsrechten?

7.1 Doelstellingen AWGB en het afwegingskader

Uit de wetgeschiedenis blijkt dat de wetgever heeft beoogd de botsingen tussen gelijkheidsrechten te ondervangen door wettelijke uitzonderingen. Loenen constateert dat veel van de nieuwe

botsingssystematiek zich bij de Commissie heeft aangediend via het verbod van indirect onderscheid en niet via de bepalingen die bewust in de AWGB zijn opgenomen om een oplossing te bieden voor mogelijk conflicterende grondrechten (p.8).

Er bestaat geen hiërarchie in werkelijke zin tussen de in de wet beschermde gronden. Wel bestaat een zekere differentiatie tussen meer en minder verdachte gronden. Dat kan leiden tot een meer of minder strikte toetsing (p. 10).

De wetgever heeft een zekere hiërarchie willen aanbrengen tussen grondrechten, met name tussen de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging aan de ene kant en het verbod van discriminatie op grond van geslacht en seksuele gerichtheid aan de andere. Deze keuzes hebben geen in alle opzichten ondubbelzinnige normering opgeleverd. Sommige in de AWGB gekozen oplossingen voor te voorziene botsingen zijn het gevolg van een politiek compromis en al dan niet bewust ambigue gelaten. Dat geldt bij uitstek voor de 'enkele-feitconstructie' van artikel 5 lid 2 en artikel 7 lid 2. (p. 10). De Commissie deelt deze conclusie van Loenen.

Anno 2011 moet worden geconstateerd dat de wetgever veel van de huidige botsingscontroverses helemaal niet heeft voorzien. Afweging blijft nodig. De AWGB moet aldus worden opgevat als een living instrument, dat dynamisch geïnterpreteerd moet worden (p.10). De Commissie sluit zich bij deze visie aan.

7.2 De EU-richtlijnen en het afwegingskader AWGB

De EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling die voor dit onderzoek relevant zijn, stellen minimumeisen met betrekking tot het verbod van discriminatie op de terreinen die de richtlijnen bestrijkt. De lidstaten zijn dus vrij om een hoger beschermingsniveau tegen discriminatie te bieden. Loenen wijst erop dat het bij botsende gelijkheidsrechten lastig is om te bepalen wat dat hogere beschermingsniveau zou kunnen inhouden, aangezien meer bescherming van de ene groep veelal ten koste van die van de andere groep zal gaan. Anders was er immers geen sprake van een botsingsproblematiek.

De ruimte die de uitzonderingen in de verschillende richtlijnen op het beginsel van gelijke behandeling toelaten, is mede afhankelijk van de discriminatiegrond. De minste ruimte voor uitzonderingen biedt discriminatie op grond van ras, de meeste ruimte discriminatie op grond van leeftijd, gevolgd door seksuele gerichtheid en godsdienst (zie bijvoorbeeld de beperkte werkingssfeer van de Kaderrichtlijn en de algemene beperkingsmogelijkheid van artikel 2 lid 5). Bij vergelijking van seksuele geaardheid en godsdienst lijkt godsdienst een streepje voor te krijgen gezien artikel 4 lid 2 van de kaderrichtlijn. Loenen wijst erop dat artikel 4 lid 2 in ieder geval geen carte blanche biedt voor religieuze organisaties. Ook kan artikel 2 lid 5 een rol spelen om juist de vrijheid van religieuze organisaties in te perken ten behoeve van de rechten en vrijheden van homoseksuelen.

Een tussencategorie vormt discriminatie op grond van geslacht. Het verschil met discriminatie op grond van ras zit vooral in de open rechtvaardigingsmogelijkheid bij directe discriminatie in de Richtlijn gelijke behandeling m/v inzake goederen en diensten. Het is nog de vraag hoe strikt het Hof van Justitie (met name) de aanwezigheid van een legitiem doel en evenredigheid tussen doel en middel zal toetsen.

Loenen constateert dat het Hof van Justitie bij indirecte discriminatie doorgaans strikt toetst, maar dat dit niet altijd het geval is, met name bij sociale zekerheid en sociaal beleid van de lidstaten. Het toetsingsmodel bij indirecte discriminatie laat dus ruimte voor differentiatie in toetsingsintensiteit. Het Hof toets bijvoorbeeld niet steeds aan subsidiariteit. Tot op heden zijn er echter nog geen uitspraken van het Hof over botsende gelijkheidsrechten.

Over het algemeen kan men zeggen dat naarmate een discriminatiegrond als meer verdacht wordt beschouwd, er sprake is van een striktere toets.





De Rasrichtlijn, de Kaderrichtlijn en de Herschikkingsrichtlijn kennen alle drie vergelijkbare bepalingen met betrekking tot de uitzondering die wordt gemaakt voor 'wezenlijke en bepalende' beroepsvereisten. Deze laten geen uitzonderingen met een algemene strekking toe. Er moet telkens een afweging worden gemaakt of inderdaad sprake is van een legitiem doel en proportionaliteit tussen doel en middel. Tot op heden toetst het Hof deze bepalingen strikt. Loenen betoogt dat de aanvullende uitzonderingsbepaling voor organisaties op religieuze grondslag zo wollig en onduidelijk geformuleerd is, dat het vooralsnog koffiedik kijken blijft welke invulling die precies zal krijgen. De interpretatie dat deze instellingen op religieuze grondslag alleen de mogelijkheid hebben om onderscheid op grond van de godsdienst van een persoon te maken en niet op grond van diens seksuele gerichtheid (of geslacht) lijkt vooralsnog het beste aan te sluiten bij de pertinente bepalingen daaromtrent in de tekst. De Commissie sluit zich bij deze conclusie aan, met verwijzing naar haar advies 2008-8 over de ingebrekestelling door de Europese Commissie.

Tot slot is een punt van aandacht of discriminatie op grond van godsdienst die allochtone groepen treft, zoals moslims, gelijk kan of moet worden gesteld met (indirecte) discriminatie op grond van ras. Dat zou belangrijke consequenties kunnen hebben gezien de veel ruimere werkingssfeer van de Rasrichtlijn en de striktere toets die bij discriminatie op grond van ras maatgevend lijkt.

De Commissie kan zich goed vinden in hetgeen Loenen in dit hoofdstuk betoogt over de striktheid van toetsing, mede afhankelijk van de discriminatiegrond die in een zaak aan de orde is.

7.3 Het EVRM en het afwegingskader AWGB

Loenen constateert dat het EHRM uitingen van godsdienst lang niet altijd strikt toetst. Allereerst concludeert Loenen dat het EVRM als zodanig geen eisen stelt aan het nationale afwegingskader bij botsende gelijkheidsrechten. Het EHRM zal op grond van het EVRM alleen oordelen of de op grond daarvan gemaakte afwegingen al dan niet een schending van het EVRM opleveren. Wel kan daaruit ook blijken dat er iets mis is met het nationale afwegingskader. In dat verband vraagt Loenen aandacht voor de volgende punten.

In de eerste plaats kennen zowel de bescherming van de godsdienstvrijheid uit artikel 9 als het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM (en het 12e Protocol) de mogelijkheid van beperkingen op de daarin beschermde rechten in verband met de rechten en vrijheden van anderen. Er is geen sprake van een vooraf gegeven en algemene prioritering van een van beide rechten. Gezien het belang dat het Hof hecht aan een zorgvuldige afweging van rechten zou een algemene prioritering waarschijnlijk ook in strijd komen met het EVRM.

In de tweede plaats speelt bij de toetsing aan zowel artikel 9 als artikel 14 EVRM het beginsel van proportionaliteit een grote rol. Bij artikel 14 EVRM in het kader van de vraag of er wel een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond aan te voeren is, en bij artikel 9 EVRM bij de vraag of een beperking wel noodzakelijk is in een democratische samenleving. Om aan het criterium van 'noodzakelijkheid' te voldoen is niet vereist dat een beperking 'indispensable' (onmisbaar) is. Verder is van cruciaal belang of het Hof de staten een ruime margin of appreciation laat of niet. In de uitspraak in Sahin heeft het Hof in algemene termen aangegeven dat staten met betrekking tot de regulering van religie een ruime *margin of appreciation* hebben.

In de derde plaats lijkt seksegelijkheid in de rechtspraak een streepje voor te krijgen boven godsdienstvrijheid. Hoewel sekse en godsdienst beide worden gezien als (meer) verdachte gronden van onderscheid die om een strikte rechtvaardigingstoets vragen, kent het EHRM aan de staten vaak een vergaande *margin of appreciation* toe om de godsdienstvrijheid te beperken, in ieder geval voor wat betreft godsdienstuitingen. En voor zover er rechtspraak voorhanden is waarin de vrijheid van godsdienst botst met seksegelijkheid, heeft het Hof aan het laatste voorrang gegeven. (Met betrekking tot botsingen tussen godsdienstvrijheid en het verbod van discrimi-

minatie op grond van seksuele oriëntatie is tot op heden geen rechtspraak voorhanden).

Tot slot: het beeld dat uit de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de bescherming van de vrijheid van godsdienst oprijst, suggereert dat de individuele godsdienstvrijheid niet erg sterk wordt beschermd, althans waar het uitingen van godsdienst betreft zoals het dragen van bepaalde kleding. Opvallend is dat claims soms al in de beginfase stranden voordat sprake is van een afweging in het kader van artikel 9 lid 2 EVRM. Dit is het geval als het Hof oordeelt dat de betreffende uiting weliswaar door de godsdienstige overtuiging geïnspireerd kan zijn, maar daarmee nog geen manifestatie van godsdienst behelst die door artikel 9 EVRM wordt beschermd. Het Hof neemt dan dus niet de interpretatie van de klager van wat als een godsdienstige uiting moet worden beschouwd als maatstaf. (Zie de casus van de Jehovah's Getuigen die deelname aan een in hun ogen militaristische parade in strijd met hun overtuiging achtten en de apothekers die het verkopen van voorbehoedsmiddelen niet verenigbaar vonden met hun geloof.) Een claim strandt soms ook al in de beginfase, omdat het Hof van oordeel is dat betrokkene een conflict met zijn godsdienstige overtuiging kan vermijden door zelf andere keuzes te maken. (Zie het voorbeeld van de werknemer die een andere baan kan zoeken als hij niet wil werken op zijn sabbatsdag).

De concluderende paragraaf van Loenen over de gevolgen van het EVRM voor het Nederlandse toetsingskader bij botsende gelijkheidsrechten is hierboven nagenoeg integraal overgenomen, omdat het een helder inzicht biedt in de wijze waarop het EHRM toetst. De Commissie maakt hierbij de kanttekening dat als uit de EU-richtlijnen of de Nederlandse wet een striktere toetsingsvorm is voorgeschreven dan het EVRM vraagt, de Commissie aan die striktere toetsing is gehouden. Bovendien zal de Commissie, als 'feitelijke instantie' in beginsel steeds vol moeten toetsen; anders dan het EHRM kan de Commissie immers geen margin of appreciation laten aan partijen, ook al is deze partij de Staat der Nederlanden.

7.4 Afwegingskader AWGB bij botsende gelijkheidsrechten en toepassing door de Commissie

De afbakening van het onderzoek leidt ertoe dat het onderzoek zich toespitst op het verbod van onderscheid op grond van godsdienst en dat op grond van geslacht of homoseksuele gerichtheid. In het bijzonder blijven botsingsvraagstukken die onder de 'enkele-feitconstructie' vallen, buiten beschouwing. Aldus zijn drie afwegingskaders relevant.

Artikel 3 AWGB

Het eerste afwegingskader is dat van artikel 3 AWGB, dat rechtsverhoudingen binnen genootschappen op geestelijke grondslag en het geestelijk ambt van de werkingssfeer van de wet uitsluit. Loenen concludeert dat dit artikel geen afwegingskader in de eigenlijke zin van het woord biedt bij botsing van gelijkheidsrechten. Het houdt immers in dat de genoemde onderwerpen categoriaal zijn uitgesloten van de werkingssfeer van de AWGB. De enige afweging die gemaakt kan worden, heeft betrekking op vragen als: is er sprake van een kerkgenootschap of van een geestelijk ambt? Het is duidelijk dat de wetgever al de eigenlijke afweging heeft gemaakt. Voorts concludeert Loenen dat de Commissie artikel 3 restrictief interpreteert en dat dit artikel daartoe niet noopt, maar daaraan evenmin in de weg staat.

De Commissie is het met de conclusies van Loenen eens. Met betrekking tot de tweede conclusie benadrukt de Commissie dat zij conform EU-jurisprudentie restrictief omgaat met mogelijkheden om uitzonderingen te maken op het beginsel van gelijke behandeling.

Artikel 2, lid 2 onder a

Het tweede afwegingskader is dat van artikel 2, lid 2 onder a AWGB, dat voorziet in een uitzondering op het verbod op onderscheid op grond van geslacht. Dit artikel, hoewel niet opgenomen met





het oog op botsingen met godsdienst, is relevant gezien de vraag naar op godsdienstige wensen gebaseerde seksespecifieke voorzieningen. Allereerst is er het Besluit gelijke behandeling dat volgens Loenen enige, maar niet veel ruimte biedt voor dergelijke voorzieningen. Dat komt niet alleen doordat de in het Besluit opgesomde gevallen naar hun aard een beperkte reikwijdte hebben. Ook dienen deze gevallen, juist omdat zij uitzonderingen zijn op het beginsel van gelijke behandeling, in beginsel strikt te worden geïnterpreteerd.

Overigens ziet Loenen potentieel wel enige ruimte voor de genoemde voorzieningen via de omweg van voorkeursbehandeling. De voorzieningen dienen dan wel tot doel te hebben vrouwen uit een achterstandspositie te halen. In het kader van dit onderzoek gaat het echter om op godsdienst gebaseerde wensen met betrekking tot naar geslacht gescheiden voorzieningen. En godsdienst is geen grond die voorkeursbehandeling mogelijk maakt. Willen deze wensen vanuit de AWGB gezien toelaatbaar zijn, dan dienen de wensen te voldoen aan de eisen van voorkeursbehandeling op grond van geslacht. Een belangrijke eis is dat voorkeursbehandeling alleen voorzieningen toelaat die een tijdelijk karakter hebben. Dit zal zich, ook kijkend naar de oordelen van de Commissie, in de praktijk niet gauw voordoen. Loenen concludeert dat de AWGB zeer weinig ruimte laat voor naar sekse gescheiden aanbod van goederen of voorzieningen, dat voortkomt uit religieus geïnspireerde wensen van deelnemers.

De Commissie sluit zich aan bij de conclusie van Loenen met betrekking tot het afwegingskader van artikel 2, lid 2 onder a. Ook onderschrijft de Commissie haar conclusie over de geringe ruimte die voorkeursbehandeling biedt.

Indirect onderscheid en objectieve rechtvaardiging

Het derde afwegingskader is dat van het afwegingsmodel bij indirect onderscheid (objectieve rechtvaardiging), in de praktijk vaak indirect onderscheid op grond van godsdienst. Bij dit kader gaat het om klachten over indirect onderscheid waarbij in feite een botsing van gelijkheidsrechten aan de orde komt. Veelal gaat het dan om niet in de AWGB voorziene en geregelde botsingen van gelijkheidsrechten. Loenen gaat in haar onderzoek in op de manier waarop de Commissie de objectieve-rechtvaardigingstoets in haar oordelen invult. Zij doet dit aan de hand van een aantal geselecteerde oordelen van de Commissie.

Een aantal van deze oordelen heeft betrekking op de gewetensbezwaarde ambtenaar. Deze zijn bijzonder interessant in het licht van de vraag naar de toereikendheid van objectieve rechtvaardiging als afwegingskader. De Commissie heeft zowel in 2002 als in 2008 een oordeel uitgebracht over de bereidheid die een gemeente eist van (buitengewone) ambtenaren van de burgerlijk stand om, ondanks mogelijke bezwaren van godsdienstige aard, ook mensen van gelijk geslacht te trouwen. Hoewel de Commissie in beide oordelen hetzelfde afwegingskader hanteerde, komt zij tot geheel verschillende uitkomsten. Loenen trekt hieruit de conclusie dat het verschil in uitkomst niet het gevolg is van toepassing van uiteenlopende toetsingskaders, maar van een verschil in de concrete afweging. Dit toont dat het wettelijke afwegingskader de nodige flexibiliteit biedt. Loenen verwijst naar commentaren in de wetenschappelijke literatuur waaruit een verschillende waardering van de in het geding zijnde belangen blijkt. Zij pleit ervoor deze belangen goed en zorgvuldig in kaart brengen en de uiteindelijke afweging zo inzichtelijk mogelijk te maken.

De Commissie onderschrijft de conclusie dat het toetsingskader bij indirect onderscheid voldoende flexibel is. Het biedt ook voldoende mogelijkheden om situaties van indirect onderscheid adequaat te kunnen beoordelen. De Commissie is het eens met het pleidooi van Loenen om de betrokken belangen goed in beeld te brengen.

Een aantal andere oordelen heeft betrekking op handenschudden: mensen die op grond van hun geloofsovertuiging geen handen willen schudden met mensen van het andere geslacht. Loenen constateert dat de Commissie een consistente beoordelingslijn lijkt te hebben ontwikkeld. Deze bestaat er allereerst uit dat de eis om met iedereen, ongeacht geslacht, handen te schudden in

beginsel als indirect onderscheid wordt gekwalificeerd. Ten aanzien van de vervolgvraag, die naar de objectieve rechtvaardiging, lijkt de Commissie twee situaties te onderscheiden.

De eerste is de situatie waarin betrokkene niemand de hand schudt, maar iedereen op een andere manier begroet, zonder fysiek contact. Daardoor maakt betrokkene, althans op het oog, geen onderscheid naar geslacht en is er dus geen botsing meer tussen gelijkheidsrechten. Bij het doorlopen van de rechtvaardigingstoets lijkt de Commissie niet snel aan te nemen dat de eis om met iedereen handen te schudden, deze toets kan doorstaan. Het doel wordt veelal geformuleerd in termen van respectvolle omgangsvormen en wordt door de CGB als legitiem geaccepteerd. Maar op de geschiktheid van het middel (de eis) loopt het al gauw spaak, omdat er vele andere respectvolle manieren van begroeten zijn en het streven naar fatsoenlijke omgangsvormen dus niet per se impliceert dat bij het begroeten een hand wordt gegeven.

Daarvan te onderscheiden is de situatie dat betrokkene alleen weigert handen te schudden met personen van het andere geslacht. De Commissie is van oordeel dat deze geloofsuiting kan worden opgevat als een ontkenning van de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen. De Commissie lijkt hier bij het toepassen van de rechtvaardigingstoets het belang van het verbod van discriminatie op grond van geslacht zwaarder te laten wegen.

Kijkend naar de toepassing van het afwegingskader op de tweede situatie, komt Loenen tot de conclusie dat er geen ruimte is voor een rechtvaardigingsgrond. Het onderscheid dat betrokkene maakt is immers direct en de werkgever is, ook al maakt hij niet zelf het onderscheid, verantwoordelijk voor een discriminatievrije werkvloer. Deze verantwoordelijkheid laat zonder meer niet toe dat hij betrokkene in dienst neemt.

In de eerste situatie ligt dit anders: er is dan ruimte voor een afweging. Ook hier blijkt dat een en dezelfde toets heel verschillend kan worden ingevuld. Als voorbeeld kan de zaak dienen van de islamitische docente die mannen geen hand wilde schudden. Bij de Commissie strandde de desbetreffende eis van de school op de geschiktheidseis van de toets. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) daarentegen achtte de eis van de school niet alleen geschikt, maar ook noodzakelijk. Loenen concludeert dat de Commissie en de CRvB niet hetzelfde gewicht toekennen aan respectievelijk het belang van de docente en van de school. Ook hier is het dus van groot belang om de belangen die in het kader van de toets gewogen kunnen en moeten worden, zo goed mogelijk in beeld te brengen.

De Commissie onderschrijft niet de opvatting van Loenen dat er in de tweede situatie sprake is van direct onderscheid en dat er dus geen ruimte is voor een afweging. Nu de verantwoordelijkheid van de werkgever vorm krijgt in de zorg die hij heeft voor een discriminatievrije werkvloer, is de aard van zijn verplichting anders.

Wel onderschrijft de Commissie ook hier het pleidooi om de betrokken belangen goed in beeld te brengen. In feite is er niet zoveel verschil met wat hierboven in het kader van de 'gewetensbezwaarde ambtenaar' is gezegd.

Ten slotte is er een aantal oordelen over naar seksegesegegreerde voorzieningen of diensten in verband met op godsdienst gebaseerde wensen van afnemers van cliënten of afnemers. In concreto gaat het om twee oordelen uit respectievelijk 2004 en 2005 waarin islamitische vrouwen centraal staan die zonder gezichtsbedekkende sluier niet met een man willen spreken, maar alleen met een vrouw. Loenen concludeert dat de Commissie de rechtvaardigingstoets strikt, zo niet rigide toepast. Dit geldt in het bijzonder voor de noodzakelijkheidstoets: de Commissie lijkt er vanuit te gaan dat aan deze toets alleen is voldaan als een alternatieve oplossing echt onmogelijk is, zonder te letten op de proportionaliteit van het alternatief. Loenen voegt hieraan toe dat de Commissie bij de invulling van de proportionaliteitstoets nauwelijks oog heeft voor de ernst van de inperking van de godsdienstige uitingen: in welke mate leidt de inbreuk tot gewetensbezwaren? Tegelijkertijd constateert Loenen dat de Commissie wellicht in recente oordelen en adviezen enigszins van deze lijn lijkt terug te komen en oog lijkt te hebben voor het in het licht van de gelijkebehandelingswetgeving problematische karakter van seksesegregatie.

De Commissie onderkent de kritiek die Loenen heeft op de wijze waarop de subsidiariteits- en





ook de proportionaliteitstoets worden ingevuld in de aangehaalde oordelen uit 2004 en 2005. Ook herkent de Commissie de ontwikkeling hierin die Loenen ziet. De Commissie is zich er terdege van bewust dat in de huidige samenleving, waarin maatschappelijke tegenstellingen eerder toenemen dan afnemen, een goed gemotiveerde, inzichtelijke en volledige weging van de belangen essentieel is.

7.5 Evaluatie van het afwegingskader AWGB en conclusies

Het toetsingskader van artikel 3 AWGB

Loenen constateert, onder verwijzing naar de ingebrekestelling van Nederland door de EC in januari 2008, dat de categorale uitsluiting van kerkgenootschappen en het geestelijk ambt op gespannen voet staat met de EU-richtlijnen. Een niet-categoriale uitzondering, maar een uitzondering die voorziet in toetsing aan de in de EU-richtlijnen geformuleerde criteria zou daar wel op aansluiten.

De Commissie onderschrijft, zoals zij al eerder heeft gedaan, deze constatering en is het eens met Loenens aanbeveling.

Het toetsingskader van artikel 2, lid 2 onder a AWGB

Loenen concludeert dat artikel 2, lid 2 onder a AWGB in het licht van de EU-richtlijnen en het EVRM een toereikend afwegingskader biedt en dat het daarmee niet in strijd is.

De Commissie onderschrijft deze conclusie.

Het toetsingskader bij indirect onderscheid

Bij de vergelijking van de invulling en toepassing van het afwegingskader door de Commissie en de benadering onder de EU-richtlijnen en het EVRM herhaalt Loenen haar conclusie dat een meer flexibele en minder rigide invulling door de Commissie gewenst is. De strikte invulling van de subsidiariteitstoets heeft nogal eens tot gevolg dat de Commissie niet toe komt aan de proportionaliteitstoets, die toch een centrale plaats in zou moeten nemen. Dit sluit aan bij Loenens pleidooi voor een goede belangenafweging.

De Commissie onderschrijft deze conclusie.

8. Reactie Commissie Gelijke Behandeling op Knelpunten in het gesloten stelsel, Bijdrage aan evaluatie-onderzoek van de Algemene wet gelijke behandeling, prof. mr. R. de Lange

Het onderzoek richt zich op de vraag of zich problemen voordoen bij de toepassing van de AWGB (en de Wgb m/v en artikel 7:646 BW) in de praktijk, in verband met het gesloten stelsel van wettelijke uitzonderingen dat deze wetgeving kent. Aanleiding voor deze vraag zijn met name oordelen die door de Commissie zijn uitgebracht, waarin blijkt dat het gesloten stelsel kan knellen, zoals bij het oordeel over de 'Pink Lady Cab' (oordeel 2008-102) en bij het oordeel over lagere kosten voor homo's voor een hepatitis-B-inenting (oordeel 2006-20).

De Lange behandelt eerst de kritiek die op deze oordelen is geuit. Daar doorheen behandelt hij de verschillende 'oplossingen' die de Commissie heeft gekozen om aan de knelling van het gesloten systeem te ontsnappen: het verzoek afwijzen vanwege het geringe gewicht van het achterliggende belang (Pink Lady) en 'een regel [kan] buiten toepassing worden gelaten, indien en voor zover strikte toepassing van die regel in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou leiden tot onaanvaardbare gevolgen' (hepatitis-B).

8.1 De analyse van De Lange

1. Problemen doen zich voor bij seksuele gerichtheid en bij geslacht.
 - a. Bij seksuele gerichtheid gaat het om gevallen waarin inschattingen van risico's voor de volksgezondheid hebben geleid tot verschillen in behandeling ten nadele van homo's.
 - b. Bij geslacht ligt dit ingewikkelder: De Lange spreekt van 'maatschappelijke verwachtingspatronen die niet een complete overlap vertonen met het verwachtingspatroon van de gelijkebehandelingswetgever'.
2. Problemen met het gesloten systeem zijn ongelijksoortig en vragen een eigen oplossing.
3. De Commissie geeft blijk van voortschrijdend inzicht in de gekozen oplossingen voor problemen voortvloeiend uit het gesloten systeem.
4. Sommige argumenten van de Commissie zijn niet eenvoudig te begrijpen of niet zondermeer overtuigend, met name waar een oplossing is gezocht in de redelijkheid en de billijkheid. De Lange betoogt dat artikel 6:2 BW is gegeven voor burgerlijkrechtelijke betrekkingen, niet voor het afwijken van een wet. Hij schrijft dat dit op gespannen voet staat met artikel 120 van de grondwet: het rechterlijk toetsingsverbod van formele wetten brengt mee dat het ook de Commissie niet gegeven is van een formele wet af te wijken. En: als de wetgever had bedoeld dat de Commissie het gesloten systeem met de redelijkheid en billijkheid had kunnen doorbreken, dan zou dit wel in de wet zijn ingebouwd.

De Lange wijst erop dat het een bewuste keuze van de wetgever was om een gesloten stelsel van uitzonderingen in de wet neer te leggen. Het kernprobleem van het gesloten stelsel hangt samen met de kracht ervan: het gelimiteerde en door de wetgever uitdrukkelijk vastgelegde en onder woorden gebrachte aantal uitzonderingen.

De Lange spreekt van een impliciet proportionaliteitsoordeel dat de wetgever heeft geveld voor een hele categorie gevallen tegelijk: het doel van maatschappelijke gelijke behandeling van (bijvoorbeeld) mannen en vrouwen, gegeven het bestaan van vooroordelen, moet in één keer worden bereikt. De belangenafweging is al door de wetgever gemaakt, en mag dus niet in elk geval opnieuw worden gemaakt. De Lange wijst erop dat een dergelijke (collectieve) belangenafweging door de wetgever ook in andere rechtsgebieden plaats heeft gevonden, zoals bij de Wet boeten en maatregelen. Voor een beoordeling door de Commissie is dus bewust geen ruimte gelaten. De Lange neemt het recente oordeel over de fietsenstalling als voorbeeld hiervan. De Commissie oordeelt dat sprake is van verboden onderscheid door het hanteren van de regel: 'heren bovenin het rek'. De wetgever heeft voor dit soort situaties geen uitzondering in de wet opgenomen. De wetgever heeft hier, in de woorden van De Lange, dus geen collectieve belangenafweging gemaakt die het onderscheid rechtvaardigt.

Maar de schoen wringt bij de redelijkheid, aldus De Lange. Het is niet onredelijk te veronderstellen dat mannen gemiddeld langer zijn en sterker, waardoor door toepassing van de regel meer plaats overblijft in de onderste rekken.

De Lange wijst in dit verband op de spanning tussen maatschappelijke verwachtingspatronen en de als star ervaren normen van het gelijkebehandelingsrecht.

Voordelen van het gesloten stelsel zijn aanzienlijk:

- duidelijkheid voor de justitiabele;
- relatieve eenvoud in de handhaving;
- overzichtelijk taak voor de oordelende instantie.
- de relevante afwegingen zijn al door de wetgever gemaakt, ook wat betreft botsingen van grondrechten.





De Lange: Door de keuze voor een gesloten stelsel met betrekking tot direct onderscheid eist de wetgever zijn plaats op.

Knelpunten waren al vroeg onderkend. Maar: tussen 1994 en 2010 is het maar in ongeveer twintig oordelen van de Commissie een probleem geweest. En dat nogal eens in vergelijkbare situaties, zoals bij de bloed- en spermadonoren. Ook volgens Gerards heeft het gesloten stelsel van uitzonderingen nauwelijks tot grote problemen geleid.

Eerder voorgestelde oplossingen zijn:

- Gerards: 'indirect maken' werkt soms, maar is onbevredigend, door gewrongen constructies. Hertogh en Zoontjens schreven dat er twee oplossingen zijn: het openbreken van het systeem of in apert onredelijke gevallen een buitenwettelijke uitzonderingsgrond toelaten. Het kabinet stelde dat de Commissie zou kunnen kiezen voor het voorleggen van dergelijke kwesties aan de rechter, maar De Lange vraagt zich af wat dat zou oplossen. De Commissie onderschrijft de opvatting van De Lange: de rechter zit immers met hetzelfde dilemma.
- De Lange behandelt vervolgens het advies van de Commissie in het kader van de tweede evaluatie AWGB: de Commissie is geen voorstander van het doorbreken van de geslotenheid van de wet (voornamelijk vanwege het risico dat de buitenwettelijke normen die dan zouden moeten worden gehanteerd 'een te ruim onderdak lijken te bieden aan mogelijke uitzonderingen op de gelijkheidsnorm', maar had een voorkeur om bij 'absoluut onaanvaardbare resultaten' de wet buiten toepassing te laten.
- Loenen stelt onder meer voor het gesloten stelsel los te laten en de oplossing te zoeken in de striktheid van toetsing, afhankelijk van de mate waarin een grond als verdacht criterium moet gelden. Daarnaast zou te denken zijn aan een soort hardheidsclausule in de wet.
- Gerards wijst daarnaast nog op de mogelijkheid wettelijke toestemming te geven de wet buiten toepassing te laten en om de oplossing te zoeken in meer specifieke wettelijke uitzonderingen.
- Bowers and Moran hebben voor de grond geslacht voorstellen gedaan om in bepaalde gevallen direct onderscheid te rechtvaardigen: 'reason, causation, means and balance'. De Commissie is van mening dat het voorstel in essentie weinig verschilt van de bestaande objectieve rechtvaardigingstoets.

8.2 Europese speelruimte

De Lange constateert dat artikel 19 EU-verdrag voor wat de gronden betreft in de richting van een gesloten systeem wijst. De Lange noemt vervolgens de Kaderrichtlijn (Richtlijn 2000/78/EG), de Rasrichtlijn (Richtlijn 2000/43/EG) en richtlijnen met betrekking tot de grond geslacht: de hererschikkingsrichtlijn (2006/54/EG), richtlijn 2000/73/EG en 2004/133/EG). Vervolgens stelt hij zich de vraag hoe gesloten het EG/EU gelijkebehandelingsrecht is. Hij constateert dat bij de gronden ras, geslacht en nationaliteit sprake is van een gesloten stelsel.

Vervolgens worden de diverse wettelijke uitzonderingen uit de richtlijnen opgesomd.

In het bijzonder worden hier genoemd:

- De mogelijkheid van artikel 2, vijfde lid, Kaderrichtlijn: wettelijke bepalingen 'die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'.
- De mogelijkheid doeltreffende aanpassingen te verrichten (H/CZ);
- Objectieve rechtvaardiging bij direct onderscheid op grond van leeftijd.

De Lange noemt in deze opsomming niet de mogelijkheid van een objectieve rechtvaardiging bij discriminatie op grond van geslacht bij 'sex segregated services'. Naar de mening van de Commissie hoort deze mogelijkheid wel thuis in dit rijtje, zeker nu de regering voorstelt deze mogelijkheid in de Integratiewet AWGB⁹⁰ op te nemen.

De Lange concludeert dat 'Het EG/EU-recht ... enige ruimte [laat] voor een flexibele aanpak. Het wijst niet in de richting dat een gesloten stelsel van uitzonderingen nimmer kan worden gerelativeerd door op sommige punten op zoek te gaan naar rechtvaardigingen van onderscheid (ook als sprake is van direct onderscheid)'.

Naar de mening van de Commissie laat de Kaderrichtlijn de Nederlandse wetgever de mogelijkheid om wettelijk meer ruimte te bieden dan nu in het gesloten stelsel het geval is. Maar het is niet aan de Commissie om zelf de ruimte te benutten die de Kaderrichtlijn biedt, nu de Nederlandse wet dat niet toelaat.

Van Gerven, advocaat-generaal bij het HvJ-EU, bepleit om het verschil tussen directe en indirecte discriminatie niet te rigide op te vatten, en ook in gevallen van directe discriminatie buitenwettelijke uitzonderingsmogelijkheden toe te laten. Hij bepleit, onder andere in zijn conclusie bij *Birds Eye Walls*. (Zaak C-132/92 *Birds Eye Walls* – Friedel Roberts, Jur. 1993, I-5579) met verwijzing naar eerdere jurisprudentie van het Hof, dat een verschil in behandeling (M/V) in algemene zin verboden is, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Maar: het Hof heeft deze 'unified test'-benadering niet gevolgd en laat voor directe discriminatie geen rechtvaardiging toe, anders dan de uitzonderingen die in de richtlijnen zijn opgenomen.

Vergelijking met andere landen (België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk) levert het volgende op.

De Belgische wet maakt geen scherp onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie; er wordt verschil gemaakt tussen verboden en gerechtvaardigde discriminatie.

Vervolgens vermeldt De Lange het volgende:

'Prechal en Burri merken in hun rechtsvergelijkend overzicht over de Belgische situatie op dat deze 'somewhat complex' is. Dat komt doordat in de Belgische rechtspraak (zeggen zij) wordt aangenomen dat voor elk soort onderscheid een rechtvaardiging mogelijk is. Dat geldt zowel voor directe als voor indirecte discriminatie. Aangezien directe discriminatie volgens het EU-recht echter niet openstaat voor rechtvaardiging (maar alleen voor limitatieve uitzonderingen) wordt er in België een volgens deze auteurs 'enigszins problematisch' verschil gemaakt tussen 'onderscheid' (rechtvaardiging mogelijk) en 'discriminatie' (geen rechtvaardiging mogelijk).'

Het Duitse recht kent een systematiek die sterk vergelijkbaar is met de Nederlandse situatie. Verschil is er ook: de wet laat enkele uitzonderingen toe, zoals de uitzondering voor typisch vrouwelijke of typisch mannelijke beroepen of functies; de uitzondering is algemeen geformuleerd als een uitzondering voor 'essentiële en beslissende professionele eisen, voor zover het doel rechtmatig en de eis geschikt ('angemessen') is'. Binnen het in principe gesloten systeem is hier een element van afweging ingebracht: de beoordeling of sprake is van essentiële en beslissende professionele eisen is niet reeds integraal door de wetgever verricht, en de geschiktheid van bepaalde eisen moet eveneens nog nader door een ander dan de wetgever (namelijk door de rechter en de in het Duitse Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vastgelegde gelijkebehandelingsinstantie) worden beoordeeld.

Datzelfde geldt voor uitzonderingen op grond van godsdienst ten aanzien van bepaalde functies binnen godsdienstige genootschappen, waarbij een nadere beoordeling en afweging nodig is over de vraag 'wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbst-

90 Van de Integratiewet AWGB bestaat nog geen Kamerstuknummer; het betreft een concept wetsvoorstel waarover in 2010 door de minister van Binnenlandse Zaken een internetconsultatie is gehouden.





verständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.'

De Commissie merkt hierbij op dat Nederland in artikel 3 AWGB een soortgelijke bepaling kent.

De Lange beperkt zich wat het Verenigd Koninkrijk betreft tot een aantal feitelijkheden. De Nieuwe *Equality Act 2010* wordt genoemd, en er blijken diverse vormen van directe discriminatie te worden genoemd, die geen rechtvaardiging toelaten, met daarnaast indirecte discriminatie. Wel bestaat er een benadelingscriterium.

De Commissie is het eens met de conclusie dat het Duitse systeem iets meer ruimte biedt, zeker waar het de grond geslacht betreft. Het Britse systeem lijkt niet meer ruimte te bieden dan het Nederlandse. Hoewel het effect van het werken met een 'comparator' niet eenduidig in beeld is gebracht, lijkt het de Commissie dat niet goed gezegd kan worden of dit leidt tot meer of juist tot minder ruimte.

8.3 Oplossingen van De Lange

Volgens De Lange verdient vooral het type oplossingen aandacht waarvoor niet een wettelijk openbreken van het gesloten stelsel is vereist .

Materieelrechtelijke oplossingen

- *Het relativeren van het verschil tussen direct en indirect onderscheid;*
De Commissie neemt aan dat hiermee bedoeld is dat onderscheid dat 'eigenlijk' direct is, als indirect aangemerkt wordt. Dat geeft inderdaad een zekere ruimte, al moet hier gewaakt worden voor een al te oneigenlijke benadering van de concepten direct en indirect onderscheid.
- *Invoering van het benadelingscriterium (zoals in Verenigd Koninkrijk en Duitsland); dit kan met een reële of een virtuele 'maatmens' (m/v): iemand ten opzichte waarvan men benadeeld is (reëel), dan wel benadeeld zou kunnen zijn (virtueel);*
De Commissie neemt aan dat hiermee bedoeld is dat de nadeelsbenadering het makkelijker maakt om via het oordeel gering nadeel (en dus gering belang) aan de eigenlijke beoordeling van een casus te ontkomen. In zoverre biedt deze oplossing enige ruimte. Maar ook hier past de waarschuwing dat er snel sprake kan zijn van een smalle richel waarover wordt gelopen, in die zin dat het kan leiden tot een te makkelijke bagatellisering van een betrokken belang.
- *Richtlijnconforme interpretatie van het begrip 'onderscheid' in de AWGB zodanig dat daarmee 'benadelend onderscheid' wordt bedoeld.*
De Commissie maakt hierbij dezelfde opmerking als bij het vorige punt.
- *Invoering van een uitzondering zoals in de Duitse AGG van 'essentiële vereisten voor een bepaald beroep of een bepaalde functie', waardoor een – beperkte – afweging mogelijk wordt.⁹¹*

⁹¹ Overigens sluit deze uitzondering in het Duitse recht nauw aan bij de formulering van artikel 4, eerste lid Richtlijn 2000/78/EG 1 [...] kunnen de lidstaten bepalen dat een verschil in behandeling [...] geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is (Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep).

- *Opnemen van een wettelijke uitzondering voor de volksgezondheid.*
De Commissie is voorstander van het opnemen van deze mogelijkheid. De regering heeft inmiddels voorgesteld om deze mogelijkheid in de Integratiewet op te nemen.
- *Opnemen van een wettelijke uitzondering in verband met zwangerschap en tijdelijke functies;*
De Commissie merkt hierbij op dat nog steeds een substantieel deel van de verzoeken die zij binnenkrijgt, betrekking heeft op zwangerschap. De ratio van een uitzondering is dat deze apert onredelijke gevolgen van het gesloten stelsel moet voorkomen. Een algemene of te ruim geformuleerde uitzondering zou in dit verband misplaatst zijn.
- *Opnemen van de mogelijkheid van een billijkheidscorrectie door de Commissie, of – iets ruimer – opnemen van de mogelijkheid dat in bijzondere gevallen de wet buiten toepassing wordt gelaten wegens strijd met fundamentele rechtsbeginselen; deze oplossing is door de Commissie zelf wel eens geopperd (zie boven), maar is in strijd met de rechtspraak van de Hoge Raad over constitutionele toetsing van wetgeving (HR 14 april 1989 Harmonisatiewet).*
Voor de Commissie is deze oplossing nu niet opportuun meer. Anders dan voorheen, oordeelt de Commissie in de huidige oordelenlijst niet buitenwettelijk.

Procedurele oplossingen

- *Prejudiciële vraag van de Commissie aan de rechter; daarvoor zou aanvulling van artikel 15 AWGB nodig zijn. In een voorkomend geval zou de rechter dan nog een prejudiciële vraag kunnen stellen aan het HvJ-EU, maar in de hierboven besproken gevallen leek daar niet het probleem te zitten;*
De Commissie is geen voorstander van deze oplossing. Het ligt, gezien de rol die Commissie als expertisecentrum op het gebied van gelijke behandeling heeft in het Nederlandse rechtsbestel, niet voor de hand dat de Commissie vragen van uitleg van de betreffende wetgeving aan de rechter voorlegt. A fortiori geldt dit voor vragen aan het HvJ-EU, maar daar ligt, zoals De Lange terecht constateert, het probleem ook niet.
- *Referte aan de wetgever / dialoog met de wetgever: onder invloed van het mechanisme dat in de Britse Human Rights Act is neergelegd, waarbij de rechter declaratoir kan uitspreken dat er onverenigbaarheid is tussen een bepaling van nationaal recht en het EVRM, is de laatste jaren geregeld aandacht besteed aan rechterlijke uitspraakbevoegdheden. Ook de uitspraakbevoegdheden van de Commissie zouden onder deze invalshoek aanvulling en nieuwe doordenking kunnen verdienen. Daarbij zou het gaan om vragen als: is het wenselijk dat in bepaalde gevallen door een uitspraak van de Commissie een reactie van de wetgever, althans van de samenstellende delen van het ambt wetgever (dus de regering en de Staten-Generaal) wordt uitgelokt? Welk type oordeel zou de Commissie moeten (kunnen) geven om een reactie van de wetgever uit te lokken? En is te verwachten dat – net als in de Britse situatie – de wetgever zou reageren, ook als hij daartoe strikt genomen niet verplicht is?*
De Commissie waardeert dit als een heel creatieve oplossing, maar ziet wel belangrijke bezwaren. Het zou in het Nederlandse staatsrecht een novum betekenen, dat raakt aan de trias politica. De Commissie vindt het niet opportuun een dergelijk novum voor te stellen om een specifiek probleem uit de gelijkebehandelingswetgeving op te lossen. Een bijkomend bezwaar is dat een dergelijke procedure zeer vertragend zal werken op de behandeling van de voorliggende casus en voor die casus waarschijnlijk geen (tijdige) oplossing zal kunnen bieden.





- *De ouderwetse oplossing voor dit type vragen was het zogeheten **Reféré législatif**, dat wellicht enige inspiratie zou kunnen bieden voor een mechanisme waarin aan bijvoorbeeld een Kamercommissie een oordeel wordt gevraagd. Een relevant tegenargument tegen dergelijke gedachten is overigens makkelijk te bedenken: de wetgever moet zich niet met details bemoeien, en niet aan gelegenheidswetgeving doen. Legislatieve oplossingen dienen altijd minstens een aantal gevallen te betreffen. Zou van daaruit gezien het inbouwen van de oordelenpraktijk van de Commissie in de wetgeving (verfijning, nuancering van de AWGB) aanbeveling verdienen? Naast de evaluatie van de AWGB zou er dan minstens een verplichting voor de wetgever moeten zijn – hetzij in de Grondwet, hetzij bij wege van zelfbinding door de wetgever in de AWGB opgenomen – om niet alleen de periodieke evaluatie van de AWGB in ontvangst te nemen, maar ook expliciet aandacht te besteden aan door de Commissie voorgelegde concrete voorstellen voor aanvulling, verfijning en nuancering van de wet.*

De Commissie is van mening dat wat zij hierboven over de referentie aan de wetgever heeft gezegd, in essentie ook geldt voor deze oplossing.

- *Is dispensatie door de Kroon of door een ander ambt gewenst? Vergelijk wat hierboven werd opgemerkt over de hardheidsclausule. Als we het niet als een hardheidsclausule zien maar als een dispensatiemogelijkheid moet de vraag worden beantwoord welk ambt bevoegd zou moeten worden geacht tot het verlenen van dispensatie (vroeger was dat de Koning) – vergelijk artikel 78 Grondwet 1972 –, dan wel welk ambt bevoegd zou moeten worden gemaakt om deze dispensatie te verlenen. Daarin lijkt een zekere keuze te kunnen zijn: meest logisch – vanuit het systeem bezien, niet vanuit de haalbaarheid! – lijkt dispensatie door de Kroon op voordracht van de Commissie, met mogelijkheid van beroep bij de rechter (met een ruime keuze aan mogelijkheden tussen bestuursrechter of civiele rechter, en mogelijke processuele fijnheden en creatieve vondsten).*

De Commissie waardeert ook deze oplossing als creatief. De oplossing doet recht aan het gegeven dat het onwenselijk is dat de Commissie al te vrij van het gesloten stelsel van de wet afwijkt. Maar er kleeft ook het praktische bezwaar aan. De oplossing zal in de praktijk moeilijk werkbaar zijn, al was het maar op het punt van de vertraging in de behandeling van de voorliggende casus.

Na deze creatieve exploratie van mogelijke oplossingen concludeert De Lange als volgt: “Al met al lijken de materieelrechtelijke oplossingen het meeste perspectief te bieden, al moeten procedurele verfijningen zeker niet bij voorbaat worden uitgesloten. Mocht binnen het gesloten stelsel geen bevredigende oplossing te vinden zijn, dan dient te worden bezien hoe – op basis van een verder uitgewerkte analyse van de gevallen die zich in de praktijk van de Commissie hebben voorgedaan – eventuele aanpassingen van het gesloten stelsel eruit zouden kunnen zien: relativering van het gesloten stelsel (de ‘lijn-Van Gerven’), aanvaarding of introductie van een semi-open of gemengd stelsel (de Wet Leeftijd), of een hardheidsclausule van andere aard. Daarbij is wel essentieel dat nauw dient te worden aangesloten bij de huidige praktijk van de Commissie. In beginsel is uitbreiding van bevoegdheden van de Commissie op dit punt niet nodig. Wil men die wel, dan zou ook ruimere redactie van de wettelijke uitzonderingsmogelijkheden in aanmerking komen, met de mogelijkheid voor de Commissie om daarmee op een op de concrete omstandigheden toegespitste wijze om te (blijven) gaan. Het risico van verlies aan transparantie van het gelijkebehandelingsrecht zou daarbij wel moeten worden meegewogen.”

Deze overwegingen zijn voor de Commissie op het moment geen aanleiding concrete wijzigingen van de wet voor te stellen. De ‘lijn Van Gerven’ of het voorstellen van de introductie van een semi-open stelsel als nu geldt voor de grond ‘leeftijd’, is volgens de Commissie niet aangewezen omdat het de facto het gesloten systeem zou opheffen, wat op gespannen voet zou staan met de Europese regelgeving. De introductie van een ‘hardheidsclausule’ lijkt op het eerste gezicht een

aantrekkelijk idee, maar is nog niet eenvoudig uit te werken zonder dat een 'extra objectieve rechtvaardigingsmogelijkheid' wordt geïntroduceerd. Wel kan worden gezien of een ruimere redactie van de wettelijke uitzonderingen mogelijk is. Wellicht kan dit aandacht krijgen bij de behandeling van de Integratiewet.

Artikel 94 Grondwet

De Lange besteedt geen aandacht aan de vraag – die hem door de CGB overigens ook niet is voorgelegd – of de CGB op grond van artikel 94 Grondwet ertoe gehouden is onder omstandigheden bepalingen uit de AWGB buiten toepassing te laten, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Grosso modo bestaan daarover twee opvattingen. De eerste gaat er van uit dat het mandaat van de CGB niet toelaat dat zij meer toetst dan wat in de gelijkebehandelingswetgeving is opgenomen. De tweede gaat er van uit dat ieder orgaan van de Nederlandse staat – en dus ook de CGB – door artikel 94 gebonden is, en dus inderdaad bij strijd met een verdragsbepaling de wettelijke bepaling buiten toepassing moet laten. Het buiten toepassing laten van een wettelijke bepaling doorbreekt overigens niet het gesloten stelsel van wettelijke uitzonderingen als zodanig. Het buiten toepassing laten van de wet voegt immers geen wettelijke uitzondering aan de wet toe.

De CGB is zich ervan bewust dat artikel 94 GW voorschrijft dat onder omstandigheden een bepaling uit de AWGB buiten toepassing moet blijven vanwege strijd met een ieder verbindende bepaling van een verdrag of van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Onlangs oordeelde de Commissie dat dit het geval was in een zaak, waarin de vrijheid van meningsuiting zwaarder moest wegen dan het recht niet gediscrimineerd te worden op grond van politieke gezindheid (oordeel 2011-69).





Bijlage 1



Overzicht (voor)onderzoeken, adviezen en evaluaties



Overzicht adviezen

1. Combineren van co-schappen met zwangerschap en zorgtaken (2004/07)
2. Uitbreiding Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte bij wonen (2004/08)
3. Berekening van de omvang van pensioenen (2004/09)
4. Conceptnota voorkeursbehandeling van het ministerie van SZW (2004/10)
5. Spreidingsbeleid in het primair onderwijs (2005/01)
6. Vierde voortgangsbrief gelijke beloning (2005/02)
7. Huisvestingsbeleid van de gemeente Rotterdam (2005/03)
8. Ontwerp wetsvoorstel voor een Integratiewet (2005/04)
9. Deurbeleid horeca Utrechtse binnenstad (2005/05)
10. Leeftijdsonderscheid in advertenties (2005/06)
11. Leeftijdsgrens vrijstelling sollicitatieplicht in de WW (2006/01)
12. Leeftijdsonderscheid in de supermarktbranche "TE JONG TE OUD" (2006/02)
13. Commentaar op de vierde Nederlandse rapportage over de implementatie van het VN Vrouwenverdrag (2006/03)
14. Seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid (2006/04)
15. Inburgeringsplicht (2006/05)
16. Afschaffing van de publieke regeling voor zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen (2006/06)
17. Afstanden en beloningen van de Vierdaagse van Nijmegen (2006/07)
18. Selectie van proefpersonen zonder verboden onderscheid (2006/08)
19. Leeftijdscriterium bij langer verblijf in buitenland van oudere WWB-ers (2006/09)
20. Aanvullend advies over afschaffing publieke regeling voor zwangerschaps- en bevallingsuitkering voor zelfstandigen (2006/10)
21. Wijziging arbeidsomstandighedenwet 1998 (2006/11)
22. Wetsvoorstel pensioenwet (2006/12)
23. Commentary on the draft Policy Recommendation on combating discrimination at school (2006/13)
24. Uitbreiding van de reikwijdte van de WGBH/CZ tot het primair en voortgezet onderwijs (2006/14)
25. Aanvulling van de Gedragscode Hypothecaire Financieringen (2006/15)
26. Voorwaarden en normen 2006 voor het verstrekken van een Nationale Hypotheek Garantie (2006/16)
27. Aan de informateur en de fracties in de Tweede Kamer over het beleid voor de komende jaren (2007/01)
28. Voorstel tot uitbreiding van de WGBH/CZ tot het openbaar vervoer (2007/02)
29. Commentary on the draft Policy Recommendation no. 11 on combating racism and racial discrimination in policing (2007/03)
30. Gelijke behandeling van zwangere zelfstandigen (2007/04)
31. Leeftijdsonderscheid in sociale plannen (2007/05)
32. Voorstel tot uitbreiding van de WGBH/CZ tot het primair en voortgezet onderwijs (2007/06)
33. Bespreking van de Emancipatienota (2007/07)
34. Uiterlijke verschijningsvormen politie "Pluriform uniform" (2007/08)
35. Voorgestelde verruiming van de mogelijkheden tot wachttijden in de Pensioenwet (2007/09)
36. Conceptstandpunt van de KNMG over vrije artskeuze door patiënten (2007/10)
37. Voorkeursbeleid van de ondersteunende organisaties van de Tweede Kamer (2008/01)
38. Ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie (2008/02)
39. Gelijke behandeling in het onderwijs: "Naar een discriminatie vrije school" (2008/03)

40. Gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand: "Trouwen? Geen bezwaar!" (2008/04)
41. Werkleerplicht voor jongeren tot 27 jaar (2008/05)
42. Richtlijn gelijke behandeling buiten de arbeid, op het terrein goederen en diensten (2008/06)
43. Voorstel Wet gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen (2008/07)
44. Subsidiariteitstoets Richtlijn gelijke behandeling buiten de arbeid (2008/08)
45. Pensioenregelingen verbonden uitvoeringskosten die mogelijk leeftijdsdiscriminatie opleveren (2008/09)
46. Comments on the fifth Dutch report on the implementation of the convention on the elimination of all forms of discrimination against women (2009/01)
47. Mogelijke ongelijke behandeling op grond van godsdienst en/of levensovertuiging door vacaturesite (2009/02)
48. Toetsing van seniorenregelingen aan de WGBL (2009/03)
49. Commentaar op de 17e en 18e Nederlandse rapportage over de implementatie van het internationaal verdrag ter bestrijding van alle vormen van rassendiscriminatie (2009/04)
50. AMvB Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte in verband met uitbreiding van de reikwijdte tot openbaar vervoer (2009/06)

Evaluaties

1. Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB 1994-2004 (21 juni 2005)
2. WGBL, geen symbool-wetgeving. Evaluatie van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (uitgebracht als advies 2009/05)

Overzicht onderzoeken

1. Dubbel de dupe? Een studie naar de benadeling van werknemers die gelijke behandeling aan de orde stellen (Universiteit Twente, gepubliceerd in 2010. Periode van onderzoek is januari 2004 tot 1 oktober 2006)
2. Risicoselectie op grond van postcode en verblijfsstatus door hypothecair financiers, onderzoek uit eigen beweging (december 2006)
3. Discriminatie in en rond school (ITS, juli 2007)
4. De toegankelijkheid van het beroepsonderwijs voor gehandicapten en chronisch zieken (ITS, Universiteit van Tilburg en CGB, november 2007)
5. Beknopte inventarisatie Movisie naar lesbische stellen en spermadonoren (4 februari 2009)
6. Discriminatie is het woord niet – Lesbische vrouwen en homoseksuele mannen op de werkvloer: bejegening en beleid (Verwey-Jonker Instituut, april 2009)
7. Onderzoek naar discriminatie bij de Haagse Hogeschool (de Beuk, april 2009)

Overzicht vooronderzoeken (die niet tot een onderzoek hebben geleid)

1. Discriminatie bij stage (Regioplan, publicatienummer 1524, 2007)

Bovengenoemde adviezen, onderzoeken en evaluaties zijn te vinden op www.cgb.nl onder publicaties.





Bijlage 2



Het afwegingskader van de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten

Een onderzoek naar de vraag in hoeverre de AWGB, in het licht van de doelstellingen die aan de wet ten grondslag liggen en in het licht van de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling en het EVRM, toereikend is om een afweging te kunnen maken tussen gelijkheidsrechten onderling.

prof. mr. M.L.P. (Titia) Loenen



Bijlage 2

Inhoudsopgave

1	Inleiding	102
1	Aanleiding en achtergrond van het onderzoek; randvoorwaarden	102
2	Onderzoeksvragen	103
3	Onderzoeksaanpak en te raadplegen bronnen	103
4	Opbouw	103
2	Doelstellingen van de AWGB en eisen voor een afwegingskader voor botsende gelijkheidsrechten	105
1	Inleiding	105
2	Algemene doelstellingen	105
3	Afbakening van grondrechten	106
4	Hiërarchie van discriminatiegronden?	107
5	Conclusie	108
3	De EU-richtlijnen en eisen voor een afwegingskader voor botsende gelijkheidsrechten	109
1	Inleiding	109
2	De EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling	110
2.1	Toetsing bij indirecte discriminatie	111
2.2	Toetsing uitzonderingsbepalingen met betrekking tot ras	111
2.3	Toetsing uitzonderingsbepalingen met betrekking tot geslacht	112
2.4	Toetsing uitzonderingsbepalingen met betrekking tot seksuele geaardheid en godsdienst	114
3	Conclusies	118
4	Het EVRM en eisen voor een afwegingskader voor botsende gelijkheidsrechten	120
1	Inleiding	120
2	Het afwegingskader van artikel 14 EVRM en het 12e Protocol	120
2.1	Algemene aspecten	120
2.2	Toetsingssystematiek	122
3	Het afwegingskader van artikel 9 EVRM	124
3.1	Algemene aspecten	124
3.2	Toetsingssystematiek	124
4	Specifiek bij botsing relevante aspecten	126
4.1	Hiërarchie van discriminatiegronden?	127
4.2	Rechtspraak over botsing tussen godsdienstige uitingen en seksegelijkheid	127
5	Conclusies	128
5	Het afwegingskader van de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten en de toepassing door de CGB	130
1	Inleiding	130
2	Toetsing onder artikel 3 AWGB	130
3	Toetsing uitzonderingsbepalingen met betrekking tot gevallen waarin het geslacht bepalend is	132
3.1	Het Besluit gelijke behandeling	133
4	Toetsing bij indirect onderscheid	135
4.1	De gewetensbezwaarde trouwambtenaar	136
4.2	Handen schudden	138
4.3	Naar sekse gesegregeerde diensten	141
5	Slotopmerkingen	146



6	Evaluatie van het afwegingskader van de AWGB en conclusies	148
1	Inleiding	148
2	Algemene opmerkingen	148
3	Evaluatie van het toetsingskader van artikel 3 AWGB	149
4	Evaluatie van het toetsingskader van artikel 2 lid 2 sub a AWGB (geslachtsbepaaldheid)	150
5	Evaluatie van het toetsingskader bij indirect onderscheid	151
5.1	Vergelijkbaarheid van de afwegingskaders	151
5.2	Striktheid en flexibiliteit van de toets: de plaats van proportionaliteit en belangenafweging	152
5.3	Het EHRM en godsdienstvrijheid	154
5.4	Conclusie	155
6	Slotconclusie	156
	Geraadpleegde Literatuur	158

1 Inleiding

1 Aanleiding en achtergrond van het onderzoek; randvoorwaarden

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) is de afgelopen jaren verschillende keren geconfronteerd met botsing van door de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) beschermde gelijkheidsrechten met andere grondrechten en botsing van gelijkheidsrechten onderling. In het kader van de evaluatie van de AWGB over de periode 1 september 2004 – 1 september 2009 wil de CGB een onderzoek laten verrichten naar de laatste vorm van botsing.

Bij botsende gelijkheidsrechten is de vraag hoe de CGB moet toetsen of al dan niet sprake is van een schending van de AWGB. Hoewel de wetgever sommige van deze botsingen heeft voorzien en in de AWGB heeft geregeld, geldt dat lang niet voor alle conflicten. Bovendien kunnen zich ook bij de wel voorziene gevallen interpretatievragen voordoen.¹ Sommige oordelen van de CGB met betrekking tot botsende gelijkheidsrechten hebben veel stof doen opwaaien en zijn aanleiding geweest tot soms verhitte debatten in de media en de politiek. Te denken valt aan de zaak van de trouwambtenaar die op grond van zijn geloof geen homoparen wilde huwen en de klantmanager van de sociale dienst die vrouwen geen hand wilde geven. Het verbod van onderscheid op grond van godsdienst komt in deze zaken tegenover het verbod van onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid² respectievelijk geslacht te staan. Deze oordelen blijken nogal eens op onbegrip te stuiten.

Tegen deze achtergrond wil de CGB graag de vragen beantwoord zien of de AWGB toereikend is om een afweging te kunnen maken tussen gelijkheidsrechten onderling en tegen welke problemen de CGB daarbij oploopt.³ Daarbij heeft de Commissie aangegeven dat 'de toereikendheid van de AWGB niet alleen onderzocht [dient] te worden in het licht van de bedoelingen van de Nederlandse wetgever, maar ook van die van de Europese regelgevers (richtlijnen EU en EVRM)'.⁴ Voor het nader formuleren van de onderzoeksvraag is dat in dit onderzoek zo opgevat, dat de 'toereikendheid' van het toetsingskader dat de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten biedt, dient te worden afgemeten aan:

- de mate waarin het past binnen (en in ieder geval niet in strijd is met) de aan de AWGB ten grondslag liggende doelstellingen van de Nederlandse wetgever om een evenwichtig toetsingskader voor botsende grondrechten te kunnen bieden, en
- de mate waarin het past binnen (en in ieder geval niet in strijd is met) de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling en het EVRM.

Ter afbakening van de onderzoeksvraag heeft de CGB verder aangegeven dat de onderzoeksvraag zich wel uitstrekt tot de werking van artikel 3 AWGB, maar niet tot de zogenoemde 'enkelefeitconstructie' en de onderwerpen die daarmee direct hebben te maken, zoals de ingebrekestelling van de Europese Commissie en het advies van de Raad van State.⁵ De CGB heeft daarover al eerder advies uitgebracht.⁶ Tot slot heeft de CGB een intern stuk ter beschikking gesteld dat in de beschouwingen betrokken dient te worden en dat een overzicht geeft van de oordelen van de CGB waarin de botsingsproblematiek in het bijzonder speelt.⁷ Daaruit blijkt dat het vooral gaat om gelijke behandelingsconflicten die voortvloeien uit het sterk toegenomen culturele en religieuze pluralisme in onze samenleving. In concreto staan daarmee vooral conflicten centraal tussen

1 Aldus de interne CGB-notitie van A. Terlouw, *Rivaliserende gelijkheids- en andere grondrechten*, 2008, p. 3.

2 Korthedshalve wordt in dit stuk verder de term homoseksuele gerichtheid gebruikt.

3 Brief van 3 februari 2010, kenmerk 2010/0027/PvG/MK.

4 Idem.

5 Idem. Mondeling is afgesproken dat voorkeursbehandeling eveneens buiten beschouwing blijft, al zou dat strikt genomen ook kunnen worden gezien als een botsing van gelijkheidsrechten.

6 CGB, *Advies inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG (advies 2008-2)*, Utrecht: CGB 2008.

7 A. Terlouw, *Rivaliserende gelijkheids- en andere grondrechten*, 2008.



enerzijds gelijke behandeling ongeacht godsdienst en anderzijds gelijke behandeling ongeacht geslacht of homoseksuele gerichtheid.

2 Onderzoeksvragen

Een en ander heeft geleid tot de volgende onderzoeksvragen. De hoofdvraag van het onderzoek luidt als volgt:

In hoeverre is de AWGB, in het licht van de doelstellingen die aan de wet ten grondslag liggen en in het licht van de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling en het EVRM, toereikend om een afweging te kunnen maken tussen gelijkheidsrechten onderling?

Wat de verdere afbakening betreft, is bij de beantwoording van deze vraag de problematiek rond de 'enkele feit-constructie' buiten beschouwing gebleven. Hetzelfde geldt voor voorkeursbehandeling, hoewel dat strikt genomen eveneens als een vorm van botsende gelijkheidsrechten kan worden gezien. Deze onderwerpen komen hoogstens zijdelings aan de orde waar dat voor dit onderzoek relevant is. Verder spitst het onderzoek zich toe op de botsingsproblematiek die ook in de CGB-notitie Rivaliserende gelijkheids- en andere grondrechten centraal is gesteld: botsingen die samenhangen met het sterk toegenomen religieuze en culturele pluralisme in de Nederlandse samenleving. Het gaat dan in het bijzonder om botsingen tussen enerzijds godsdienstige overtuiging en anderzijds geslacht en homoseksuele gerichtheid.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden zijn vier deelvragen geformuleerd:

1. Welke eisen of randvoorwaarden zijn te stellen aan een toetsings/afwegingskader bij botsende gelijkheidsrechten in het licht van de doelstellingen die aan de AWGB ten grondslag liggen?
2. Welke eisen of randvoorwaarden zijn te stellen aan een toetsings/afwegingskader bij botsende gelijkheidsrechten in het licht van de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling?
3. Welke eisen of randvoorwaarden zijn in het licht van het EVRM te stellen aan een toetsings/afwegingskader bij botsende gelijkheidsrechten?
4. Welk toetsings/afwegingskader biedt de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten en hoe vult de CGB dat kader in gezien de oordelen inzake botsende gelijkheidsrechten?

Met behulp van de antwoorden op deze vier deelvragen kan de hoofdvraag worden beantwoord: in hoeverre is het AWGB-afwegingskader toereikend om een afweging te maken tussen botsende gelijkheidsrechten in het licht van de eisen of randvoorwaarden die daaraan worden gesteld? Wellicht ten overvloede: het is dus nadrukkelijk niet de bedoeling van dit onderzoek om te beoordelen hoe de concrete uitkomsten van de afwegingen die de CGB maakt zich verhouden tot de doelstellingen van de wet, het EVRM en de EU-richtlijnen, maar hoe het afwegings- of toetsingskader van de AWGB zich daartoe verhoudt.⁸

3 Onderzoeksaanpak en te raadplegen bronnen

Het betreft een klassiek juridisch onderzoek op grond van een analyse van relevante juridische bronnen (regelgeving en jurisprudentie) en wetenschappelijke literatuur daarover.

Voor beantwoording van de eerste drie deelvragen is primair gebruik gemaakt van een selectie van (gezaghebbende) wetenschappelijke literatuur, terwijl bij deelvraag vier ook uitgebreid

⁸ Een integrale vergelijking van de diverse wijzen waarop een afweging zou kunnen worden gemaakt tussen botsende gelijkheids- en andere grondrechten gaat het kader van dit onderzoek evenzeer te buiten. Voor een fraaie collectie van bijdragen die een goed beeld geven van de stand van de discussie over dit onderwerp zie E. Brems (ed), *Conflicts between fundamental rights*, Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia 2008.

aandacht is besteed aan jurisprudentie, te weten de oordelen van de CGB. Het zwaartepunt van het onderzoek ligt bij deelvraag vier en (uiteeraard) beantwoording van de hoofdvraag.

4 Opbouw

In het volgende hoofdstuk staat de eerste deelvraag centraal. Het wijdt een korte beschouwing aan de doelstellingen die aan de AWGB ten grondslag liggen en het al dan niet bestaan van een hiërarchie van grondrechten dan wel discriminatiegronden. In hoofdstuk 3 wordt de tweede deelvraag beantwoord. Daartoe wordt ingegaan op het algemene toetsingskader van de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling en in het bijzonder op relevante aspecten die specifiek zijn voor de botsing van gelijkheidsrechten: de toetsing bij indirecte discriminatie en toetsing van de uitzonderingsbepalingen in de richtlijnen met betrekking tot discriminatie op grond van ras, geslacht, seksuele geaardheid en godsdienst. Hoofdstuk 4 geeft een antwoord op de derde deelvraag. Het gaat onder meer in op de juridische status van het EVRM, het toetsingskader van artikel 9 EVRM (godsdienstvrijheid) en artikel 14 EVRM (het discriminatieverbod) in samenhang met het 12e Protocol. Het vijfde hoofdstuk is gewijd aan de beantwoording van deelvraag vier. Het gaat in op relevante afwegingskaders van de AWGB die specifiek zijn voor de botsing van gelijkheidsrechten en de invulling daarvan door de CGB. Daarbij wordt uitgebreid aandacht besteed aan de oordelen inzake de gewetensbezwaarde trouwambtenaar, de oordelen betreffende 'handen schudden' en enkele oordelen waarin de problematiek van naar sekse gesegregeerde voorzieningen (in verband met op godsdienstige overtuiging gestoelde wensen) is opgedoken. In hoofdstuk 6 ten slotte wordt de hoofdvraag beantwoord door de bevindingen uit hoofdstuk 5 te evalueren in het licht van de voorafgaande hoofdstukken. Dit hoofdstuk sluit af met een slotconclusie.



2 Doelstellingen van de AWGB en eisen voor een afwegingskader voor botsende gelijkheidsrechten

1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de eerste voor dit onderzoek geformuleerde deelvraag centraal: welke eisen of randvoorwaarden zijn te stellen aan een toetsings/afwegingskader bij botsende gelijkheidsrechten in het licht van de doelstellingen die aan de AWGB ten grondslag liggen? Om een antwoord op deze vraag te vinden wordt hieronder eerst ingegaan op de algemene doelstellingen van de AWGB (paragraaf 2). Vervolgens komt de vraag aan de orde of er wellicht een (impliciete) hiërarchie bestaat tussen gelijkheidsrechten (paragraaf 3) en tot slot wat de achtergrond was voor de concrete keuzes die in de AWGB zijn gemaakt met betrekking tot botsende gelijkheidsrechten (paragraaf 4).

2 Algemene doelstellingen

Het eerste evaluatierapport met betrekking tot de AWGB, van de hand van Asscher en Groenendijk, geeft een overzicht van de doelstellingen die aan de AWGB ten grondslag liggen.⁹ De meest fundamentele doelstelling betreft de bescherming van de menselijke waardigheid. De erkenning daarvan houdt in 'dat een persoon vrijelijk zijn rechten en vrijheden moet kunnen uitoefenen en in het maatschappelijke leven moet kunnen bewegen zonder dat hij wegens persoonlijke kenmerken en eigenschappen, bijvoorbeeld op grond van vooroordelen of gevoeligheden van anderen, wordt achtergesteld'.¹⁰

Het tegengaan van achterstelling en het bevorderen van volwaardige participatie in de samenleving behoren dus tot de onderliggende doelstellingen. Dat laatste blijkt ook uit de aanhef van de AWGB zelf:

'Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is om, mede in verband met artikel 1 van de Grondwet, ter bevordering van de deelneming op gelijke voet aan het maatschappelijk leven bescherming te bieden tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, (...)'

De concreet opgesomde gronden geven aan dat het gaat om de bescherming van wezenlijke eigenschappen van mensen.

Een nadere uitwerking van de norm van gelijke behandeling en non-discriminatie werd om verschillende redenen nodig geacht. Om te beginnen wilde men de rechtszekerheid en duidelijkheid over de reikwijdte van de norm bevorderen. De algemene norm van gelijke behandeling en non-discriminatie zoals vastgelegd in artikel 1 Grondwet en in diverse internationale verdragen maakt niet aanstonds duidelijk wat wel en niet is toegestaan. Verder wilde men door de uitwerking in de AWGB ook duidelijkheid verschaffen over de horizontale werking van de norm op de terreinen die de wet bestrijkt. En wat voor dit onderzoek het belangrijkste is: men wilde de verhouding tussen de norm van gelijke behandeling en non-discriminatie enerzijds en andere grondrechten anderzijds vastleggen.

Om dit alles goed en duidelijk in de regelgeving te verankeren is bewust gekozen voor het gesloten toetsingssysteem van de AWGB. Er is bij de totstandkoming van de wet dan ook veel aandacht

9 I.P. Asscher-Vonk, Inleiding I-1. Juridische analyse, in: I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijkebehandelingswetgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 4-12. Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op de aan dit rapport ontleende informatie.

10 Idem, p. 4; er wordt hierbij verwezen naar de Memorie van toelichting bij de AWGB.

besteed aan de vraag welke uitzonderingen op het verbod van onderscheid in de wet dienden te worden opgenomen. De AWGB moest op die manier een uitputtende regeling bieden voor het verbod van onderscheid met betrekking tot de genoemde gronden en ten aanzien van de bestreden terreinen.

3 Afbakening van grondrechten

Uitgangspunt van het Nederlandse recht is dat er geen vooraf gegeven hiërarchie van grondrechten bestaat. De grondwet biedt daarvoor geen aanknopingspunten en een dergelijke hiërarchie wordt veelal ook niet wenselijk geacht; een rangorde zou onvoldoende recht doen aan de bijzonderheid van afzonderlijke gevallen. 'Een minimale inbreuk op een hoog in de hiërarchie staand grondrecht zal immers beter aanvaardbaar kunnen zijn dan een maximale inbreuk op een laag geklasseerd grondrecht'.¹¹

Welhaast geen enkel grondrecht is bovendien absoluut. Dat geldt ook voor de godsdienstvrijheid. Het EVRM expliciteert dat bijvoorbeeld door in artikel 9 lid 2 te bepalen dat iemands vrijheid om zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uiting te brengen kan worden beperkt, mits dat bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Maar het geldt evenzeer voor het discriminatieverbod. Ook dat is niet absoluut. Of beter wellicht: in de kwalificatie of en wanneer er sprake is van discriminatie zit een afweging besloten. Discriminatieverboden verbieden immers niet ieder onderscheid (of het ontbreken daarvan), maar alleen ongerechtvaardigd onderscheid.¹² In de AWGB heeft de wetgever een aantal van die afwegingen gemaakt en knopen doorgehakt ten aanzien van de vraag hoe ver het discriminatieverbod reikt, in het bijzonder in de verhoudingen tussen particulieren onderling. Onderdeel daarvan vormden afwegingen tussen de eventuele botsing van de vrijheid van godsdienst en het discriminatieverbod. Vooral dit onderwerp is bij de totstandkoming van de wet voorwerp van verhitte discussies geweest en ook een belangrijke oorzaak dat het wetgevingsproces zo lang heeft geduurd. Exemplarisch voor de soort conflicten waar de discussies zich indertijd op richtten, vormt de casus van de christelijke school die een homoseksueel niet als docent wil accepteren: handelt de school dan wel of niet in strijd met de AWGB?¹³

Tegen die achtergrond is in de AWGB een aantal keuzes vastgelegd die de wetgever heeft gemaakt. Ter bescherming van de godsdienstvrijheid en de scheiding van kerk en staat zijn in artikel 3 AWGB het geestelijk ambt en rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag geheel van de werkingssfeer van de wet uitgezonderd. Het feit dat het hier een categorale uitsluiting betrof wijst er op dat het gezochte evenwicht tussen grondrechten niet per se gericht was op een evenwicht voor ieder concreet geval (zie verder hoofdstuk 5). Verder zijn er belangrijke uitzonderingen op het verbod van onderscheid in de wet opgenomen om ook aan andere instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag de nodige vrijheid te geven om eisen te stellen aan hun personeel. Het betreft de bekende, zo niet beruchte 'enkele-feitconstructie' van artikel 5 lid 2. Voor instellingen van bijzonder onderwijs is bovendien voorzien in de mogelijkheid om in verband met hun grondslag ook ten aanzien van leerlingen onderscheid te maken. Ook hier in de vorm van de 'enkele-feitconstructie' (zie artikel 7 lid 2). De precieze betekenis van de op deze manier gemaakt afbakening tussen de vrijheid van godsdienst en het verbod van discriminatie is vanaf het begin ambigue geweest. Juist

11 Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 614, nr. 1-2, p. 9.

12 Zie uitgebreider T. Loenen, *Gelijkheid als juridisch beginsel*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009.

13 Voor een overzicht van de discussies die losbarstten naar aanleiding van het Voorontwerp van een wet gelijke behandeling zie het themanummer van het NJB over dit onderwerp van 27 maart 1982 (nr. 13) en het artikel van M. de Blois e.a. 'Nadere opmerkingen over het voorontwerp van een wet gelijke behandeling', NJB 1983, p. 269-276.





die ambiguïteit lijkt een niet onbelangrijke reden te zijn geweest dat de AWGB uiteindelijk voldoende steun in het parlement kreeg om in 1994 in werking te kunnen treden. Verschillende partijen konden er verschillende dingen in lezen.¹⁴ Gezien de afbakening van dit onderzoek laat ik de bepalingen inzake de 'enkele-feitconstructie' verder buiten beschouwing.

Sinds de inwerkingtreding van de AWGB hebben zich belangrijke ontwikkelingen voorgedaan. De effecten van de immigratie, die sinds de jaren zestig sterk is toegenomen, zijn steeds zichtbaarder en voelbaarder geworden. Nederland is van een redelijk homogeen-christelijke samenleving veranderd in een cultureel en religieus aanzienlijk pluriformere samenleving. Door de komst van groepen met een niet-westerse culturele en religieuze achtergrond die zich hier blijvend hebben gevestigd, is een heel andere context ontstaan waarin de AWGB functioneert. Dat heeft ook geleid tot nieuwe vormen van (potentiële) botsing van grondrechten die bij de totstandkoming van de AWGB niet waren voorzien. Normen, waarden en praktijken van de nieuwkomers sluiten nu eenmaal niet altijd aan bij die van de gevestigde groepen, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de controverses rond het dragen van hoofddoeken of boerka's in de klas of het weigeren om personen van het andere geslacht een hand te geven.

Opvallend is dat veel van de nieuwe botsingsproblematiek zich bij de CGB heeft aangediend via het verbod van indirect onderscheid en niet via de bepalingen die bewust in de AWGB zijn opgenomen om een oplossing te bieden voor mogelijk conflicterende grondrechten. Maar behalve dit verschil is er ook een belangrijke parallel met de 'oude' botsingsproblematiek. Ook bij de nieuwe vormen van botsing gaat het vaak om botsingen tussen gelijke behandeling ongeacht godsdienst enerzijds en gelijke behandeling ongeacht geslacht of homoseksuele gerichtheid anderzijds. Bij deze botsing van gelijkheidsrechten is een complicatie dat het zelfde recht, namelijk het verbod van discriminatie of onderscheid in het geding is. Dat roept de vraag op of er, hoewel er geen vooraf gegeven hiërarchie van grondrechten is, wellicht toch een hiërarchie tussen discriminatiegronden bestaat.

4 Hiërarchie van discriminatiegronden?

De wetgever heeft bij de totstandkoming van de AWGB het uitgangspunt gehad dat er geen vooraf gegeven hiërarchie tussen grondrechten bestaat. Daaruit zou men kunnen afleiden dat er dus ook geen hiërarchie bestaat tussen de verschillende gronden van onderscheid die de AWGB bestrijkt. Ook de CGB gaat er van uit dat alle gronden die de gelijkebehandelingswetgeving beschermt gelijke bescherming verdienen, omdat de wetgever geen hiërarchie heeft aangebracht.¹⁵ Niettemin laten de ontwikkelingen in Nederland en elders zien dat er toch een zekere differentiatie plaatsvindt. Zonder hier uitgebreid op deze ontwikkelingen in te kunnen gaan is er, vermoedelijk onder invloed van een zekere proliferatie van beschermde gronden, zowel in het internationale als het nationale recht duidelijk sprake van een zekere mate van differentiatie tussen meer en minder 'verdachte' gronden. Daarbij krijgen verdachte gronden van onderscheid veelal een bredere bescherming, ook in horizontale verhoudingen, en leidt onderscheid op verdachte gronden tot een striktere toets of dat onderscheid wel door de beugel kan. Zo toetst bijvoorbeeld de Hoge Raad onderscheid op grond van leeftijd minder streng dan onderscheid op grond van ras of geslacht in verband met het minder verdachte karakter van leeftijdsonderscheid en toetst ook het EHRM expliciet strikter aan het discriminatieverbod bij gronden als geslacht en ras¹⁶ (zie

14 Voor een bespreking van de wetsgeschiedenis zie W.C. Monster, B.P. Vermeulen en K. Waaldijk, Hoofdstuk 1-5 Uitzonderingen (art.2 lid 2 sub a en b, lid 3, lid 2t/m6, 7 lid 2 en 3 AWGB), in: I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijkebehandelingswetgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p.131-201, in het bijzonder p. 169-172.

15 Terlouw, *Rivaliserende rechten*, p. 10.

16 Zie voor de Europese stand van zaken D. Schiek, L. Waddington & M. Bell (eds), *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2007. Voor de Nederlandse ontwikkelingen zie T. Loenen, (Leeftijds)Discriminatie, in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB-Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009 (6e druk), p. 317-326.

verder ook hoofdstuk 3 en 4).

De gesignaleerde tendens is zeker (nog?) niet uitgekristalliseerd, maar voor dit onderzoek mogelijk relevant aangezien dit soort ontwikkelingen ook van invloed kan zijn op de interpretatie en toepassing van de AWGB. De AWGB functioneert immers niet in een vacuüm.

5 Conclusie

Uit de doelstellingen die ten grondslag hebben gelegen aan de AWGB vallen niet veel duidelijk hanteerbare eisen af te leiden die aan het afwegingskader van de AWGB te stellen zouden zijn om botsende gelijkheidsrechten te benaderen die indertijd niet zijn voorzien. Enkele punten kunnen niettemin relevant zijn.

De AWGB is mede bedoeld om een aantal keuzes die de wetgever heeft gemaakt met betrekking tot prioritering van grondrechten vast te leggen, in het bijzonder met betrekking tot de botsing tussen de godsdienstvrijheid enerzijds en het verbod van discriminatie op grond van geslacht en homoseksuele gerichtheid anderzijds. Deze keuzes hebben echter geen ondubbelzinnige normering opgeleverd. Sommige in de AWGB gekozen oplossingen voor te voorziene botsingen zijn het gevolg van een politiek compromis en al dan niet bewust ambigue gelaten. Dat geldt bij uitstek voor de 'enkele-feitconstructie' van artikel 5 lid 2 en artikel 7 lid 2. Er bestond bij de totstandkoming aanzienlijk minder controverser over de in artikel 3 AWGB opgenomen uitsluiting van rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt van de werkingssfeer van de wet. Het betreft een categorale uitsluiting die niet voorziet in een afweging in individuele gevallen. Opmerking verdient dat de AWGB was bedoeld om een uitputtende regeling te bieden voor alle terreinen die de wet bestrijkt. Men dacht alle botsingen die zich voor zouden kunnen doen gedekt te hebben en daarvoor een evenwichtig afwegingskader te hebben geschapen. Anno 2010 moet worden geconstateerd dat veel van de huidige botsingscontroverses geheel niet zijn voorzien. In die zin geven de concrete doelstellingen die aan de AWGB ten grondslag hebben gelegen niet zonder meer houvast voor het hier en nu.

Dat neemt niet weg dat de achterliggende doelstellingen van de AWGB onverminderd relevant blijven: het tegengaan van achterstelling en het bevorderen van participatie in het maatschappelijke leven van iedereen en op gelijke voet. Bij botsende gelijkheidsrechten treedt in dit verband vaak een extra complicatie op, omdat juist in die situatie niet altijd duidelijk is wie tot de achtergestelde partij behoort en of er sprake is van belemmeringen in de maatschappelijke participatie of niet. Vaak zijn groepen betrokken die beide op verschillende terreinen en op verschillende manieren slachtoffer zijn van discriminatie en uitsluiting (te denken valt bijvoorbeeld aan vrouwen enerzijds en allochtone groepen anderzijds).

Gezien de dynamiek van onze samenleving en de maatschappelijke ontwikkelingen daarbinnen en daarbuiten lijkt het onontkoombaar om, in de woorden van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), de AWGB te zien als een 'living instrument' dat dynamisch geïnterpreteerd dient te worden, aangepast aan de omstandigheden en issues die eigen zijn aan iedere tijd. Dit klemmt te meer aangezien het merendeel van de huidige botsingsproblematiek niet is voorzien bij de totstandkoming van de wet.



3 De EU-richtlijnen en de eisen voor een afwegingskader voor botsende gelijkheidsrechten

1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: welke eisen of randvoorwaarden zijn te stellen aan een toetsings/afwegingskader bij botsende gelijkheidsrechten in het licht van de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling? De EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling zijn voor dit onderzoek van bijzonder belang, aangezien de AWGB mede beoogt deze richtlijnen te implementeren in de Nederlandse rechtsorde. Richtlijnen verplichten tot het realiseren van een bepaald resultaat, maar laten de vorm en de middelen die de lidstaten daarvoor kiezen in beginsel vrij (artikel 288 Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie (VWEU) en artikel 249 EG-verdrag (oud). Waar het op aankomt, is dat alle maatregelen worden getroffen die nodig zijn om de volle werking van de richtlijn te verzekeren in overeenstemming met de doelstellingen die ermee worden beoogd. Verder is vereist dat de omzetting die volledige toepassing op een voldoende duidelijke en nauwkeurige wijze verzekert. Particulieren moeten hun rechten immers kunnen kennen.

Als de implementatie tekort schiet kan onder bepaalde voorwaarden voor de nationale rechter rechtstreeks een beroep worden gedaan op de richtlijn. De nationale rechter kan in het kader van de nationale procedure prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie van de EU om een uitspraak te krijgen over de juiste interpretatie van de richtlijnbevestigingen. Als de nationale regeling niet conform de richtlijn kan worden uitgelegd zal die nationale wetgeving moeten wijken; de EU-richtlijn gaat voor.

De EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling staan niet op zichzelf, maar moeten bezien worden in het licht van de steeds ruimere grondrechtenbescherming die de EU is gaan bieden. Die ruimere bescherming heeft met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon een stevige juridische basis gekregen. De EU is met de inwerkingtreding van dit verdrag gevestigd op twee gelijkwaardige grondslagen: het Verdrag inzake de Europese Unie (VEU) en het Verdrag inzake de Werking van de EU (VWEU). De VEU bepaalt niet alleen dat de Unie onder meer gebaseerd is op respect voor de rechten van de mens en tot doel heeft die te bevorderen (zie artikel 1 en 3), maar tevens dat het EU-Grondrechtenhandvest juridisch bindend is (artikel 6). Het Handvest bevat een uitgebreide grondrechtencatalogus, waaronder verschillende bepalingen met betrekking tot gelijke behandeling en non-discriminatie, alsmede de godsdienstvrijheid. Verder is van groot belang dat bij de bescherming van grondrechten in de context van de EU het EVRM steeds meer als een overkoepelend referentiekader fungeert. Het Verdrag van Lissabon bepaalt in artikel 6 dat de Unie de mensenrechten zoals gegarandeerd in het EVRM zal respecteren en dat zij toe zal treden tot dit verdrag (artikel 6 lid 2). Ook het EU-Grondrechtenhandvest wijst het EVRM aan als maatgevend voor de bescherming van de rechten van de mens. Het stipuleert dat voor zover het Handvest rechten en vrijheden bevat die corresponderen met het EVRM 'de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde [zijn] als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt' (artikel 52 lid 3). Dit commitment aan het EVRM zien we tot slot ook terug in de gelijkebehandelingsrichtlijnen die verderop nog uitgebreid aan de orde komen. De preambules van de richtlijnen verwijzen ook naar het EVRM. Een belangrijke conclusie die uit een en ander kan worden getrokken, is dat het EVRM niet alleen vanuit ons nationale recht bezien, maar ook vanuit het perspectief van het EU-recht een belangrijk referentiekader vormt voor de eisen die aan de bescherming van grondrechten

worden gesteld.¹⁷ Het EVRM komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

In dit hoofdstuk gaan we eerst nader in op het afwegingskader van de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling dat bij botsende gelijkheidsrechten een rol kan spelen. Na een kort overzicht van de richtlijnen die voor dit onderzoek van belang zijn (paragraaf 2) besteden we aandacht aan de toetsing van indirecte discriminatie (paragraaf 3) en de toetsing van de diverse uitzonderingsbepalingen die de richtlijnen op het beginsel van gelijke behandeling toestaan (paragrafen 4-6). Op basis daarvan kunnen we enkele conclusies trekken ten aanzien van de vraag welke voorwaarden en eisen vanuit de EU-richtlijnen te stellen zijn aan het afwegingskader van de AWGB.

2 De EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling

Voor dit onderzoek zijn vier richtlijnen inzake gelijke behandeling van belang. In de eerste plaats twee richtlijnen met betrekking tot seksegelijkheid: de Richtlijn van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking)¹⁸ en de Richtlijn van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten.¹⁹ De eerste duiden we in het navolgende aan als de Richtlijn gelijke behandeling m/v bij de arbeid dan wel als de Herschikkingsrichtlijn, de tweede als de Richtlijn gelijke behandeling m/v inzake goederen en diensten. Een derde richtlijn die relevant is voor dit onderzoek is de zogenoemde Rasrichtlijn: Richtlijn van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (in het navolgende voor het gemak samengevat onder de term 'ras').²⁰ Deze richtlijn heeft een nog ruimer bereik dan de terreinen die ook door de twee richtlijnen met betrekking tot seksegelijkheid worden bestreken.²¹ De vierde richtlijn, de zogenoemde Kaderrichtlijn, bestrijkt meerdere discriminatiegronden, te weten godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid, maar beperkt zich tot het terrein van de arbeid: Richtlijn van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.²² Voor dit onderzoek zijn de gronden godsdienst of overtuiging en seksuele geaardheid van belang.

Deze vier richtlijnen verschillen in toepassingsbereik en inhoudelijke normstelling en vormen daarmee een lappendeken van bepalingen die een rol kunnen spelen bij botsing van de gelijkheidsrechten die in dit onderzoek centraal staan. Zo kennen de verschillende richtlijnen verschillende uitzonderingsbepalingen op het uitgangspunt van gelijke behandeling. Sommige zijn expliciet bedoeld om een afweging te kunnen maken bij een botsing, andere niet. De richtlijnen bieden in die zin dus geen uniform toetsingskader. Een belangrijke uitzondering op dit gebrek aan uniformiteit betreft de toetsing of er sprake is van indirecte discriminatie. Dat geschiedt onder alle richtlijnen volgens eenzelfde stramien. In de volgende paragrafen wordt nader ingegaan op het toetsingsmodel bij indirecte discriminatie en op de toetsing bij de diverse uitzonderingsbepalingen op het beginsel van gelijke behandeling in de richtlijnen.

17 De Raad van State spreekt in het verband van de gelijkebehandelingsrichtlijnen zelfs van 'het belangrijkste' referentiekader: 'Het EVRM is aldus het belangrijkste interpretatiekader, wanneer zich bij de uitleg van richtlijnen vraagstukken van grondrechtelijke en mensenrechtelijke aard voordoen', zie Advies Raad van State inzake Wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling en enkele andere wetten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/43/EG en richtlijn nr. 2000/78/EG (EG-implementatiewet Awgb), Kamerstukken II, 2002-2003, 28 770 A, p. 11.

18 Richtlijn 2006/54/EG, Pb L 204/23 van 26 juli 2006. Deze zogenoemde 'herschikkingsrichtlijn' brengt de normstelling uit een aantal eerdere richtlijnen en uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie die op de arbeidssfeer betrekking had bij elkaar. Per 15 augustus 2009 zijn die eerdere richtlijnen vervallen en is de herschikkingsrichtlijn maatgevend op dit terrein.

19 Richtlijn 2004/113/EG, Pb L 373/37 van 21 december 2004.

20 Richtlijn 2000/43/EG, Pb L 180/22 van 19 juli 2000.

21 Voor een uitgebreide bespreking zie E. Howard, *The EU Race Directive. Developing the protection against racial discrimination in the EU*, London/New York: Routledge 2010.

22 Richtlijn 2000/78/EG, Pb L 303/16 van 2 december 2000.



2.1 Toetsing bij indirecte discriminatie

Alle vier richtlijnen hanteren een zelfde omschrijving van indirecte discriminatie. Als voorbeeld kan de omschrijving in de Rasrichtlijn dienen. Van indirecte discriminatie is volgens artikel 2 lid 2 sub b sprake 'wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald ras of een bepaalde etnische afstamming in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn'.

De ontwikkeling van de manier waarop het Hof van Justitie toetst heeft tot op heden primair plaatsgevonden in de context van discriminatie op grond van nationaliteit en, voor dit onderzoek het meest van belang, seksdiscriminatie. Uit de betreffende rechtspraak blijkt dat de effecten van de toepassing van de toets in sterke mate afhangen van de striktheid waarmee zij wordt toegepast. Hoewel het Hof in beginsel strikt toetst (de eis van noodzakelijkheid maakt dat ook voor de hand liggend) is dat niet altijd het geval. In het bijzonder op het terrein van de sociale zekerheid en het sociaal beleid van de lidstaten is het Hof terughoudend gebleken.²³ Verder is niet geheel duidelijk of de objectieve rechtvaardigingstoets ook inhoudt dat de eis wordt gesteld dat er geen andere en minder restrictieve middelen aanwezig zijn om het doel te bereiken.²⁴ In de wetenschappelijke literatuur is daar geen consensus over, maar in de rechtspraak van het Hof wordt deze zogenoemde subsidiariteitstoets in ieder geval niet altijd uitgevoerd.²⁵ Dit is een belangrijk punt, aangezien de subsidiariteitstoets een belangrijk instrument kan vormen om een strikte invulling te geven aan de objectieve rechtvaardigingstoets.

Met betrekking tot de toetsing bij indirecte discriminatie op andere gronden dan sekse is nog niet zoveel te zeggen, aangezien er nog weinig rechtspraak van het Hof van Justitie voorhanden is. Ten aanzien van leeftijdsdiscriminatie zijn wel enkele interessante zaken te melden die laten zien dat het Hof bij indirecte discriminatie op deze grond met wisselende intensiteit toetst. In de eerste zaak waarin leeftijdsdiscriminatie aan de orde was, de zaak Mangold, toetste het Hof zeer strikt. Daar is veel kritiek op gekomen. Van die strengheid is in de zaak Palacios de la Villa echter weinig terug te zien.²⁶ Los van de achterliggende redenen voor het Hof om in het ene geval aanzienlijk strenger te toetsen dan in het andere geval, laten deze twee zaken zien dat de toets niet altijd even strikt wordt toegepast.

Wat dit voorbeeld en de voorbeelden met betrekking tot seksdiscriminatie duidelijk maken, is dat de intensiteit van toetsing door het Hof bij indirecte discriminatie kan verschillen. Het toetsingsmodel bij indirecte discriminatie laat dus ruimte voor differentiatie in toetsingsintensiteit, al is in de jurisprudentie van het Hof niet uitgekristalliseerd wanneer en onder welke omstandigheden differentiatie geoorloofd, zo niet aangewezen is.

2.2 Toetsing uitzonderingsbepalingen met betrekking tot ras

De Rasrichtlijn kent slechts twee uitzonderingen op het verbod van directe discriminatie. Het betreft in de eerste plaats de uitzondering in verband met 'wezenlijke en bepalende' beroepsvereisten in artikel 4:

'Niettegenstaande artikel 2, leden 1 en 2, kunnen de lidstaten bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met ras of etnische afstamming berust, geen

23 Zie uitgebreid C. Tobler, *Indirect discrimination. A case study into the legal development of the concept of indirect discrimination under EU law*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 208-210 en 239-245.

24 In de jurisprudentie van de CGB wordt dit aangeduid met de subsidiariteitstoets.

25 Zie de bespreking van de jurisprudentie en van de verschillende opvattingen hierover in Tobler, *Indirect discrimination*, p. 241 e.v.

26 HvJEU 22 november 2005, C-144/04 (Mangold) betrof een vermindering van de arbeidsrechtelijke bescherming van oudere werknemers om het voor werkgevers aantrekkelijker te maken hen in dienst te houden of te nemen. HvJEU 16 oktober 2007, C-411/05 (Palacios de la Villa) betrof gedwongen pensionering bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Zie voor een bespreking van het verschil in striktheid van de toets in beide uitspraken o.a. de annotatie van J. van den Hoeven bij de laatste zaak, NJCM-Bulletin 2008, p. 1058-1065.

discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.'

Bekende voorbeelden die onder deze uitzondering kunnen vallen, vormen het werven van een acteur met bepaalde raciale kenmerken voor een historische rol, bijvoorbeeld een blanke acteur voor de rol van J.F. Kennedy of een zwarte voor die van Martin Luther King. De bepaling geeft twee criteria waaraan een beroep op deze uitzonderingsbepaling zal moeten voldoen, te weten de aanwezigheid van een legitiem doel en proportionaliteit tussen het vereiste en dat doel. Hoewel omtrent de interpretatie van deze bepaling nog geen rechtspraak voorhanden is, valt te verwachten dat deze uitzonderingsbepaling strikt zal worden geïnterpreteerd. Zo valt in paragraaf 18 van de preambule van de richtlijn te lezen dat een verschil in behandeling in verband met een wezenlijk beroepsvereiste slechts '[i]n zeer beperkte omstandigheden' gerechtvaardigd kan zijn. De enige andere uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling ongeacht ras betreft positieve actie:

'Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of aanneemt om de nadelen verband houdende met ras of etnische afstamming te voorkomen of te compenseren.'
(Artikel 5)

Wat opvalt aan deze bepaling is dat zij geen criteria bevat waaraan dergelijke maatregelen moeten voldoen. Ook hier zal de rechtspraak van het Hof van Justitie in de toekomst nader uitsluitel moeten geven waar de grenzen van positief actiebeleid liggen. Gezien de ruimere werkingssfeer van de Rasrichtlijn ten opzichte van de Kaderrichtlijn en de beperktere uitzonderingsmogelijkheden op het discriminatieverbod van de eerstgenoemde richtlijn is een belangrijke vraag of discriminatie op grond van religie onder omstandigheden ook aangemerkt kan worden als discriminatie op grond van ras. Beide kunnen immers nauw verwant zijn, in het bijzonder als er sprake is van discriminatie op grond van de religie van een minderheid die afwijkt van die van de meerderheid. Zo is in het Verenigd Koninkrijk discriminatie van sikhs en van joden aangemerkt als discriminatie op grond van etniciteit, doch discriminatie van moslims niet.²⁷ Wat het EU-recht betreft zal uiteindelijk het Hof van Justitie uitsluitel over dit soort zaken moeten geven.

2.3 Toetsing uitzonderingsbepalingen met betrekking tot geslacht

De richtlijnen inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen bevatten vergelijkbare uitzonderingsbepalingen als de Rasrichtlijn. Het betreft om te beginnen een uitzondering met betrekking tot 'wezenlijke en bepalende beroepsvereisten' in artikel 14 lid 2 van de Herschikkingsrichtlijn:

'De lidstaten kunnen ten aanzien van de toegang tot arbeid, inclusief de opleiding die daartoe leidt, bepalen dat een verschil in behandeling dat gebaseerd is op een kenmerk dat verband houdt met het geslacht, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk wegens de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel daarvan legitiem is en het vereiste evenredig aan dat doel is.'

De formulering van de bepaling komt overeen met die in de Rasrichtlijn. Ook hier moet voor een geslaagd beroep op de uitzondering voldaan zijn aan de criteria dat er sprake is van een legitiem doel en evenredigheid tussen doel en middel. Anders dan bij de laatste richtlijn is er met betrek-

²⁷ Zie E. Howard, *The EU Race Directive. Developing the protection against racial discrimination in the EU*, London/New York: Routledge 2010, p. 87. Zij verwijst ook naar diverse nationale en internationale gremia en auteurs die van oordeel zijn dat discriminatie op grond van ras/etniciteit en religie soms samen kunnen vallen, p. 98-101.



king tot deze uitzonderingsbepaling de nodige jurisprudentie van het Hof van Justitie beschikbaar waaruit blijkt dat de bepaling strikt moet worden geïnterpreteerd. Het uitgebreide onderzoek van Monster e.a. uit 2002 concludeert op basis daarvan dat bestaande uitzonderingen periodiek moeten worden geëvalueerd en dat uitzonderingen met een algemene strekking (bijvoorbeeld uitsluiting van dienstbetrekkingen in particuliere huishoudens of kleine ondernemingen) niet in overeenstemming zijn met de richtlijn.²⁸

Ook de uitzondering in de Rasrichtlijn met betrekking tot positieve actie zien we terug in de twee richtlijnen met betrekking tot seksegelijkheid. Beide staan positieve maatregelen toe om 'volledige gelijkheid in de praktijk tussen mannen en vrouwen te waarborgen'.²⁹ Ook deze bepalingen kennen geen criteria om te bepalen waar de grenzen van dit soort positieve maatregelen liggen. Uit de jurisprudentie van het Hof ten aanzien van de bepaling met betrekking tot positieve actie in het kader van arbeid en beroep blijkt echter dat deze uitzonderingsbepaling strikt moet worden geïnterpreteerd. Dat geldt in het bijzonder waar de rechtstreekse toegang tot banen en functies in het geding is. Ten aanzien van het scheppen van gelijke kansen, bijvoorbeeld via het bieden van betere toegang van vrouwen tot opleidingen, is het Hof minder stringent.³⁰

Een voor dit onderzoek zeer belangrijke uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen is te vinden in de Richtlijn gelijke behandeling m/v inzake goederen en diensten.³¹ Anders dan de Rasrichtlijn kent deze richtlijn in artikel 4 lid 5 een algemene uitzonderingsbepaling bij directe discriminatie:

'Deze richtlijn vormt geen beletsel voor verschillen in behandeling indien de levering van de goederen en diensten aan, uitsluitend of hoofdzakelijk, leden van een bepaald geslacht door een legitiem doel wordt gerechtvaardigd en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.'

Dit vormt een wezenlijk verschil met zowel die Herschikkingsrichtlijn als de Rasrichtlijn, die ten aanzien van directe discriminatie een gesloten systeem kennen: alleen in de richtlijnen zelf voorziene uitzonderingsmogelijkheden op het verbod van directe discriminatie zijn toegestaan. De algemene uitzonderingsbepaling op het verbod van directe discriminatie in de Richtlijn gelijke behandeling m/v inzake goederen en diensten stelt als eis dat verschillen in behandeling tussen mannen en vrouwen moeten kunnen worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en dat de middelen voor het te bereiken doel passend en noodzakelijk zijn. Deze toets is hetzelfde geformuleerd als de toets bij indirecte discriminatie. Men zou op grond daarvan mogen verwachten dat het Hof deze uitzonderingsmogelijkheid dan ook op dezelfde manier zal toetsen. De preambule van de richtlijn noemt een aantal voorbeelden van een legitiem doel voor een verschil in behandeling op grond van geslacht:

'Een legitiem doel kan bijvoorbeeld de bescherming van slachtoffers van seksegerelateerd geweld (opvanghuizen voor personen van hetzelfde geslacht), redenen van persoonlijke levenssfeer en zedelijkheid (het bieden van onderdak in iemands eigen woning), bevoorde-

28 M. Monster, E. Cremers, T. Havinga, P. van Meerwijk en I. Asscher-Vonk, Een bepaald geslacht. Een onderzoek naar regelgeving inzake beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend is, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Den Haag 2002, p. 17-51. Het laatste wordt ook door de Europese Commissie gesteld in het kader van de inbreukprocedure die tegen Nederland is gestart. De Commissie is van oordeel dat Nederland de Kaderrichtlijn niet correct heeft geïmplementeerd. Zie Met redenen omkleed advies van de Europese Commissie gericht tot Nederland wegens het niet correct omzetten van artikel 2, lid 1, artikel 2, lid 2, onder a), artikel 2, lid 2, onder b), en artikel 4, lid 2, van Richtlijn 2000/78/EG, Brussel, 31 januari 2008, 2006/2444, C(2008)0115. In hoofdstuk 6 wordt hier nader op ingegaan.

29 De bepaling met betrekking tot voorkeursbehandeling ten behoeve van het bevorderen van seksegelijkheid heeft een grondslag in de EU-verdragen zelf, zie artikel 157 lid 4 VWEU (artikel 141 lid 4 (oud) EG-Verdrag).

30 Zie uitgebreider D. Schiek, L. Waddington & M. Bell (eds), Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law, Oxford/Portland: Hart Publishing 2007, p. 801-825.

31 Ook met betrekking tot de werkingssfeer bestaan enkele belangrijke verschillen. In de richtlijn met betrekking tot gelijke behandeling m/v worden onder meer de privé- en de gezinssfeer en het onderwijs nadrukkelijk van de werkingssfeer uitgesloten (zie art. 3 lid 1 en lid 3).

ring van de gelijkheid of van de belangen van mannen en vrouwen (vrijwillige organisaties voor personen van hetzelfde geslacht), vrijheid van vereniging (lidmaatschap van particuliere clubs met leden van hetzelfde geslacht) of het organiseren van sportactiviteiten (sportevenementen voor personen van hetzelfde geslacht) zijn. (paragraaf 16)

Hieraan wordt toegevoegd dat ten aanzien van alle beperkingen verder vereist is dat zij 'passend en noodzakelijk zijn volgens de in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie vastgelegde criteria'. Overigens zijn ook naar sekse gesegregeerde voorzieningen volgens de preambule soms toegestaan 'als ze maar niet op een gunstiger basis aan leden van één geslacht worden aangeboden'.³²

2.4 Toetsing uitzonderingsbepalingen met betrekking tot seksuele geaardheid en godsdienst.

Gelijke behandeling en non-discriminatie met betrekking tot de gronden godsdienst en seksuele geaardheid worden bestreken door de Kaderrichtlijn, die zich beperkt tot het terrein van de arbeid. De richtlijn kent drie uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling die voor beide gronden hetzelfde zijn: een algemene uitzonderingsbepaling voor nationale wettelijke bepalingen die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn, een uitzondering voor positieve actie en een uitzondering met betrekking tot wezenlijke en bepalende beroepsvereisten. Daarnaast is in het verlengde van de laatste uitzondering een extra uitzonderingsmogelijkheid geschapen voor kerken en andere organisaties op godsdienstige grondslag. Vooral die laatste uitzonderingsmogelijkheid heeft veel stof doen opwaaien en is van groot belang voor het onderhavige onderzoek. In het navolgende gaan we nader in op deze uitzonderingsbepalingen, te beginnen bij de wezenlijke beroepsvereisten.

Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten in het algemeen (artikel 4 lid 1)

Artikel 4 lid 1 zondert functies waarvoor een van de door de richtlijn bestreken kenmerken bepalend is, uit van het verbod van discriminatie:

'Niettegenstaande artikel 2, leden 1 en 2, kunnen de lidstaten bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met een van de in artikel 1 genoemde gronden berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.'

De formulering correspondeert geheel met de hierboven behandelde uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling in verband met wezenlijke en bepalende beroepsvereisten zoals vervat in de Rasrichtlijn en de Richtlijn gelijke behandeling m/v bij de arbeid.

Functies die zonder meer onder deze uitzonderingsbepaling vallen zijn functies als die van voorganger in een kerk. Met betrekking tot dergelijke functies staat de richtlijn niet alleen toe dat verschil in behandeling wordt gemaakt op grond van godsdienst (een protestantse kerkgemeenschap zal een tot het katholicisme bekeerde dominee mogen ontslaan), maar ook op de andere door de Kaderrichtlijn bestreken gronden. Als een geloofsgemeenschap bijvoorbeeld homoseksualiteit principieel afwijst dan laat de richtlijn bepaling ruimte om een sollicitant voor de functie van predikant uit te sluiten op grond van diens seksuele geaardheid. In hoeverre onderscheid op een van de in de Kaderrichtlijn genoemde gronden ook is toegestaan bij minder cruciale functies voor de betreffende geloofsgemeenschap (denk bijvoorbeeld aan een koster) zal afhangen van de vraag hoe het HvJEU invulling gaat geven aan de eisen die in de richtlijn zijn geformuleerd. In ieder geval zal het kenmerk een bepalende vereiste moeten vormen om überhaupt onder de

32 Paragraaf 16. Zie over de geoorlooftheid van seksesegregatie met betrekking tot 'leisure related services' in relatie tot de EU-richtlijnen het rapport van het Europese netwerk van experts met betrekking tot gendergelijkheid: S. Burri & A. McColgan, Sex-Segregated Services. European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, 2008, te raadplegen via <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=en>



uitzonderingsbepaling te kunnen vallen. Daarnaast moet worden voldaan aan de eisen dat er sprake is van een legitiem doel en dat het gestelde vereiste evenredig is aan dat doel. Gezien de nauwe verwantschap met de bepalingen in de twee andere genoemde richtlijnen zal het Hof de uitzondering met betrekking tot wezenlijke en bepalende beroepsvereisten vermoedelijk ook in het verband van de Kaderrichtlijn strikt toetsen. Een en ander ligt aanzienlijk ingewikkelder en onduidelijker bij de uitzondering met betrekking tot wezenlijke beroepsvereisten die in het tweede lid van artikel 4 is voorzien voor kerken en andere organisaties op godsdienstige grondslag.

Wezenlijke beroepsvereisten bij organisaties op religieuze grondslag (artikel 4 lid 2)

Het huidige artikel 4 lid 2 is de uitkomst van een politiek compromis. Het is op initiatief van Ierland totstandgekomen na heftige protesten en lobby van kerkelijke organisaties tegen een eerdere formulering van deze richtlijnbeeping. De betreffende formulering is nog in de laatste fase van de onderhandelingen in de Raad sterk aangepast om meer ruimte te bieden voor organisaties op religieuze grondslag om in bepaalde gevallen onderscheid te mogen maken op in de richtlijn beschermde gronden.³³ Dat last-minute karakter verklaart vermoedelijk de ondoorzichtige en wollige formulering; een formulering waarin men verschillende dingen kan lezen en die zich dus bij uitstek leent voor een politiek compromis over een controversieel onderwerp. In de navolgende weergave van artikel 4 lid 2 zijn de passages die de meeste aanleiding geven tot verwarring en/of controversie gecursiveerd:

'De lidstaten kunnen op het moment van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale wetgeving handhaven of voorzien in toekomstige wetgeving waarin op de datum van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale praktijken worden opgenomen, die bepaalt, dat in het geval van kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, voor wat betreft de beroepsactiviteiten van deze organisaties een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging van een persoon geen discriminatie vormt indien vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend de godsdienst of overtuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie. Dit verschil in behandeling wordt toegepast met inachtneming van de grondwettelijke bepalingen en beginselen van de lidstaten en van de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, en mag geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen.

Mits de bepalingen van deze richtlijn voor het overige worden geëerbiedigd, laat deze richtlijn derhalve het recht van kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, onverlet om, handelend in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen, van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen.'

Artikel 4 lid 2 is gezien de wordingsgeschiedenis van de huidige formulering bedoeld om voor organisaties op religieuze grondslag meer ruimte te scheppen om in verband met die grondslag eisen te stellen aan het personeel van de organisatie dan onder lid 1. Zoveel lijkt duidelijk. Dat valt ook op te maken uit het verschil in formulering met betrekking tot de beroepsvereisten die door de twee leden worden bestreken. Lid 1 eist dat er sprake is van 'wezenlijke en bepalende' beroepsvereisten, lid 2 van 'wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde' beroepsvereisten. Dat laatste is ruimer.

Wat echter in het geheel niet duidelijk wordt, is hoever de ruimere mogelijkheid van organisaties gaat om in verband met hun religieuze grondslag eisen aan het personeel te stellen. Diverse aspecten van artikel 4 lid 2 zijn relevant voor een antwoord op die vraag.

33 E. Ellis, EU-antidiscrimination law, Oxford: Oxford Univ. Press 2005, p. 283-285.

In de eerste plaats zit in de aanloop van artikel 4 lid 2 een stand still bepaling: lidstaten mogen bestaande wetgeving die hierop ziet en ook bestaande praktijken van deze aard handhaven, maar mogen blijkbaar geen nieuwe beperkingen op het discriminatieverbod invoeren. Het beschermingsniveau ten opzichte van organisaties op religieuze grondslag mag dus niet worden uitgebreid ten koste van het beschermingsniveau dat aan (potentiële) medewerkers bij deze organisaties wordt geboden.

Een tweede aspect betreft de afbakening van wat onder een 'wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde' beroepsvereiste kan worden verstaan. Al is dat een ruimere categorie dan de categorie van een 'wezenlijke en bepalende' beroepsvereiste zoals we die uit de Rasrichtlijn en de Herschikkingsrichtlijn kennen, ook deze categorie zal nader moeten worden afgebakend. Zullen bijvoorbeeld alle medewerkers van het Leger des Heils geacht kunnen worden daaronder te vallen, inclusief de keukenhulp? Of alleen de medewerkers die met de cliënten werken of daar in ieder geval meer dan incidenteel contact mee hebben? Het mag duidelijk zijn dat een oordeel daarover van groot belang zal zijn voor de reikwijdte van artikel 4 lid 2 in de praktijk van alledag. Een derde aspect waarover cruciale verschillen van inzicht kunnen bestaan betreft de vraag of organisaties op religieuze grondslag uitsluitend onderscheid mogen maken op grond van de godsdienst van een (potentiële) medewerker, of ook op andere gronden, zoals seksuele geaardheid. Gelet op de letterlijke formulering in artikel 4 lid 2 lijkt dat expliciet uitgesloten, zeker door de toevoeging dat een verschil in behandeling op grond van de godsdienst van een persoon geen op een andere grond gebaseerde discriminatie [mag] rechtvaardigen. Dat zou bijvoorbeeld betekenen dat een katholiek opvanghuis voor daklozen iemand wel mag uitsluiten voor de functie van daklozenbegeleider vanwege zijn atheïstische overtuiging, maar niet vanwege zijn openlijke homoseksuele gerichtheid. Hoewel dit de grammaticaal voor de hand liggende interpretatie is³⁴, zijn tegenover deze lezing twee andere interpretaties te verdedigen.

Om te beginnen is het de vraag of het als voorbeeld ten tonele gevoerde katholieke opvanghuis dat een sollicitant weigert vanwege zijn openlijke homoseksualiteit inderdaad onderscheid maakt op grond van seksuele geaardheid of op grond van godsdienst. De organisatie zal kunnen aanvoeren dat betrokkene in strijd met de leerstellingen van de kerk leeft en dat als hij om die reden wordt geweigerd voor een functie, dat dus is vanwege zijn van de officiële leer afwijkende, godsdienstige overtuiging. Een belangrijke vraag is of het Hof van Justitie deze nogal gekunstelde redenering zal accepteren of niet.

Een tweede, en mogelijk meer overtuigende andere interpretatie van artikel 4 lid 2 haakt aan bij de tweede alinea van deze bepaling. De tweede alinea bepaalt immers in concluderende zin (zie het woordje 'derhalve') dat de richtlijn het recht van organisaties op religieuze grondslag onverlet laat om van personen die voor hen werkzaam zijn een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen. Dat is een rijkelijk ruim geformuleerde bepaling die veel ruimte suggereert voor religieuze organisaties om eisen aan hun personeel te stellen.³⁵ Daar valt dan weer tegenover te stellen dat de eerste zin van de tweede alinea ten aanzien van het mogen eisen van een houding van goede trouw en loyaliteit als voorwaarde stelt 'mits de bepalingen van deze richtlijn voor het overige worden geëerbiedigd'.³⁶

Als een ding uit het voorgaande duidelijk wordt, dan is het wel dat voor de bepaling van de reikwijdte van artikel 4 lid 2 cruciaal zal zijn hoe het Hof van Justitie deze zal interpreteren. Tot die tijd blijft het gissen, al lijkt de grammaticale interpretatie van de richtlijn bepaling de meest voor de hand liggende. Hoe dan ook zal zowel een strikte als een ruime interpretatie door het Hof politiek controversieel zijn. De vraag laat zich stellen of het Hof een dergelijke controversie niet

34 Vgl. A.B. Terlouw en A.C. Hendriks, Gebrekkige implementatie Algemene gelijke behandelingsrichtlijn door Nederland, NJCM-Bulletin 2008, p. 616-629; in dezelfde zin CGB, Advies inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG (advies 2008-2), Utrecht: CGB 2008.

35 De interpretatie van de Raad van State past in deze lijn, zie Advies inzake de zogenoemde enkele-feitconstructie in de AWGB, Den Haag 18 mei 2009 (advies WO4.08.0593/1).

36 Vgl. Ellis, EU-antidiscrimination law, p. 283-285.



zal willen vermijden door, zoals in het volgende hoofdstuk nog zal blijken, in het voetspoor van het EHRM in dit soort zaken een ruime beleidsvrijheid aan de lidstaten te laten.³⁷

Positieve actie

De Kaderrichtlijn kent voor alle daarin opgenomen gronden een uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling in verband met positieve actie:

'Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen verband houdende met een van de in artikel 1 genoemde gronden te voorkomen of te compenseren' (artikel 7 lid 1).

De formulering komt sterk overeen met de bepalingen inzake positieve actie in de richtlijnen met betrekking tot ras en geslacht en te verwachten valt dan ook dat het Hof van Justitie de bepaling in voorkomend geval op dezelfde manier zal toetsen.

Uitzonderingen die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn

De laatste uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling die in de Kaderrichtlijn is opgenomen en voor dit onderzoek bespreking behoeft, is potentieel van verstrekkend belang. Het betreft de algemene beperkingsmogelijkheid van art. 2 lid 5 die sterk geënt lijkt op de beperkingsclausules die het EVRM kent:

'Deze richtlijn laat de nationale wettelijke bepalingen onverlet die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden.'

Vooraf de verwijzing naar de rechten van derden is voor dit onderzoek van belang.

Frappant is dat ook deze bepaling pas in de eindfase van de onderhandelingen over de Kaderrichtlijn is opgenomen in de richtlijntekst; volgens verschillende auteurs in verband met de angst dat het verbod van discriminatie op grond van seksuele geaardheid zich ook zou kunnen uitstrekken tot pedofielen.³⁸

De toevoeging van artikel 2 lid 5 vormt een zeer ruime uitzonderingsmogelijkheid, die een beetje een vreemde eend in de bijt van de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling vormt. Geen enkele andere richtlijn kent immers een dergelijke, op het EVRM geïnspireerde beperkingsclausule. Tegelijk creëert opname van deze bepaling in de Kaderrichtlijn een extra band met het toetsingskader van het EVRM dat in het volgende hoofdstuk aan de orde komt.

Tot op heden is deze bepaling slechts in een zaak bij het Hof van Justitie aan de orde gekomen.³⁹ De zaak draaide om een tandarts die bij het bereiken van de 68-jarige leeftijd geen zorg meer

37 Zie Ellis, EU-antidiscrimination law, p. 291 en E. Howard, The case for a considered hierarchy of discrimination grounds in EU law, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2006, p. 445-470, p. 448. In de context van de implementatie van de richtlijn zag de toenmalige Nederlandse regering de bepaling volgens Vermeulen als een vangnetbepaling, 'waarbij de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging van kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag onder de rechten en vrijheden van derden begrepen moeten worden'. Geciteerd in B.P. Vermeulen, Onderdeel 4. Kerkgenootschappen en geestelijk ambt, 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. 219-248, p. 235 noot 819, Kamerstukken II 2001/2002, 28 187, nr 1, p. 13.

38 Zie Ellis, EU-antidiscrimination law, p. 291 en E. Howard, The case for a considered hierarchy of discrimination grounds in EU law, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2006, p. 445-470, p. 448. In de context van de implementatie van de richtlijn zag de toenmalige Nederlandse regering de bepaling volgens Vermeulen als een vangnetbepaling, 'waarbij de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging van kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag onder de rechten en vrijheden van derden begrepen moeten worden'. Geciteerd in B.P. Vermeulen, Onderdeel 4. Kerkgenootschappen en geestelijk ambt, 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. 219-248, p. 235 noot 819, Kamerstukken II 2001/2002, 28 187, nr 1, p. 13.

39 HvJEU (Grote Kamer) 12 januari 2010, Petersen, C-341/08.

mocht verlenen in het kader van de verplicht verzekerde zorg. Deze leeftijdsgrens was onder meer ingegeven door bescherming van de volksgezondheid. Het Hof van Justitie acht gezien deze doelstelling artikel 2 lid 5 van toepassing, maar oordeelt dat de leeftijdsgrens niet noodzakelijk is om het doel te bereiken, nu andere tandartsen die buiten de verplicht verzekerde zorg werkzaam zijn niet verplicht zijn op die leeftijd te stoppen met hun werkzaamheden. Het Hof van Justitie hanteert de bepaling hiermee als een algemene uitzonderingsbepaling op de in de richtlijn opgenomen normen inzake gelijke behandeling. Opvallend is daarbij dat het Hof zelf het initiatief neemt om (ook) aan artikel 2 lid 5 te toetsen, aangezien in die bepaling de volksgezondheid expliciet als doelstelling wordt genoemd. De nationale verwijzende rechter had alleen om een oordeel gevraagd over de verenigbaarheid van de omstreden regeling met artikel 6 van de Kaderrichtlijn.

3 Conclusies

Uit het voorgaande zijn enkele punten te destilleren die in het licht van de EU-richtlijnen van belang zijn voor de eisen voor het afwegingskader van de AWGB.

De richtlijnen inzake gelijke behandeling die voor dit onderzoek relevant zijn stellen minimumeisen met betrekking tot het verbod van discriminatie op de terreinen die de richtlijnen bestrijkt. De lidstaten zijn dus vrij om een hoger beschermingsniveau tegen discriminatie te bieden. Bij botsende gelijkheidsrechten is het echter lastig om te bepalen wat dat zou kunnen inhouden, aangezien meer bescherming van de ene groep veelal ten koste van die van de andere groep zal gaan. Anders was er immers geen sprake van een botsingsproblematiek.

Wat betreft de concrete afwegingskaders die de richtlijnen bieden die relevant kunnen zijn voor het afwegingskader van de AWGB valt het volgende te concluderen.

Ten aanzien van toetsing van indirecte discriminatie is bij alle gronden sprake van eenzelfde toetsingsmodel. Dat neemt niet weg dat de toetsingsintensiteit gezien de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan (en blijkbaar dus ook mag) variëren. De toets omvat ook niet noodzakelijkerwijs of in ieder geval niet altijd een subsidiariteitstoets. Wanneer precies van een en ander wel of niet sprake is, lijkt niet uitgekristalliseerd in de jurisprudentie van het Hof. Dat geldt zeker ook voor de botsingsproblematiek die in dit onderzoek centraal staat. Tot op heden zijn er nog geen uitspraken van het Hof over botsende gelijkheidsrechten.

De in de literatuur gesignaleerde hiërarchie van discriminatiegronden tekent zich ook af in de meer en minder ruime uitzonderingen die de verschillende richtlijnen op het beginsel van gelijke behandeling toelaten. De minste ruimte voor uitzonderingen biedt discriminatie op grond van ras, de meeste ruimte discriminatie op grond van leeftijd, gevolgd door seksuele geaardheid en godsdienst (zie bijvoorbeeld de beperkte werkingssfeer van de Kaderrichtlijn en de algemene beperkingsmogelijkheid van artikel 2 lid 5).⁴⁰ Bij vergelijking van seksuele geaardheid en godsdienst lijkt godsdienst een streepje voor te krijgen gezien artikel 4 lid 2. Hoeveel zal uiteindelijk afhangen van de interpretatie van de Kaderrichtlijn door het Hof van Justitie. Artikel 4 lid 2 biedt in ieder geval geen *carte blanche* voor religieuze organisaties en uiteraard kan ook hier artikel 2 lid 5 een rol spelen om de vrijheid van religieuze organisaties in te perken ten behoeve van de rechten en vrijheden van homoseksuelen. Een tussencategorie vormt discriminatie op grond van geslacht. Het verschil met discriminatie op grond van ras zit vooral in de open rechtvaardigingsmogelijkheid bij directe discriminatie in de Richtlijn gelijke behandeling m/v inzake goederen en diensten. Ook hier zal het cruciaal zijn hoe het Hof van Justitie die bepaling zal gaan interpreteren en in het bijzonder hoe strikt het de aanwezigheid van een legitiem doel en evenredigheid tussen doel en middel zal toetsen. In het licht van dit onderzoek is vooral van belang dat de jurisprudentie van andere instanties zoals de Hoge Raad en het EHRM leert dat een zekere mate

⁴⁰ Zie uitgebreider over deze materie onder meer Howard, *The case for a considered hierarchy* en L. Waddington & M. Bell, *More equal than others: distinguishing European Union equality directives*, *Common Market Law Review* 2001, p. 587-611.



van hiërarchie tussen discriminatiegronden vaak gepaard gaat met een zekere variatie in de toetsingsintensiteit. Over het algemeen kan men zeggen dat naarmate een discriminatiegrond als meer verdacht wordt beschouwd, er sprake is van een striktere toets.

De Rasrichtlijn, de Kaderrichtlijn en de Herschikkingsrichtlijn kennen alle drie vergelijkbare bepalingen met betrekking tot de uitzondering die wordt gemaakt voor 'wezenlijke en bepalende' beroepsvereisten. Deze laten geen uitzonderingen met een algemene strekking toe. Er moet telkens een afweging worden gemaakt of er inderdaad sprake is van een legitiem doel en proportionaliteit tussen doel en middel. Tot op heden toetst het Hof deze bepalingen strikt. De aanvullende uitzonderingsbepaling voor organisaties op religieuze grondslag is zo wollig en onduidelijk geformuleerd dat het vooralsnog koffiedik kijken blijft welke invulling die precies zal krijgen. Vooralsnog lijkt de interpretatie dat deze instellingen op religieuze grondslag alleen armslag te hebben om onderscheid op grond van de godsdienst van een persoon te maken en niet op grond van diens seksuele geaardheid (of geslacht) vooralsnog het beste aan te sluiten bij de pertinente bepalingen daaromtrent in de tekst.

Tot slot is een punt van aandacht of discriminatie op grond van godsdienst die allochtone groepen treft, zoals moslims, gelijk kan of moet worden gesteld met (indirecte) discriminatie op grond van ras. Dat zou belangrijke consequenties kunnen hebben gezien de veel ruimere werkingssfeer van de Rasrichtlijn en de striktere toets die bij discriminatie op grond van ras maatgevend lijkt.

4 Het EVRM en de eisen voor een afwegingskader voor botsende gelijkheidsrechten

1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de volgende deelvraag centraal: welke eisen of randvoorwaarden zijn in het licht van het EVRM te stellen aan een toetsings/afwegingskader bij botsende gelijkheidsrechten? Voor een goed begrip van het antwoord op deze vraag is het van belang om te onderkennen dat het EVRM een andere juridische status en positie heeft dan de EU-richtlijnen die in het vorige hoofdstuk aan de orde zijn gekomen. Het EVRM verplicht staten die partij zijn bij het verdrag de daarin gegarandeerde fundamentele rechten te garanderen. Het EHRM heeft tot primaire taak te oordelen over individuele klachten over mogelijke schendingen. Dat is een andere insteek dan die van het EU-Hof, dat als belangrijke taak heeft te waken over een uniforme interpretatie van het EU-recht in de lidstaten (in het bijzonder via de prejudiciële procedure). Het EVRM geeft minimumnormen voor de bescherming van de in het verdrag neergelegde rechten van de mens. Beperking van die rechten is alleen toegestaan onder de voorwaarden die in het verdrag zijn genoemd. Aan staten komt daarbij een zekere beleidsvrijheid of margin of appreciation toe. Deze margin of appreciation is een in de rechtspraak van het Hof ontwikkeld concept en neemt daarin een belangrijke plaats in.

Voor het onderhavige onderzoek is enerzijds het afwegingskader van artikel 9 EVRM van cruciaal belang, dat de vrijheid van godsdienst beschermt, en anderzijds het afwegingskader bij het discriminatieverbod zoals vastgelegd in artikel 14 EVRM en het 12e Protocol.⁴¹ Het betreft onder andere discriminatie op grond van ras, geslacht en godsdienst. Anders dan in Nederland echter loopt de bescherming van godsdienstige en andere levensbeschouwelijke uitingen onder het EVRM over het algemeen niet via het discriminatieverbod, maar via artikel 9 EVRM.

In het navolgende wordt op beide afwegingskaders ingegaan (paragraaf 2 en 3) en zal worden gezien welke specifieke aspecten relevant (kunnen) zijn bij een afweging als er sprake is van een botsing (paragraaf 4). Het hoofdstuk besluit met een aantal conclusies over de eisen en randvoorwaarden die te stellen zijn aan een afwegingskader bij botsende gelijkheidsrechten.

2 Het afwegingskader van artikel 14 EVRM en het 12e Protocol

2.1 Algemene aspecten

Artikel 14 bepaalt het volgende:

Dit recht heeft een accessoir karakter, hetgeen betekent dat het alleen in verbinding met een ander in het verdrag beschermd recht kan worden ingeroepen.⁴² Met de totstandkoming van het 12e Protocol bij het EVRM is beoogd in die leemte te voorzien. Dit Protocol breidt de reikwijdte van het discriminatieverbod in belangrijke mate uit. Het verbod van discriminatie bestrijkt ook niet in het Verdrag beschermde rechten en onderwerpt alle overheidshandelen daaraan. Artikel 1 verwoordt dit als volgt:

Artikel 1 – Algemeen verbod van discriminatie

1. Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige

⁴¹ Nederland heeft het protocol geratificeerd; het is op 1 april 2005 in werking getreden.

⁴² Zie uitgebreid Chapter 33 in P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (eds), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006 (4th edition).



discriminatie⁴³ op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

2. Niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op, met name, een van de in het eerste lid vermelde gronden.

Bij de keuze voor de met name genoemde discriminatiegronden is bewust gekozen voor aansluiting bij de tekst van artikel 14 EVRM, om te benadrukken dat het Protocol gezien moet worden als een uitbreiding van de werkingssfeer van artikel 14 EVRM en daarop voortbouwt.

Het 12e Protocol is weliswaar in werking getreden, maar vooralsnog heeft slechts een klein aantal landen het geratificeerd. Nederland is daar een van. Er is nog geen jurisprudentie van het EHRM over deze nieuwe loot aan de stam van de Straatsburgse mensenrechtenbescherming, maar de jurisprudentie van het Hof zal gezien de beoogde continuïteit ongetwijfeld voortbouwen op die onder artikel 14 EVRM. In het navolgende richten we ons dan ook op het afwegingskader zoals het Hof dat bij de toepassing van artikel 14 EVRM heeft ontwikkeld.

Het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM heeft een sterk open karakter. Het kent geen beperking naar de beschermde gronden van discriminatie en kent ook geen specifieke beperkingsclausules zoals de meeste andere bepalingen uit het EVRM. De beperkingsmogelijkheden zitten in de interpretatie van wat discriminatie inhoudt. Zoals het Hof het heeft verwoord, is van discriminatie in de zin van artikel 14 EVRM pas sprake indien een verschil in behandeling 'has no objective and reasonable justification'.⁴⁴ Alleen ongerechtvaardigd onderscheid (of in voorkomend geval een ongerechtvaardigde gelijke behandeling) levert een schending van het discriminatieverbod op.

Verticale en horizontale werking

Bijzondere vermelding verdient dat artikel 14 EVRM zich in beginsel beperkt tot verticale verhoudingen en geen betrekking heeft op horizontale verhoudingen. Dat laatste kan hoogstens indirect aan de orde zijn.⁴⁵ Het 12e Protocol lijkt daar geen verandering in te brengen als we afgaan op het Explanatory report bij het protocol.⁴⁶ Volgens dit rapport bestaat er geen algemene positieve verplichting om alle vormen van discriminatie te bestrijden, ook in horizontale verhoudingen: 'While such positive obligations cannot be excluded altogether, the prime objective of Article 1 is to embody a negative obligation for the Parties: the obligation not to discriminate against individuals.'⁴⁷ Toch wordt de mogelijkheid van dit soort indirecte horizontale werking niet geheel uitgesloten. Gedacht wordt dan in het bijzonder aan zeer ernstige inbreuken op het discriminatieverbod in horizontale relaties waarvoor de staat verantwoordelijk kan worden gesteld en aan discriminatie binnen horizontale verhoudingen op terreinen waar de staat veelal een bepaalde verantwoordelijkheid draagt, zoals gezondheidszorg of andere algemene nutsvoorzieningen. Interessant is dat daarbij ook toegang tot de arbeid wordt genoemd:

*'These considerations indicate that any positive obligation in the area of relations between private persons would concern, at the most, relations in the public sphere normally regulated by law, for which the state has a certain responsibility (for example, arbitrary denial of access to work, access to restaurants, or to services which private persons may make available to the public such as medical care or utilities such as water and electricity, etc).'*⁴⁸

43 Aan het verschil in terminologie tussen 'discriminatie' (12e Protocol) en 'onderscheid' (art. 14 EVRM) in de Nederlandse vertaling dient geen speciale betekenis te worden toegekend. Het eerste sluit meer aan bij de Engelse terminologie van discrimination, het tweede bij de Franse terminologie van distinction.

44 EHRM 23 juli 1968, Belgische taal, Publ. EHRM, Serie A, 6.

45 Zie uitgebreider Van Dijk e.a., Theory and practice of the European Convention, p. 28 e.v.

46 Explanatory Report to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 177), zie <http://www.humanrights.coe.int/>.

47 Idem, par. 24.

48 Idem par. 28.

Wel wordt duidelijk gesteld dat puur private verhoudingen niet worden bestreken door het discriminatieverbod:

*'It is understood that purely private matters would not be affected. Regulation of such matters would also be likely to interfere with the individual's right to respect for his private and family life, his home and his correspondence, as guaranteed by Article 8 of the Convention.'*⁴⁹

Concluderend kunnen we zeggen dat het EVRM dus aanzienlijk meer ruimte laat voor discriminatie in horizontale verhoudingen dan in verticale verhoudingen. Verder zal regelgeving die discriminatie tussen particulieren reguleert, zoals de AWGB, binnen de grenzen dienen te blijven die het EVRM aan beperkingen op hun vrijheid door de staat stelt.

Directe en indirecte discriminatie

Het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM respectievelijk het 12e Protocol spreekt alleen van een verbod van 'onderscheid' of 'discriminatie', maar daaruit valt niet af te leiden of daar zowel directe als indirecte discriminatie onder valt. Lange tijd leek het EHRM niet van zins het concept van indirecte discriminatie te accepteren als onderdeel van het discriminatieverbod zoals neergelegd in artikel 14 EVRM, maar daarin is met de zaken Hoogendijk tegen Nederland en D.H. tegen Tsjechië nadrukkelijk verandering gekomen. Het Hof heeft het concept in deze zaken expliciet toegepast.⁵⁰ Vooral de laatste zaak kan worden gezien als een mijlpaal.

Aan de orde was een klacht van een aantal Roma-kinderen over de uitkomsten van het systeem van onderwijsselectie. Volgens hen was er sprake van indirecte discriminatie op grond van ras, aangezien de selectie er in resulteerde dat Roma-kinderen extreem oververtegenwoordigd waren in het onderwijs voor verstandelijk gehandicapten. Het Hof accepteert dat het aangevoerde statistische materiaal een vermoeden (presumption) van indirecte discriminatie oplevert, ook al is er geen sprake van een discriminerende intentie bij de Tsjechische overheid. Het laat duidelijk zien dat er inderdaad sprake is van een onevenredig nadelig effect van het selectiesysteem voor de Roma-kinderen. Dat brengt mee dat er sprake is van een schending van artikel 14 EVRM, tenzij de staat kan aantonen dat er niettemin een 'objective and reasonable justification' voor bestaat die niets van doen heeft met discriminatie op grond van ras. Interessant is dat het Hof nadrukkelijk verwijst naar de wijze waarop in het EU-recht invulling is gegeven aan het concept van indirecte discriminatie en daar in feite nauw op aansluit.⁵¹

2.2 Toetsingssystematiek

Zoals opgemerkt is er slechts sprake van discriminatie in de zin van artikel 14 EVRM als een 'objective and reasonable justification' voor een ongelijke behandeling van gelijke gevallen dan wel gelijke behandeling van ongelijke gevallen ontbreekt. Daarvan is sprake als een verschil in behandeling geen 'legitimate aim' dient of er geen sprake is van een 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised'.⁵² In de praktijk komt het veelal aan op de vraag naar de proportionaliteit, waarbij de staten een zekere margin of

49 Idem.

50 EHRM 6 januari 2005, Hoogendijk t. Nederland, appl.no. 58641/00 en EHRM (Grote kamer) 13 november 2007, D.H. e.a. t. Tsjechische Republiek, appl.no. 57325/00. Een punt van discussie is of de uitspraak in de zaak Thlimmenos t. Griekenland (EHRM (Grote Kamer) 6 april 2000, appl.no. 34369/97) ook aangemerkt dient te worden als een uitspraak waarin het concept van indirecte discriminatie wordt toegepast; zie uitgebreider D. Schiek, L. Waddington & M. Bell (eds), Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law, Hart Publishing: Oxford/Portland 2007, p. 190-191. Aangezien het antwoord op die vraag voor dit onderzoek verder niet van belang is (het heeft geen invloed op het afwegingskader waarmee bij botsing van gelijkheidsrechten in het licht van het EVRM rekening moet worden gehouden) laten we die vraag hier verder buiten beschouwing.

51 O.a. in par. 187; zie uitgebreider de noot van K. Henrard bij de uitspraak D.H. t. Tsjechië in NJCM-Bulletin 2008, p. 242-250.

52 Zie uitgebreider Van Dijk e.a., Theory and practice of the European Convention, p. 1041 e.v.



appreciation hebben.⁵³

Bij de proportionaliteitstoets in het kader van artikel 14 EVRM kunnen allerlei factoren een rol spelen. Een voor dit onderzoek specifieke factor die relevant zou kunnen zijn betreft de discriminatiegrond die in het geding is.

Proportionaliteit en discriminatiegrond

Hoewel artikel 14 EVRM discriminatie 'op welke grond' ook verbiedt, differentieert het EHRM in zijn toetsing als er sprake is van gronden die als meer verdacht worden aangemerkt. De toets is dan strikter. In de zaak Abdulaziz heeft het Europese Hof dit voor het eerst expliciet gedaan in relatie tot een klacht over seksdiscriminatie. Het Hof refereert aan de eis van een 'reasonable relationship of proportionality', maar voegt daar aan toe:

'As to the present matter, it can be said that the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe. This means that very weighty reasons would have to be advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention.' (Cursivering toegevoegd.)⁵⁴

In latere zaken heeft het Hof deze formulering herhaald.⁵⁵ Behalve bij seksdiscriminatie is de eis van 'very weighty reasons' teruggekomen in het kader van een klacht over discriminatie tussen binnen en buiten huwelijk geboren kinderen.⁵⁶ Daarnaast is dezelfde of een sterk vergelijkbare formulering ook gebruikt in zaken waarin onderscheid op grond van nationaliteit respectievelijk seksuele gerichtheid ter discussie stond.⁵⁷ Dit laatste is in die zin opmerkelijk dat nationaliteit en seksuele gerichtheid, in tegenstelling tot geslacht en geboorte, niet met zoveel woorden in artikel 14 EVRM worden genoemd. Niet expliciet maar wel impliciet lijkt het Hof ten aanzien van discriminatie op grond van godsdienst ook een striktere toets toe te passen.⁵⁸ De rechtspraak van het Hof suggereert verder dat discriminatie op grond van ras het strengst dient te worden getoetst. In de eerder genoemde zaak D.H. tegen Tsjechië is het Hof van oordeel dat rassendiscriminatie een 'particularly invidious kind of discrimination' vormt die 'zo streng mogelijk' moet worden getoetst: 'Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable classification must be interpreted as strictly as possible.'⁵⁹

Toetsing directe en indirecte discriminatie

Zoals in de vorige paragraaf opgemerkt kent het EVRM geen expliciet onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie, een onderscheid dat voor de toetsing in het kader van het EU-recht van groot belang is. Uit de uitspraak in D.H. tegen Tsjechië kunnen we opmaken wat daarvan de consequentie is: zowel voor het vaststellen van directe als indirecte discriminatie in strijd met artikel 14 EVRM is maatgevend of er sprake is van een 'objective and reasonable justification'. In feite wordt daarmee bij directe en indirecte discriminatie een zelfde toets gehanteerd, zodra er sprake is van een vermoeden van discriminatie. Bij directe discriminatie spreekt dat vermoeden uit het rechtstreeks maken van onderscheid op een bepaalde grond, bij indirecte discriminatie uit het onevenredig nadelige effect van een op het oog neutrale regel of praktijk voor een bepaalde groep.

53 Zie uitgebreider J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (Diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

54 EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Publ. EHRM, Serie A, 94, par. 78.

55 Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, p. 199 e.v.

56 EHRM 16 september 1987, Inze, Publ. EHRM, Serie A, 126.

57 M.b.t. nationaliteit zie EHRM 16 september 1996, Gaygusuz, NJCM-Bulletin 1997, p. 461 e.v. m.nt. C.A. Groenendijk; voor seksuele oriëntatie zie EHRM 9 januari 2003, L. en V. tegen Oostenrijk, appl.no. 39392/98 en 39829/98.

58 Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, p. 204-205.

59 EHRM (Grote Kamer) 13 november 2007, D.H. tegen Tsjechië, appl.no. 57325/00, NJCM-Bulletin 2008, m.nt. K. Henrard, p. 234 e.v., par. 196.

Of het Hof bij indirecte discriminatie een even strikte invulling zal geven aan de toets of sprake is van een 'objective and resonable justification' als bij directe discriminatie valt niet met zekerheid te zeggen. In de zaak D.H. tegen Tsjechië toetst het Hof wel heel strikt, maar gezien het feit dat de ontwikkeling van de jurisprudentie rond indirecte discriminatie onder het EVRM nog in de kinderschoenen staat, valt daar verder nog niet veel over te zeggen.

3 Het afwegingskader van artikel 9 EVRM

3.1 Algemene aspecten

De bescherming van de vrijheid van godsdienst en overtuiging is neergelegd in artikel 9 EVRM: ⁶⁰

1. Een ieder heeft recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst; dit recht omvat tevens de vrijheid om van godsdienst of overtuiging te veranderen, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als privé zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen in erediensten, in onderricht, in praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften.
2. De vrijheid zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uiting te brengen kan aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Voor dit onderzoek is vooral de beperkingsmogelijkheid van het tweede lid van belang. Anders dan het aanhangen van een godsdienst als zodanig (het zogenoemde forum internum) is het uiten daarvan en het zich daarnaar gedragen (forum externum) niet absoluut beschermd. Manifestaties van godsdienst kunnen worden beperkt, indien dat in een democratische samenleving noodzakelijk is, onder meer met het oog op de rechten en vrijheden van anderen.

3.2 Toetsingssystematiek

Hoewel het EHRM het belang van godsdienstvrijheid benadrukt, laat de rechtspraak van het Hof zien dat beperkingen op uitingen van godsdienst lang niet altijd zeer strikt worden getoetst. Het is daarbij belangrijk te onderkennen dat de wijze waarop door de Straatsburgse organen wordt getoetst of er sprake is van een schending van artikel 9 EVRM niet altijd eenduidig en consistent is. ⁶¹ Verschillende aspecten blijken een doorslaggevende rol te kunnen spelen.

Toetsing of er sprake is van een manifestatie van godsdienst

Om te beginnen blijkt een claim soms al in de beginfase te kunnen stranden, doordat wordt geoordeeld dat er geen sprake is van een godsdienstige manifestatie die valt onder de reikwijdte van artikel 9 lid 2. Het Hof (en voorheen de Commissie) is daar vanuit het perspectief van de gelovige gezien vaak weinig ruimhartig in. Het Hof ziet de bescherming van 'personal convictions and beliefs' ofwel 'matters of individual conscience' als de kern van artikel 9 EVRM. Dat is in wezen dus vooral het forum internum. Daarnaast beschermt artikel 9 EVRM handelingen die daarmee nauw zijn verbonden, zoals bidden, maar lang niet 'each and every act or form of behaviour motivated or inspired by a religion or belief'. ⁶² Zo ging het Hof niet mee met de klacht van een aantal Jehovah's Getuigen en hun kind dat er een inbreuk was gemaakt op hun godsdienstige overtuiging omdat het kind geen ontheffing had gekregen van de verplichting om deel te

⁶⁰ In het navolgende wordt voor het gemak telkens alleen gesproken van (de vrijheid van) godsdienst.

⁶¹ Zie uitgebreid M.D. Evans, *Religious liberty and international law in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 en C. Evans, *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁶² Geciteerd in Van Dijk e.a., *Theory and practice of the European Convention*, p. 754.



nemen aan een schoolparade op de Nationale Griekse feestdag. De ouders en het kind achtten die gezien de militaristische inslag niet te verenigen met hun pacifistische overtuiging. Het Hof ziet dat anders en oordeelt dat de verplichte deelname geen inbreuk maakt op hun religieuze overtuiging. Aan een toetsing of de inbreuk kan worden gerechtvaardigd, komt het Hof dan niet meer toe.⁶³ Ook twee Franse apothekers konden zich niet op artikel 9 EVRM beroepen om zich te verzetten tegen de verplichting om in hun apotheek voorbehoedmiddelen te verkopen. Hun weigering om voorbehoedmiddelen te verkopen kon niet worden gezien als een manifestatie van godsdienst die door artikel 9 wordt beschermd.⁶⁴

Toetsing of er sprake is van een beperking van een godsdienstige uiting

Uit de rechtspraak blijkt dat een claim ook op een andere manier al in de beginfase kan stranden, doordat het Hof van oordeel is dat er geen sprake is van een beperking van een godsdienstige manifestatie, omdat betrokkene geacht kan worden zich vrijwillig aan de beperking te hebben onderworpen en/of er voor betrokkene alternatieven voorhanden zijn. Zo achtte het Hof het feit dat een groep Franse joden een speciaal soort kosjer vlees uit België kon importeren reden om te concluderen dat de Franse overheid geen inbreuk maakte op hun godsdienstvrijheid door de vereiste, speciale manier van ritueel slachten in Frankrijk niet toe te staan.⁶⁵ En de Commissie voor de Rechten van de Mens heeft in een aantal zaken van een vergelijkbare redenering gebruik gemaakt om te oordelen dat artikel 9 EVRM de overheid als werkgever niet verplicht om tegevoel moet te komen aan de wensen van een medewerker om op bepaalde tijdstippen niet te hoeven werken in verband met moskeebezoek of het onderhouden van de sabbat: het staat betrokkene vrij om een andere baan te zoeken waarin hij geen belemmeringen in verband met zijn religieuze wensen ondervindt.⁶⁶ Naar aanleiding van deze en in de vorige paragraaf weergegeven benadering van het Hof is in de literatuur de klacht geuit dat de bescherming die artikel 9 EVRM aan godsdienstige uitingen kan bieden hiermee zeer wordt beperkt.⁶⁷

Toetsing van de noodzakelijkheid van de beperking; proportionaliteit en margin of appreciation

Indien het Hof wel toekomt aan de afweging of een beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving staat de vraag centraal of de beperking 'corresponds to a pressing social need' en 'proportionate tot the legitimate aim pursued' is.⁶⁸ Noodzakelijk betekent niet dat een beperking 'indispensable' moet zijn om het doel te bereiken, maar het is ook niet voldoende dat het daaraan redelijkerwijs bij kan dragen.⁶⁹ In de praktijk van de rechtspraak van het Hof vindt veelal een afweging plaats van alle in het geding zijnde belangen in een concrete zaak om te beoordelen of de beperking wel of niet proportioneel is.

Bij die afweging speelt ook de cruciale vraag of de margin of appreciation die aan de staten wordt gelaten beperkt is of ruim. In zijn algemeenheid lijkt het Hof weinig ruimte aan de staten te laten waar de collectieve aspecten van de uiting van godsdienst in het geding zijn, zoals wanneer het gaat om het autonoom kunnen functioneren van kerkgenootschappen en andere religieuze gemeenschappen. Te denken valt aan de mogelijkheid voor religieuze gemeenschappen om zelf hun leiders te kunnen kiezen. Het Hof toetst beperkingen met betrekking tot deze interne autonomie over het algemeen strikt.⁷⁰

In andere zaken, die individuele manifestaties van godsdienst betreffen, is het Hof echter veel

63 EHRM 18 December 1996, Valsamis t. Griekenland en Efstratiou t. Griekenland, appl.no. 21787/92, par. 31-33.

64 EHRM 2 oktober 2001, Pichon & Sajous t. Frankrijk (ontvankelijkheidsbeslissing), appl. no. 49853/99.

65 EHRM 27 juni 2000, Cha'are Shalom Ve Tsedek t. Frankrijk (Grote Kamer), appl.no. 27417/95.

66 ECRM 12 maart 1981, Ahmed t. het Verenigd Koninkrijk, Appl.no. 8160.78, Decisions and Reports 1981, nr. 22, p. 27-50 en ECRM 3 december 1996, Konttinen t. Finland, appl. no. 24949/94.

67 Zie bv. M. Evans, Religious liberty en C. Evans, Freedom of religion.

68 Van Dijk e.a., Theory and practice of the European Convention, p. 340.

69 Idem.

70 Van Dijk e.a., Theory and practice of the European Convention, p. 764-766. Zie Vermeulen, Kerkgenootschappen en geestelijk ambt, p. 230 en daar genoemde jurisprudentie

minder strikt. Een leidende uitspraak in dit verband is die in de geruchtmakende Turkse zaak Leila Sahin t. Turkije uit 2005 over het hoofddoekenverbod aan Turkse universiteiten. In zijn arrest kent het Hof in vrij algemene termen een ruime margin of appreciation toe aan de staten die partij zijn bij het verdrag om manifestaties van godsdienst te reguleren:

*'Where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision making body must be given special importance ...'*⁷¹

Recentere rechtspraak bevestigt voorsnog deze lijn, althans waar het gaat om het dragen van religieuze kleding en symbolen. Ook buiten de wellicht bijzondere Turkse context die in de zaak Sahin aan de orde was, blijkt het Hof een ruime margin of appreciation aan de staat te laten om in het onderwijs dwingende kledingvoorschriften op te leggen die indruisen tegen de godsdienstige wensen van betrokkenen. Illustratief zijn de niet-ontvankelijkheidsbeslissingen met betrekking tot een aantal Franse zaken. In deze zaken oordeelde het Hof dat de klachten van een aantal moslima's en sikhs over het in 2004 ingevoerde wettelijke verbod op hoofddoeken, tulbanden en andere zogenoemde 'ostentatieve' religieuze symbolen in het primaire en secundaire onderwijs 'manifestly ill founded' waren; een volledige behandeling en uitspraak achtte het Hof dus niet eens nodig. Opvallend daarbij is dat het Hof geen betekenis toekent aan het feit dat sommige klagers hadden voorgesteld om een bescheidener hoofddeksel te dragen dan een hoofddoek dan wel een tulband: een bandana voor de moslima's, en een zogenoemde keski (een soort minitulband) voor de sikhs.⁷²

Aan de andere kant achtte het Hof voor Italië niet zoveel margin of appreciation aanwezig dat leerlingen op openbare scholen mochten worden geconfronteerd met een crucifix in ieder klaslokaal. De ouders die daar bezwaar tegen maakten, konden met succes een beroep doen op hun godsdienstvrijheid.⁷³ Een cruciaal verschil tussen beide soort zaken lijkt te liggen in het feit dat in de zaak Lautski wordt geklaagd over het feit dat de staat een bepaalde religieuze voorkeur tentoon spreidt en aan burgers opdringt. Het opdringen van een religieuze overtuiging is niet alleen problematisch met het oog op de neutraliteit van de staat, maar lijkt ook dicht bij een aantasting van het forum internum van de burgers te komen. In de andere zaken daarentegen weigert de staat godsdienstige manifestaties van de burgers te faciliteren en is alleen het forum externum van die burgers in het geding.

4 Specifiek bij botsing relevante aspecten

Uit het voorgaande blijkt dat zowel artikel 9 als artikel 14 EVRM beperkingen toelaten, onder meer in verband met de rechten en vrijheden van anderen. Maar welk recht gaat dan voor als beide met elkaar in botsing komen? Valt daar iets meer over te zeggen? Het EVRM zelf biedt niet veel aanknopingspunten. Net zo min als onze grondwet kent het verdrag een vooraf gegeven hiërarchie tussen het discriminatieverbod en de vrijheid van godsdienst. Daarmee is een oordeel over de vraag welk recht dient te prevaleren voorbehouden aan het EHRM. In de rechtspraak van

71 EHRM (Grote Kamer), 10 November 2005, Leila Sahin t. Turkije, appl.no. 44774/98, par. 109.

72 EHRM 30 juni 2009; over de hoofddoeken: Aktas t. Frankrijk, appl.no. 43563/08; Bayrak t. Frankrijk, appl.no. 14308/08; Gamaleddyn t. Frankrijk, appl.no. 18527/08; Ghazal t. Frankrijk, appl.no. 29134/08; over de sikhs: Javir Singh t. Frankrijk, appl.no. 25463/08; Ranjit Singh t. Frankrijk, appl.no. 27561/08. Deze niet-ontvankelijkheidsbeslissingen werden voorafgegaan door enkele arresten m.b.t. hoofddoeken in het onderwijs: EHRM 24 januari 2006, Köse e.a. tegen Turkije, appl.no. 26625/02, EHRM 4 december 2008, Dogru t. Frankrijk, appl.no. 27085/05 en van dezelfde datum Ker-vanci t. Frankrijk, appl.no. 31645/04). Overigens komt ook i.v.m. veiligheids- en identiteitscontroles aan de staten veel ruimte toe om beperkingen te stellen, bv. de eis dat een sikh zijn tulband afneemt, zie EHRM 11 januari 2005, Phull t. Frankrijk, appl.no. 35753/03 en EHRM 13 november 2008, Mann Singh t. Frankrijk, appl.no. 24479/07.

73 EHRM 3 november 2009, Lautski t. Italië, appl.no. 30814/06.



het Hof is een beperkt aantal aanwijzingen te vinden welke kant dat oordeel uit zou kunnen vallen.⁷⁴

4.1 Hiërarchie van discriminatiegronden?

Uit het feit dat het EHRM sommige gronden van onderscheid als verdacht aanmerkt en andere niet, valt voor de verhouding tussen het verbod van discriminatie op grond van godsdienst enerzijds en dat op grond van geslacht of seksuele oriëntatie anderzijds niet veel af te leiden. Zo er binnen de categorie van 'verdachte' gronden al sprake is van een hiërarchie zou men hoogstens kunnen concluderen dat ras in ieder geval boven in de hiërarchie staat. Over de gronden geslacht, seksuele oriëntatie en godsdienst en hun eventuele onderlinge rangorde valt op grond van de schaarse en sterk casuïstische rechtspraak niet veel te zeggen. Het feit dat seksuele oriëntatie niet is genoemd in artikel 14 EVRM en geslacht en godsdienst wel, lijkt niet van betekenis gezien de wijze waarop het Hof zich in de loop der tijd in toenemende mate sterk is gaan maken voor de bescherming van homoseksuelen tegen discriminatie.⁷⁵

4.2 Rechtspraak over botsing tussen godsdienstige uitingen en seksegelijkheid⁷⁶

De enige concrete rechtspraak van het EHRM over botsing van grondrechten met betrekking tot onderwerpen die voor dit onderzoek van belang zijn, betreft botsing tussen de godsdienstvrijheid en seksegelijkheid. Deze rechtspraak suggereert dat seksegelijkheid in dat geval dient te prevaleren. Een belangrijk arrest in dit verband vormt de uitspraak van het Hof in *Refah Partisi t. Turkije*.⁷⁷ In deze zaak ging het om een partijverbod tegen een partij die er onder meer van werd beticht de seculariteit van de Turkse staat te willen opheffen en (in ieder geval voor de moslimbevolking) islamitische wetgeving te willen invoeren. Een van de vragen die het Hof te beantwoorden kreeg betrof de kwestie of deze sharia-wetgeving wel of niet in strijd zou komen met het EVRM. Het Hof beantwoordt die vraag bevestigend en wijst daarbij onder meer op de ongelijke behandeling van vrouwen die deze wetgeving mee zou brengen:

*'It is difficult to declare one's respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts.'*⁷⁸

Meer specifiek wijst het Hof er vervolgens op dat ook een invoering van sharia-wetgeving die zich zou beperken tot bijvoorbeeld privaatrechtelijke aangelegenheden niet acceptabel zou zijn als die in strijd komt met de waarden die aan het EVRM ten grondslag liggen. Het Hof verwijst daarbij als voorbeeld naar bepalingen inzake polygamie of regels die aan vrouwen bij echtscheiding een nadeliger positie toekennen dan mannen.

*'...Turkey, like any other Contracting Party, may legitimately prevent the application within its jurisdiction of private-law rules of religious inspiration prejudicial to public order and the values of democracy for Convention purposes (such as rules permitting discrimination based on the gender of the parties concerned, as in polygamy and privileges for the male sex in matters of divorce and succession).'*⁷⁹

74 Zie uitgebreider diverse bijdragen over de jurisprudentie van het EHRM in de bundel E. Brems (ed), *Conflicts between fundamental rights*, Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia 2008.

75 Vgl. Van Dijk e.a., *Theory and practice of the European Convention*, p. 1046 e.v.

76 Deze paragraaf is rechtstreeks ontleend aan M.L.P. Loenen, *Botsing tussen de vrijheid van godsdienst en gelijke behandeling*, in: A.J. Nieuwenhuis & C.M. Zoethout (red.), *Rechtsstaat en religie (staatsrechtconferentie 2008, UvA)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 189-200.

77 EHRM 13 februari 2003, *Refah Partisi e.a. tegen Turkije* [Grote Kamer], NJ 2005, 73 m.nt. E.A. Alkema.

78 *Idem*, par. 123.

79 *Idem*, par. 128.

Ook de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot hoofddoekverboden in het openbaar onderwijs, die al eerder is genoemd, duidt er op dat het Hof principieel prioriteit verleent aan het beginsel van seksegelijkheid boven godsdienstvrijheid. Het Hof benoemt het dragen van een hoofddoek in die zaken als een symbool dat niet verenigbaar is met noties van seksegelijkheid. Het beschermen en bevorderen van seksegelijkheid wordt, naast onder andere het argument van het garanderen van de neutraliteit van de staat, een valide argument geacht om het dragen van hoofddoeken in het openbaar onderwijs te beperken. Hoewel op de kwalificatie van de hoofddoek als symbool van een ondergeschikte positie van de vrouw heel veel af te dingen valt, laat deze rechtspraak zien dat bij een conflict het Hof in beginsel voorrang lijkt te geven aan seksegelijkheid boven de godsdienstvrijheid.

5 Conclusies

Om te beginnen is het nuttig nogmaals te herhalen dat de juridische status en positie van het EVRM ten opzichte van de Nederlandse rechtsorde meebrengen dat het EVRM als zodanig geen eisen stelt aan het nationale afwegingskader bij botsende gelijkheidsrechten. Het EHRM zal op grond van het EVRM alleen oordelen of de op grond daarvan gemaakte afwegingen al dan niet een schending van het EVRM opleveren. Impliciet en als consequentie daarvan kan uiteraard blijken dat er iets mis is met het nationale afwegingskader als zodanig. In dat verband zijn de volgende aandachtspunten van belang.

In de eerste plaats kennen zowel artikel 9 als artikel 14 EVRM (en het 12e Protocol) de mogelijkheid van beperkingen op de daarin beschermde rechten in verband met de rechten en vrijheden van anderen. Er is geen sprake van een vooraf gegeven en algemene prioritering van een van beide rechten. Gezien het belang dat het Hof hecht aan een zorgvuldige afweging van rechten zou een algemene prioritering waarschijnlijk ook in strijd komen met het EVRM.

In de tweede plaats speelt bij de toetsing aan zowel artikel 9 als artikel 14 EVRM het beginsel van proportionaliteit een grote rol. Bij artikel 14 EVRM in het kader van de vraag of er wel een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond aan te voeren is, en bij artikel 9 EVRM bij de vraag of een beperking wel noodzakelijk is in een democratische samenleving. Om aan het criterium van 'noodzakelijkheid' te voldoen is niet vereist dat een beperking 'indispensable' is. Verder is van cruciaal belang of het Hof de staten een ruime margin of appreciation laat of niet. In de uitspraak in Sahin heeft het Hof in algemene termen aangegeven dat staten met betrekking tot de regulering van religie een ruime margin hebben.

In de derde plaats lijkt seksegelijkheid in de rechtspraak een streepje voor te krijgen boven godsdienstvrijheid. Hoewel sekse en godsdienst beide worden gezien als (meer) verdachte gronden van onderscheid die om een strikte rechtvaardigingstoets vragen, kent het EHRM aan de staten vaak een vergaande margin of appreciation toe om de godsdienstvrijheid te beperken. En voor zover er rechtspraak voorhanden is waarin de vrijheid van godsdienst botst met seksegelijkheid heeft het Hof aan het laatste voorrang gegeven (met betrekking tot botsingen tussen godsdienstvrijheid en het verbod van discriminatie op grond van seksuele oriëntatie is tot op heden geen rechtspraak voorhanden).

Tot slot: het beeld dat uit de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de bescherming van de vrijheid van godsdienst oprijst, suggereert dat de individuele godsdienstvrijheid niet erg sterk wordt beschermd, althans waar het uitingen van godsdienst betreft zoals het dragen van bepaalde kleding. Opvallend is dat claims soms al in de beginfase stranden voordat sprake is van een afweging in het kader van artikel 9 lid 2 EVRM. Dit is het geval als het Hof oordeelt dat de betreffende uiting weliswaar door de godsdienstige overtuiging geïnspireerd kan zijn, maar daarmee nog geen manifestatie van godsdienst behelst die door artikel 9 EVRM wordt beschermd. Het Hof neemt dan dus niet de interpretatie van de klager van wat als een godsdienstige uiting moet worden beschouwd als maatstaf (zie het geval van de Jehovah's Getuigen die deelname aan een in hun ogen militaristische parade in strijd met hun overtuiging achtten en de apothekers die het verkopen van voorbehoedsmiddelen niet verenigbaar vonden met hun geloof). Een claim strandt



soms ook al in de beginfase doordat het Hof van oordeel is dat betrokkene een conflict met zijn godsdienstige overtuiging kan vermijden door zelf andere keuzes te maken (zie het voorbeeld van de werknemer die een andere baan kan zoeken als hij niet wil werken op zijn sabbatsdag).

5 Het afwegingskader van de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten en de toepassing door de CGB

1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal welk afwegingskader de AWGB biedt bij botsende gelijkheidsrechten en hoe de CGB dat invult gezien de oordelen inzake botsende gelijkheidsrechten. Dit wordt toegespitst op botsingen tussen het verbod van onderscheid op grond van godsdienst enerzijds en dat op grond van geslacht of homoseksuele gerichtheid anderzijds. In het bijzonder zal daarbij aandacht worden besteed aan de oordelen inzake de gewetensbezwaarde trouwambtenaar, de oordelen inzake 'handen schudden' en oordelen waarin het aanbieden van naar sekse gesegregeerde voorzieningen in verband met op godsdienstige overtuiging gestoelde wensen aan de orde is gekomen. De laatste categorie lijkt een potentiële 'groeicategorie', gezien de discussies in de media over onder meer patiënten die eisen te worden geholpen door medisch personeel van het eigen geslacht, gescheiden inburgeringscursussen en aparte informatieloketten voor mannen en vrouwen. Verder blijven de botsingsvraagstukken die onder de 'enkele-feitconstructie' vallen gezien de gekozen afbakening buiten beschouwing.

Binnen deze beperkingen zijn drie afwegingskaders die de AWGB biedt relevant:

- het afwegingskader van artikel 3 AWGB. Deze bepaling is expliciet bedoeld om een afwegingskader te bieden voor botsende grondrechten. Zij sluit rechtsverhoudingen binnen genootschappen op geestelijke grondslag en het geestelijk ambt van de werkingssfeer van de AWGB uit.
- het afwegingskader van artikel 2 lid 2 sub a AWGB dat voorziet in een uitzondering op het verbod van onderscheid voor gevallen waarin het geslacht bepalend is. Deze bepaling is niet opgenomen met het oog op potentiële botsingen met godsdienst, maar is daarvoor wel relevant gezien de vraag naar op godsdienstige wensen gebaseerde seksespecifieke voorzieningen.
- het afwegingskader bij indirect onderscheid. De problematiek van botsende gelijkheidsrechten zoals in dit onderzoek centraal staat blijkt in de praktijk nogal eens aan de orde te komen in het kader van indirect onderscheid op grond van godsdienst en dan dus op grond van het afwegingsmodel bij indirect onderscheid te worden opgelost.

Hieronder wordt nader ingaan op deze afwegingskaders en op de wijze waarop de CGB die invult.

2 Toetsing onder artikel 3 AWGB

Artikel 3 AWGB is expliciet opgenomen in verband met de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en het beginsel van scheiding van kerk en staat. De bepaling geeft uitdrukking aan de gedachte dat kerkgenootschappen en andere religieuze gemeenschappen de ruimte moeten hebben om zich op grond van hun eigen principes en opvattingen te organiseren. Artikel 3 luidt als volgt

Deze wet is niet van toepassing op:

- a. rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag;
- b. het geestelijk ambt.'

Artikel 3 behelst geen uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling, maar sluit bepaalde verhoudingen en het geestelijk ambt als zodanig, dat wil zeggen categoriaal, uit van de werkingssfeer van de wet. Dat sluit dus iedere verdere afweging in termen van noodzakelijkheid of propor-



tionaliteit uit. De enige, impliciete 'afweging' zit in de kwalificatie van wat wel en niet behoort tot de 'rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijk grondslag' (hierna voor het gemak samengenomen onder de term 'kerkgenootschappen') dan wel wat als 'geestelijk ambt' moet worden aangemerkt.

Om te beginnen gaat het dan om de definitie van 'kerkgenootschap' en 'zelfstandige onderdelen' daarvan. Onder het eerste moet worden verstaan 'een organisatie van aangeslotenen welke zich de gemeenschappelijke godsverering van de aangeslotenen op de grondslag van de gemeenschappelijke godsdienstige opvattingen ten doel stelt en welke als kerkgenootschap wil gelden'.⁸⁰ Deze afbakening lijkt niet erg problematisch. De katholieke en protestantse kerken vallen daar zonder meer onder. De afbakening ligt lastiger bij de vraag wat als een 'zelfstandig onderdeel' van een kerkgenootschap kan of dient te worden aangemerkt. Een niet onbelangrijke vraag, aangezien die immers ook geheel buiten de werkingssfeer van de AWGB valt.

De CGB is van oordeel dat het niet voldoende is dat het onderdeel door een kerkgenootschap is opgericht of erkend. Er moet ook sprake zijn van een 'religieus karakter'. Zo ziet de CGB de Nederlandse bisschoppenconferentie wel⁸¹ maar het door haar opgerichte pensioenfonds voor priesters, diakens en pastoraal werkers niet als een onderdeel van een kerkgenootschap, in casu de rooms-katholieke kerk:

*'Het pensioenfonds houdt zich enkel bezig met de pensioenvoorziening van priesters, diakens en pastoraal werkers. Deze activiteit is niet te beschouwen als een aangelegenheid die rechtstreeks verband houdt met de belijdenis van de religieus levensbeschouwelijke overtuiging. Alleen al om deze reden kan verweerder zich niet beroepen op artikel 3, aanhef en onderdeel a, AWGB'*⁸²

Het pensioenfonds kan naar het oordeel van de CGB dan ook geen beroep doen op artikel 3 AWGB om ongehuwde partners van pastores van een nabestaandenpensioen uit te sluiten. Ook een beroep op artikel 3 sub b kan niet slagen. Die bepaling beperkt zich volgens de CGB in het licht van de Memorie van toelichting tot het stellen van eisen met betrekking tot kwalificaties voor de vervulling van een geestelijk ambt. De CGB geeft dus een strikte invulling aan het begrip 'zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap'.⁸³

Andere kwalificaties die in het kader van artikel 3 AWGB een rol spelen betreffen de vraag wat onder 'rechtsverhoudingen binnen' kerkgenootschappen moet worden begrepen en onder 'geestelijk ambt'.

Het laatste lijkt redelijk helder afgebakend. 'Een geestelijk ambt bekleden die personen, die binnen een kerkgenootschap of een ander genootschap op geestelijke grondslag zijn aangewezen om voor te gaan in de eredienst dan wel op andere wijze aan het geestesgoed van het genootschap uiting te geven'.⁸⁴ Het gaat dus om priesters, dominees en imams en dergelijke. Een twijfelgeval is de pastoraal werker, die geen priester is.⁸⁵ Het geestelijk ambt omvat ook de opleiding daartoe.⁸⁶

De kwalificatie van 'rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen' levert meer afbakeningsproblemen op. Hierbij is het woordje 'binnen' van groot belang. Het is nadrukkelijk niet de bedoe-

80 MvA, Kamerstukken II, 1990/91, 22 014 nr. 5, p. 76, zoals geciteerd in oordeel 2002-110, par. 5.3.

81 Oordeel 2002-110.

82 Oordeel 2002-111, par. 3.4.

83 Als een instelling niet als zodanig wordt aangemerkt kan deze wel eventueel nog een beroep doen op de uitzonderingen op het verbod van onderscheid die in artikel 5 en 7 zijn geschapen voor instellingen respectievelijk scholen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, maar die zijn beperkt. Zie bv. oordeel 1998-10 (verzorgingshuis Vrijmetselaars).

84 Vermeulen, Kerkgenootschappen en geestelijk ambt, p. 223. Hij citeert hier uit de MvT bij de WGB m/v, die in de AWGB is gevolgd m.b.t. de uitzonderingsbepaling voor het geestelijk ambt. Idem M. Monster, E. Cremers, T. Havinga, P. van Meerwijk en I. Asscher-Vonk, Een bepaald geslacht. Een onderzoek naar regelgeving inzake beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend is, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Den Haag 2002, p. 84.

85 Vermeulen, Kerkgenootschappen en geestelijk ambt, p. 222.

86 Idem, p. 223.

ling geweest om alle rechtsverhoudingen met een kerkgenootschap buiten de werkingssfeer van de AWGB te houden, maar alleen die rechtsverhoudingen die er binnen vallen. In de Memorie van toelichting bij de AWGB is in dit verband gewezen op het verschil tussen de rechtsverhouding die een kerkgenootschap kan hebben met een tuinman, schoonmaker of glazenwasser en de rechtsverhouding met een koster of zendingswerker. De laatste categorie valt wel onder artikel 3 AWGB, de eerste niet. Het gaat bij deze bepaling dus om de uitsluiting van intern-kerkelijke functies van de werkingssfeer van de AWGB.⁸⁷ Niettemin kan men zich voorstellen dat de precieze afbakening niet altijd simpel is of eenduidig.

De vrijheid om onderscheid te maken die artikel 3 AWGB aan kerkgenootschappen biedt, wordt ten aanzien van onderscheid op grond van geslacht in belangrijke mate ingeperkt door de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (WGB m/v). De WGB m/v kent namelijk alleen een uitzondering op het verbod van onderscheid bij de arbeid voor het geestelijk ambt en niet voor andere rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen. Gezien de status van *lex specialis* is de normstelling van de WGB m/v in dit geval maatgevend. De beperking tot het geestelijk ambt in de laatste wet is ook heel expliciet de bedoeling van de wetgever geweest.⁸⁸

Een en ander betekent dat als aan rechtsverhoudingen binnen een kerkgenootschap geen eisen worden gesteld met betrekking tot geslacht, maar wel met betrekking tot een van de andere door de AWGB beschermde gronden, zoals ras of homoseksuele gerichtheid, artikel 3 AWGB dus wel onverkort van toepassing is. Concreet: onderscheid op een van die laatste gronden bij de aanstelling van een koster is niet in strijd met de AWGB, omdat dan de AWGB überhaupt niet van toepassing is. Voor de CGB valt er dan verder niets af te wegen.

De conclusie op grond van het voorgaande is dat artikel 3 AWGB geen echt afwegingskader biedt bij botsende gelijkheidsrechten, aangezien het een bepaling is die rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen en het geestelijk ambt categoriaal van de werkingssfeer van de AWGB uitsluit. Daarin ligt dus al een door de wetgever gemaakte afweging tussen botsende gelijkheidsrechten besloten. De enige ruimte voor afweging die over blijft zit in de kwalificatie wat als zodanig is aan te merken. Het is duidelijk dat de CGB de AWGB daarbij restrictief interpreteert. Die restrictieve invulling ligt niet in de formulering van artikel 3 AWGB besloten, maar die formulering staat daaraan evenmin in de weg.

3 Toetsing uitzonderingsbepalingen met betrekking tot gevallen waarin het geslacht bepalend is

De AWGB kent een uitzondering op het verbod van onderscheid op grond van geslacht voor 'gevallen waarin het geslacht bepalend is'. Deze uitzondering is niet opgenomen met het oog op de botsing van gelijkheidsrechten, maar is daarvoor wel relevant. De uitzondering is zeer algemeen geformuleerd: 'Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid op grond van geslacht geldt niet in gevallen waarin het geslacht bepalend is' (zie artikel 2 lid 2 onder a). In het kader van dit onderzoek is de bepaling van belang in verband met de botsingsproblematiek die zich voor kan doen als er sprake is van uit godsdienstige overtuiging voortvloeiende seksespecifieke eisen of wensen die betrekking hebben op het aanbieden van goederen of diensten. Te denken valt aan de controverses die de laatste jaren zijn ontstaan over claims met betrekking tot naar sekse gescheiden medische voorzieningen of het aanbieden van aparte inburgeringscursussen voor mannen en vrouwen.⁸⁹

87 Idem, p. 222.

88 Zie *Monster c.s.*, Een bepaald geslacht, p. 223, die aangeven dat de wetgever de uitzonderingsbepaling voor het geestelijk ambt in de WGB m/v nodig achtte om duidelijk te maken dat de WGB overigens ook van toepassing is op kerkgenootschappen en daarmee op arbeidsrelaties van personeel dat niet het geestelijk ambt vervult.

89 Voor instellingen van bijzonder onderwijs bestaat verder de mogelijkheid van gescheiden voorzieningen voor jongens en meisjes 'indien de eigen aard van de instelling dit eist en voor leerlingen van beide geslachten gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn' (artikel 7 lid 2 AWGB).



3.1 Het Besluit gelijke behandeling

In het Besluit gelijke behandeling is limitatief uitgewerkt in welke gevallen het geslacht bepalend kan worden geacht. Afgezien van het gebruik van sanitaire voorzieningen, deelname aan schoonheidswedstrijden en aan sport, voorzieningen in verband met de bestrijding van seksueel geweld, het aanbieden van levensverzekeringen of het verlenen van diensten die uitsluitend aan mannen dan wel vrouwen kunnen worden verleend (bijvoorbeeld dames- en herenkappers), moet het gaan om gevallen die in een van de volgende categorieën vallen:

'b. de bescherming van de gezondheid alsmede de geneeskundige behandeling of verzorging, waaronder begrepen geneeskundig onderzoek, in verband met zwangerschap, moederschap, de voortplantingsfunctie van de mens of anderszins de lichamelijke verschillen tussen mannen en vrouwen betreffende, voor zover voor een doelmatige bescherming dan wel behandeling of verzorging onderscheid op grond van geslacht nodig is;

c. de bescherming van de zedelijkheid van personen jonger dan zestien jaar;'

Deze twee categorieën lijken weliswaar enige ruimte te bieden voor op godsdienst gebaseerde wensen tot naar sekse gesegregeerde voorzieningen, maar toch alleen in heel beperkte zin.⁹⁰ De eerste categorie strekt zich niet verder uit dan de gezondheidszorg, maar is bovendien alleen van toepassing als het gaat om de biologische verschillen tussen mannen en vrouwen. Uit godsdienstige overtuiging voortvloeiende wensen of claims met betrekking tot naar sekse gescheiden gezondheidsvoorzieningen vallen daar dus niet onder. Ook de tweede categorie geeft niet veel ruimte. Afgezien van de vraag wie bepaalt hoe 'zedelijkheid' wordt ingevuld, (betrokkene zelf of anderen) is er een belangrijke leeftijdsbeperking: de uitzondering strekt zich alleen uit voor zover het personen jonger dan zestien jaar betreft. Dat zou dus ruimte kunnen bieden voor gescheiden gym- of zwembles op school, maar voor volwassenen biedt deze bepaling geen aanknopingspunten. Daar komt bij dat de in het Besluit genoemde gevallen gezien hun status van uitzonderingsbepaling in beginsel strikt moeten worden geïnterpreteerd.⁹¹

De conclusie dat de AWGB gezien het voorgaande nauwelijks ruimte biedt voor het aanbieden van naar sekse gescheiden goederen of diensten behoeft wel een belangrijke nuancering. Er bestaat namelijk wel ruimte voor dergelijke voorzieningen, als deze tot doel hebben om vrouwen uit een achterstandspositie te halen en zij ook onder de bepaling met betrekking tot voorkeursbehandeling in de AWGB vallen.

Het oordeel van de CGB met betrekking tot een apart cursusaanbod voor Turkse en Marokkaanse vrouwen laat zien dat het bestrijden van achterstand een legitimatie kan vormen voor naar sekse gescheiden voorzieningen.⁹² Het betrof een welzijnsorganisatie die allerhande cursussen aan-

90 In oordeel 2010-49 inzake een hammam die alleen voor vrouwen open stond, oordeelde de CGB dat dit gerechtvaardigd was met het oog op het specifieke op vrouwen gerichte aanbod van massages en dergelijke. Daarmee is sprake van dienstverlening die uitsluitend aan vrouwen kan worden verleend. Dat valt ook onder de uitzonderingsmogelijkheden die het Besluit gelijke behandeling noemt. Interessant is dat de CGB een overweging ten overvloede wijdt aan zorgen over toenemende seksesegregatie die voortvloeit uit godsdienstige overwegingen: 'De Commissie is zich ervan bewust dat het seksegescheiden aanbieden van diensten in de huidige maatschappelijke verhoudingen gevoelig ligt mede gelet op de mogelijke godsdienstig component waaraan hierbij gedacht kan worden. In de onderhavige zaak stelt de Commissie vast dat partijen niets hebben aangevoerd omtrent godsdienst. De zaak is daarmee beperkt tot de door de wetgever door middel van eerdergenoemd besluit toegekende ruimte aan mogelijk schaamtegevoelens die kunnen optreden bij intiem fysiek contact' (par. 3.7).

91 Zie voor een beknopte bespreking van de strikte invulling van de uitzonderingen in het Besluit gelijke behandeling door de CGB G.Th. Terpstra, Noot bij oordeel 2008-102 (vrouwentaxi), in: J. H. Gerards & P.J.J. Zoontjens (hoofred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p.321-324. In dit oordeel over het aanbieden van een 'vrouwentaxi', dat blijktens de door de annotator geraadpleegde website van het betrokken taxibedrijf mede was ingegeven door het feit dat er vrouwen zijn die vanwege hun geloofsovertuiging geen taxi willen met een mannelijke chauffeur, komt de CGB niet toe aan een toetsing aan artikel 2 lid 2 sub a. De CGB acht het in geding zijnde nadeel voor mannen dusdanig gering dat zij het verzoek om een oordeel te geven afwijst.

92 Oordeel 2005-225.

bood die voor iedereen open stonden, maar ook een deel van haar aanbod specifiek richtte op Turkse en Marokkaanse vrouwen. Mannen en autochtone vrouwen werden niet toegelaten tot die cursussen. Sommige daarvan waren goedkoper dan vergelijkbare gemengde cursussen in verband met de beschikbaarheid van overheidssubsidies ten behoeve van de integratie van Turkse en Marokkaanse vrouwen.

Hoewel de klacht hierover van een autochtone vrouw alleen onderscheid op grond van ras betrof en de CGB zich in haar oordeel daartoe ook beperkt, lijkt een vergelijkbare benadering voor de hand te liggen als ook het seksonderscheid in de beoordeling zou worden betrokken. De CGB overweegt in haar oordeel dat de vraag of een naar ras gescheiden aanbod in het licht van de AWGB is toegestaan afhangt van het oordeel of het gezien kan worden als een door de AWGB toegestane vorm van voorkeursbehandeling. De CGB concludeert dat dit voor de meeste cursussen die ter discussie staan het geval is. Zij zijn gericht op het doorbreken van het maatschappelijke isolement waarin de betrokken doelgroepen zich bevinden of op specifieke problemen die zij ondervinden. Met betrekking tot de eveneens exclusief aan deze groepen aangeboden computer-cursus komt de CGB tot een andere conclusie, aangezien bij die cursus de leden van de doelgroep al min of meer in dezelfde positie zullen verkeren als andere geïnteresseerden in de cursus. Verder overweegt de CGB dat gesegregeerde cursussen die zijn ingegeven om integratie te bevorderen met het oog op diezelfde integratie alleen tijdelijk acceptabel zijn:

*'Verzoekster heeft er terecht op gewezen dat cursussen waaraan niet alleen Marokkaanse of Turkse vrouwen deelnemen, eerder zullen bijdragen aan integratie dan exclusieve cursussen, terwijl gemengde cursussen tevens een betere wederzijdse bekendheid van de cursisten tot voordeel hebben. Het risico van langdurige gesegregeerde activiteiten, in welke vorm dan ook, is immers bestendinging van een bestaande, gesegregeerde situatie. Daarom is een exclusieve toegang tot cursussen die gericht zijn op het aanleren van bepaalde vaardigheden, terwijl er ten opzichte van andere groepen geen bijzondere redenen zijn waarom het gebrek aan die vaardigheden juist voor deze groep problematisch is, niet proportioneel.'*⁹³

Een zelfde benadering lijkt zoals opgemerkt in het licht van de sterk vergelijkbaar geformuleerde bepaling in de AWGB met betrekking tot voorkeursbehandeling ten behoeve van vrouwen voor de hand te liggen. Dat neemt niet weg dat er een cruciaal verschil blijft bestaan met door godsdienst ingegeven seksesegregatie.

In de eerste plaats gaat het initiatief voor het aanbieden van gesegregeerde voorzieningen in het kader van voorkeursbehandeling uit van de aanbieder van de diensten, als onderdeel van een bepaald beleid en kan dit aanbod niet worden afgedwongen door de (potentiële) afnemers. In de tweede plaats is een gesegregeerd aanbod in het kader van voorkeursbehandeling ingegeven door de feitelijke achterstandspositie van de betreffende groepen en ook alleen op die grond te legitimeren. De AWGB kent geen mogelijkheid van voorkeursbehandeling ten behoeve van bepaalde godsdienstige groepen. De religieus geïnspireerde wensen van de doelgroep zijn in die zin dus niet relevant. Bovendien dient voorkeursbehandeling een tijdelijk karakter te hebben. Een recent oordeel van de CGB lijkt dit te bevestigen.⁹⁴ Aan de orde was de vraag of het aanbieden van aparte sporturen voor migrantenvrouwen kon worden aangemerkt als voorkeursbehandeling in de zin van de AWGB. Daarbij wordt door klager, Stichting Meldpunt Discriminatie Regio Amsterdam, gewezen op de negatieve neveneffecten, zoals bestendinging van het isolement van de doelgroep en segregatie. De CGB is van oordeel dat de bepaling in de AWGB met betrekking tot voorkeursbehandeling niet van toepassing is, nu de betreffende organisatie er geen blijk van geeft het gescheiden aanbod te zien als een tijdelijke voorziening voor de betreffende vrouwen. Zij toetst niet of het aparte aanbod steeds noodzakelijk is en of betrokkenen niet door kunnen

93 Oordeel 2005-225, paragraaf 5.19.

94 Oordeel 2010-46.



stromen naar gemengde groepen.

De conclusie is dat de AWGB zeer weinig ruimte laat voor naar sekse gesegregeerd aanbod van diensten of voorzieningen dat voortkomt uit religieus geïnspireerde wensen van de afnemers. Voorkeursbehandeling biedt langs een omweg wel een mogelijkheid voor een gesegregeerd aanbod dat grotendeels kan samenvallen met de groep die zulke godsdienstig geïnspireerde wensen kan hebben, maar dat is dan alleen op grond van de aanwezigheid van de achterstandspositie legitiem.

In het licht van deze conclusie verdient een aantal oordelen van de CGB aandacht waarin de Commissie niettemin meer ruimte voor naar sekse gescheiden voorzieningen heeft geschapen. In deze oordelen concludeert zij dat het aanbieden van naar sekse gescheiden voorzieningen soms niet alleen geoorloofd kan zijn, maar zelfs aangewezen. De problematiek van naar sekse gescheiden voorzieningen komt in de betreffende oordelen echter niet aan de orde via artikel 2 lid 2 sub a AWGB of via voorkeursbehandeling, maar in het kader van claims van indirect onderscheid op grond van godsdienst. In de volgende paragraaf wordt daar nader op ingegaan.

4 Toetsing bij indirect onderscheid

Indirect onderscheid in de AWGB is wat cryptisch gedefinieerd in relatie tot direct onderscheid, zoals blijkt uit de omschrijving van beide begrippen in artikel 1:

'In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- a. onderscheid: direct en indirect onderscheid, alsmede de opdracht daartoe;
- b. direct onderscheid: onderscheid tussen personen op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat;
- c. indirect onderscheid: onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan die bedoeld in onderdeel b, dat direct onderscheid tot gevolg heeft.'

De CGB interpreteert deze bepaling in navolging van de begripsbepaling onder het EU-recht zodanig dat onder indirect onderscheid moet worden verstaan onderscheid op grond van een neutraal criterium, voorschrift of handelen dat personen bijzonder treft in verband met één of meer in de wet genoemde gronden.⁹⁵

Artikel 2 lid 1 AWGB bepaalt wanneer indirect onderscheid kan worden gerechtvaardigd:

'Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet ten aanzien van indirect onderscheid indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.'

De CGB heeft in haar oordelen een nadere invulling aan deze toets gegeven. De toets volgt een vast stramien.⁹⁶ Om te beginnen moet er sprake zijn van een legitiem doel dat voldoende zwaarwegend is dan wel beantwoordt aan een werkelijke behoefte van de organisatie. Voorts mag het doel geen discriminerend oogmerk hebben. Het middel dat wordt gehanteerd om het doel te bereiken moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend als het geschikt is om het doel te bereiken (=effectiviteitstoets). Het middel is noodzakelijk als het doel niet kan worden bereikt met een ander middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is (=subsidiariteitstoets), en het middel in evenredige verhouding staat tot het doel (=proportionaliteitstoets).⁹⁷ De diverse onderdelen van de toets zijn cumulatief en vormen een stappenschema.

⁹⁵ Zie bv. Naar een discriminatievrije school. Advies Commissie gelijke behandeling inzake gelijke behandeling in het onderwijs (advies 2008-3), Utrecht: CGB 2008, p. 6.

⁹⁶ Idem.

Dat betekent dat als aan een onderdeel niet is voldaan, men aan de volgende delen van de toets niet meer toekomt. Is bijvoorbeeld niet voldaan aan de eis van een legitiem doel, dan is verdere toetsing niet meer nodig. Het indirecte onderscheid is dan niet objectief gerechtvaardigd. Hieronder wordt nader ingegaan op de concrete toepassing van deze toets bij een aantal geselecteerde oordelen die voor dit onderzoek van bijzonder belang zijn: de oordelen inzake de gewetensbezwaarde trouwambtenaar, de oordelen inzake 'handen schudden' en oordelen die verband houden met naar sekse gesegregeerde voorzieningen die voortkomen uit op godsdienstige overtuiging gestoelde wensen. Het gaat in dit kader om zaken waarbij via een klacht over indirect onderscheid in feite een botsing van gelijkheidsrechten aan de orde komt. Het gaat dan dus veelal bij uitstek om niet in de AWGB voorziene en geregelde botsingen van gelijkheidsrechten.

4.1 De gewetensbezwaarde trouwambtenaar

Benadering door de CGB

De oordelen met betrekking tot de trouwambtenaren die op grond van hun geloofsovertuiging geen paren van gelijk geslacht willen huwen zijn bijzonder interessant voor dit onderzoek over de toereikendheid van het afwegingskader van de AWGB, omdat de CGB hierover twee uiteenlopende oordelen heeft geveld. In beide oordelen staat ter discussie of een gemeente in strijd met de AWGB handelt als zij iemand niet als trouwambtenaar wil (her)benoemen als betrokkene op grond van zijn of haar godsdienstige overtuiging geen homoseksuele paren wil huwen, maar alleen paren die bestaan uit een man en een vrouw.⁹⁷ Deze vraag kwam op naar aanleiding van de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht. In 2002 oordeelt de CGB dat de AWGB deze handelwijze van de gemeente niet toestaat. Naar aanleiding van het regeerakkoord van het kabinet Balkenende IV enkele jaren later, waarin een passage was opgenomen over de gewetensbezwaarde trouwambtenaar en het homohuwelijk, laaide de maatschappelijke en politieke discussie over dit vraagstuk weer op. Toen de CGB in het voorjaar van 2008 opnieuw over een klacht in dezen te oordelen kreeg kwam de Commissie tot een andere uitkomst.⁹⁸ Naar aanleiding van het oordeel uit 2008 heeft de CGB ook een advies opgesteld om nader uitleg te geven over haar benadering van deze problematiek.⁹⁹

Komt de andere uitkomst voort uit de toepassing van een ander afwegings- of toetsingskader of slechts uit een andere afweging onder toepassing van hetzelfde kader? In beide oordelen constateert de CGB dat de eis dat iedere trouwambtenaar bereid moet zijn alle huwelijken te sluiten, dus inclusief die van paren van gelijk geslacht, indirect onderscheid oplevert. De Commissie acht het een feit van algemene bekendheid dat de eis om ook paren van gelijk geslacht te huwen vooral voor personen met een bepaalde religieuze achtergrond bezwaren oplevert en zij dus in overwegende mate door die eis worden getroffen.

Bij de beoordeling van de vraag of voor het indirecte onderscheid een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat lopen de twee oordelen echter uiteen. In het oordeel uit 2002 acht de CGB geen objectieve rechtvaardiging aanwezig, in 2008 wel. In het eerste oordeel is de vraag of er sprake is van een legitiem doel al het struikelblok voor de gemeente. De CGB acht het doel om uitvoering te geven aan de Wet openstelling huwelijk wel legitiem, maar niet zwaarwegend genoeg nu er voldoende andere trouwambtenaren beschikbaar zijn om het doorgaans geringe aantal huwelijken van paren van gelijk geslacht te voltrekken:

97 Het kan in voorkomend geval ook gaan om een geregistreerd partnerschap in plaats van een huwelijk, maar dat laat ik verder buiten beschouwing.

98 In feite gaat het in 2002 om twee oordelen, oordeel 2002-25 en 2002-26, en in 2008 om oordeel 2008-40.

99 Trouwen? Geen bezwaar. Advies Commissie gelijke behandeling inzake gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand (advies 2008-4), Utrecht: CGB 2008.



'Het doel van verweerder is het zeker stellen dat alle (b)absen [(buitengewoon) ambtenaren van de burgerlijke stand] die voor de gemeente werkzaam zijn zonder uitzondering aan de nieuwe wetgeving uitvoering geven, mede gelet op het doel dat wordt beoogd met die wet, namelijk de gelijke behandeling bij verschillende huwelijksvormen.

Dit is in ruime zin een legitiem doel, maar - gelet op de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval - evenwel in casu niet zwaarwegend genoeg.

De wetgever heeft bij de totstandkoming van de wet het standpunt gehuldigd dat de gemeenten zelf een oplossing mogen creëren voor gewetensbezwaarden. De gemeenten dienen hierbij zowel het recht op gelijke behandeling als de vrijheid van godsdienst te respecteren. Nu er zeven (b)absen in dienst zijn die geen gewetensbezwaren hebben tegen het voltrekken van een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht, is afdoende gewaarborgd dat homohuwelijken zonder enig probleem en op gelijke voet met andere huwelijken worden voltrokken. De gemeente kan in die zin dus aan haar wettelijke verplichtingen tegemoetkomen. Het daarnaast zeker stellen dat ook verzoekster dergelijke handelingen verricht gaat verder dan de wet van hen vraagt en dient ook geen zwaarwegend gemeentelijk belang.¹⁰⁰

De CGB suggereert met deze overwegingen dat er geen wezenlijk probleem van discriminatie is zolang er voldoende trouwambtenaren zijn die geen gewetensbezwaren hebben tegen het voltrekken van een huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht en homohuwelijken als zodanig dus zonder probleem en op gelijke voet met andere huwelijken kunnen worden voltrokken. Je zou kunnen zeggen dat in dit geval individuele ambtenaren weliswaar onderscheid maken op grond van homoseksuele gerichtheid, maar dat de gemeente als zodanig dat niet doet zolang ieder paar ongeacht hun seksuele gerichtheid door de gemeente in de echt wordt verbonden. In het tweede oordeel komt de CGB expliciet op deze redenering terug. De CGB is van oordeel dat ze het feit dat er voldoende andere trouwambtenaren aanwezig waren ten onrechte heeft laten meewegen bij de toets of er sprake is van een legitiem doel. Uitvoering van de Wet openstelling huwelijk is in zichzelf wel een legitiem en voldoende zwaarwegend doel. Na te hebben geoordeeld dat het middel in ieder geval geschikt is om het doel te bereiken, neemt de Commissie het punt dat er voldoende andere trouwambtenaren zonder gewetensbezwaren beschikbaar zijn vervolgens mee bij de vraag of het middel daarvoor ook noodzakelijk is. Wat de noodzakelijkheidstoets betreft, blijkt de beschikbaarheid van andere ambtenaren echter niet langer doorslaggevend. De CGB benadrukt nu dat de verplichting om de Wet openstelling huwelijk uit te voeren ook de verplichting omvat 'om bij de uitvoering van haar taken niet in strijd te handelen met het discriminatieverbod. Dat geldt te meer nu van de overheid mag worden verwacht dat zij zelf het goede voorbeeld geeft.'¹⁰¹ Uiting geven aan een godsdienst zoals in het onderhavige geval aan de orde is wordt weliswaar ook beschermd, maar godsdienstvrijheid is geen absoluut recht, aldus de CGB, en wordt begrensd door de rechten van anderen. En die zijn in casu wel degelijk in het geding:

'Verzoeker vraagt immers niet om een vrijstelling van de werkzaamheden als zodanig, of de plaats of het tijdstip van uitvoering, maar om de werkzaamheden van een buitengewoon ambtenaar niet te hoeven uitvoeren ten aanzien van een specifieke groep personen. Verzoeker vraagt verweerder om hem, in de uitoefening van de door hem geambieerde functie, de gelegenheid te geven onderscheid te maken tussen twee groepen bruids- en partnerschapsparen, te weten man/vrouw-paren enerzijds en vrouw/vrouw- en man/man-paren anderzijds. Dit druist in tegen het gelijkheidsbeginsel.'¹⁰²

Vervolgens oordeelt de CGB dat bij een beoordeling van deze botsing in het licht van het proportionaliteitsbeginsel het verbod van discriminatie op grond van homoseksuele gerichtheid prevaleert:

100 Oordeel 2002-25 par. 5.8.

101 Oordeel 2008-40, par. 3.26.

102 Idem par. 3.27.

*'De wetgever heeft bepaald dat personen met een homoseksuele gerichtheid worden beschermd tegen discriminatie en uitsluiting, op gelijke voet met personen met een godsdienstige overtuiging. Als verweerder een uitzondering maakt en verzoeker toestaat om geen huwelijken te sluiten of partnerschappen te registreren tussen personen van hetzelfde geslacht, dan staat hij daarmee toe dat verzoeker een door de wet beschermde groep discrimineert. Het faciliteren van een dergelijke uiting van godsdienst, met dermate verstrekkende gevolgen voor de rechten van een door de wet beschermde groep personen, zal naar het oordeel van de Commissie niet snel gerechtvaardigd kunnen zijn.'*¹⁰³

De Commissie voegt daar aan toe dat naar haar oordeel geen ander, minder onderscheid makend middel dan de gestelde functie-eis voorhanden is als het gaat om een buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand, wiens enige taak bestaat uit het sluiten van huwelijken. 'De enige manier om onderscheid tussen hetero- en homoparen te voorkomen, is om een gewetensbezwaarde buitengewoon ambtenaar geheel vrij te stellen van het sluiten van huwelijken en partnerschapsregistraties. Dit heeft echter tot gevolg dat er geen taken meer resteren en kan derhalve niet gelden als een alternatief.'¹⁰⁴ Daarmee is dus ook voldaan aan de subsidiariteitstoets. De CGB concludeert tot slot nog eens nadrukkelijk: 'De in de eerdere oordelen van de Commissie (2002-25 en 2002-26) gehonoreerde praktische oplossing is derhalve niet langer aan de orde'.¹⁰⁵ Het afwegingskader nader bekeken

Hoe men de uitkomst van deze oordelen ook waardeert, de afwegingen die in het kader van de objectieve rechtvaardigingstoets moeten worden gemaakt, blijken naar verschillende kanten te kunnen uitvallen. Dat is niet het gevolg van toepassing van uiteenlopende toetsingskaders, maar van een verschil in de concrete afweging. Dat blijkt niet alleen uit de verschillende uitkomsten van de beide oordelen van de CGB zelf, maar ook uit de zeer uiteenlopende commentaren in de wetenschappelijke literatuur. Als een ding daaruit duidelijk wordt dan is het dat niet iedereen hetzelfde gewicht toekent aan de in het geding zijnde belangen. Zo achten sommige commentatoren de gevolgen voor de rechten van anderen anders dan de CGB helemaal niet 'verstrekkend', zolang de gemeente er voor zorgt dat er altijd een trouwambtenaar beschikbaar is om paren van gelijk geslacht te huwen.¹⁰⁶

Het afwegingskader van de AWGB toont in deze zaken al met al de nodige flexibiliteit. Het biedt de ruimte om de aan beide zijden in het geding zijnde rechten en belangen af te wegen. Cruciaal lijkt dan om al die rechten en belangen ook goed en zorgvuldig in kaart te brengen en de uiteindelijke afweging zo inzichtelijk mogelijk te maken.

4.2 Handen schudden

Benadering door de CGB

In de afgelopen jaren heeft de CGB zich diverse keren gebogen over zaken waarin de bezwaren van islamitische gelovigen ter discussie stonden die op grond van hun geloof geen handen willen schudden met personen van het andere geslacht. Staat de AWGB er aan in de weg om van (toekomstige) medewerkers te eisen dat zij volgens Nederlands gebruik handen schudden met personen ongeacht hun geslacht, bijvoorbeeld met cliënten, collega's, leerlingen of ouders? Na een wisselvallige start lijkt de CGB tot een consistente beoordelingslijn te zijn gekomen. Een eis om met iedereen ongeacht geslacht handen te schudden, wordt in beginsel gekwalificeerd als indirect onderscheid op grond van godsdienst. Mensen die vanwege hun geloof geen hand willen geven aan personen van het andere geslacht kunnen immers niet aan die eis voldoen, terwijl mensen zonder of met een andersoortige of anders beleefde geloofsovertuiging daar geen beperking van ondervinden. De verplichting treft dan hoofdzakelijk mensen met een bepaalde

103 Idem.

104 Idem, par. 3.29.

105 Idem, par. 3.30.

106 Zie bv. J.P. Loof, CGB sluit deur voor gewetensbezwaarde trouwambtenaren, NCJM-Bulletin 2008, p. 791-806.



godsdienselijke overtuiging, zoals de islamitische.¹⁰⁷

De vervolgvraag is dan of er voor het gemaakte onderscheid een objectieve rechtvaardiging aanwezig is. Dat kan alleen op grond van de concrete omstandigheden van het geval worden vastgesteld. Daarbij lijkt de CGB twee situaties te onderscheiden.

De eerste situatie betreft het geval dat betrokkene bereid is om iedereen seksneutraal te begroeten, zij het op een andere wijze dan door fysiek contact. In dat geval is er geen sprake meer van een gedraging waarbij direct onderscheid op grond van sekse wordt gemaakt en is daarmee, in ieder geval op het oog, geen sprake meer van een botsing van gelijkheidsrechten. In deze situatie lijkt de CGB niet snel aan te nemen dat er sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor de eis om met iedereen handen te schudden. Daarbij is de toets of er sprake is van een legitiem doel meestal niet het struikelblok. Het doel wordt veelal geformuleerd als een streven naar respectvolle omgangsvormen en duidelijkheid daarover en de CGB accepteert dat streven als een legitiem doel.¹⁰⁸

De toets met betrekking tot de geschiktheid van het middel daarentegen levert wel al snel een struikelblok op. De Commissie acht de verplichting om met iedereen ongeacht geslacht handen te schudden niet snel geschikt aangezien er tal van andere respectvolle manieren van begroeten denkbaar zijn en het streven naar fatsoenlijke omgangsvormen dus niet per se impliceert dat bij het begroeten een hand wordt gegeven. De CGB maakt daarbij vooralsnog alleen een uitzondering als handen schudden als functie-eis kan worden gezien: 'Dit kan pas anders zijn' aldus de CGB 'indien het geven van een hand zou moeten worden beschouwd als essentieel voor een bepaalde functie of opleiding'.¹⁰⁹ Verder eist de CGB van betrokkenen dat zij bereid zijn uitleg te geven over de achtergronden van hun weigering handen te schudden en de mogelijke implicaties daarvan en mee te denken en te werken aan het oplossen van de problemen die dat mee kan brengen.¹¹⁰

De tweede situatie die onderscheiden moet worden van de vorige betreft het geval dat de weigering om handen te schudden zich alleen richt op personen van het andere geslacht. In dat geval lijkt het belang van het verbod van discriminatie op grond van geslacht in beginsel zwaarder te wegen als we af gaan op oordeel 2002-22 inzake de man die solliciteerde naar de functie van reproductiemedewerker en werd afgewezen omdat hij weigerde vrouwen een hand te geven. De CGB overweegt daarbij dat de betreffende geloofsuiting 'verstreckende gevolgen [heeft] voor anderen, in casu voor vrouwen, door wie het niet geven van een hand als een ontkenning van de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen kan worden opgevat. Het belang dat verweerder beoogt te dienen is eveneens een door de AWGB rechtens beschermd belang.'¹¹¹

Het afwegingskader nader bekeken

Belangrijker dan de specifieke afweging die de CGB in deze zaken maakt, is voor dit onderzoek de vraag of de ene of de andere uitkomst wel of niet dwingend volgt uit het toetsingskader dat de AWGB biedt. Dat lijkt in het laatste geval eerder aan de orde te zijn dan in het eerste geval. In het laatste geval is er zoals gezegd wel sprake van een botsingsproblematiek. Zodra de sollicitant in dienst van de werkgever zou zijn kan dat tot strijd met de AWGB leiden. Een vrouwelijke medewerkster zou dan een klacht tegen de werkgever kunnen indienen dat hij haar tegen deze vorm van onderscheid op de werkvloer dient te beschermen. Het is immers vaste jurisprudentie van de CGB dat de AWGB een werkgever verplicht zich in te spannen om zijn personeel te vrijwaren van discriminerende bejegening door collega's. Aangezien het in dit geval zonder meer om direct onderscheid op grond van geslacht gaat, lijkt er bij een analoge toepassing van de systematiek

107 Zie bv. oordeel 2008-145 en 2007-77.

108 Zie bv. oordeel 2006-211.

109 Oordeel 2007-77.

110 Zie bv. oordeel 2009-129 (imam voor TBS-kliniek).

111 Oordeel 2002-22, par. 5.15. Het betreft een van de eerste zaken aangaande handen schudden die bij de CGB aan de orde zijn gekomen en wellicht dat het alternatief om iedereen, dus seksneutraal, op een andere wijze te begroeten nog niet in de hoofden van betrokkenen was opgekomen.

van de AWGB geen ruimte te zijn voor een rechtvaardigingsgrond, ook al is het niet de werkgever zelf die het onderscheid maakt.¹¹² Aan een afweging zoals de CGB die nu maakt zou je dan niet meer toekomen.

In het eerste geval ligt dat anders. De objectieve rechtvaardigingstoets kent een aantal afwegingsmomenten die welhaast nooit onontkoombaar tot een bepaalde conclusie zullen leiden. Dat blijkt bijvoorbeeld als men de uitkomst van de weging door de CGB vergelijkt met de weging door de Centrale Raad van Beroep in de zaak van de islamitische docente van het Vader Rijn College die werd ontslagen nadat zij bij aanvang van het nieuwe schooljaar had laten weten in het vervolg op grond van haar geloof geen handen meer te zullen schudden met mannen.¹¹³ De CGB had geoordeeld dat er geen sprake was van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor de eis dat zij iedereen ongeacht geslacht een hand dient te geven. Het doel van het bijbrengen van respectvolle omgangsvormen wordt wel legitiem geacht, maar het middel niet geschikt:

‘De Commissie oordeelt dat dit middel niet geschikt is. Het sluit weliswaar aan bij hetgeen door de meeste mensen in Nederland als gebruikelijk en respectvol wordt beschouwd, maar dat geldt niet voor iedereen, zoals blijkt uit het voorliggende geval. Met andere woorden, het nastreven van respectvolle omgang met behulp van een uniforme begroetingswijze die niet door iedereen als respectvol wordt beschouwd, is niet geschikt om die respectvolle omgang te bereiken. 3.13 Dit klemt te meer nu ook verweerster heeft beaamd dat er verschillende wijzen zijn van respectvolle begroeting’.

De Centrale Raad van Beroep daarentegen acht het hanteren van een uniform begroetingsritueel dat uitgaat van de in Nederland gebruikelijke norm niet alleen geschikt, maar ook noodzakelijk. Daarbij wijst de Raad op het feit dat de weigering handen te schudden confronterend kan overkomen, dat de docente een voorbeeldfunctie heeft en dat in feite naar ouders en leerlingen toe ook de wijze van functievervulling van de ambtenaar (het betreft een openbare school) in het geding is:

‘De weigering om in voorkomende gevallen een hand te geven en de redengeving die betrokkene daarvoor geeft - zij ervaart het schudden van handen met volwassen mannen vanuit haar geloofsovertuiging als seksuele intimidatie - kan door de ander als confronterend en onaangenaam worden ervaren en de onderlinge relaties onder druk zetten. In het geval van betrokkene doet zich dit niet alleen voor bij mannelijke collega's en bij leerlingen, voor wie betrokkene een voorbeeldfunctie heeft, maar ook extern, bij ouders en derden die bij de school zijn betrokken. Ten opzichte van deze laatste groepen is de leerkracht in de eerste plaats de vertegenwoordiging van de school en aldus bezien ziet de begroetingsregel direct op de wijze van functievervulling van de ambtenaar. In de gegeven omstandigheden is de Raad van oordeel dat een zo veel groter gewicht toekomt aan het belang van de school om ter voorkoming van segregatie en ter bevordering van de duidelijkheid in een multiculturele schoolgemeenschap uniformiteit op de wijze, zoals dat is gebeurd, te stellen boven diversiteit, dat de uniformiteit in begroetingswijze passend en noodzakelijk is te achten.’ (r.o. 7.10)

Wat opvalt, is dat de door de school aangevoerde rechtvaardigingsgrond bij de CGB al strandt op de geschiktheidseis. De CGB acht de eis dat de docente bij een begroeting iedereen een hand geeft geen geschikt middel, omdat niet iedereen handen schudden als een respectvolle manier van begroeten beschouwt. De vraag is of dat geen redenering is die zichzelf in de staart bijt. De CGB suggereert er mee dat alleen die begroetingswijzen acceptabel zijn waarover consensus bestaat. Maar is niet juist het probleem in dit soort zaken dat een (groot?) deel van de bevolking een weigering om handen te schudden als een gebrek aan respect beschouwt en dus als confronterend en/of onaangenaam, zoals de CRvB aangeeft, ook al wordt er gebruik gemaakt van een op

112 De CGB suggereert dit ook in oordeel 2006-220, maar komt aan beantwoording van de vraag niet toe: ‘Nu verweerster niet zozeer een gelijke wijze van begroeten van mannen en vrouwen door haar docenten nastreeft maar expliciet handen schudden van hen verlangt, en verzoekster in het voorliggende geval heeft verklaard bereid te zijn in het geheel af te zien van het schudden van handen, en om iedereen op eenzelfde, respectvolle wijze te begroeten, komt in dit oordeel niet aan de orde of de verlangde bereidheid om handen te schudden ongeacht geslacht noodzakelijk is om een discriminatievrije werkvloer te waarborgen.’ (par. 3.4).

113 CRvB 7 mei 2009, LJN: BI2440 en CGB oordeel 2006-220.



zichzelf wellicht respectvol alternatief? Het gebruik van het alternatief kan nu eenmaal niet goed gescheiden worden van de redengeving die er aan ten grondslag ligt en die door anderen als problematisch wordt gezien. In wezen gaat het in deze casus niet om wat in objectieve zin als respectvol is aan te merken, maar om de percepties van mensen over en weer.

Een voor dit onderzoek belangrijker aspect dat opvalt bij vergelijking van het oordeel van de CGB en de uitspraak van de CRvB: de laatste maakt niet gebruik van een ander, breder toetsingskader, maar komt onder toepassing van dezelfde criteria tot een andere afweging, doordat de Raad een groter gewicht toekent aan het belang van de school.¹¹⁴ In dit verband is opvallend dat beide instanties selectief lijken te zijn in het selecteren van de belangen die in de afweging worden betrokken. De CRvB besteedt geen aandacht aan het feit dat de weigering van de docente om handen te schudden niet alleen voortvloeit uit haar geloof, maar voor haar een onacceptabele wijze van begroeten vormt, aangezien zij het ervaart als seksuele intimidatie. Dat laatste wordt wel vermeld door de CRvB, maar nergens blijkt hoe de Raad dit aspect wel of niet heeft meegewogen. De CGB op haar beurt legt juist de nadruk op de beleving van handen schudden door de docente (en gelijkgestemden) als een onacceptabele manier van begroeten, maar besteedt nauwelijks aandacht aan de door de CRvB doorslaggevend geachte belangen van de school. De uiteenlopende uitkomsten van de toetsing aan de AWGB in de diverse zaken waarbij bezwaren tegen het schudden van handen ter discussie stond laten zien dat het van groot belang is om de belangen die in het kader van de objectieve rechtvaardigingsgrond kunnen en moeten worden afgewogen zo goed mogelijk in beeld te krijgen en te benoemen, maar dat het een afweging blijft die naar verschillende kanten kan uitvallen. Veel zal daarbij afhangen van de feitelijke striktheid waarmee aan de verschillende onderdelen van de objectieve rechtvaardigingstoets wordt getoetst.¹¹⁵

4.3 Naar sekse gesegregeerde diensten

De benadering van de CGB in de oordelen 2004-95 en 2005-86

In deze paragraaf wordt ingegaan op een aantal zaken waarin de problematiek speelt van het aanbieden van naar sekse gesegregeerde voorzieningen of diensten in verband met op godsdienst gebaseerde opvattingen en wensen van de cliënten/afnemers die niet bij de CGB aan de orde zijn gekomen via artikel 2 lid 2 sub a (aanbieden van goederen en diensten in gevallen waarin het geslacht bepalend is), maar via klachten over indirect onderscheid op grond van godsdienst. Het betreft zaken waarin islamitische vrouwen centraal staan die zonder gezichtsbedekkende sluier niet met een man willen spreken, maar alleen met een vrouw.¹¹⁶

114 Hetzelfde geldt voor de rechtbank Rotterdam in zijn uitspraak in de zaak van de sollicitant voor de functie van klantmanager bij de gemeente Rotterdam; ook de rechtbank komt onder toepassing van de AWGB tot een andere afweging dan de CGB in haar oordeel over dezelfde zaak (oordeel 2006-202), zij het dat de rechtbank geen helder toetsings-schema hanteert. Rb Rotterdam 6 augustus 2008, LJN: BD9643. Zie uitgebreider de annotatie bij deze uitspraak van E. Brems, *De inclusieve rechtsstaat geklemd tussen conflicterende grondrechten*, NJCM-Bulletin 2009, p. 179-184. Voor de rechtbank Rotterdam lijkt de weerstand die het niet schudden van handen kan oproepen een belangrijke overweging te zijn geweest om de benadering van de CGB niet te volgen. De rechtbank overweegt dat het weigeren om een hand te geven in Nederland als onbeleefd of kwetsend kan worden ervaren, vooral als die weigering wordt ingegeven doordat de betreffende persoon van het andere geslacht is. De rechtbank komt vervolgens tot de conclusie dat het door de gemeente jegens de sollicitant gemaakte indirecte onderscheid op grond van godsdienst 'noodzakelijk [is] omdat de gemeente er voor mag kiezen de in Nederland gebruikelijke begroetings- en beleefdheidsvorm jegens alle burgers in acht te nemen'.

115 Zie ook de zeer uiteenlopende commentaren bij de diverse oordelen over handen schudden: J. Tigchelaar, *Respect! Handen schudden II* (noot bij oordeel 2006-5), NJCM-Bulletin, 2006, p. 833-843; B.P. Vermeulen, *Handen schudden op school?* (noot bij oordeel 2006-220) in: J.H. Gerards, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 363-369; L.C. Groen & B.P. Vermeulen, *Rechtbank Utrecht*, 30 augustus 2007, AB 2007, 307; J.H.G.E. van Hedel, *Rechtbank Utrecht*, 30 augustus 2008, TAR 2007, afl. 1, p. 3; M.L.M. van de Laar, *Rechtbank Rotterdam*, 6 augustus 2008, GST 2008, 132; L.C. Groen & B.P. Vermeulen, *Centrale Raad van Beroep*, 7 mei 2009, AB 2009, 280.

116 De navolgende weergave en analyse van de oordelen van de CGB is voor een groot deel rechtstreeks ontleend aan M.L.P. Loenen, *Gezichtsbedekkende sluiers: toestaan of beperken?* NJCM-Bulletin 2006, p. 984-996.

In de eerste van de te bespreken zaken bij de CGB vraagt een directeur van een basisschool zelf om een oordeel van de CGB over zijn beslissing om niet in gesprek te treden met een moeder die haar kind wilde komen aanmelden bij de school, vanwege het feit dat zij een gezichtsbedekkende sluier droeg die alleen haar ogen vrij liet.¹¹⁷ Dit aanmeldingsgesprek heeft slechts tot doel om na te gaan of de betrokken leerling bij de school wel bij het juiste schooltype terecht komt; er is geen toelatingsbeleid. De directeur heeft geen problemen om dit gesprek aan te gaan met ouders die slecht Nederlands spreken, hem geen hand willen geven of niet aan willen kijken, maar hij wil niet spreken met iemand die een gezichtsbedekkende sluier draagt. Hij heeft daar twee redenen voor. Om te beginnen is wat hem betreft een goede communicatie met de moeder niet mogelijk omdat het non-verbale deel ontbreekt. Verder is een, minder belangrijke, reden voor hem dat het dragen van een gezichtsbedekkende sluier de deelname van de ouder aan activiteiten op school belemmert omdat het problemen oproept bij andere ouders. Hij dient daar ook rekening mee te houden. Door de weigering van de directeur is het kind niet ingeschreven op de school.

De CGB is van oordeel dat er sprake is van indirect onderscheid op grond van godsdienst, dat een objectieve rechtvaardiging behoeft. Toepassing van de daarbij horende toets brengt de CGB tot de conclusie dat het handelen van de directeur niet gerechtvaardigd is. Om te beginnen betwijfelt de CGB of wel voldaan is aan het geschiktheids criterium, aangezien het gemis van de non-verbale communicatie het verkrijgen van de benodigde informatie weliswaar belemmert, maar een weigering om te communiceren daar evenzeer aan in de weg staat. De voor de inschrijving benodigde informatie kan ook zonder de non-verbale communicatie makkelijk worden verkregen: 'De voor inschrijving van een kind benodigde informatie hoeft voor een goed verstaander niet verborgen te blijven, ook niet als het gelaat van de gespreksgenoot bedekt is'¹¹⁸. Ook had in dit verband een vrouwelijk teamlid bij het gesprek kunnen worden betrokken. Verder is de CGB van oordeel dat niet is voldaan aan de eis van proportionaliteit. Het effect van de weigering is dat het kind niet is ingeschreven op de school. Dat is disproportioneel ten opzichte van de beperkte toegevoegde waarde van het betreffende gesprek, nu immers nagenoeg alle kinderen worden toegelaten.

Ten aanzien van het tweede argument van de directeur geeft de Commissie aan dat in zijn algemeenheid geen uitspraak kan worden gedaan over de vraag of dit argument een objectieve rechtvaardiging kan opleveren. Dat zal telkens afhangen van de aard van de activiteit en de context waarin die plaatsvindt:

'De Commissie is van oordeel dat het onontkoombaar is om per activiteit na te gaan of het passend en noodzakelijk is om te weigeren een moeder met een gezichtsbedekkende sluier in te schakelen, dan wel toe te laten bij bepaalde schooltaken. Daartoe zal steeds moeten worden overwogen hoe het belang van een goede non-verbale communicatie zich verhoudt tot het belang van de moeder om bij activiteiten van de school van haar kind te zijn betrokken. Als het gaat om contact met de moeder in het kader van een gesprek over het kind, dan lijkt het in de rede – indien dit in het belang van een optimale communicatie onontbeerlijk is – een gesprek zo nodig mogelijk te maken door inschakeling van een derde, hetzij een vrouwelijk teamlid, hetzij de vader of een vertrouwenspersoon van de moeder'¹¹⁹.

Het tweede te bespreken oordeel betreft ook een verzoek over eigen handelen. Dit keer verzoekt een instelling van sociaal raadsliden om een oordeel van de Commissie over haar beleid om in verband met een goede communicatie van cliënten te eisen dat zij gezichtsbedekkende kleding afleggen tijdens een gesprek met een van de sociaal raadsliden, man of vrouw.¹²⁰ Cliënten hebben in beginsel geen vaste raadsman of -vrouw, maar worden geholpen op volgorde van binnenkomst en beschikbaarheid van de betreffende raadsliden. Voor een goede hulpverlening is het naar het oordeel van de organisatie essentieel om oogcontact te hebben om te kunnen

117 Oordeel 2004-95.

118 Oordeel 2004-95, par. 4.18.

119 Idem, par. 4.24.

120 Oordeel 2005-86



beoordelen of alles is begrepen, of dat het nodig is om door te vragen en dergelijke. Non-verbale expressie biedt dus essentiële informatie voor het kunnen voeren van een goed adviesgesprek. Als cliënten weigeren aan het verzoek te voldoen, wordt de dienstverlening beëindigd. Net als bij de directeur van de basisschool acht de CGB de handelwijze van de organisatie niet objectief gerechtvaardigd om dit indirecte onderscheid op grond van godsdienst te kunnen accepteren. Onder verwijzing naar haar oordeel in die zaak geeft de CGB aan om dezelfde redenen niet overtuigd te zijn van de geschiktheid van het middel. Verder acht zij het middel sowieso niet noodzakelijk om het gestelde doel te bereiken. Aan de eis van subsidiariteit is niet voldaan: het gemis aan non-verbale communicatie kan voor een belangrijk deel worden opgeheven door betrokkene aan een vrouwelijke medewerker toe te bedelen. De instelling heeft voldoende vrouwelijke raadslieden in dienst om dat te organiseren.

Het afwegingskader nader bekeken

De afweging van de CGB in deze zaken hangt op de vraag of de eis aan cliënten of andere afnemers van diensten om hun gezichtsbedekkende sluier af te leggen, ongeacht of zij met een man of een vrouw van doen hebben, een geschikt en noodzakelijk middel is om een goede communicatie te waarborgen. De CGB betwijfelt of het middel geschikt is, maar acht het sowieso niet noodzakelijk. In beide gevallen is een belangrijke reden voor de CGB om tot dit oordeel te komen dat de betreffende instelling een vrouwelijke medewerker als gesprekspartner aan kan wijzen. In feite concludeert de CGB dus dat niet is voldaan aan de subsidiariteitseis.

Wat opvalt in deze oordelen is dat de CGB geen aandacht besteedt aan de botsingsproblematiek die aan de orde is als zij zowel in de zaak van de ouder als de sociaal raadslieden aangeeft dat een oplossing kan worden gevonden door betrokkene te laten helpen door een vrouwelijke medewerker. De CGB lijkt daarmee voorbij te gaan aan het probleem dat deze benadering de poort wijd open kan zetten voor het ontstaan van allerlei vormen van seksesegregatie. Dat klemmt temeer nu de betrokken vrouwen op grond van de AWGB in feite een recht op gesegregeerde voorzieningen krijgen doordat aan de dienstverlenende instellingen een verplichting wordt opgelegd om de cliënten een vrouwelijke medewerker als gesprekspartner aan te bieden (althans als zij de kwaliteit van hun dienstverlening hoog willen houden en dus geen gezichtssluiers tijdens gesprekken willen accepteren).

Deze invulling van de objectieve rechtvaardigingstoets, in het bijzonder van een strikte toepassing van de subsidiariteitstoets, zou kunnen leiden tot verplichte en systematische segregatie op allerlei terreinen. Ook anderen dan boerkadraagsters lijken immers te kunnen betogen dat hun godsdienstig geïnspireerde wensen omtrent het uit de weg gaan van bepaalde vormen van contact met mannen moeten worden gehonoreerd, omdat er anders sprake is van een ongerechtvaardigd indirect onderscheid op grond van godsdienst. Te denken valt aan de islamitische vrouw die in een ziekenhuis vraagt om behandeld te worden door een vrouwelijke arts of verpleegkundige in plaats van een mannelijke. Of die vraagt om aparte wachtkamers voor mannen en vrouwen. Ook kan men denken aan een werkneemster die op grond van haar geloof geen kamer wil delen met een mannelijke collega of in de kantine aan een aparte 'vrouwentafel' wil kunnen lunchen. Ook in dit soort situaties is een oplossing die voorziet in gescheiden voorzieningen voor mannen en vrouwen veelal best wel mogelijk. Maar een andere vraag, die in de benadering van de CGB geen aandacht krijgt, is of dat ook acceptabel is gezien het seksesonderscheid dat er in besloten ligt.

De normstelling van de AWGB zelf lijkt daarover gezien de restrictieve invulling van artikel 2 lid 2 sub a vrij helder. Naar sekse gescheiden aanbod van goederen en diensten is slechts in zeer beperkte gevallen toegestaan, en dat is waar de verplichting voor de school respectievelijk sociaal raadslieden op uitdraait. Daarnaast omvat de AWGB naar vaste jurisprudentie van de Commissie voor een werkgever ook de verplichting om zijn werknemers te vrijwaren van een discriminerende werkomgeving. De vraag of dat niet ook geldt voor de werkgever van de school-directeur en de sociaal raadslieden komt niet aan de orde (het feit dat noch de moeder en de schooldirecteur, noch de cliënte van de sociaal raadslieden is onderworpen aan de normstelling

van de AWGB doet dan niet ter zake). Tot slot is in het licht van de AWGB problematisch dat een verplichting om naar sekse gescheiden voorzieningen aan te bieden ook kan leiden tot onderscheid op grond van geslacht bij het werven en aanstellen van personeel. Ook dat blijft in de benadering van de CGB buiten beeld. Als vrouwen die een gezichtsbedekkende sluier niet af willen leggen recht hebben op een vrouwelijke gesprekspartner zal een instelling zich gedwongen zien daarmee bij de aanstelling rekening te houden. De WGB m/v biedt daarvoor echter maar zeer beperkte ruimte en de CGB toetst de betreffende bepalingen zeer strikt.¹²¹

Gezien het voorgaande is het dus de vraag of de AWGB zelf niet in de weg staat aan de lijn die de CGB in de hierboven besproken oordelen met betrekking tot gezichtsbedekkende sluiers heeft ingezet. Tegelijk valt te constateren dat de wijze waarop de CGB in deze zaken de objectieve rechtvaardigingstoets toepast bijzonder strikt zo niet rigide is. Dat geldt in het bijzonder voor de subsidiariteitstoets. De Commissie lijkt er in deze oordelen van uit te gaan dat alleen aan de subsidiariteitstoets is voldaan als een alternatieve, niet-discriminerende oplossing onmogelijk is. Dat lijkt een nogal absolute eis waaraan welhaast nooit voldaan zal zijn.¹²² Het lijkt er op dat bij de subsidiariteitstoets proportionaliteit geen rol speelt. Wellicht heeft dit te maken met het feit dat de subsidiariteitstoets in het stappenschema dat de CGB hanteert vóór de proportionaliteitstoets komt. Hoe dit ook mag zijn, de CGB bekijkt niet of de alternatieven die voorhanden zijn reëel zijn of dat daaraan zoveel bezwaren kleven dat men die in redelijkheid toch eigenlijk ook niet van de verweerder kan verwachten. Zo wordt van de schooldirecteur verwacht dat hij iedere keer als er een gesprek met de moeder plaats moet vinden een vrouwelijke vervanger organiseert of alsnog de vader oproept. Bovendien wordt verwacht dat hij bij iedere schoolactiviteit waarbij deze moeder is betrokken gaat overleggen, afwegen en vervolgens uitleggen aan alle betrokkenen waarom het voor de ene activiteit wel geoorloofd is om van de vrouw te verlangen dat ze haar gezichtsbedekkende sluier aflegt en in het andere geval niet. De CGB besteedt geen aandacht aan de vraag of dat, hoewel allemaal niet onmogelijk, nog wel proportioneel is in het licht van alle andere bezwaren die er in dit soort situaties tegen het dragen van een dergelijke sluier bestaan. Evenmin gaat de CGB in op de vraag hoe proportioneel een en ander is als dat wordt afgezet tegen het offer dat van de betrokken vrouw wordt gevraagd.

Dit laatste punt roept ook vragen op over de manier waarop de CGB de proportionaliteitstoets invult. De vraag of van de vrouw een klein of een groot offer wordt gevraagd lijkt, uitsluitend omdat het een godsdienstig geïnspireerde uiting betreft, buiten de proportionaliteitstoets te blijven. Dat lijkt mij onjuist in de zin dat ook voor de gelovigen zelf niet alle beperkingen van godsdienstige manifestaties even ernstig zijn. Zoals ook ten aanzien van de oordelen met betrekking tot handen schudden is geconstateerd, heeft de CGB hier in haar afwegingen nauwelijks oog voor.¹²³ Maar niet iedere beperking leidt tot even sterke (gewetens)bezwaren. In het licht van een proportionaliteitstoets is van groot belang in welke mate daarvan sprake is. Hoe ernstiger een inbreuk is, hoe zwaarder de argumenten zullen moeten zijn om die inbreuk te kunnen rechtvaardigen. Maar ook andersom: een inbreuk die minder zwaar is behoeft een minder zware

121 Zie bijvoorbeeld oordeel 2005-8 (Raad en Daadwinkel).

122 Ook Tigchelaar geeft in haar annotatie bij oordeel 2006-51 aan dat de CGB de 'harde' eis stelt of er sprake is van een 'feitelijke onmogelijkheid'. Zij onderschrijft die toets, zie J. Tigchelaar, *Respect! Handen schudden II*, NJCM-Bulletin 2006, p. 838-843.

123 Vgl. Gerards die wijst op het feit dat bij de indirecte discriminatietoets een echte belangenafweging er nogal eens bij inschiet, zie J.H. Gerards, *Het toetsingsmodel van de CGB voor de beoordeling van indirect onderscheid*, in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 77-95.



rechtvaardiging.¹²⁴

De conclusie van dit alles is dat de CGB het afwegingskader van de AWGB in de oordelen met betrekking tot de schooldirecteur en de sociaal raadsliden wel bijzonder stringent heeft toegepast. Bij de noodzakelijkheidstoets, in het bijzonder de subsidiariteitstoets, lijkt de proportionaliteit daarmee voor een deel uit beeld te zijn verdwenen. Als de subsidiariteitstoets wordt ingevuld als 'een alternatief is onmogelijk' dan zal daaraan welhaast nooit zijn voldaan.

Verder zijn de consequenties van de betreffende oordelen problematisch (dat wil zeggen de verplichting om naar sekse gescheiden aanbod te doen en dus direct sekseonderscheid te maken), zeker als het aantal gevallen waarin op vergelijkbare wijze een beroep op de AWGB zou worden gedaan veel groter zou worden en op vergelijkbare wijze zou moeten worden geaccommodeerd. De AWGB zelf indiceert dat dat niet geoorloofd zou zijn.

Op weg naar een andere benadering?

Wellicht komt de CGB al enigszins terug op de eerder gekozen lijn. Hoewel er geen oordelen zijn waarin de CGB expliciet afstand neemt van de oordelen 2004-95 en 2005-86 zijn daar wel enkele aanwijzingen voor. Men zou dat bijvoorbeeld op kunnen maken uit het advies van de CGB van 13 december 2007 met betrekking tot het conceptstandpunt van de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) inzake vrije artskenkeuze van de patiënt.¹²⁵ De CGB benadrukt dat een patiënt geen zorgverlener met bepaalde eigenschappen kan eisen of die kan weigeren op grond van een identiteitskenmerk als geslacht of ras als zodanig:

'Vanuit het perspectief van gelijke behandeling is de opmerking dat een patiënt geen zorgverlener met bepaalde eigenschappen kan eisen, essentieel. [cursivering toegevoegd, TL]

(...)

Een patiënt heeft derhalve de vrije keus om, mits beschikbaar, voor een bepaalde arts te kiezen of een bepaalde arts te weigeren, maar niet om een categorie van artsen te kiezen of te weigeren op basis van identiteitskenmerken die door de gelijkebehandelingswetgeving worden beschermd'.

De Commissie onderkent dat wanneer een patiënt met een beroep op godsdienst om een arts van een bepaald geslacht verzoekt er sprake is van een botsing van grondrechten en er dan een belangenafweging moet plaatsvinden. Maar ook dan zal steeds het uitgangspunt moeten zijn, aldus de Commissie, 'dat een categorale uitsluiting door patiënten van artsen op grond van beschermde identiteitskenmerken zich in beginsel niet verdraagt met het non-discriminatiebeginsel'.¹²⁶ Verder wijst de CGB er op dat op grond van artikel 5 lid 1 sub h AWGB van een zorginstelling 'kan worden gevergd dat zij zorg draagt voor een discriminatievrije werkomgeving voor haar medewerkers'. De CGB onderkent tegelijkertijd dat zij niet bevoegd is te oordelen over het gedrag van de patiënt als zodanig: 'Daarbij moet worden aangetekend dat een patiënt geen

124 Voor een uitgebreide studie naar modellen van toetsing aan het gelijkheidsbeginsel zie J.H. Gerards, Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002. Om een voorbeeld te geven: een eventuele gedwongen vaccinatie van het kind van streng christelijke ouders die voor betrokkenen ingaat tegen de goddelijke lotsbestemming vraagt om een zwaarwegender argumentatie dan het ontzeggen van de mogelijkheid aan diezelfde ouders om hun kind te mogen onttrekken aan biologielessen waarin de evolutietheorie aan de orde komt. In de eerste situatie komen de ouders in veel sterkere mate in gewetensnood dan in de tweede. Ingaan tegen hun door God bepaalde lotsbestemming zet voor hen wellicht de toegang tot het eeuwig leven op het spel. Dat is in het tweede geval niet aan de orde. Bovendien hebben de ouders in de tweede situatie nog steeds alle vrijheid om zelf hun kind te onderwijzen in het scheppingsverhaal. Hetzelfde kan gelden ten aanzien van allerlei islamitische manifestaties van godsdienst. Juist binnen de islam bestaat er een grote hoeveelheid regels die voor de praktijk van alle dag handvatten biedt over hoe juist te leven. Dat varieert van praktische regels met betrekking tot eten, het slachten van dieren, handel en verkeer en het onderhouden van contacten met leden van het andere geslacht. Niet al die voorschriften zullen voor betrokkenen even zwaar wegen als bijvoorbeeld de verplichting om te bidden of de ramadan te onderhouden.

125 CGB, Advies inzake het conceptstandpunt vrije artskenkeuze van de KNMG (advies 2007-10), Utrecht: CGB 2007.

126 Idem.

normadressaat is van de gelijkebehandelingswetgeving, reden waarom de CGB niet bevoegd is te beoordelen of een patiënt jegens een arts verboden onderscheid heeft gemaakt'. Eenzelfde meer kritische opstelling ten opzichte van het meegaan met uit godsdienstige overtuiging ingegeven wensen tot seksesegregatie vinden we in een overweging ten overvloede in oordeel 2009-1. Het betreft een zaak waarin een Hoge School aangaf voor leerlingen die geen handen willen schudden met iemand van het andere geslacht bereid te zijn om hen uitsluitend toetsen te laten afleggen bij docenten van hetzelfde geslacht, om zo iedere schijn te vermijden dat dergelijk gedrag van invloed zou kunnen zijn op de beoordeling van betrokkene. De CGB acht dit op gespannen voet te staan met de AWGB:

'Ten overvloede wijst de Commissie erop dat verweersters inspanningen om een andere kandidaat, die eveneens fysiek contact met vrouwen meed, tegemoet te komen door hem uitsluitend toetsen te laten afleggen bij mannelijke docenten, verder gaan dan door de gelijkebehandelingswetgeving wordt geëist. Dergelijke aanpassingen komen in de praktijk neer op het creëren van geslachtsbepaalde functietaken. Vanuit het oogpunt van gelijke behandeling is het creëren van geslachtsbepaalde functietaken onwenselijk en zelfs strijdig met de doelen en uitwerking van de gelijkebehandelingswetgeving.'

De CGB laat hiermee zien wel degelijk oog te hebben voor het in het licht van de gelijkebehandelingswetgeving problematische karakter van seksesegregatie. Het is wachten op relevante oordelen of de CGB ook expliciet afstand zal nemen van de in de oordelen 2004-95 en 2005-86 uitgezette lijn.¹²⁷

5 Slotopmerkingen

Van de drie afwegingskaders die in dit hoofdstuk aan de orde zijn gekomen, levert het afwegingskader bij indirect onderscheid de meeste stof voor discussie op. Het laat voor de CGB ook de meeste ruimte voor een eigen invulling.

Met betrekking tot de afwegingskaders van artikel 3 en artikel 2 lid 2 sub a AWGB heeft de wetgever al een aantal belangrijke keuzes gemaakt. Daarbinnen bestaat voor de CGB niet zo gek veel ruimte om een eigen koers te varen.

Artikel 3 AWGB sluit rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen alsmede het geestelijk ambt categoriaal van de werkingssfeer van de AWGB uit en kent daarmee in feite formeel überhaupt geen afwegingskader voor botsende grondrechten. De wetgever heeft die afweging al gemaakt. Wat resteert voor de CGB betreft de kwalificatie wat als zodanig is aan te merken. De CGB interpreteert de AWGB daarbij restrictief.

Wat artikel 2 lid 2 sub a en het bijbehorende Besluit gelijke behandeling betreft, is duidelijk geworden dat de AWGB zeer weinig ruimte laat voor naar sekse gesegregeerd aanbod van diensten of voorzieningen dat voortkomt uit religieus geïnspireerde wensen van de afnemers, tenzij dat als een vorm van voorkeursbehandeling kan gelden. Opvallend is dat de CGB de normstelling van deze bepaling niet heeft betrokken bij de hierboven besproken oordelen inzake gezichtsbedekkende sluiers. De strikte normering van artikel 2 lid 2 sub a staat op gespannen voet met het oordeel van de CGB dat vrouwen die hun gezichtssluiers in het bijzijn van mannen niet willen afleggen onder omstandigheden aanspraak moeten kunnen maken op toewijzing van een vrouwelijke gesprekspartner, omdat anders sprake is van indirect onderscheid op grond van godsdienst. Bij het later uitgebrachte advies voor de KNMG en in een overweging ten overvloede in oordeel 2009-1 lijkt de CGB zich van deze discrepantie bewust te zijn en haar benadering overeenkomstig te willen bijstellen.

Zoals hiervoor opgemerkt zitten aan het afwegingskader bij indirect onderscheid de meeste haken en ogen. De beschouwingen met betrekking tot de oordelen van de CGB over een drietal actuele en controversiële casus geven aanleiding tot een aantal opmerkingen. In de eerste plaats

127 Oordeel 2009-1, par. 3.16.



is de invulling door de CGB van de objectieve rechtvaardigingstoets soms erg strikt zo niet rigide, zoals is gebleken in de oordelen met betrekking tot de sociaal raadsliden en de schooldirecteur die niet wilden spreken met een vrouw met een gezichtssluier. Door een bijna absolute invulling van de subsidiariteitstoets lijkt de proportionaliteit uit beeld te verdwijnen. Dit heeft wellicht te maken met het feit dat bij de nadere invulling door de CGB van het toetsingsmodel bij indirect onderscheid de subsidiariteitstoets vooraf gaat aan de proportionaliteitstoets.

In de tweede plaats vraagt de belangenafweging om aandacht. Het is belangrijk alle belangen die in het kader van de objectieve rechtvaardigingsgrond kunnen en moeten worden afgewogen zo goed mogelijk in beeld te krijgen en te benoemen, maar dat lijkt niet altijd te gebeuren. Tot slot is het duidelijk dat de afweging in het kader van de objectieve rechtvaardigingstoets uiteindelijk een afweging blijft die naar verschillende kanten kan uitvallen. De uiteenlopende oordelen van de CGB zelf inzake de gewetensbezwaarde trouwambtenaren laten dat zien. Veel zal daarbij afhangen van de feitelijke striktheid waarmee aan de verschillende onderdelen van de objectieve rechtvaardigingstoets wordt getoetst.

6 Evaluatie van het afwegingskader van de AWGB en conclusies

1 Inleiding

In dit hoofdstuk dient de hoofdvraag van dit onderzoek te worden beantwoord: in hoeverre is de AWGB toereikend om een afweging te kunnen maken tussen gelijkheidsrechten onderling, in het licht van de doelstellingen die aan de wet ten grondslag liggen en in het licht van de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling en het EVRM? De beantwoording vraagt om een evaluatie van de bevindingen van hoofdstuk 5 in het licht van de daaraan voorafgaande hoofdstukken. Voldoet het AWGB-afwegingskader en de wijze waarop de CGB dat invult aan de eisen en randvoorwaarden die voortvloeien uit de doelstellingen die aan de wet ten grondslag liggen, de EU-richtlijnen en het EVRM, en hoe sluit het daar overigens bij aan?

In paragraaf 2 wordt een aantal algemene opmerkingen met betrekking tot deze vraag gemaakt. In de daarop volgende paragrafen ga ik in op de toereikendheid van de in hoofdstuk 5 besproken, specifieke afwegingskaders van de AWGB die een centrale rol spelen bij botsende gelijkheidsrechten:

- het afwegingskader van artikel 3 AWGB (uitsluiting rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en geestelijk ambt; paragraaf 3).
- het afwegingskader van artikel 2 lid 2 sub a AWGB (geslachtsbepaaldheid; paragraaf 4).
- het afwegingskader bij indirect onderscheid (paragraaf 5).

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een slotconclusie.

2 Algemene opmerkingen

De algemene, onderliggende doelstellingen van de AWGB, te weten het tegengaan van achterstelling en bevordering van maatschappelijke participatie, zijn onverminderd actueel maar bieden, zoals in hoofdstuk 2 is gebleken, weinig concrete aanknopingspunten voor de vraag welke eisen te stellen zijn aan het afwegingskader van de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten. De botsingsproblematiek die de huidige discussies beheerst, is maar zeer ten dele voorzien en daarmee niet betrokken in de keuzes die zijn gemaakt voor de afweging van grondrechten. Bovendien bestond ook bij de totstandkoming van de AWGB bij de wetgever geen eensgezind antwoord op de vraag hoe botsende gelijkheidsrechten moeten worden afgewogen. Het ambigue karakter van de 'enkele-feitconstructie' getuigt daarvan. Er bestond kortom wellicht wel consensus dat er sprake moest zijn van een 'evenwichtige' balans tussen godsdienstvrijheid en gelijke behandeling ongeacht geslacht en homoseksuele gerichtheid, maar tegelijk liepen de inzichten wanneer men in concrete situaties van evenwicht kan spreken zeer uiteen.

De doelstelling van het bieden van een uitputtend kader met een gesloten systeem voor botsende gelijkheidsrechten is in zekere zin een illusie gebleken. Er hebben zich steeds meer onvoorziene botsingsvraagstukken voorgedaan die in het bijzonder via een beroep op het verbod van indirect onderscheid op grond van godsdienst op het bord van de CGB (en soms de rechter) terecht komen. Zij dienen dan met behulp van de toetsingsystematiek van de 'objectieve rechtvaardigingsgrond' te worden beslist. Dat is een relatief open toetsing. De vraag of en hoe dat een toereikend toetsingskader biedt komt in paragraaf 5 aan de orde.

Als we kijken naar de eisen en randvoorwaarden voor het afwegingskader bij botsende gelijkheidsrechten die in algemene zin voortvloeien uit de EU-richtlijnen en het EVRM kan het volgende worden geconcludeerd. Zowel ten opzichte van de EU-richtlijnen als het EVRM geldt dat het Nederlandse recht een hoger beschermingsniveau mag bieden, maar zoals eerder opgemerkt is bij botsing van gelijkheidsrechten vaak niet duidelijk of dat wel of niet aan de orde is, omdat een



hogere graad van bescherming van de ene groep veelal minder bescherming van de andere groep impliceert. De EU-richtlijnen vormen het meest uitgewerkte normenstelsel en zijn van rechtstreeks richtinggevend belang voor de AWGB, nu de AWGB mede de functie heeft om vorm te geven aan de implementatie van de richtlijnen in de Nederlandse rechtsorde. De meer concrete eisen en randvoorwaarden die vanuit de EU-richtlijnen te stellen zijn aan de in hoofdstuk 5 besproken afwegingskaders van de AWGB bij botsende gelijkheidsrechten komen in de volgende paragrafen aan de orde.

Het EVRM is een steeds grotere rol gaan spelen als een overkoepelend referentiekader voor de bescherming van fundamentele rechten in Europa. Met het Verdrag van Lissabon is dat bevestigd. Het ligt dan ook voor de hand de EU-richtlijnen waar nodig en relevant EVRM-conform te interpreteren. Verder zal het EU-recht en de implementatie daarvan binnen de door het EVRM gestelde kaders dienen te blijven, dat wil zeggen daarmee niet in strijd mogen zijn. Dat geldt voor de Nederlandse regelgeving overigens ook al op grond van de positie die het EVRM los van zijn rol ten opzichte van het EU-recht in onze rechtsorde inneemt. De prominente positie van het EVRM maakt de vraag cruciaal welke eisen en randvoorwaarden vanuit het EVRM te stellen zijn aan het afwegingskader dat de AWGB biedt bij botsende gelijkheidsrechten. De belangrijkste rol van het EVRM lijkt in dit verband betrekking te hebben op het afwegingskader bij indirect onderscheid. In de volgende paragrafen wordt nader ingegaan op de toereikendheid van de specifieke afwegingskaders van de AWGB. Gezien de conclusie dat de doelstellingen die aan de AWGB ten grondslag liggen weinig concrete aanknopingspunten bieden voor een oordeel daarover, zal ik me concentreren op de toereikendheid in het licht van de EU-richtlijnen en het EVRM.

3 Evaluatie van het toetsingskader van artikel 3 AWGB

Wat betreft de toereikendheid van het afwegingskader van artikel 3 AWGB in het licht van de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling en het EVRM is vooral de aard van deze uitzonderingsbepaling van belang. De bepaling behelst voor rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt een categorale uitsluiting van de werkingssfeer van de wet. Dat brengt dus een algehele immuniteit van als zodanig te kwalificeren verhoudingen en ambten mee tegen claims van verboden onderscheid onder de AWGB, op welke grond dan ook.¹²⁸

Volgens de Europese Commissie is artikel 3 AWGB niet in overeenstemming met de Kaderrichtlijn, zoals blijkt uit de ingebrekestelling die zij tegen Nederland heeft uitgebracht.¹²⁹ De Richtlijn voorziet niet in een algemene uitzondering op het discriminatieverbod voor kerken en aanverwante organisaties. Ieder beroep op de uitzondering van artikel 4 van de Kaderrichtlijn in verband met wezenlijke beroepsvereisten dient getoetst te kunnen worden aan de criteria van een legitiem doel en evenredigheid tussen het vereiste en dat doel. Volgens de Commissie is het huidige artikel 3 AWGB dus te ruim geformuleerd omdat het een algemene en ongeclausuleerde uitzondering biedt voor kerkgenootschappen en het geestelijk ambt.

Hoewel de wijze van toepassing van artikel 3 AWGB door de CGB tot een veel genuanceerdere praktijk heeft geleid dan de Europese Commissie met haar ingebrekestelling doet vermoeden, staat artikel 3 AWGB door de categorale, ongeclausuleerde uitsluiting inderdaad op gespannen voet met de richtlijn. De CGB zelf onderschrijft de conclusie van de Europese Commissie dat de bepaling om die reden aanpassing behoeft.¹³⁰ Ook de Raad van State vindt artikel 3 AWGB door

128 Alleen voor geslacht is er, via de WGB die als *lex specialis* voorrang heeft, wel bescherming tegen discriminatie waar er sprake is van arbeidsrelaties van een kerkgenootschap met personeel dat geen geestelijk ambt vervult.

129 Commissie van de Europese Gemeenschappen, Met redenen omkleed advies van de Europese Commissie gericht tot Nederland wegens het niet correct omzetten van artikel 2, lid 1, artikel 2, lid 2, onder a), artikel 2, lid 2, onder b), en artikel 4, lid 2, van Richtlijn 2000/78/EG, Brussel, 31 januari 2008, 2006/2444, C(2008)0115 (ingebrekestelling Kaderrichtlijn), Brussel 31 januari 2008.

130 Advies inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG (advies 2008-2), Utrecht: CGB 2008.

de categorale uitsluiting niet goed aansluiten op de richtlijn.¹³¹ De Nederlandse regering heeft zich in haar reactie op de ingebrekestelling daarentegen op het standpunt gesteld dat artikel 3 AWGB geen aanpassing behoeft.¹³²

Vanuit het EVRM gezien lijkt het afwegingskader van artikel 3 AWGB geen grote problemen op te leveren. De categorale uitsluiting is gezien de restrictieve invulling die daaraan is gegeven in de praktijk niet zo ruim. Ik zou verwachten dat deze de proportionaliteitstoets kan doorstaan.¹³³

De conclusie uit het voorgaande is dat het afwegingskader van artikel 3 AWGB niet voldoet aan de eisen en randvoorwaarden die voortvloeien uit de EU-richtlijnen. Een niet-categorale uitsluiting, maar een uitzondering die voorziet in toetsing aan de in de EU-richtlijn geformuleerde criteria zou daarop wel aansluiten.

4 Evaluatie van het toetsingskader van artikel 2 lid 2 sub a AWGB (geslachtsbepaaldheid)

Aan het toetsingskader van artikel 2 lid 2 sub a AWGB is in het kader van dit onderzoek vooral aandacht besteed in verband met de problematiek van naar sekse gescheiden aanbod van diensten en voorzieningen in verband met religieus geïnspireerde wensen. In hoeverre is het in het licht van de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling en het EVRM toereikend om een eventuele afweging te kunnen maken tussen gelijkheidsrechten onderling?

Hoewel de norm in de AWGB zelf uitermate open is geformuleerd en in beginsel veel ruimte laat om te bepalen wat kan worden gekwalificeerd als 'geslachtsbepaald', is de limitatieve opsomming van uitzonderingsmogelijkheden in het Besluit gelijke behandeling strikt. De CGB volgt bovendien een strikte uitleg van het Besluit. De AWGB biedt daarmee weinig mogelijkheden voor het aanbieden van gesegregeerde voorzieningen. Deze conclusie behoeft een nuancering als er sprake is van voorkeursbehandeling. Er bestaat namelijk wel ruimte voor dergelijke voorzieningen, als deze tot doel hebben om vrouwen uit een achterstandspositie te halen en zij ook overigens onder de bepaling met betrekking tot voorkeursbehandeling in de AWGB vallen (het betreft onder meer de eis van tijdelijkheid). Gesegregeerde voorzieningen die uitsluitend voortvloeien uit godsdienstige wensen van de afnemers voldoen daaraan niet.

De AWGB kent in dit opzicht een veel strikter en dwingender toetsingskader dan de Richtlijn gelijke behandeling m/v inzake goederen en diensten die immers bij seksdiscriminatie op dit terrein een open rechtvaardigingsmogelijkheid kent (anders dan in de sfeer van de arbeid). De Nederlandse invulling is mijns inziens echter niet in strijd met de Richtlijn. De Nederlandse regeling biedt vrouwen (en mannen) in beginsel immers meer bescherming dan de richtlijn.¹³⁴ Volgens sommigen is het Besluit gelijke behandeling te strikt en zou er meer ruimte moeten zijn voor uitzonderingen waarvoor, in de woorden van Terpstra, 'iets te zeggenvalt', maar die nu de

131 Raad van State, Advies inzake Wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling en enkele andere wetten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/43/EG en richtlijn nr. 2000/78/EG (EG-implementatiewet Awgb), Kamerstukken II, 2002-2003, 28 770 A. De Raad is verder van oordeel dat de bepaling van artikel 3 AWGB gezien de Rassenrichtlijn geen betrekking dient te hebben op onderscheid op grond van ras. Ook dat zou volgens de Raad dus moeten worden aangepast.

132 Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 18 maart 20008, Reactie Nederlandse regering op het met redenen omkleed advies van de Europese commissie; ingebrekestelling nr. 2006/2444, CZW/CB kenmerk 2008-0000128704.

133 De restrictieve interpretatie door de CGB van wat als 'zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap' kan worden aangemerkt in de zaak over het door de Nederlandse bisschoppenconferentie opgerichte pensioenfonds (oordeel 2002-110 t/m 115) is volgens Vermeulen onjuist en niet in overeenstemming met het EVRM-afwegingskader. Zie Vermeulen, Kerkgenootschap en geestelijk ambt, p. 240-245. Deze uitkomst is zijns inziens in strijd met de proportionaliteitstoets. Of men zijn analyse deelt of niet, hij is daarmee dus niet van oordeel dat de AWGB als zodanig geen juist afwegingskader biedt, maar dat de invulling van dat kader door de CGB de godsdienstvrijheid verder inperkt dan het EVRM toestaat.

134 Anders dan onder de AWGB kunnen vanuit het perspectief van de EU-richtlijnen op godsdienst gebaseerde claims voor gescheiden voorzieningen niet aan de orde komen. Wat discriminatie op grond van godsdienst betreft, strekken de richtlijnen vooralsnog niet verder dan het terrein van de arbeid.



toets van het Besluit gelijke behandeling niet kunnen doorstaan. Ze noemt in dit verband fitnesscentra alleen voor vrouwen en speciale echtscheidingsadvocaten alleen voor vrouwen.¹³⁵ In beide gevallen is de CGB van oordeel dat het Besluit daarvoor geen ruimte biedt.¹³⁶

Hoe men hier ook tegenaan kijkt, het is duidelijk dat de EU-richtlijn meer ruimte biedt voor gescheiden voorzieningen en diensten omdat het een open afwegingskader kent, ook bij directe discriminatie. Als sprake is van een legitiem doel en een passend en noodzakelijk middel zijn ze toegestaan. Het is dus afwachten hoe het Hof van Justitie uiteindelijk zal oordelen over de geoorlooftheid van het aanbieden van gescheiden voorzieningen die voortkomen uit godsdienstige wensen. Men mag wel verwachten dat het Hof uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling ongeacht geslacht strikt zal interpreteren. In de Preambule worden dat soort uitzonderingen bovendien niet als voorbeeld genoemd (zie hoofdstuk 3, paragraaf 2.4).

Zoals ook in de vorige paragraaf ten aanzien van artikel 3 AWGB is aangegeven laat het EVRM de staten veel ruimte om hun eigen keuzes te maken. Dat geldt ook in de context van de uitzonderingen met betrekking tot geslachtsbepaaldheid. In voorkomend geval zal het EHRM toetsen of de uitkomst in een concreet geval door de beugel kan.

De conclusie kan dan ook zijn dat artikel 2 lid 2 sub a AWGB in het licht van de EU-richtlijnen en het EVRM een toereikend afwegingskader kent. Het is daarmee niet in strijd, al biedt het minder ruimte voor geslachtsbepaalde uitzonderingen dan de EU-richtlijn. Het Besluit gelijke behandeling is volgens sommigen echter te strak. Het verruimen van de mogelijkheden lijkt overigens evenmin in strijd met het EVRM of de EU-richtlijnen te komen, mits de uitbreiding blijft voldoen aan de eisen dat er sprake is van een legitiem doel en een passend en noodzakelijk middel.

Verder biedt de AWGB mogelijkheden voor naar sekse gescheiden aanbod voor zover dat past binnen de uitzonderingsbepaling met betrekking tot voorkeursbehandeling, bijvoorbeeld om de integratie van bepaalde groepen allochtone vrouwen te bevorderen. Ook de EU-richtlijnen kennen een dergelijke uitzonderingsbepaling.

5 Evaluatie van het toetsingskader bij indirect onderscheid

Het afwegingskader bij indirect onderscheid voorziet bij uitstek in een open afwegingsmogelijkheid: de objectieve rechtvaardigingstoets. Voor de evaluatie of dat afwegingskader en de invulling daarvan door de CGB toereikend is in het licht van de EU-richtlijnen en het EVRM moet worden bekeken of het voldoet aan de eisen en randvoorwaarden die vanuit die perspectieven te stellen zijn en in welke mate het ook overigens daarop aansluit.

5.1 Vergelijkbaarheid van de afwegingskaders

Om te beginnen valt te concluderen dat als het afwegingskader van de AWGB wordt afgezet tegen dat van de EU-richtlijnen en het EVRM, er een opmerkelijke parallel blijkt te bestaan in de formulering van de betreffende toetsingskaders. In alle drie draait de toets om twee criteria: de aanwezigheid van een legitiem doel en proportionaliteit tussen doel en middel.

De parallel tussen de EU-richtlijnen en de AWGB kan niet verbazen. De laatste is immers bewust geënt op de eerste. De objectieve rechtvaardigingstoets bij indirecte discriminatie zoals vastgelegd in de richtlijnen stelt als eis dat er sprake moet zijn van een legitiem doel en dat het gekozen middel geschikt en noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Dit laatste impliceert een (strikte) proportionaliteitstoets.¹³⁷ De toets zoals geformuleerd in artikel 1 AWGB sluit daar op aan.

135 G. Th. Terpstra, Noot bij oordeel 2008-102 (vrouwentaxi), in: J. H. Gerards & P.J.J. Zoontjens (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p.321-324. Ze laat zich niet expliciet uit over de vraag of er ook 'iets te zeggen valt' voor naar sekse gescheiden voorzieningen die uit godsdienstige overtuiging voortvloeien.

136 Het gaat om een overweging ten overvloede in oordeel 2008-12 (par. 3.25) en om oordeel 2005-169.

137 Vgl. Ellis, die de objectieve rechtvaardigingstoets die het Hof van Justitie in de landmarkcase *Bilka-Kaufhaus* heeft geformuleerd, omschrijft als een 'stringent test of proportionality': E. Ellis, *European anti-discrimination law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 109.

Toetsing van de geoorloofdheid van de beperkingen van in het EVRM vastgelegde grondrechten en toetsing van artikel 14 EVRM zijn sterk vergelijkbaar. De toets bij artikel 14 EVRM is in de jurisprudentie van het EHRM ontwikkeld en behelst ook een objectieve rechtvaardigingstoets waarbij aan twee criteria moet worden voldaan: een legitiem doel en een 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised'. Bij 'verdachte' discriminatiegronden wordt die toets aangescherpt: alleen 'very weighty reasons' kunnen dan een rechtvaardiging opleveren. Bij toetsing aan artikel 9 lid 2 EVRM staat de vraag centraal of er sprake is van een beperking die noodzakelijk is in een democratische samenleving met het oog op een van de in het artikel genoemde doelen. In de literatuur wordt er op gewezen dat deze toets zich veelal toespitst op de noodzakelijkheidseis: is sprake van een 'pressing social need' en is die 'proportionate to the legitimate aim pursued'?

Het is duidelijk dat deze toetsen bijzonder veel op elkaar lijken en grosso modo op hetzelfde neerkomen. Er moet sprake zijn van een objectieve rechtvaardiging voor een gemaakt onderscheid casu quo inbreuk op een fundamenteel recht en dat moet worden beoordeeld aan de hand van twee hoofdcriteria: er moet sprake zijn van een legitiem doel en van proportionaliteit tussen doel en middel. De proportionaliteit staat daarbij centraal en is veelal waar het om draait bij de te maken afwegingen.

Vergelijking van de bevindingen in de voorgaande hoofdstukken laat zien dat ondanks deze overeenkomsten er een opvallend verschil bestaat tussen de invulling en toepassing van het afwegingskader bij indirect onderscheid door de CGB en de benadering onder de EU-richtlijnen en het EVRM. De toetsing door het Hof van Justitie en door het EHRM is minder strikt en meer flexibel dan toetsing door de CGB onder de AWGB. In de literatuur is de strikte en nogal rigide toetsing door de CGB als problematisch ervaren.¹³⁸ Vaak wordt daarbij een relatie gelegd met de eigen toetsingssystematiek van de AWGB en het feit dat de CGB alleen aan de gelijkebehandelingswetgeving mag toetsen en niet aan andere juridische normen.¹³⁹ Het is de vraag of het wettelijk kader inderdaad in de weg staat aan een flexibelere invulling van de toetsing. In het onderstaande kom ik daar nog op terug. In ieder geval kan op grond van de literatuur worden geconcludeerd dat meer flexibiliteit gewenst is. Een betere aansluiting op de toetsing in het kader van de EU-richtlijnen en het EVRM kan daaraan bijdragen.

Naast meer flexibiliteit in de toetsing vertoont de benadering van het EHRM met betrekking tot de beperking van de godsdienstvrijheid enkele kenmerken die mogelijk relevant kunnen zijn voor de benadering van de specifieke botsingsproblematiek die in dit onderzoek centraal staat, te weten die tussen gelijke behandeling ongeacht godsdienst enerzijds en sekse en homoseksuele gerichtheid anderzijds. Hieronder ga ik op beide onderwerpen nader in. Ik zal daarbij bekijken of en in hoeverre een betere aansluiting van het afwegingskader van de AWGB op dat van EU-richtlijnen en EVRM mogelijk is.

5.2 Striktheid en flexibiliteit van de toets: de plaats van proportionaliteit en belangenafweging

De CGB opereert bij de invulling en toepassing van de objectieverechtvaardigingstoets over het algemeen veel strikter en minder flexibel dan wordt geïndiceerd door de EU-richtlijnen of het EVRM, zo is een belangrijke conclusie van dit onderzoek.

Wat de EU-richtlijnen betreft heeft hoofdstuk 3 laten zien dat het Hof van Justitie van de EU bij indirecte discriminatie in beginsel strikt toetst, maar wel ook variaties in intensiteit van de toetsing kent. Hoewel niet is uitgekristalliseerd wanneer dat precies aan de orde zal zijn, is vooral van belang te onderkennen dat de jurisprudentie van het Hof aan een zekere variatie en daarmee flexibiliteit niet in de weg staat. Bovendien neemt in de rechtspraak van het Hof de subsidiariteitstoets een minder dominante positie in dan soms bij de CGB het geval is. In ieder geval wordt

138 Zie de diverse bijdragen in de bundel R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004.

139 Zie in het bijzonder de bijdrage van twee (voormalige) leden van de CGB, J. Goldschmidt & A. Hendriks, *Gelijkheid anno 2003. Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving*, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 19-38.



zij door het Hof niet zo absoluut ingevuld.

Ook het EHRM hanteert in het kader van zowel artikel 14 EVRM als artikel 9 EVRM een flexibeler afwegingskader dan de CGB toepast bij de invulling van de objectieve rechtvaardigingstoets onder de AWGB. Voor het EHRM is bij de toets of beperkingen van grondrechten geoorloofd zijn een centrale rol weggelegd voor het beginsel van proportionaliteit. Dat beginsel komt er bij de CGB nogal eens bekaaid van af. Enerzijds is dat soms het gevolg van de eerder genoemde strikte invulling van de subsidiariteitstoets. Anderzijds schort het soms aan een volledige afweging van de in het geding zijnde belangen.

Mogelijkheden voor betere aansluiting: proportionaliteit centraal

Het afwegingskader van de AWGB bij indirect onderscheid lijkt niet principieel in de weg te staan aan een grotere flexibiliteit bij de toepassing van de objectieve rechtvaardigingstoets en aan het toekennen van een meer centrale rol aan het proportionaliteitsbeginsel.

Wat het eerste betreft zou de CGB een flexibeler toetsing kunnen bewerkstelligen door een minder dominante rol toe te kennen aan de subsidiariteitstoets dan wel daaraan een minder stringente invulling te geven (zie daarover hoofdstuk 5 paragraaf 4.3). De proportionaliteitstoets zou aanzienlijk meer inhoud kunnen krijgen, als daarbinnen een meer integrale belangenafweging plaats zou vinden.

Meer integrale belangenafweging

Bij een dergelijke meer integrale belangenafweging gaat het zowel om de belangen van alle rechtstreeks betrokken partijen als om meer achterliggende, maatschappelijke belangen. Wat het eerste betreft, de weging van de belangen van alle betrokken partijen, zou de focus van de CGB minder eenzijdig gericht kunnen zijn op de vraag of degene die indirect onderscheid maakt wel voldoende goede redenen en belangen kan aanvoeren voor het maken van dat onderscheid. Die focus maakt dat die beweegredenen niet echt worden afgewogen tegen de belangen van de klager die daar tegenover staan. Die neiging is wellicht begrijpelijk, omdat degene die het indirecte onderscheid maakt in de systematiek van de toetsing in beginsel zal moeten aantonen dat sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond, maar dat ontslaat de CGB niet van de plicht om naar aanleiding van de aangevoerde gronden de proportionaliteit tussen doel en middel te toetsen. En dat kan niet zonder de wederzijdse belangen in de afweging te betrekken. Daarbij moet aan de kant van de klager niet zozeer gekeken worden naar het belang om niet te worden gediscrimineerd op zichzelf genomen, maar naar wat dat betekent in de concrete situatie.¹⁴⁰ Om aan de hand van de oordelen over 'handen schudden' een voorbeeld te geven van het soort vragen dat dan relevant is: wat betekent het voor de islamitische docente dat van haar wordt gevraagd om met iedereen ongeacht geslacht handen te schudden. Is dat een groot offer of niet? Raakt dat de kern of de periferie van haar geloof?¹⁴¹ Raakt zij hierdoor echt in gewetensnood of is het eigenlijk alleen maar hinderlijk? En welke handelingsalternatieven bestaan er voor haar: betekent vasthouden aan de eis van handen schudden inderdaad dat ze wordt uitgesloten van de arbeidsmarkt of kan ze, zoals het EHRM in een aantal vergelijkbare gevallen heeft geoordeeld, als oplossing voor een andere baan kiezen? Het gaat mij hier niet om de vraag of dit soort overwegingen wel of niet tot een andere uitkomst zal leiden en of dat wenselijk zou zijn, maar om het feit dat zij bij de toetsing van de objectieve rechtvaardigingstoets door de CGB vaak onvoldoende of niet aan bod komen.

140 Vgl. J.H. Gerards, Grondrechten en het recht op gelijke behandeling, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 97-120.

141 Vgl. de benadering van het Hof Den Haag in de uitspraak inzake de SGP, die veel belang hecht aan dit onderscheid (Hof Den Haag 20 december 2007). Zie ook de CGB zelf in oordeel 2002-22 (handenschudden reproductiemedewerker) par. 5.15: 'Hoewel het begrip godsdienst, zoals eerder opgemerkt, ziet op beide aspecten van godsdienst, moet overeenkomstig de door de Grondwet en internationale mensenrechten beschermde vrijheid van godsdienst en de bijbehorende beperkingsclausules worden aangenomen dat het maken van indirect onderscheid vanwege geloofsuitingen eerder de noodzakelijkheidstoets kan doorstaan dan indirect onderscheid vanwege het belijden van een godsdienst'.

Een beoordeling welk belang een godsdienstige uiting voor gelovigen daadwerkelijk vertegenwoordigt en welke schade zij ondervinden als met die uiting geen rekening wordt gehouden, ligt in de Nederlandse rechtspraak gevoelig. Staat dat niet op gespannen voet met het beginsel van de interpretatieve terughoudendheid? Volgens mij is dat niet het geval. Er is namelijk een belangrijk verschil tussen de vraag óf een bepaalde handeling gezien moet worden als een uiting van godsdienst of niet, en de vraag welk gewicht aan die uiting dient toe te komen als die uiting moet worden afgewogen tegen andere rechten en belangen. Het laatste impliceert een wegingsproces waarbij per definitie geen enkel belang op voorhand als absoluut kan worden gesteld. Anders valt er immers niets af te wegen en betekent het kwalificeren van een gedraging als een godsdienstige uiting het eind van het verhaal. Dat kan niet de bedoeling zijn: in de context van de gegeven zaak moet worden beoordeeld aan welke belangen zwaarder gewicht moet worden toegekend.¹⁴² Overigens zal hierna nog blijken dat vanuit het perspectief van het EVRM het beginsel van interpretatieve terughoudendheid niet zo strikt lijkt te hoeven worden geïnterpreteerd als in de oordelen van de CGB (in navolging van de Hoge Raad) gebruikelijk is.

5.3 Het EHRM en godsdienstvrijheid

In het licht van de vraag hoe op grond van het EVRM een eventuele afweging moet worden gemaakt tussen botsing van de godsdienstvrijheid enerzijds en het recht op gelijke behandeling ongeacht geslacht of homoseksuele gerichtheid anderzijds, is het relevant op te merken dat het EHRM beperkingen van de godsdienstvrijheid over het algemeen weinig strikt toetst.

Ruime margin of appreciation

In de eerste plaats blijkt uit de uitspraak van het Hof in Sahin dat staten bij regulering van religie een grote margin of appreciation hebben en daarmee dus ook de nodige ruimte om de godsdienstvrijheid, althans godsdienstige manifestaties, te beperken.

In de tweede plaats krijgt de godsdienstvrijheid gezien de uitkomsten in de bij het EHRM aanhangig gemaakte zaken überhaupt geen erg sterke bescherming van het Hof (buiten het zogenoemde forum internum). In ieder geval geldt dat voor allerhande individuele manifestaties van godsdienst. Wat daarbij opvalt en in het perspectief van de toetsingssystematiek van belang is, is de kwalificatie van handelingen of gedragingen als een uiting van godsdienst.

Interpretatieve terughoudendheid?

Het Hof is veel minder terughoudend dan de CGB (die in dezen overigens de rechtspraak van de Hoge Raad volgt) om een oordeel te vellen over de vraag wat als een manifestatie van godsdienst gezien moet worden die artikel 9 EVRM beschermt. Het EVRM laat de nodige ruimte om bepaalde op godsdienst geïnspireerde uitingen buiten de bescherming van het EVRM te laten door deze niet te kwalificeren als een manifestatie van godsdienst (zie bijvoorbeeld het in hoofdstuk 4 genoemde voorbeeld van de Franse apothekers die geen voorbehoedmiddelen wilden verkopen in verband met hun godsdienstige overtuiging; het Hof acht hun door artikel 9 EVRM beschermde godsdienstvrijheid niet in het geding).¹⁴³ Het is in dat licht bezien zeer de vraag of het EHRM bijvoorbeeld de weigering om met iedereen ongeacht geslacht handen te schudden zou aanmerken als een manifestatie van godsdienst. Hetzelfde geldt voor de weigering om zonder gezichtsluier met een man te willen spreken.

Dit lijkt een belangrijk punt dat mijns inziens nadere overdenking verdient.¹⁴⁴ De vraag is name-

142 Een vervolgvraag is dan hoe de CGB de ernst van de inbreuk dient te bepalen. Elders heb ik er voor gepleit om daarbij uit te gaan van een geobjectiveerde benadering, zie M.L.P. Loenen, *Gezichtsbedekkende sluiers: toestaan of beperken?* NJCM-Bulletin 2006, p. 984-996.

143 De kritiek in de literatuur op de wijze waarop de Straatsburgse organen bepalen wat als een 'necessary manifestation' van godsdienst geldt, betreft in feite dit zelfde punt. Zie M. Evans, *Religious liberty* en C. Evans, *Freedom of religion*.

144 Zie uitgebreider het pleidooi van R. den Boer om terughoudender te zijn in het erkennen van allerhande gedragingen als een godsdienstige uiting: R. den Boer, *Een open doekje voor de Commissie gelijke behandeling?* in: R. Holtmaat (red), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 149-161.



lijk of het niet onontkoombaar is om de in Nederland veelal gevolgde 'interpretatieve terughoudendheid' bij het kwalificeren van handelingen als uitingen van godsdienst te nuanceren. Als het weigeren van het schenken van alcohol, het niet willen handen schudden met iemand van het andere geslacht, het niet willen verzorgen van iemand die een abortus heeft ondergaan, en het niet willen meewerken aan vaccinaties of het niet vervoerd willen worden door een mannelijke taxichauffeur allemaal als uitingen van godsdienst moeten worden beschouwd, leidt dat dan niet potentieel tot onbegrensde en onbeheersbare claims? En daarmee tot het gevaar dat die claims op steeds minder maatschappelijke acceptatie kunnen rekenen en als averechts effect kunnen hebben dat ook de acceptatie vermindert van het rekening houden met godsdienstige uitingen die dichter bij de kern van de betreffende godsdienst liggen? Ook is het de vraag, maar dat is een sterk normatieve en weinig juridische vraag, of het niet wenselijker is als conflicten over dit soort zaken buiten het domein van het recht blijven.

Wat men hier ook van vindt, om een proliferatie van claims te voorkomen zou ook binnen het huidige kader van de AWGB strikter kunnen worden getoetst of een bepaalde uiting voortkomt uit de godsdienstige overtuiging en ook is ingebed in een consistente en serieuze geloofspraxis van klager, bijvoorbeeld ook met betrekking tot andere godsdienstige voorschriften. Is hier niet een parallel te trekken met de eisen van consistentie die de CGB ook stelt bij een beroep van instellingen op levensbeschouwelijke grondslag op grond van artikel 5 en 7 AWGB?

Het EVRM laat in ieder geval ruimte voor een dergelijke koers. De sterke bescherming die de Nederlandse benadering van 'interpretatieve terughoudendheid' voor de gelovige impliceert, is blijkens de jurisprudentie van het EHRM niet geïndiceerd door het EVRM. Daar staat tegenover dat het EVRM daaraan evenmin in de weg staat. Hoe het Hof van Justitie van de EU met deze kwalificatievragen om zal gaan moet worden afgewacht. Tot op heden is er geen jurisprudentie met betrekking tot deze materie.

Vorrang voor seksegelijkheid?

Verder is tot op heden gebleken dat het EHRM bij botsingen tussen seksegelijkheid en godsdienstvrijheid voorrang heeft gegeven aan het eerste. De vrij principiële bewoordingen die het Hof daarbij heeft gebruikt suggereren dat het Hof niet snel geneigd zal zijn de balans naar de andere kant door te laten slaan, maar de voor handen zijnde rechtspraak over dit onderwerp is te gering om daar meer definitieve uitspraken over te kunnen doen.

Overigens lijkt ook wat het EU-recht betreft seksegelijkheid een streepje voor te hebben op godsdienstvrijheid. In de hiërarchie van discriminatiegronden die (in ieder geval vooralsnog) impliciet in het EU-recht aanwezig is, wordt gelijke behandeling van mannen en vrouwen in sterkere mate beschermd dan gelijke behandeling ongeacht godsdienst. Tegelijk moet worden onderkend dat het toekennen van betekenis aan dit soort vormen van hiërarchie van gelijkheidsrechten een heikele exercitie is en sowieso niet zo eenduidig als het wellicht lijkt. Al was het alleen maar omdat in de Europese context nogal eens samenhang kan bestaan tussen discriminatie op grond van godsdienst en discriminatie op grond van ras. Te denken valt aan discriminatie tegen moslims. Discriminatie op grond van ras behoort in ieder geval tot de top van de hiërarchie. Vooralsnog zal moeten worden afgewacht of het EHRM en/of het Hof van Justitie bepaalde vormen van discriminatie op grond van godsdienst onder het bereik van discriminatie op grond van ras zullen willen brengen. Dat zou dan juist weer een sterkere bescherming en wellicht grotere toetsingsintensiteit kunnen meebrengen.

5.4 Conclusie

De objectieve rechtvaardigingstoets wordt door de CGB strikter en minder flexibel ingevuld dan de sterk vergelijkbare toets in het kader van de EU-richtlijnen en het EVRM. Vergeleken met het EVRM valt vooral op dat de vraag of sprake is van proportionaliteit tussen doel en middel een minder centrale plaats inneemt. Daarbinnen krijgt de subsidiariteitstoets soms een overheersende plaats en is er weinig aandacht voor een integrale belangenafweging. Bij botsingen van gelijkheidsrechten waarbij de godsdienstvrijheid is betrokken, valt daarnaast op dat het EHRM

niet zo heel strikt toetst of beperkingen op de godsdienstvrijheid zijn toegestaan, althans waar het individuele manifestaties van godsdienst betreft. Hoewel de invulling die de CGB geeft aan het afwegingskader van de AWGB bij indirect onderscheid niet in strijd komt met de eisen en randvoorwaarden die daaraan vanuit de EU-richtlijnen en het EVRM te stellen zijn, is een betere aansluiting daarop wel mogelijk en ook aan te bevelen. Dergelijke aanpassingen zouden het afwegingskader van de AWGB flexibeler maken en meer ruimte bieden voor een integrale belangenafweging.

6 Slotconclusie

Uit het onderhavige onderzoek valt te concluderen dat de drie onderzochte afwegingskaders van de AWGB in het licht van de EU-richtlijnen en het EVRM niet geheel toereikend zijn om een afweging te kunnen maken tussen botsende gelijkheidsrechten. Over de toereikendheid in het licht van de doelstellingen die aan de wet ten grondslag liggen is niet veel te zeggen, aangezien die te weinig concrete aanknopingspunten bieden voor een oordeel daarover.

Het afwegingskader van de AWGB is in ieder geval niet toereikend waar het artikel 3 AWGB betreft. De afweging van grondrechten die in deze bepaling besloten ligt, voldoet ondanks de op zich restrictieve interpretatie van de CGB niet aan de formele eisen en randvoorwaarden die voortvloeien uit de EU-Kaderrichtlijn. De laatste staat een categorale uitsluiting voor kerkgenootschappen en het geestelijk ambt niet toe.

Het afwegingskader van artikel 2 lid 2 sub a AWGB is niet bedoeld geweest om een rol te spelen bij botsende gelijkheidsrechten, maar is relevant in situaties waarin naar sekse gescheiden voorzieningen worden aangeboden in verband met claims daartoe die op de godsdienstige overtuiging van betrokkenen zijn gebaseerd. Het afwegingskader van artikel 2 lid 2 sub a AWGB is gezien de restrictieve invulling die het Besluit gelijke behandeling daaraan geeft strikt. Dat is niet in strijd met de EU-richtlijnen en het EVRM. Tegelijk zal het verruimen van de mogelijkheden van gescheiden voorzieningen voor mannen en vrouwen overigens evenmin in strijd met het EVRM of de EU-richtlijnen komen, mits die verruiming voldoet aan de eisen van een legitiem doel en een passend en noodzakelijk middel. Dit staat los van de mogelijkheden die de AWGB biedt voor naar sekse gescheiden aanbod voor zover dat past binnen de uitzonderingsbepaling met betrekking tot voorkeursbehandeling, bijvoorbeeld om de integratie van bepaalde groepen allochtone vrouwen te bevorderen.

De meeste aandacht van dit onderzoek is uitgegaan naar de toereikendheid van het afwegingskader bij indirect onderscheid. De belangrijkste conclusie in dat verband is dat de CGB de objectieve rechtvaardigingstoets strikter en minder flexibel en open invult dan de sterk vergelijkbare toets in het kader van de EU-richtlijnen en het EVRM. Vooral de vraag of sprake is van proportionaliteit tussen doel en middel neemt een minder centrale plaats in. De subsidiariteitstoets wordt soms bijna absoluut ingevuld en drukt dan de proportionaliteitstoets naar de achtergrond. Sowieso is er weinig aandacht voor een integrale belangenafweging. Bij botsingen van gelijkheidsrechten waarbij de godsdienstvrijheid is betrokken valt daarnaast op dat het EHRM niet zo heel strikt toetst of beperkingen op de godsdienstvrijheid zijn toegestaan, althans waar het individuele manifestaties van godsdienst betreft. Ook getuigt de jurisprudentie van het EHRM van minder 'interpretatieve terughoudendheid' dan de CGB. Dit suggereert dat de sterke bescherming die in het kader van de AWGB via het verbod van indirect onderscheid aan de godsdienstvrijheid toekomt niet in die mate door het EVRM is geïndiceerd.

Hoewel de invulling die de CGB aan het afwegingskader van de AWGB bij indirect onderscheid geeft niet in strijd komt met de eisen en randvoorwaarden die daaraan vanuit de EU-richtlijnen en het EVRM te stellen zijn, is een betere aansluiting daarop zeker mogelijk. In het voorgaande zijn daartoe ook een aantal suggesties gedaan.

Tegelijk zijn enkele relativerende opmerkingen over de mogelijkheden en beperkingen van het AWGB-toetsingskader op hun plaats. Een deel van de in de literatuur gesignaleerde knelpunten is niet uniek voor de AWGB en doet zich voor bij alle individual rights litigation. Dat heeft nu



eenmaal aanzienlijke beperkingen als het gaat om het oplossen van conflicten die hun oorsprong vinden in maatschappelijke problematiek. Verder is het onontkoombaar dat bij een oordeel over controversiële issues iedere uitkomst zal kunnen rekenen op kritiek. 'Hard cases' kenmerken zich immers bij uitstek door het feit dat het 'juiste' juridische oordeel niet voor het grijpen ligt. Bij botsing van grondrechten moet dan ook telkens weer opnieuw beargumenteerd en verdedigd worden welk recht in een specifieke situatie voorrang krijgt.¹⁴⁵ Het zo inzichtelijk mogelijk maken van de belangenafweging die aan oordelen van de CGB ten grondslag ligt bij botsende gelijkheidsrechten is vanuit die optiek van groot belang. Een betere aansluiting op de benadering onder het EU-recht en het EVRM zou het afwegingskader van de AWGB flexibeler kunnen maken en meer ruimte bieden voor een integrale belangenafweging. De behoefte aan een dergelijke flexibiliteit zal vermoedelijk alleen maar groter worden naarmate meer gronden van onderscheid op meer terreinen van het maatschappelijke leven worden bestreken door de AWGB. Tot slot: gezien de (vaak onvoorspelbare) maatschappelijke ontwikkelingen lijkt het belangrijk en goed verdedigbaar om, in navolging van het EHRM, de AWGB als een 'living instrument' te benaderen, dat bij de toepassing (maar uiteraard binnen de wettelijke kaders), moet worden geïnterpreteerd in het licht van de omstandigheden en issues die eigen zijn aan iedere tijd. Als die tijd om meer flexibiliteit vraagt, zoals ook door vele experts is bepleit, is het zaak te kijken naar de mogelijkheden die binnen het wettelijke kader aanwezig zijn. De uitkomsten van dit onderzoek bieden daarvoor mede een basis.

145 Vgl. R. Holtmaat, *Gelijkheid en (andere) grondrechten. Naar een nieuw evenwicht tussen vrijheid, gelijkheid en solidariteit*, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 3-18.

Geraadpleegde Literatuur

- I.P. Asscher-Vonk, Inleiding I-1. Juridische analyse, in: I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijkebehandelingswetgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.
- M. Bell, *Anti-discrimination law and the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2002.
- M. de Blois e.a. 'Nadere opmerkingen over het voorontwerp van een wet gelijke behandeling', *NJB* 1983, p. 269-276.
- R. den Boer, *Een open doekje voor de Commissie gelijke behandeling?* in: R. Holtmaat (red), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 149-161.
- E. Brems, *De inclusieve rechtsstaat geklemd tussen conflicterende grondrechten*, *NJCM-Bulletin* 2009, p. 179-184 (annotatie).
- E. Brems (ed), *Conflicts between fundamental rights*, Antwerp/Oxford/Portland: Intersentia 2008.
- S. Burri & A. McColgan, *Sex-Segregated Services. European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality*, 2008, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=641&langId=en>
- E. Caracciolo di Torella, *The principles of gender equality, the goods and services directive and insurance: a conceptual analysis*, *Maastricht Journal of European and Comparative law* 2006, p. 339-350.
- Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004*, Utrecht: CGB 2005.
- Commissie Gelijke Behandeling, *Advies inzake het conceptstandpunt vrije artskeuze van de KNMG (advies 2007-10)*, Utrecht: CGB 2007.
- Commissie Gelijke Behandeling, *Advies inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG (advies 2008-2)*, Utrecht: CGB 2008.
- Commissie Gelijke Behandeling, *Naar een discriminatievrije school. Advies Commissie gelijke behandeling inzake gelijke behandeling in het onderwijs (advies 2008-3)*, Utrecht: CGB 2008.
- Commissie Gelijke Behandeling, *Trouwen? Geen bezwaar! Advies Commissie gelijke behandeling inzake gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand (advies 2008-4)*, Utrecht: CGB 2008.
- Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Met redenen omkleed advies van de Europese Commissie gericht tot Nederland wegens het niet correct omzetten van artikel 2, lid 1, artikel 2, lid 2, onder a), artikel 2, lid 2, onder b), en artikel 4, lid 2, van Richtlijn 2000/78/EG*, Brussel, 31 januari 2008, 2006/2444, C(2008)0115 (ingebrekestelling Kaderrichtlijn), Brussel 31 januari 2008.
- P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (eds), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006 (4th edition).
- E. Ellis, *EU-antidiscrimination law*, Oxford: Oxford University Press 2005.
- M.D. Evans, *Religious liberty and international law in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 1997.
- C. Evans, *Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2001.
- *Explanatory Report to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 177)*.
- J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (Diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.
- J.H. Gerards, *Het toetsingsmodel van de CGB voor de beoordeling van indirect onder-*





- scheid*, in: D.J.B. de Wolff e.a. (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2002*, Deventer: Kluwer 2003, p. 77-95.
- J.H. Gerards, *Grondrechten en het recht op gelijke behandeling*, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 97-120.
 - J. Goldschmidt & A. Hendriks, *Gelijkheid anno 2003. Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving*, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 19-38.
 - L.C. Groen & B.P. Vermeulen, *Rechtbank Utrecht*, 30 augustus 2007, AB 2007, 307.
 - L.C. Groen & B.P. Vermeulen, *Centrale Raad van Beroep*, 7 mei 2009, AB 2009, 280.
 - J.H.G.E. van Hedel, *Rechtbank Utrecht*, 30 augustus 2007, TAR 2007, afl. 1, p. 3.
 - A. Hendriks & A. Terlouw, *Raad van State helpt regering Europese antidiscriminatie-richtlijn te ontduiken*, NJB 2009, nr. 26.
 - K. Henrard, *annotatie D.H. tegen Tsjechië*, *NJCM-Bulletin 2008 nr. 2*, p. 242-250.
 - R. Holtmaat, *Gelijkheid en (andere) grondrechten. Naar een nieuw evenwicht tussen vrijheid, gelijkheid en solidariteit*, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 3-18.
 - E. Howard, *The case for a considered hierarchy of discrimination grounds in EU law*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2006, p. 445-470.
 - E. Howard, *The EU Race Directive. Developing the protection against racial discrimination in the EU*, London/New York: Routledge 2010.
 - M.L.M. van de Laar, *Rechtbank Rotterdam*, 6 augustus 2008, GST 2008, 132.
 - M.L.P. Loenen, *Gezichtsbedekkende sluiers: toestaan of beperken?* *NJCM-Bulletin 2006*, p. 984-996.
 - M.L.P. Loenen, *Botsing tussen de vrijheid van godsdienst en gelijke behandeling*, in: A.J. Nieuwenhuis & C.M. Zoethout (red.), *Rechtsstaat en religie (staatsrechtconferentie 2008, UvA)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 189-200.
 - T. Loenen, *Gelijkheid als juridisch beginsel. Een conceptuele analyse van de norm van gelijke behandeling en non-discriminatie*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009.
 - T. Loenen, *(Leeftijds)Discriminatie*, in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *AB-Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009 (6e druk), p. 317-326.
 - J.P. Loof, *CGB sluit deur voor gewetensbezwaarde trouwambtenaren*, *NCJM-Bulletin 2008*, p. 791-806.
 - Aileen McColgan, *Class wars? Religion and (in)equality in the workplace*, *Industrial Law Journal* 2010, p. 1-29.
 - M. Monster, E. Cremers, T. Havinga, P. van Meerwijk en I. Asscher-Vonk, *Een bepaald geslacht. Een onderzoek naar regelgeving inzake beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend is*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
 - W.C. Monster, B.P. Vermeulen en K. Waaldijk, *Hoofdstuk 1-5. Uitzonderingen (art.2 lid 2 sub a en b, lid 3, lid 2t/m6, 7 lid 2 en 3 AWGB)*, in: I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijkebehandelingswetgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p.131-201.
 - *Nota Grondrechten in een pluriforme samenleving*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2004, *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 614 nr. 2.
 - *Raad van State, Advies inzake Wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling en enkele andere wetten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/43/EG en richtlijn nr. 2000/78/EG (EG-implementatiewet Awgb)*, *Kamerstukken II*, 2002-2003, 28 770 A.
 - *Raad van State, Advies inzake de zogenoemde enkele-feitconstructie in de AWGB*, Den Haag 18 mei 2009 (advies WO4.08.0593/1).
 - D. Schiek, L. Waddington & M. Bell (eds), *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Oxford/Portland: Hart Publishing 2007.
 - A. Terlouw, *Rivaliserende gelijkheids- en andere grondrechten*, 2008 (interne notitie CGB,

- ongepubliceerd).
- A.B. Terlouw & A.C. Hendriks, *Gebrekkige implementatie Algemene gelijkebehandelingsrichtlijn*, NJCM-Bulletin 2008, p. 616-629.
 - G. Th. Terpstra, *Noot bij oordeel 2008-102 (vrouwentaxi)*, in: J. H. Gerards & P.J.J. Zoontjens (hoofdred.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 321-324.
 - J. Tigchelaar, *Respect! Handen schudden II*, NJCM-Bulletin 2006, p. 838-843.
 - C. Tobler, *Indirect discrimination. A case study into the legal development of the concept of indirect discrimination under EU law*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005.
 - B.P. Vermeulen, *Godsdienst en gelijkheidsbeginsel*, in: R. Holtmaat (red.), *De toekomst van gelijkheid. De juridische en maatschappelijke inbedding van de gelijkebehandelingsnorm*, Deventer: Kluwer 2002, p. 77-86.
 - B.P. Vermeulen, *Onderdeel 4. Kerkgenootschappen en geestelijk ambt*, 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. 219-248.
 - Voorontwerp van een wet gelijke behandeling, themanummer van het NJB, 27 maart 1982.
 - B.P. Vermeulen, *Handen schudden op school? (noot bij oordeel 2006-220)*, in: J.H. Gerards, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2006*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 363-369.
 - L. Waddington & M. Bell, *More equal than others: distinguishing European Union equality directives*, *Common Market Law Review*, 2001, p. 587-611.



Bijlage 3



Knelpunten in het gesloten stelsel

Bijdrage aan evaluatie-onderzoek van de Commissie Gelijke Behandeling Algemene
Wet Gelijke Behandeling 2004-2009

prof. mr. R. de Lange

*hoogleraar Staats- en bestuursrecht Erasmus Universiteit Rotterdam. Met dank aan
Masis Hakhverdian voor zijn voortreffelijke werk als student-assistent.*



1 Inleiding

In het kader van de evaluatie van de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) en de praktijk van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) over de periode 2004-2009 is besloten bijzondere aandacht te besteden aan het onderwerp Knelpunten in het gesloten stelsel. Het gaat daarbij om de geslotenheid van het stelsel van uitzonderingen in de AWGB en andere gelijkebehandelingswetgeving.

De knelpunten betreffen zowel de AWGB, de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen en artikel 7:646 van het Burgerlijk Wetboek.

In het onderstaande ga ik eerst in op de oordelen van de CGB die aanleiding zijn tot deze analyse. Daarna besteed ik aandacht aan de vraag wat de gedachte achter het gesloten stelsel is, wat de aard van de problemen is die zich met het gesloten stelsel voordoen en wat mogelijke oplossingen voor die problemen zijn. Daarbij komt ook het Europeesrechtelijke kader aan de orde, dat (grotendeels) de speelruimte bepaalt voor de verschillende actoren in het gelijkebehandelingsrecht.

2 Aanleiding

De aanleiding voor deze aandacht wordt gevormd door een aantal oordelen van de CGB in de periode 2004-2009. Daarin ging het om de vraag of sprake was van direct onderscheid op een grond die de gelijkebehandelingswetgeving verbiedt. In deze oordelen komt een zekere spanning aan het licht tussen de toepassing van de wet en een als redelijk ervaren uitkomst. In sommige zaken heeft de Commissie de vraag of sprake was van verboden onderscheid niet bevestigend beantwoord maar geoordeeld dat wegens gering belang van de verzoeker tot niet-ontvankelijkheid moest worden geconcludeerd. Met name in de zaak Pink Lady Cab was dit het geval. Dat heeft tot de nodige discussie en reacties geleid.

Waar gaat het om? In Oordeel 2008-102 behandelt de CGB het verzoek van een stichting die bestrijding van discriminatie tot doel heeft en de vraag voorlegt of verweerster, een taxibedrijf dat een vrouwentaxi exploiteert (onder de naam Pink Lady Cab), in strijd handelt met de AWGB door deze dienst alleen aan te bieden aan vrouwen en alleen vrouwelijke chauffeurs in te zetten. De Commissie gaat de verschillende onderdelen van het verzoek na en concludeert dat de gedragingen van verweerster niet kunnen worden gezien als zodanig ernstig 'dat beoordeling daarvan aan de gelijkebehandelingswetgeving is geboden.' (punt 3.15). De Commissie komt tot de conclusie 'dat het verzoek om een oordeel moet worden afgewezen wegens een gebrek aan achterliggend belang en onvoldoende gewicht van de bestreden gedraging.' (punt 3.16). In de noot in Oordelenbundel 2008, p. 319 e.v. stelt G.Th. Terpstra vragen bij deze aanpak van de Commissie. Het gering-belang-criterium van artikel 14 AWGB wordt in deze zaak in feite gebruikt als een extra materieel toetsingscriterium. Daarmee wordt een benadelings-benadering in plaats van een vergelijkings-benadering 'via een achterdeur' binnengeloodst.

Op zichzelf, aldus Terpstra, is voor een benadelings-benadering wel iets te zeggen. Ook Gerards sprak zich al eerder in die richting uit.¹

Maar in de huidige AWGB is 'feitelijk geen rechtvaardiging mogelijk [...] voor de damestaxi.'²

In de evaluatieperiode 2004-2009³ zijn in een aantal andere zaken ook knelpunten in het gesloten stelsel aan de orde geweest:

1 Gerards 2002, p. 77 en p. 576 e.v.

2 Terpstra, Oordelenbundel 2008, p. 323.

3 In eerdere evaluatieperiodes zijn de volgende probleemgevallen te signaleren geweest: 95-40 verhuur auto; 98-148 verhuur witgoed; 98-07 kredietverlening; 00-28 mobiele telefoon; 95-04 arbeidsongeschiktheidsverzekering; 00-04 ivf; 97-119; 98-57.

- **Oordelen 2006-20, 2006-55 & 2007-179 vaccinatie (eerder in Oordeel 2000-90; ook relevant is hier Oordeel 2004-116)**

In Oordeel 2006-20 gaat het om inenting tegen hepatitis A door de gezondheidsdienst voor alle gemeenten in de provincie Zeeland. Verzoeker moest daarvoor 285 euro betalen, terwijl homoseksuele cliënten slechts 20 euro hoefden te betalen (en de hepatitis B-inenting zelfs gratis kregen). Hoewel dit op het eerste gezicht neerkomt op direct onderscheid op grond van seksuele gerichtheid, stelt de CGB in haar oordeel eerst de vraag of er wellicht sprake is van indirect onderscheid (punt 5.6). Omdat de Commissie de opvatting die in Oordeel 2000-90 was neergelegd (geen direct onderscheid) inmiddels in Oordeel 2004-119 heeft bijgesteld, spreekt de Commissie nu het oordeel uit dat in casu sprake is van direct onderscheid (punt 5.9). De tweede vraag is dan of er sprake is van een wettelijke uitzonderingsgrond. Die vraag wordt in punt 5.10 ontkennend beantwoord.

Maar dan komt de Commissie in punt 5.11 met een interessante wending:

‘Het bovenstaande laat onverlet dat een regel onder bijzondere omstandigheden buiten toepassing moet worden gelaten wanneer deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid leidt tot onaanvaardbare gevolgen (vgl. CGB 17 augustus 2005, oordeel 2005-155). Van onaanvaardbare gevolgen van het verbod van onderscheid kan sprake zijn indien het grondwettelijke recht op gelijke behandeling botst met de eveneens op de Grondwet of verdragen berustende verplichtingen voor de overheid, waaronder de plicht om ter uitvoering van het recht op gezondheid maatregelen te treffen ter bevordering van de volksgezondheid en voorrang wordt gegeven aan het gelijkheidsbeginsel. Dat volksgezondheidsbelangen een doorbreking van het gesloten systeem van uitzonderingen op de gelijkebehandelingsnorm kunnen rechtvaardigen blijkt onder meer uit artikel 2, vijfde lid 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. Hierin is bepaald dat deze Richtlijn nationale bepalingen onverlet laat die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor ondermeer de bescherming van de volksgezondheid.’

Dit oordeel is om een aantal uiteenlopende redenen kritisch ontvangen. Een van de kritieken is dat de CGB zich met deze benadering ‘op de stoel van de wetgever plaatst.’⁴ Een ander punt van kritiek is dat de overweging over Richtlijn 2000/78 niet helemaal op zijn plaats lijkt: de Richtlijn betreft arbeid en beroep en in casu gaat het om het aanbieden van (goederen en) diensten.⁵ Een derde punt is dat de toetsing die de CGB uitvoert geen toetsing is waarbij de noodzakelijkheidsvraag – is het onderscheid in casu noodzakelijk om een legitiem doel te bereiken? – adequaat wordt gesteld. Om de noodzakelijkheidsvraag te beantwoorden is een belangenafweging volgens proportionaliteitsmaatstaven nodig en naar de mening van Titia Loenen is de Commissie daarmee niet adequaat omgegaan. ‘Eigenlijk maakt de CGB geen afweging tussen alle in het geding zijnde belangen.’⁶

- **Oordeel 2007-85 bloeddonoren (eerder in Oordeel 1998-137)7**

Deze zaak borduurt voort op Oordeel 1998-137⁸ en Oordeel 1998-139⁹, waarin de Commissie tot de conclusie kwam dat het beleid van een bloedbank respectievelijk een spermabank om alle mannen met recente homoseksuele contacten uit te sluiten van donorschap een vorm van indirect onderscheid opleverde, waarvoor een rechtvaardiging kon worden gevonden in de wens van de bloedbank en de spermabank om het besmettingsrisico zoveel mogelijk uit te sluiten. In

4 Titia Loenen, Noot onder Oordeel 2006-20, NJCM-bulletin 2006, p. 823- 832 (828).

5 Loenen, NJCM-bulletin 2006, p. 829.

6 Loenen, NJCM-bulletin 2006, p. 829.

7 Vergelijkbare vragen waren aan de orde in Oordeel 2000-18 (Afrikaanse bloeddonoren) en Oordeel 2006-20 (Hepatitis-B).

8 Ook gepubliceerd in NJCM-bulletin 1999, p. 919-929 met noot van Titia Loenen.

9 Ook gepubliceerd in AB 1999, 227, met noot van H.M.T. Holtmaat.



haar oordelen, beide van 15 december 1998, wijdde de Commissie onder punt 5.5 respectievelijk punt 4.4 een beschouwing aan de vraag of sprake was van direct dan wel indirect onderscheid. Omdat het selectie criterium niet was 'homoseksualiteit' maar 'risicovol seksueel gedrag' was de Commissie van oordeel dat sprake was van indirect onderscheid. In het spermabank-oordeel werd dit als volgt geformuleerd: 'Het onderscheid is naar het oordeel van de commissie niet gelegen in de homoseksuele gerichtheid als zodanig, maar in het risico van overdracht van SOA, inclusief HIV. Van direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid is derhalve geen sprake.'

In het bloedbank-oordeel staat het enigszins anders verwoord: 'Op grond van het voorgaande overweegt de Commissie dat het terugdringen van de risico's op overdracht van het HIV-virus door bepaalde seksuele gedragingen de grond vormt voor de afkeuring als bloeddonor en niet één van de door de AWGB beschermde persoonskenmerken, die eigen zijn aan personen die vallen onder de uitgesloten groepen in de richtlijn [De Richtlijn Donorkeuring – RdL], te weten homo- of heteroseksuele gerichtheid, geslacht, ras en nationaliteit. De richtlijn in zijn geheel duidt derhalve, als context waarin de door verzoekers bestreden uitsluitingsclausule dient te worden gezien, niet op direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid. Ten aanzien van de door verzoekers aangevochten uitsluiting overweegt de Commissie dat de toepassing hiervan bevestigt dat niet de seksuele gerichtheid van de betrokkenen als zodanig de grond is voor de afkeuring, maar het verhoogde risico op een HIV-infectie door seksuele contacten van mannen met mannen.' (punt 5.5.).

In 2006 werd de kwestie opnieuw aan de Commissie voorgelegd, nu met de stelling 'dat de technische mogelijkheden om bloed van donoren te testen op HIV zodanig verbeterd zijn dat onderscheid thans niet meer objectief gerechtvaardigd is en de Commissie derhalve tot een andere conclusie zou moeten komen dan in haar oordeel 1998-137.'¹⁰

Anders dan in 1998 is de Commissie nu van oordeel dat sprake is van direct onderscheid. Hiervoor lijken vooral twee elementen doorslaggevend: de Commissie stelt zich op het standpunt dat seksuele voorkeur 'immers eerst en vooral betekenis in relatie tot anderen' krijgt (punt 3.12); daarnaast stelt zij vast dat weliswaar 'ook andere groepen mensen die een verhoogd risico op HIV of andere bloedoverdraagbare aandoeningen lopen' worden uitgesloten, maar niet op grond van een door de AWGB beschermd persoonskenmerk, terwijl dit 'bij homoseksuele mannen wel het geval is' (punt 3.13). 'Verzoekster hanteert immers als uitgangspunt dat alle mannen die ooit seksueel contact hebben gehad met een man een blijvend risico vormen, ook wanneer betrokkene én zijn partner een monogaam en veilig seksleven leiden.' (ibid.). Op grond hiervan oordeelt de Commissie 'dat haar in 1998 gevolgde redenering herziening behoeft' en dat sprake is van direct onderscheid. Dat noopt dus tot een andere benadering van het rechtvaardigingsprobleem dan in 1998. Hiertoe doet de Commissie een beroep op de redelijkheid en billijkheid. Zoals ook in – hieronder te bespreken – eerdere oordelen, spreekt zij in de onderhavige zaak uit dat 'een regel buiten toepassing kan worden gelaten, indien en voor zover strikte toepassing van die regel in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou leiden tot onaanvaardbare gevolgen. Van een dergelijke situatie kan sprake zijn, wanneer de gezondheid van derden door een dergelijke toepassing ernstig zou worden bedreigd. In dit verband verwijst de Commissie naar de artikelen 6:2, tweede lid Burgerlijk Wetboek (BW), en 6:248, tweede lid, BW in samenhang met artikel 3:12 BW.' (punt 3.15). Om vast te stellen of in dit geval de strikte toepassing van de wet leidt tot naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen, weegt de Commissie de verschillende betrokken belangen tegen elkaar af. Tevens neemt zij in ogenschouw 'in hoeverre de risico's voor de volksgezondheid inderdaad niet anders te voorkomen zijn, dan door (categorische) uitsluiting van mannen die seksuele contacten hebben gehad met andere mannen.' (punt 3.19). Ook kijkt zij in dit verband naar de veiligheid van de bloedvoorziening in het buitenland. Uiteindelijk komt zij tot de conclusie dat gelet op de ernstige consequen-

¹⁰ Weergave door de Commissie, Oordelenbundel 2007, p. 306.

ties voor de volksgezondheid het toelaten van de onderhavige categorie mannen als donor tot onaanvaardbare gevolgen zou 'kunnen leiden' (punt 3.36). Het valt op dat deze laatste bewoordingen niet strikt aansluiten bij het criterium dat de Commissie in punt 3.15 heeft ontwikkeld ('leiden' tot onaanvaardbare gevolgen, en niet 'kunnen leiden').

Met de benadering in Oordeel 2007-85 komt de Commissie tegemoet aan kritiek die op de oordelen uit 1998 is geuit. Die kritiek kwam er in hoofdzaak op neer dat het onderscheid tussen seksuele geaardheid en seksueel gedrag – het 'zijn' en het 'doen' – gekunsteld is. Zoals Gerards in haar noot onder Oordeel 2007-85 opmerkt, 'levert [het] al te gemakkelijk een inbreuk op de menselijke waardigheid op wanneer deze twee op kunstmatige wijze uit elkaar worden getrokken'.¹¹

Door de kwalificatie als direct onderscheid creëert de Commissie wel een probleem voor zichzelf. Bij ontbreken van een wettelijke uitzonderingsgrond met het oog op de volksgezondheidsbelangen van patiënten die donorbloed ontvangen is voor direct onderscheid geen rechtvaardiging aanvaardbaar. Dat probleem is ook al in eerdere oordelen aan de orde geweest (onder andere in Oordeel 2006-20), en daarop is door verschillende commentatoren gereageerd. De door de Commissie aangehaalde buitenwettelijke uitzonderingsgrond van de naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare gevolgen is niet zonder problemen. Gerards heeft al gewezen¹² op het 'noodgreep'-karakter van deze aanpak. Naar haar oordeel bestaat het risico 'dat de CGB op tamelijk arbitraire basis buitenwettelijke uitzonderingsgronden zal creëren. Ook Hendriks is – in een eerder commentaar op een ander Oordeel, namelijk 2000-18 – kritisch geweest over de gedachte dat de Commissie zelf de gesloten structuur zou gaan ontwijken door een buitenwettelijke uitzonderingsgrond te aanvaarden.'¹³

- **Oordeel 2005-155 zwangerschap (eerder in Oordeel 2002-43)**¹⁴

Zaak 2005-155 betreft artikel 7:646 BW: verbod van onderscheid tussen mannen en vrouwen bij – onder meer – het aangaan van een arbeidsovereenkomst. Het gaat om een sollicitatieprocedure voor een tijdelijke positie bij een dienst van het Ministerie van Financiën, voornamelijk bedoeld om een symposium te organiseren. Tijdens het tweede sollicitatiegesprek gaf verzoekster aan dat zij 19 weken zwanger was, en precies in de tijd dat het symposium zou plaatsvinden met bevallingsverlof zou zijn. Daarop werd zij niet aangenomen. De CGB stelt vast dat hier sprake is van direct onderscheid (punt 5.6). Aangezien geen van de wettelijke uitzonderingen van toepassing is (zie artikel 7:646, tweede t/m vierde lid, BW) concludeert de CGB tot direct onderscheid in strijd met de wet.

Daaraan voegt de Commissie nog 'ten overvloede' een overweging toe:

'Onder bijzondere omstandigheden kan een regel buiten toepassing worden gelaten wanneer deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou leiden tot onaanvaardbare gevolgen. Dat is in casu echter niet aan de orde. Verweerder heeft weliswaar gesteld dat de taken van de communicatiemedewerker niet overdraagbaar waren, maar daarvan is niet gebleken. Voorts heeft verweerder aangevoerd dat niet van haar gevergd kon worden voor de laatste vier maanden een tweede uitzendkracht in te lenen. Daarbij komt dat veleer aannemelijk is dat alle eventuele lasten voor rekening van het uitzendbureau zouden komen. Het hier besproken verweer treft dus geen doel.'

Dit oordeel wijkt in substantie niet af van dat in zaak 2002-43. Ook daar oordeelde de Commissie

11 Oordelenbundel 2007, p. 316 l.k.

12 Zowel in haar noot onder Oordeel 2006-20 als in haar noot onder Oordeel 2007-85.

13 Noot bij Oordeel 2000-18, in: T. Loenen (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2000*, Deventer (Kluwer) 2001, punt 9.

14 Volgens Gerards, noot onder Oordeel 2006-20, is 2005-155 een voorbeeld van 'de eerste aarzelende toepassing' van wat in het evaluatierapport 2005 gezegd was over het buiten toepassing laten van de wet bij onaanvaardbare onredelijkheid / onbillijkheid. Een tweede voorbeeld is 2006-20, waarvan Gerards de constructie 'een tamelijk merkwaardige' noemt (Noot, p. 318).



dat sprake was van direct onderscheid zonder dat een van de wettelijke uitzonderingen van toepassing was. Een opmerkelijk verschil betreft echter de wijze waarop de Commissie met het spanningsveld tussen wet en redelijke uitkomst omgaat. In punt 5.4 zegt de Commissie daarover het volgende: 'Dit betekent dat ook in een situatie als de thans voorliggende, waarin het voor een werkgever moeilijk, zo niet onmogelijk is, om in het zwangerschapsverlof van een (in dienst te nemen) werkneemster te voorzien, sprake is van direct onderscheid, indien om die reden een contract wordt beëindigd, c.q. niet wordt aangegaan. Het ligt niet op de weg van de Commissie deze "spanning" tussen wet en uitkomst van de wetstoepassing "op te lossen". Uitsluitend de wetgever heeft hierin een taak.'

- **AWGB Recente oordelen: de fietsenstalling**

Hoewel vallend buiten de evaluatieperiode, verdienen in dit verband ook de fietsenstalling-oordelen van 15 april 2010 vermelding. De Commissie sprak uit dat de regel 'heren worden verzocht hun fiets te stallen in het bovenrek, dames in het benedenrek' direct onderscheid oplevert. De Commissie erkent daarbij wel dat de consequenties van een dergelijk oordeel voor een ruimtelijk efficiënte inrichting van de fietsenstalling ingrijpend kunnen zijn. In het stelsel van de AWGB mogen bij de grond waarvan in casu sprake was (geslacht) deze consequenties geen rol spelen. De AWGB laat in zulke gevallen slechts uitzonderingen toe die behoren tot de in de wet limitatief opgesomde. Daarvan was in dit geval geen sprake.¹⁵

3 Analyse van de in paragraaf 2 besproken oordelen

Allereerst valt op dat niet alle gronden van onderscheid de afgelopen jaren tot knelpunten aanleiding hebben gegeven. Ten aanzien van de grond 'ras' is dat bijvoorbeeld (vrijwel) niet het geval. De meeste problemen lijken zich voor te doen bij de gronden 'geslacht' en 'seksuele gerichtheid'. Ten aanzien van die laatste categorie gaat het dan om de gevallen waarin inschattingen van risico's voor de volksgezondheid hebben geleid tot een onderscheid in behandeling ten aanzien van homoseksuelen. Bij de grond 'geslacht' lijkt het – in de gevallen van de Pink Lady Cab, de fietsenstalling en misschien ook bij de benadering van zwangerschap – minstens ten dele een kwestie te zijn van maatschappelijke rolpatronen die niet een complete overlap vertonen met het verwachtingspatroon van de gelijkebehandelingswetgever in de AWGB. Hieronder wordt daarop nader ingegaan.

Ten tweede valt op dat de kwesties die in paragraaf 2 zijn besproken niet geheel gelijksoortig zijn. Het is nog maar de vraag of voor al deze kwesties een zelfde oplossing, of een zelfde soort oplossing, aangewezen is.

Ten aanzien van de problemen rond zwangerschapsverlof valt bijvoorbeeld te denken aan een wettelijke uitzonderingsmogelijkheid voor functie die naar hun aard tijdelijk zijn (zoals vervanging wegens zwangerschapsverlof in de zaak *Webb v EMO* dat was),¹⁶ en waarbij de aanwezigheid op een bepaald moment of in een bepaalde periode tot de essentiële vereisten voor de functie behoort. Andere gevallen zijn echter naar zich laat aanzien te 'bijzonder', te weinig voor herhaling vatbaar, om niet dan met grote moeite onder een wettelijke uitzonderingsmogelijkheid gebracht te kunnen worden.

In die laatste categorie gevallen zal wellicht naar een ander type oplossingen moeten worden omgezien. Ook daarop zal hieronder nader worden ingegaan.

15 Zie overigens reeds in 2004 Diana de Wolff, *Heren, uw fiets bovenop!*, in: R. Holtmaat e.a. (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer 2004, p. 162 e.v.

16 *HvJEG* 14 juli 1994, C-32/93 *Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd*, Jur. 1994 I-3567 (ontslag wegens zwangerschap); zie ook *HvJEG* 30 juni 1998, C-394/96 *Brown v Rentokil*, Jur. 1998 I-4185 (ontslag wegens met zwangerschap verband houdende ziekte).

In de derde plaats valt op dat de manier waarop de Commissie in de loop van de tijd met gesignaleerde knelpunten is omgegaan blijkt geeft van voortschrijdend inzicht. Zou men wellicht op grond van het systeem van de gelijkebehandelingswetgeving een meer ‘mechanische’ opstelling van de CGB verwachten, zij blijkt gevoelig voor commentaren en voor gepercipieerde wijzigingen in het maatschappelijke patronen van waarden en verwachtingen. Dat leidt bij tijd en wijle tot bijstelling, nuancering en/of verfijning van een eerder ingeslagen koers. Dat geldt met name voor de benadering van de bloeddonor-problematiek: eerst werd indirect onderscheid aangenomen waarbij verschil werd gemaakt tussen de seksuele voorkeur en seksuele gedragingen, later werd direct onderscheid aangenomen waarbij het eerdere verschil tussen voorkeur en gedragingen werd losgelaten, en waarbij een buitenwettelijke uitzonderingsmogelijkheid werd gehanteerd (‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot onaanvaardbare resultaten leiden’) om het gedrag van de bloedbanken toch gerechtvaardigd te achten.

In de vierde plaats valt op dat sommige argumenten die de Commissie aanvoert niet eenvoudig te begrijpen of niet eenvoudig in de systematiek van de AWGB te plaatsen, dan wel niet (zonder meer) overtuigend zijn. Dat geldt met name voor de passages in de Oordelen 2005-155, 2006-20 en 2007-85 over redelijkheid en billijkheid. Het geldt ook voor het argument dat de Richtlijn 2000/78 toelaat dat op een ietwat andere manier met het gesloten stelsel wordt omgegaan. Wat betreft de redelijkheid en billijkheid is van belang dat het hier gaat om begrippen die – ook in de door de Commissie aangehaalde bepalingen uit het BW (artikel 3:12, artikel 6:2, en artikel 6:248 tweede lid) – op zichzelf een nuttige correctie kunnen bieden ten aanzien van afspraken die tussen contractspartijen worden gemaakt, maar die geen vrijbrief geven om van de wet af te wijken. Laat staan dat ze een overheidsorgaan als de CGB een vrijbrief zouden geven om op een kernpunt recht tegen de wet in te gaan, door een uitzonderingsgrond te scheppen waar die door de wetgever ondubbelzinnig niet bedoeld is, en die bovendien tegen een kernpunt van de wet ingaat. Dit kan ook worden duidelijk gemaakt aan de hand van de afzonderlijke BW-bepalingen die de Commissie aanhaalt. Artikel 3:12 BW bepaalt dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met ‘algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken.’ Dat dit kan leiden tot een billijkheidscorrectie op contractuele verplichtingen maar niet tot een billijkheidscorrectie op de wet, is uit de rechtspraak van de Hoge Raad af te leiden. Het Harmonisatiewet-arrest van 1989¹⁷ bevat het oordeel van het hoogste rechtscollege dat de wet in formele zin door de rechter niet mag worden getoetst aan fundamentele rechtsbeginselen. Het is niet goed in te zien – en wordt door de CGB ook niet beargumenteerd – waarom het in artikel 120 Grondwet tot de rechter gerichte toetsingsverbod zo kan worden gelezen dat het voor een niet-rechterlijk orgaan zoals de CGB wél een bevoegdheid tot afwijking van de wet in geval van strijd met fundamentele rechtsbeginselen zou meebrengen. Dit geldt ook – misschien zelfs a fortiori – voor het beroep van de Commissie op de artikel 6:2 en 6:248, tweede lid, BW. Deze artikelen betreffen de tenuitvoerlegging van overeenkomsten en niet de toepassing van de wet door overheidsorganen. Zou men het eventueel zo willen zien dat de billijkheidscorrectie van artikel 6:2 BW een algemene correctie op de discriminatieverboden van de AWGB zou zijn – de redenering zou dan kunnen zijn dat de AWGB betrekking heeft op verplichtingen die door partijen zijn overeengekomen, waarop in beginsel de AWGB van toepassing is met een verbod tot het maken van direct onderscheid behoudens wettelijke uitzonderingen, maar aangevuld met de bepaling van artikel 6:2 BW – dan is niet goed te begrijpen waarom dit door de wetgever niet in de AWGB zelf tot uitdrukking is gebracht. Daarmee zou immers de kern uit het gesloten stelsel worden gehaald.

17 HR 14 april 1989, AB 207 m.nt. FHvdB; NJ 469 m.nt. MS; AA 1989, p. 578 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin.



4 Voorgeschiedenis

Het thema Knelpunten in het gesloten stelsel is al ouder. Het speelt al een rol vanaf de totstandkoming van de AWGB. Al bij de kamerbehandeling van het wetsvoorstel-AWGB is de problematiek aan de orde geweest en is een bewuste keuze gemaakt voor een gesloten stelsel van uitzonderingen.

Bij de eerste evaluatie heeft het thema aandacht gehad. Ook daarna is het een constante in de discussies rond de periodieke evaluatie van de gelijkebehandelingswetgeving.

Ook op Europees niveau is bekend dat het (in principe) gesloten stelsel dat in EG-richtlijnen is neergelegd er in incidentele gevallen toe kan leiden dat uitzonderingen worden aanvaard zonder dat daarvoor een duidelijke motivering kan worden gegeven.¹⁸ Wij komen daarop hieronder nog terug.

5 Aard van het probleem

Het kernprobleem van het gesloten stelsel hangt samen met de kracht ervan: het gelimiteerde aantal uitzonderingen dat de wetgever uitdrukkelijk heeft vastgelegd en onder woorden heeft gebracht.

Wat zijn nu de argumenten voor een gesloten stelsel en in welke opzichten verplicht de Europese regelgeving tot het hanteren van een gesloten stelsel?

In het algemeen kan men zeggen dat met de gelijkebehandelingswetgeving wordt beoogd om bepaalde manieren van behandelen van mensen op grond van een bepaald kenmerk tegen te gaan. Vaak speelt daarbij een rol dat die manier van behandelen wordt gekenmerkt door vooroordelen. De gelijkebehandelingswetgeving beoogt die vooroordelen tegen te gaan. Toegespitst op de rolverdeling tussen de seksen: zij beoogt een bepaald beeld van de verhouding tussen mannen en vrouwen te ontcrachten en te bestrijden. In het recente NS-Fiets- oordeel schrijft de CGB daarover: 'De gelijkebehandelingswetgeving is er op gericht juist [...] generaliserende vooronderstellingen ten aanzien van individuele mannen en vrouwen te bestrijden en uit te bannen, in het bijzonder waar dergelijke vooronderstellingen negatieve effecten hebben voor een bepaalde groep.'¹⁹ Mutatis mutandis is iets soortgelijks van toepassing op de andere discriminatiegronden die in de wet worden genoemd.

De gelijkebehandelingswetgeving stelt een bepaald doel – gelijke behandeling – dat als het ware in één keer moet worden bereikt. Tegelijkertijd kan niet worden ontkend dat in de maatschappelijke realiteit dit doel vaak alleen stapsgewijs kan worden bereikt, waarbij bij elk van de te zetten stappen afwegingen plaatsvinden tussen het belang van gelijke behandeling en andere in aanmerking komende relevante belangen. Het gesloten stelsel sluit zulke afwegingen uit. Er is sprake van een impliciet proportionaliteitsoordeel, dat door de wetgever is geveld voor een hele categorie gevallen tegelijk. Dat resulteert in de typerende wetgevingsaanpak die in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving wordt gevolgd en waarbij ten aanzien van bepaalde gronden uitsluitend de wettelijk genoemde uitzonderingen en uitzonderingsgronden worden toegelaten. Bij de gronden ten aanzien waarvan het gesloten stelsel van uitzonderingen wordt gevolgd, heeft wel degelijk een belangenafweging door de wetgever plaatsgevonden. Die belangenafweging vindt dan echter daarna niet nogmaals plaats in een concrete casus, dat wil zeggen in het proces van beoordeling óf een schending van de wet heeft plaatsgevonden door het maken van direct onderscheid op een van de bij wet aangewezen verboden gronden. Die belangenafweging heeft de wetgever geheel uitgevoerd²⁰ en is daarmee onttrokken aan de ambten die met de tenuitvoerlegging van de AWGB en van de overige gelijkebehandelingswetgeving zijn belast, inclusief de CGB.

18 Tobler, Rechtvaardiging van direct onderscheid in het EG-recht, *Nemesis* 2001, p. 121 e.v.; Gerards, *Rechterlijke toetsing*, 2002, p. 224-225.

19 Oordeel 2010-62, par. 3.17.

20 Algemeen hierover: W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de wetgever*, diss. UvA 2000.

6 Parallellen

Het gelijkebehandelingsrecht staat hierin niet op zichzelf. Ook op andere terreinen zijn voorbeelden aan te wijzen waarin de wetgever de proportionaliteitsbeoordeling heeft gedaan. Voor de rechter is dan geen ruimte meer voor een aanvullend of plaatsvervangend proportionaliteitsoordeel.

Een bekend voorbeeld is de Wet Boeten en Maatregelen (Wet van 25 april 1996, Stb 248), die onder andere betrekking heeft op sancties in de sociale zekerheid. De legislatieve proportionaliteitsbeoordeling vond plaats om zeker te stellen dat de rechter – met name de Centrale Raad van Beroep – zijn proportionaliteitsoordeel niet in de plaats van dat van de wetgever zou kunnen stellen.

Ook bij andere wetten waarin bestuurlijke sanctiemogelijkheden zijn neergelegd zien we dat de wetgever een proportionaliteitsoordeel heeft geveld.²¹ Men zou de vraag kunnen stellen of ook voor de CGB zou moeten gelden dat zij een dergelijke matigingsbevoegdheid zou moeten bezitten, die haar in staat stelt op genuanceerde en concrete wijze in te gaan op de belangen die in een bepaalde casus aan de orde zijn.

7 Consequenties voor de positie van de CGB: de verhouding wetgever - CGB

Dit is in wezen ook de figuur die wij zien in de werkverdeling tussen de wetgever en de CGB als het gaat om de gronden waarop het gesloten stelsel van toepassing is. De taak van de Commissie is daarbij beperkt tot het feitelijk vaststellen dat in een bepaalde situatie door een bepaalde handeling of samenstel van handelingen, of door middel van een bepaalde regel of een bepaald beleid, direct onderscheid is gemaakt op een van de verboden gronden. De rechtsgevolgen daarvan zijn geheel door de wetgever geregeld.

Dat heeft bijvoorbeeld ook tot gevolg dat het oordeel dat door een bepaalde regel ('mannen moeten hun fiets in het bovenrek plaatsen') verboden onderscheid wordt gemaakt, ertoe leidt dat de regel in zijn geheel onverbindend is en niet mag worden toegepast.

Er is simpelweg geen geval denkbaar waarin toepassing van de regel wél rechtmatig zou kunnen zijn.²²

8 Redelijkheid en maatschappelijk verwachtingspatroon

Precies daar wringt bij direct onderscheid de schoen: is het nu volstrekt onredelijk om te veronderstellen dat de meeste mannen genoeg lengte en kracht hebben – en galanterie ten opzichte van vrouwelijke fietsers – om van hen te verwachten dat zij voldoende stallingsruimte beschikbaar houden voor degenen die in dat opzicht minder bedeeld zijn?

21 L.J.J. Rogier, Bestraffende sancties in de Awb, in: T. Barkhuysen/W. Den Ouden/J.E.M. Polak (red.), 15 jaar Awb, Den Haag 2010, p. 519-534. Andere voorbeelden zijn te vinden in de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wet-Mulder), in de Wet arbeid vreemdelingen en in de Tabakswet. Met dank aan Lodewijk Rogier vermeld ik hier in dit verband CBB 26 augustus 2008, LJN BF1753, AB 2009, 125 met noot O.J.D.M.L. Jansen, waarin wordt geoordeeld dat bij de toepassing van een door de wet gefixeerde sanctie nog wel de vraag aan de orde kan komen of er voor het opleggende bestuursorgaan aanleiding was tot matiging van de sanctie; in dat kader is er ook ruimte voor een rechterlijk evenredigheidsoordeel: is de boete in het concrete geval evenredig aan 'met name de aard en ernst van de geconstateerde overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en, zonedig, de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd', waarbij het College tevens verwijst naar zijn eerdere uitspraak van 15 december 2006, LJN AZ5787). Zie ook het in de Vierde tranche van de Awb opgenomen artikel 5:46 Awb, waarvan het derde lid luidt: 'Indien de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, legt het bestuursorgaan niettemin een lagere boete op indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is.' Zie ook R. Stijnen, Evenredigheidstoetsing door de bestuursrechter, NJB 2003, p. 1946-1953.

22 Zie over de algemene problemen van onverbindend verklaren en buiten toepassing laten J.J.J. Sillen, Rechtsgevolgen van rechterlijke toetsing van wetgeving, diss. RU Nijmegen 2010 (ter perse) en de door hem vermelde literatuur.



Op de achtergrond speelt daarbij in een aantal gevallen ook een cultureel probleem. In de kern is dat een probleem van aansluiting tussen het gelijkebehandelingsrecht en de gelijkebehandelingswetgeving enerzijds en maatschappelijke verwachtingspatronen anderzijds. Dat die aansluiting er in beginsel wel is, blijkt ook uit de criteria voor verboden onderscheid die in de wet zijn neergelegd en de wijze waarop ze door de wetgever zelf blijkens de parlementaire geschiedenis worden geïnterpreteerd. Bij de toepassing van de gronden godsdienst en levensovertuiging wordt niet uitsluitend gelet op de vraag welke opvattingen door de betrokkene worden uitgedragen. Ook andere culturele factoren kunnen daarbij een rol spelen en het lidmaatschap van een (religieuze of levensbeschouwelijke) organisatie, of andere gegevens, kan relevant zijn.²³ Ten aanzien van seksuele voorkeur geldt dat onderscheid op grond van 'gedrag dat algemeen wordt beschouwd als uitvloeisel van de hetero- of homoseksuele gerichtheid moet worden gezien als direct onderscheid.'²⁴ Hierboven kwamen we iets dergelijks al tegen in de bespreking van Oordeel 2007-85, bij het verschil tussen het 'zijn' en het 'doen'. Met name ten aanzien van homoseksualiteit spelen de onderscheiden verwachtingspatronen een belangrijke rol. Anders dan bij andere kenmerken is er bij sommigen een twijfel over de onveranderlijkheid van dit kenmerk en wordt in het publieke debat – met name van christelijke zijde – regelmatig naar voren gebracht dat er verschil is tussen de homoseksuele geaardheid (geaccepteerd) en homoseksuele 'gedragingen' (niet geaccepteerd). De enkele-feit-constructie in de AWGB is een voorlopig eindpunt in deze discussie, maar zoals bekend is dit voorlopig eindpunt niet geheel in ruste.

In gevallen als deze komt duidelijk tot uiting dat het maatschappelijk verwachtingspatroon mede bepalend is voor datgene wat als verboden onderscheid moet worden aangemerkt. In sommige gevallen lijkt dit zelfs overheersend te zijn geweest, zoals bij het aanmerken van discriminatie van woonwageneigenaren als onderscheid op grond van ras, zoals in Oordeel 99-85: woonwageneigenaren zijn een groep die zich qua leefwijze en cultuur van andere onderscheidt. 'Dit temeer omdat individuele woonwageneigenaren als behorend tot een bijzondere bevolkingsgroep door de omgeving veelal met vooroordeel en ongelijke behandeling tegemoet worden getreden.' Asielzoekers vallen echter – volgens de CGB in 1998 – weer niet onder deze omschrijving, omdat ze een onvoldoende 'coherente' groep zijn. Hier blijkt het maatschappelijk verwachtingspatroon ten aanzien van de 'identiteit' van de betreffende groep zelfs mede bepalend te zijn voor de vraag of een bepaalde verboden grond van onderscheid in het geding is. Wentholt signaleert in 1999 al dat iets soortgelijks ook van toepassing is op de verbodsgrond 'huwelijkse staat', met name omdat geen dwingend verband bestaat tussen het zijn van 'alleenstaande' en het ongehuwd zijn. Regelingen die betrekking hebben op gehuwden en daaraan gelijkgestelde samenwonenden blijken daarom vanuit twee verschillende invalshoeken benaderd te kunnen worden.²⁵ In latere oordelen heeft de CGB ten aanzien van de positie van woonwageneigenaren en de positie van asielzoekers overigens een benadering gevolgd die aansluit op veranderingen in de maatschappelijke context, maar ook op aanbevelingen van het Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD).²⁶

In de gevallen die hierboven genoemd werden, en andere gevallen waarin de uitkomst blijkens de commentaren als 'apert onredelijk' wordt ervaren, lijkt juist dit een probleem te zijn: in gevallen als deze lijkt een spanning aanwezig tussen het maatschappelijk verwachtingspatroon en de – starre, of als star ervaren – classificaties van het gelijkebehandelingsrecht.

9 Voordelen van het gesloten stelsel

In een bespreking van de knelpunten mag een aanduiding van de voordelen van het gesloten stelsel niet ontbreken. Maar zij kan kort zijn. De voordelen van het gesloten stelsel – die de

23 K. Wentholt, Direct en indirect onderscheid, Oordelenbundel 1999, p. 107.

24 K. Wentholt, Direct en indirect onderscheid, Oordelenbundel 1999, p. 107.

25 Wentholt 1999, p. 109.

26 In Oordeel 2006-222 bijvoorbeeld verwijst de GCB naar General Recommendation VIII (2000).

wetgever gebracht hebben tot de keuze voor dat stelsel – zijn aanzienlijk: duidelijkheid voor de justitiabele, relatieve eenvoud in de handhaving, een overzichtelijke taak voor het oordelende orgaan (CGB, rechter).²⁷ De relevante afwegingen zijn door de wetgever gemaakt, met alle voordelen van democratische legitimatie van dien; dit geldt ook voor de afwegingen tussen eventueel botsende grondrechten.²⁸ Ook daar geldt het voordeel van de democratische legitimatie. Die democratische legitimatie is bovendien in overeenstemming met de centrale plaats van de wetgever in de rechtsorde. Onder de tot rechtsvorming bevoegde ambten neemt de wetgever – ook in een stelsel waarin geen Sovereignty of Parliament bestaat – nog steeds een primaire positie in.²⁹ Met name op het terrein van botsingen van grondrechten wordt vaak de aandacht sterk gericht op de rechter, terwijl er (te) weinig aandacht is voor het oordeel van de wetgever. Door de keuze voor een gesloten stelsel met betrekking tot direct onderscheid eist de wetgever zijn plaats op.

10 Eerder genoemde knelpunten

Dit neemt echter niet weg dat in de praktijk van de uitvoering van de wet knelpunten kunnen ontstaan. Dat is ook in het gelijkebehandelingsrecht het geval. Dat het gesloten systeem van de AWGB knelpunten oplevert, is vroeg onderkend.³⁰ Daarbij moet wel de vraag worden gesteld of het echt om grote aantallen knelpunten gaat. Afgaande op de Oordelenpraktijk van de CGB is dat niet het geval. In totaal zijn over de periode 1994-2010 waarschijnlijk niet meer dan twintig oordelen aan te wijzen waarin een probleem aan de orde is dat kan worden aangeduid als verbonden met het gesloten stelsel ter zake van direct onderscheid. Aangezien het regelmatig is voorgekomen dat verschillende oordelen op hetzelfde knelpunt betrekking hebben (de bloeddonoren zijn hiervan een goed voorbeeld) kan worden geconcludeerd dat het aantal knelpunten niet groot is. Ook volgens Gerards 'hebben de beperkingen van de gesloten structuur in de praktijk nauwelijks tot grote problemen geleid'.³¹

Vanouds zijn als nadelen genoemd het feit dat zich in incidentele gevallen – gemakshalve: gevallen waaraan de wetgever kennelijk niet heeft gedacht, of die hij niet in zijn afweging heeft betrokken³² (silence de la loi) – situaties voordoen waarin voor een verboden onderscheid toch een redelijke rechtvaardiging voorhanden lijkt te zijn, of lijkt te kunnen zijn.

Daarnaast kan het gaan om gevallen waarin de klager niet meer dan een futiliteit aanvoert of lijkt aan te voeren. Dan is er strikt genomen (en de CGB moet dit strikt nemen) sprake van een verboden onderscheid, maar zijn toch ook tegelijkertijd argumenten te bedenken die tot een andere uitkomst zouden hebben kunnen leiden. Ook in de afgelopen evaluatieperiode hebben zich weer zulke gevallen voorgedaan (trefwoord: Pink Lady Cab).

In haar bijdrage aan de in 2004 verschenen bundel Gelijkheid en (andere) grondrechten geeft Titia Loenen een overzicht van de mogelijkheden en wenselijkheden die verband houden met een ander toetsingskader voor de AWGB.³³

Zij noemt de volgende punten:

- de gesloten systematiek bij direct onderscheid werkt soms te rigide uit; daardoor ontstaan 'als zeer onwenselijk ervaren uitkomsten' of 'gekunstelde constructies van indirect onderscheid om zo alsnog ruimte te scheppen voor een rechtvaardigings-

27 Voor een bespreking van de voor- en nadelen van een gesloten stelsel zie men Gijzen 2006, p. 30 noot 59, Bowers & Moran 2002, p. 307-320; Vegter 2000, p. 118-125; Tobler 2001, p. 121-127; Barnard 1996, p. 70; Ellis 1998, p. 135-136.

28 Goldschmidt & Hendriks 2003, p.1277 e.v.; Gijzen 2006, p. 42.

29 C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, zesde druk Deventer 2008, p. 334 e.v. met enige relativering (de 'getaande glorie' van de wet [p. 335]; Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, 15e druk Deventer 2006, p. 652-653, eveneens met enige relativering; Jeremy Waldron, The Dignity of Legislation, Cambridge 1999; Tom Bingham, The Rule of Law, Londen 2010, hoofdstuk 12.

30 Wentholt 1999, p. 109-110; K. Wentholt 1992; Leenders 1997.

31 J.H. Gerards, Noot onder Oordeel 2006-20, Oordelenbundel 2006, p. 316-320 [316].

32 Om de formulering van de Hoge Raad in het al genoemde Harmonisatiewet-arrest nog maar eens te gebruiken.

33 Titia Loenen, Naar een ander toetsingskader voor de AWGB?, in: Holtmaat e.a. (2004), p. 138-148.



- grond'; voorbeelden: zwangerschapsvervanging door een zwangere vrouw, weigering van homo's als bloeddonaoren;
- bij indirect onderscheid kan de CGB niet altijd goed uit de voeten met de rechtvaardigingstoets; niet altijd kunnen alle relevante belangen in de afweging worden betrokken; voorbeelden: hoofddoeken op school, gewetensbezwaren van trouwambtenaren tegen het homohuwelijk, en het stellen van taaleisen door een werkgever;³⁴
 - bij botsing van grondrechten 'kan de AWGB daar niet altijd goed mee uit de voeten';³⁵
 - bij de CGB komen non-issues terecht, die toch serieus moeten worden behandeld; voorbeelden: de korte broek van de postbodes (oordeel 1999-56).

Gerards, in haar noot onder Oordeel 2006-20, stelt dat 'het ontbreken van uitzonderingen bij zwangerschap zeer nadelige consequenties kan hebben voor werkgevers'.³⁶ Meer algemeen stelden Gerards en Heringa in 2003 het volgende: 'Een nadeel van de gesloten structuur is dat sommige vormen van onderscheid niet te rechtvaardigen zijn, ook al lijkt een ongelijke behandeling in het concrete geval wenselijk en is het duidelijk dat de wetgever een bepaalde situatie niet heeft voorzien. Vaak kan dit probleem worden opgelost door een soepel gebruik van het concept van indirect onderscheid (waarbij een ruime rechtvaardigingsmogelijkheid bestaat), maar dit is niet altijd mogelijk.'³⁷

Zagen we hierboven dat het aantal knelpunten in totaal niet heel groot is, deze constatering geldt ook voor de hier in het bijzonder in beschouwing genomen evaluatieperiode 2004-2009. In die periode zien we dat het aantal gevallen waarin knelpunten naar voren komen opnieuw niet bijzonder groot is.³⁸ Tevens kan worden vastgesteld dat de aard van de zaken niet wezenlijk anders is dan die van de problemen die in eerdere periodes aan de Commissie ter beoordeling zijn voorgelegd, of die onderwerp van advisering zijn geweest.

Wel hebben we kunnen vaststellen dat de Commissie in sommige oordelen nog op zoek is naar de juiste koers om tot een meer definitieve oplossing van de knelpunten te geraken.

11 Eerder aangedragen oplossingen

Welke oplossingen zijn er binnen het gesloten stelsel voorhanden? Bij de bespreking van de eerder aangedragen oplossingen beginnen we met te kijken naar de hoofdlijnen in de discussie in Nederland. Vervolgens komt een voorstel van Bowers & Moran ter sprake en ook het standpunt van Van Gerven.

Gerards stelt dat de problemen met het gesloten stelsel zijn meegevallen voornamelijk doordat de CGB 'bereid is gebleken om in gevallen waarin ogenschijnlijk sprake leek te zijn van direct onderscheid, een indirect onderscheid vast te stellen. Nu daarbij een open mogelijkheid voor rechtvaardiging bestaat [...] is dit een effectieve manier om de beperkingen van het gesloten systeem te omzeilen.'³⁹ Dezelfde auteur noemt het echter ook 'wat onbevredigend' dat er een 'weinig helder verschil tussen direct en indirect onderscheid' is, en dat soms 'wat gewrongen constructies' worden gebruikt voor de rechtvaardiging van dat onderscheid.⁴⁰ De Commissie zelf gaf in het eerste evaluatierapport aan dat er geen onhanteerbare problemen met het gesloten stelsel waren opgedoken.⁴¹ Maar in het tweede externe evaluatieonderzoek van Hertogh en

34 Loenen 2004, p. 138; de voorbeelden zijn ontleend aan Goldschmidt & Hendriks 2003, opgenomen in Holtmaat e.a. (2004).

35 Loenen 2004, p. 138.

36 Gerards, Noot onder Oordeel 2006-20, Oordelenbundel 2006, p. 316, onder verwijzing naar M. Vegter, Zwangerschap en discriminatie. De pijnpunten van het gesloten stelsel, Nemesi 2000, p. 120 en I.P. Asscher-Vonk e.a., De zieke werknemer, Deventer (Kluwer) 2007, p. 34-35.

37 J.H. Gerards & A.W. Heringa, Wetgeving gelijke behandeling, Deventer 2003, p. 99.

38 Zie de bespreking van de desbetreffende oordelen, hierboven, paragraaf 2.

39 Gerards, Noot onder Oordeel 2006-20, p. 317.

40 Gerards, Noot onder Oordeel 2006-20, p. 318.

41 CGB, Gelijke behandeling in beweging. Evaluatie van vijf jaar Algemene wet gelijke behandeling, Utrecht 2000, p. 25.

Zoontjens werd dit toch weinig overtuigend gevonden.⁴²

In het Nijmeegse evaluatie-onderzoek werd in 1999 onderkend dat het gesloten systeem een probleem kon vormen.⁴³

De in dat onderzoek genoemde mogelijke oplossingen zijn:

- Het openbreken van het gesloten stelsel;
- Het toelaten van buitenwettelijke uitzonderingsgronden in apert onredelijke gevallen.

De Commissie, in reactie op dit evaluatierapport, was geen voorstander van het doorbreken van de geslotenheid van de wet (voornamelijk vanwege het risico dat de buitenwettelijke normen die dan zouden moeten worden gehanteerd 'een te ruim onderdak lijken te bieden aan mogelijke uitzonderingen op de gelijkheidsnorm'⁴⁴), maar had een voorkeur om bij 'absoluut onaanvaardbare resultaten' de wet buiten toepassing te laten.

In reactie hierop stelde het kabinet zich op het standpunt dat de CGB de kwestie in uitzonderlijke gevallen aan de rechter zou kunnen voorleggen (artikel 15 AWGB) – hoewel niet duidelijk is wat dit oplost, tenzij wordt aangenomen dat de rechter wél van de wet zou mogen afwijken – terwijl voor het overige de mogelijkheid van wetswijziging bestaat.⁴⁵

Intussen had Marlies Vegter in een artikel in *Nemesis* gepleit voor het doorbreken van het gesloten stelsel. Naar de mening van Vegter draagt die doorbreking bij aan de maatschappelijke acceptatie van het gelijkebehandelingsrecht, voorkomt het onbillijke resultaten, en kan het 'soms gezochte' onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie worden opgeheven. Zij ziet in de rechtspraak van het Hof van Justitie geen belemmeringen voor een doorbreking.⁴⁶

Gerards wijst op Oordeel 2002-43, waarin de Commissie aangeeft dat het niet op de weg van de Commissie ligt 'deze "spanning" tussen wet en uitkomst van de wetstoepassing "op te lossen". Uitsluitend de wetgever heeft hierin een taak.'⁴⁷ Dit standpunt lijkt in lijn met dat van het kabinet. Hieronder wordt nader op deze problematiek ingegaan.

Opmerkelijk genoeg wordt in het tweede evaluatierapport van de CGB het Commissiestandpunt uit het eerste evaluatierapport herhaald. Het is de moeite waard om de hele passage waarin dit standpunt wordt betrokken, hier te citeren:

'Net als bij de eerste evaluatie pleit de CGB voor meer mogelijkheden om haar oordeel bij direct onderscheid te motiveren en het gebruik van bovengenoemde constructies te voorkomen. De CGB stelt voor bij het toepassen van de gelijkebehandelingsnormen aan te sluiten bij het algemene rechtsbeginsel dat een regel buiten toepassing kan worden gelaten wanneer dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou leiden tot onaanvaardbare gevolgen. Bijvoorbeeld wanneer de gezondheid van derden wordt bedreigd'.

In voorkomende gevallen zal de CGB langs deze lijn oordelen, omdat zij meent dat de wet en in ieder geval artikel 2 lid 5 van de Algemene Gelijkebehandelingsrichtlijn daarvoor de nodige ruimte biedt. Bovendien opent de wetgever in de toelichting op de AWGB uitdrukkelijk de mogelijkheid van de regel af te wijken: 'Deze wet bouwt ook voort op de algemene beginselen van ons burgerlijk recht zoals wij die bij uitstek hebben neergelegd in het nieuwe Burgerlijk Wetboek, waarin in een veelheid van situaties een nadere afweging van belangen wordt gevraagd aan de rechter. Wij zien de rechters al lang niet meer als automaten die een geval onder een regel

42 M.J.M. Hertogh, P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken*. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling, Nijmegen (Wolf) 2006. Gerards verwijst naar p. 277/278.

43 K. Wentholt, *Het verbod om onderscheid te maken*, in: I.P. Asscher-Vonk en C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Den Haag (Sdu) 1999,

44 CGB, *Evaluatie 2000*, p. 25.

45 Kabinetsstandpunt evaluatie AWGB 1994-2000, Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1, p. 15

46 Vegter 2000, p. 118 e.v.

47 Oordeel 2002-43, punt 5.4.



subsumeren en daarmee uit. De regel moet worden toegepast, jazeker, als regel, maar niet als wet van Meden en Perzen, niet als een rekenkundig voorschrift waarbij nadenken verder niet nodig zou zijn. Ik wijs erop dat juist de nuanceringen die in het wetsvoorstel zijn opgenomen, ertoe dienen om tot een behoorlijke afweging te stimuleren.’⁴⁸ De CGB zal een regel dus niet toepassen als het gesloten systeem zou leiden tot een uitkomst die naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dit strookt weliswaar niet met het afwijzende standpunt van het kabinet naar aanleiding van de eerste evaluatie, maar het is ook ongewenst als de CGB in het bedoelde uitzonderingsgeval de conclusie zou moeten trekken dat er sprake is van verboden onderscheid, terwijl zij tot een ander oordeel zou komen wanneer zij in een breder toetsingskader rekening kan houden met de belangen van anderen, zoals de bedreiging van de gezondheid van derden. Bovendien, zo is in paragraaf 2.3 gebleken, kan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een bijdrage leveren aan de afbakening van de grondrechten in situaties waarin verschillende grondrechten in het geding zijn. Dus wanneer de vrijheid van godsdienst botst met gelijke behandeling van mannen en vrouwen.’⁴⁹ Hierboven werd reeds de bijdrage van Loenen (2004) genoemd. Daarin bespreekt zij drie mogelijke oplossingen voor de door haar gesignaleerde – en hierboven genoemde – knelpunten.

- a. Loslaten van het huidige discriminatiebegrip; Loenen vermeldt in dat verband de opvatting van Holtmaat, die een terugkeer heeft bepleit tot de hoofdzaken van het gelijkebehandelingsrecht, en die voorstelt alleen die discriminatiegronden in de wet op te nemen ‘die refereren aan het maatschappelijke verschijnsel van de systematische en structurele uitsluiting, vernederende bejegening en benadeling die bepaalde minder machtige groepen in onze samenleving ondervinden op grond van aan hen toegeschreven eigenschappen of kenmerken die wezenlijk zijn voor hun identiteit of zelfbeleving, waardoor ze worden gedehumaniseerd en/of worden beroofd van het volle genot van hun mensenrechten.’⁵⁰ Het gaat daarbij om de vraag of, zoals Loenen het formuleert, ‘de behandeling als zodanig abject, dat wil zeggen objectief afkeurenswaardig is.’⁵¹ Een vergelijking met de behandeling van anderen die gunstiger worden behandeld is daarbij niet aan de orde. Kanttekeningen: In deze benadering wordt – onder invloed van noties van menselijke waardigheid – een hiërarchie aangebracht binnen de thans gehanteerde gronden van (verboden) onderscheid. Nationaliteit, levensovertuiging, politieke gezindheid, arbeidsduur en type arbeidscontract zouden volgens Holtmaat minder voor bescherming in aanmerking komen.⁵² Hoewel de notie ‘menselijke waardigheid’ in Grondwet en EVRM niet expliciet voorkomt,⁵³ kan men sommige bepalingen wel opvatten als een uitdrukking van de benadering die Holtmaat voorstaat. De door Loenen aangeduide ‘vernederende bejegening’ lijkt een echo van de vernederende en onmenselijke behandeling waarvan sprake is in artikel 3 EVRM, zij het dat het bij dat artikel in de eerste plaats gaat om schendingen van de fysieke en psychische integriteit. Kritiek op deze opvatting van Holtmaat is gekomen van met name Gerards 2003 en

48 Het hier door de CGB gegeven citaat is uit de Handelingen II 1992/93, p. 3598-3599. Aan het woord is toenmalig minister van Justitie Hirsch Ballin.

49 CGB, Het verschil gemaakt, Utrecht 2005, p. 35-36.

50 Holtmaat 2003 a, ook opgenomen in de bundel Gelijkelijk en (andere) grondrechten. Zie ook Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Deventer 2006, p. 305 e.v. Holtmaats pleidooi vertoont op dit punt een zekere verwantschap met wat Avishai Margalit ‘Menschenwürdige Gleichheit’ noemt: Avishai Margalit, Menschenwürdige Gleichheit, in: Angela Krebs (Hrsg.), Gleichheit oder Gerechtigkeit. Texte der neuen Egalitarismuskritik, Frankfurt a.M. 2000, p. 107-116.

51 Loenen 2004, p. 139.

52 Holtmaat 2003/2004.

53 Zie echter de studie van Béatrice Maurer, Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l’homme, Parijs 1999.

Vrieling 2003: zij vinden het bezwaarlijk dat telkens opnieuw zou moeten worden vastgesteld welke groepen voor bescherming tegen vernederende behandeling zouden moeten worden beschermd, hetgeen legislatief ondoenlijk lijkt.

- b. Loslaten van de gesloten systematiek; evenals in artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM zou ten aanzien van direct onderscheid de gesloten toetsingsystematiek kunnen worden losgelaten.⁵⁴ Bij elke vorm van onderscheid zou een rechtvaardiging mogelijk moeten zijn. Wel kan – zoals het EHRM in zijn rechtspraak ook doet⁵⁵ – worden aangenomen dat sommige gronden van onderscheid meer suspect zijn dan andere. Ten aanzien van de discriminatiegronden ‘ras en etnische afkomst’ en ‘geslacht en seksuele voorkeur’ geldt dit in het bijzonder.⁵⁶ Deze benadering is ook te vinden in het Amerikaanse recht.⁵⁷ Suspect classifications, gekoppeld aan verschillende toetsingsintensiteiten (strict, intermediate, etc.), en het gebruik van het criterium van de proportionaliteit: het gewicht van de redenen die tot een rechtvaardiging van bepaald onderscheid kunnen leiden, kan variëren. Loenen (2004: 142) wijst erop dat de CGB deze benadering volgt bij indirect onderscheid, zij het dat in navolging van het HvJEG de meest strikte toets wordt gehanteerd. Het middel moet niet alleen geschikt maar ook noodzakelijk

54 In het vorige evaluatieonderzoek (Hertogh & Zoontjens 2006, p. 49 nt. 214) is er al op gewezen dat het stelsel van het EHRM niet helemaal open is omdat het onderscheid moet samenhangen met kenmerken van de persoon die gediscrimineerd wordt.

55 EHRM 6 april 2000, Thlimmenos v Greece, Appl. no. 34369/97, paragraaf 42; EHRM 6 juli 2005, Nachova and others v. Bulgaria, appl. Nos. 43577/98 and 43579/98 par. 145: ‘Racial violence is a particular affront to human dignity and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism and racist violence, thereby reinforcing democracy’s vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment.’; en in zowel EHRM 13 december 2005, Timishev v. Russia, appl. Nos. 55762/00 en 55974/00, par. 56 als EHRM 13 november 2007, D.H. v Czech Republic, Appl. Nr. 57325/00, paragraaf 176 heet het: ‘Racial discrimination is a particularly invidious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism, thereby reinforcing democracy’s vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment’; zie recent nog EHRM 8 december 2009, Munoz Diaz v Spain, appl. No. 49151/07, par. 57, waarin het Hof bijzondere betekenis toekent aan het feit dat een huwelijk in Spanje in 1971 alleen gesloten kon worden volgens de Rooms-katholieke rite, waardoor in casu de godsdienstvrijheid van de verzoekster (die een informeel ‘Roma-huwelijk’ sloot, in het gedrang zou kunnen zijn geweest (waarbij wel gewezen moet worden op de dissent van rechter Myjer, die stelt erop wijst dat het EVRM in 1971 in Spanje nog niet gold, en bovendien stelt dat ‘a statement like this is a bold one to make obiter dictum’). Zie ook het recente arrest van de Grote Kamer van het EHRM in Orsus and others v Croatia, EHRM 20 maart 2010, Appl. No. 15766/03, par. 155 waarin het Hof overweegt: ‘In the circumstances of the present case, and even without any discriminatory intent on the part of the relevant State authorities, the fact that the measure in question was applied exclusively to the members of a singular ethnic group, coupled with the alleged opposition of other children’s parents to the assignment of Roma children to mixed classes, calls for an answer from the State to show that the practice in question was objectively justified by a legitimate aim and that the means of achieving that aim were appropriate, necessary and proportionate.’ Daarin lijkt gewicht toe te komen aan het feit dat het om discriminatie op grond van etnische afkomst gaat, een vorm van discriminatie die door het Hof in de zaken Nachova, Timishev en D.H. gelijk werd gesteld aan discriminatie op grond van ras, onder erkenning – in par. 180 van het arrest Orsus – dat de precieze maatregelen die genomen moeten worden om taal- en andere achterstanden van Roma in het onderwijs op te lossen kwesties van beleid zijn ‘on which it is not for the Court to rule’. Overig is dit arrest vergezeld van een dissenting opinion van maar liefst 8 van de 17 leden van de Grote Kamer.

56 EHRM 24 juni 2010, Appl. No. 30141/04 Schalk & Kopf v Austria, paragraaf 97: ‘[...]the Court has held repeatedly that, just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification’ (onder verwijzing naar EHRM 24 juli 2003 Karner v Austria, Appl. No. 40016/98, par. 37; EHRM 9 januari 2003, L. and V. v. Austria, EHRM 9 januari 2003, Appl. Nos. 39392/98 en 39829/98, par. 45 (strafrechtelijk relevant onderscheid in leeftijd voor seksuele contacten); EHRM 27 september 1999, Smith and Grady v. UK, Appl. Nos. 33985/96 en 33986/96, par. 90 (Betrof homoseksuelen in de krijgsmacht).

57 Daarover uitgebreid Gerards 2002, p. 387 e.v.



zijn.⁵⁸ Ook Vegter (2000) had al gepleit voor de mogelijkheid om de strikte objectieve rechtvaardigingstoets in de wet op te nemen, waardoor ook de civiele rechter aan de toets gebonden is. Dat zou helpen de mogelijke nadelen van het openbreken van het gesloten stelsel (verlies aan duidelijkheid) te ondervangen.⁵⁹

- c. Verbeteringen binnen het systeem van gesloten toetsing; om apert onredelijke uitkomsten te voorkomen zouden bij direct onderscheid toch rechtvaardigingsgronden toegestaan moeten zijn. Bij handhaving van de huidige regelgeving zouden dat dan niet anders dan buitenwettelijke gronden kunnen zijn. Dit voorstel is al gedaan in de eerste evaluatie van de AWGB,⁶⁰ en wordt ook door Loenen ondersteund.⁶¹ Het wordt wel aangeduid als een 'hardheidsclausule'.⁶²

Kanttekening 1: De vraag kan worden gesteld of dat een correcte aanduiding is en of niet veeleer moet worden gesproken van dispensatie.

Kanttekening 2: Loenen merkt op dat deze hardheidsclausule zeer restrictief moet worden geformuleerd, maar signaleert ook dan het gevaar van een hellend vlak.⁶³

Kanttekening 3: Loenen bepleit om ook de toetsing bij indirect onderscheid 'flexibeler' te maken.⁶⁴ Ook Gerards denkt in deze richting.⁶⁵

In haar reactie op het tweede evaluatierapport van de CGB (2005) is Loenen kritisch over de lijn die de Commissie heeft gekozen. Zij acht die problematisch om staatsrechtelijke redenen: de Commissie mag niet op de stoel van de wetgever gaan zitten, en dat de Commissie het afwijzende standpunt van het kabinet negeert in haar tweede evaluatierapport, roept bij Loenen de vraag op: 'Wie is in dezen nu de hoogste rechtsvormende macht in ons staatsrechtelijk bestel?'⁶⁶

Dit terwijl zij zich wel goed kan voorstellen dat er met betrekking tot de volksgezondheid een uitzonderingsbepaling in de AWGB wordt opgenomen.⁶⁷

Gerards noemt vier mogelijke oplossingen:

- het geven van uitdrukkelijke wettelijke toestemming tot het buiten toepassing laten van de wet;
- toestaan dat de CGB soms buitenwettelijke uitzonderingen creëert;

58 Het relatieve belang van de geschiktheidseis is niet zonder problemen: de overheid zou eigenlijk altijd uitsluitend geschikte middelen mogen gebruiken en geen ongeschikte. Of een middel geschikt is, is bovendien niet afhankelijk van een afweging. Het antwoord op de vraag of een middel noodzakelijk is en of een minder ingrijpend middel voorhanden wordt geacht, is daarentegen wél afhankelijk van een afweging. J. Christoffersen, *Fair Balance*, 2009, p. 111 e.v. wijst er op dat dit beginsel in de literatuur wel populair is, maar door het EHRM – met een enkele uitzondering – eigenlijk niet wordt gebruikt. 'The general rejection [door het EHRM – RdL] of the less and least onerous means-tests stands in stark contrast to the widespread view of the proportionality principle in legal literature.' (id., p. 114).

59 Vegter 2000, p. 124.

60 Asscher-Vonk & Groenendijk 1999.

61 Loenen 2004.

62 Loenen 2004, p. 144.

63 Of het hellend-vlak- of (beter) zeephelling-argument in casu overtuigend is, blijft hier in het midden. Volgens Enoch is het hanteren van graduele onderscheidingen en zeephelling-argumenten niet altijd bezwaarlijk omdat het desondanks mogelijk blijft in voorkomend geval op de juiste gronden verschil te maken tussen aanvaardbare en onaanvaardbare uitkomsten. David Enoch, *Once You Start Using Slippery Slope Arguments, You're on a Very Slippery Slope*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2001, p. 629-647 (644 e.v.)

64 Loenen 2004, p. 144.

65 Gerards 2003, p. 92.

66 Loenen, NJCM-bulletin 2006, p. 829.

67 Ibid.

- het hele systeem op de schop nemen en het gesloten systeem op een aantal punten openbreken;
- specifieke wettelijke uitzonderingen toevoegen 'waarvan de wetgever vaststelt dat ze nodig zijn om knellende problemen op te lossen', bijvoorbeeld ten aanzien van volksgezondheid.⁶⁸

Bowers & Moran hebben in een artikel getiteld *Justification in Direct Sex Discrimination Law: Breaking the Taboo* in 2002 voorgesteld om een aantal verschillende mogelijke rechtvaardigingen voor direct onderscheid op grond van geslacht onder ogen te zien: 'reason, causation, means and balance'.⁶⁹ 'Reason' slaat op de rechtvaardiging van onderscheid met het oog op de specifieke behoeften van een bepaalde werkgever. Vergelijkbaar met de uitzonderingsmogelijkheden in de AWGB, alleen dan niet geheel door de wetgever vastgelegd maar vatbaar voor nadere uitwerking⁷⁰ door de CGB en de rechter. 'Causation' wil zeggen dat er een causaal verband moet zijn tussen de rechtvaardiging die door de werkgever wordt aangedragen voor het maken van onderscheid en het onderscheidingscriterium. 'Means' wil zeggen dat moet worden nagegaan of echt de minst ingrijpende middelen worden ingezet (onderdeel van de proportionaliteitstoetsing). 'Balance' betekent dat er een afweging moet plaatsvinden, maar niet alleen dat: de auteurs bepleiten ook hier gebruik van de proportionaliteitstoets, met dien verstande dat als het voordeel of nadeel voor een van de partijen disproportioneel groter is dan het voordeel of nadeel voor de andere partij, dit het oordeel over de redelijkheid van het onderscheid moet beïnvloeden. Het artikel van Bowers en Moran wordt hier vermeld, omdat het sommige accenten de discussie over direct onderscheid in Nederland wat scherper aanzet.

Dat geldt ook voor hun claim dat aanvaarding van een rechtvaardiging voor direct onderscheid op grond van geslacht kan neerkomen op een vereenvoudiging van de toepassing van het geldende gelijkebehandelingsrecht (door hen aangeduid als 'some 30 Acts, 38 Statutory Instruments, 11 codes of practice and 13 EU Directives and recommendations covering an area which has to be handled by people on the shop floor and, initially at least, a tribunal with a majority of lay persons.'⁷¹). Zij wijzen op het voorbeeld van de Fixed-Term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002.⁷²

12 De Europeesrechtelijke speelruimte

Relevant bij het zoeken naar – nieuwe – oplossingen is ook de vraag wat de speelruimte is voor oplossingen, gelet op het EG/EU-recht. In het huidige EU-recht zijn vooral de verdragsbepalingen artikel 3, derde lid van het Unieverdrag en artikel 8 en vooral 157 van het Verdrag over de Werking van de Europese Unie relevant.⁷³ In die artikelen is het gelijkheidsbeginsel tot uitdrukking gebracht, vooral op het terrein van de verhouding tussen mannen en vrouwen ten aanzien van beloning, toegang tot de arbeidsmarkt, sociale zekerheid.⁷⁴

Ook in het – sedert 1 december 2009 bindende – Handvest van de grondrechten voor de Europese Unie komt het gelijkheidsbeginsel / het verbod van discriminatie voor (artikel 21), in een bepaling

⁶⁸ Gerards, Noot onder Oordeel 2006-20, p. 319.

⁶⁹ 31 *Industrial Law Journal* 4: 307-320 [2002].

⁷⁰ HR 7 juli 2009, LJN:BI3413 (nevenzittingsplaatsen) r.o. 4.2.2. spreekt van 'verdere uitwerking' als een situatie waarin bij amvb een aanwijzingsbevoegdheid aan de Raad voor de rechtspraak mag worden gegeven, terwijl artikel 59, tweede lid, Wet RO bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur nevenzittingsplaatsen worden aangewezen. Vgl. eerder HR 11 januari 1977, NJ 1977, 467 (Bromfietshelm) waarin 'uitvoering' aanvaardbaar werd geacht.

⁷¹ Bowers & Moran 2002, p. 307.

⁷² Nadere analyse van deze Regulations blijft hier achterwege.

⁷³ Voor een bespreking van het oudere EG-recht zijn vooral van belang Drijber/Prechal 1997, en Gerards 2002.

⁷⁴ Zie de opsomming bij De Prins e.a. 2005, p. 53. Intussen heeft door het Verdrag van Lissabon wel weer een grondige vernummering plaatsgevonden.



die een zeer groot aantal gronden van onderscheid opsomt.⁷⁵ Daarnaast bevat artikel 23 een specifieke bepaling over gelijkheid van mannen en vrouwen,⁷⁶ en betreffen de artikelen 22, 24, 25 en 26 de culturele, godsdienstige en taalkundige verscheidenheid – hetgeen aanleiding kan zijn tot ongelijke behandeling van ongelijke gevallen, een belangrijk aspect van het gelijkheidsbeginsel –, de rechten van het kind en de rechten van ouderen, en de integratie van personen met een handicap.

Wat het secundaire EG/EU-recht betreft zijn er natuurlijk de klassieke richtlijnen zoals Richtlijn 76/207/EEG,⁷⁷ en Richtlijn 92/85/EEG tot bescherming van vrouwen tijdens de periode van zwangerschap en lactatie.⁷⁸ De Prins cum suis wijzen erop dat in de jaren '90 de communautaire wetgever de strijd tegen geslachtsdiscriminatie als 'strijdthema' koos om de Gemeenschap 'een meer sociaal gezicht te geven'.⁷⁹ Het streven naar materiële gelijkheid (substantive equality) vormt de beste verklaring voor de rechtspraak van het Hof van Justitie over de verschillende uitwerkingen van het discriminatieverbod, zoals de ontwikkeling van het concept van indirecte discriminatie en de wijze van omgaan met positieve actie. Ook Prechal wijst daarop in een evaluerend artikel in de *Common Market Law Review*.⁸⁰

Tegenwoordig gaat het in de eerste plaats om richtlijnen op basis van artikel 19 EU Verdrag, voorheen de Artikel 13-richtlijnen, zo genoemd naar artikel 13 EG-Verdrag zoals het luidde sinds het Verdrag van Amsterdam: 'Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen van de voor dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.'

Kenmerkend aan deze bepaling is dat zij niet zelf rechtstreeks werkt, maar alleen de grondslag is voor secundair recht, en tevens dat zij geen koppeling legt met de economische en sociale doelstellingen van de EG. Gilian More duidt dit aan als 'the creation of an autonomous right of equality'.⁸¹ Het hiermee corresponderende artikel 19 van het huidige, sinds 1 december 2009 geldende Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie luidt:

1. Onverminderd de andere bepalingen van de Verdragen, kan de Raad, binnen de grenzen van de door de Verdragen aan de Unie verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, op voorstel van de Commissie en na goedkeuring door het Europees Parlement, passende maatregelen nemen

75 Artikel 21 Handvest luidt: '1. Elke discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuigingen, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, is verboden.

2. Binnen de werkingssfeer van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en het Verdrag betreffende de Europese Unie en onverminderd de bijzondere bepalingen van die Verdragen, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.'

76 Artikel 23 Handvest luidt: 'De gelijkheid van mannen en vrouwen moet worden gewaarborgd op alle gebieden, met inbegrip van werkgelegenheid, beroep en beloning. Het beginsel van gelijkheid belet niet dat maatregelen gehandhaafd of genomen worden waarbij specifieke voordelen worden ingesteld ten voordele van het ondervertegenwoordigde geslacht.'

77 Pb. 1976, L 39/40; gewijzigd o.a. bij Richtlijn 2002/73/EG, Pb. 2002, L. 269/15, en ingetrokken per 15.8.2009 krachtens artikel 14 van de hieronder te bespreken Herschikkingsrichtlijn. De richtlijn was aanvankelijk gebaseerd op de implied powers- bepaling (destijds artikel 235 EG), omdat het verdrag geen bepaling kende waarin een bevoegdheid werd verleend om dit type discriminatie te bestrijden, maar die bestrijding door de Raad noodzakelijk werd geacht ter bereiking van de doelstellingen van de E(EG). Vanaf 1997 kent het Verdrag zo'n expliciete bepaling wél.

78 Pb. 1992, L 348.

79 De Prins e.a. 2005, p. 61.

80 Sacha Prechal, *Equality of Treatment, Non-discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, *Common Market Law Review* 41: 533-551, 2004 [534 e.v.].

81 Gilian More, *The Principle of Equal Treatment*, in: Craig & De Búrca 1999, p. 547. Karon Monaghan, *Equality Law*, Oxford 2007, p. 115 e.v. legt de nadruk op de anti-racisme-lobby die heeft bijgedragen aan de totstandkoming van artikel 13.

- om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.
2. Het Europees Parlement en de Raad kunnen, in afwijking van lid 1, volgens de gewone wetgevingsprocedure, stimuleringsmaatregelen van de Unie, harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten uitgezonderd, de basisbeginselen vaststellen ter ondersteuning van de maatregelen die de lidstaten nemen om bij te dragen tot de verwezenlijking van de in lid 1 genoemde doelstellingen. Artikel 13 (oud) en artikel 19 (nieuw) hebben een ten opzichte van de bijzondere bepalingen over discriminatie op grond van geslacht in arbeid en beroep aanvullende werking: ze mogen alleen als grondslag gebruikt worden als een van die andere bepalingen niet toereikend is.⁸²

De lijst van gronden in het nieuwe artikel 19 is – evenals in het oude artikel 13 – limitatief. De verhouding tussen de verdragsbepaling en artikel 21 Handvest is daarmee niet helemaal duidelijk. Waar artikel 21 Handvest geen uitputtende opsomming bevat lijkt dit een open stelsel van discriminatiegronden te suggereren, terwijl artikel 19 Verdrag wel degelijk in de richting van een gesloten stelsel wijst.

Het is daarom van belang om te bezien hoe deze verdragsbepaling is uitgewerkt in verschillende instrumenten van secundair EG- en EU-recht.

Dat is eerst en vooral de Kaderrichtlijn (Richtlijn 2000/78/EG van de Raad tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, Pb. 2000 L 303/16) die betrekking heeft op ongelijke behandeling op grond van godsdienst, levensovertuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. Zoals de titel aangeeft, betreft de reikwijdte van de Richtlijn de sfeer van arbeid en beroep.⁸³

Daarnaast verdient de Rasrichtlijn (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, Pb. 2000 L 180/22) bijzondere aandacht, maar daarover bestaat nog weinig jurisprudentie van het Hof van Justitie (een arrest: Feryn).⁸⁴ Wel hebben recent Ambrus en Busstra uitvoerig studie gemaakt van de achtergronden en mogelijke toepassingen van deze richtlijn, in relatie tot het gelijkebehandelingsrecht van een aantal EU-lidstaten.⁸⁵ De Rasrichtlijn is – in aansluiting op het Europese anti-discriminatierecht op het gebied van nationaliteit en geslacht – gebaseerd op een gesloten stelsel.⁸⁶

Dan is er de Herschikkingsrichtlijn 2006/54/EG, die de verhouding tussen richtlijnen 76/207 en 92/85 verduidelijkt (herschikt).⁸⁷ En er is Richtlijn 2000/73/EG. En recenter Richtlijn 2004/113/EG van 13 december 2004, tot verwezenlijking van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het verrichten van en voorzien van goederen en diensten (de 'Gender Goods and Services Directive').⁸⁸ Deze richtlijn verlangt van de lidstaten van de EU dat zij discriminatie op grond van geslacht verbieden bij het aanbieden van goederen en diensten.

82 De Prins e.a. 2005, p. 77.

83 In het arrest Kükükdevici (HvJEU 19 januari 2010, zaak C-555/07) overwoog het Hof dat deze Richtlijn 'het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep slechts concretiseert, zonder dat dit beginsel in de richtlijn verankerd is' (punt 50).

84 HvJEG 10 juli 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding tegen Firma Feryn NV, Zaak C-54/07. Hierover uitvoerig Kristin Henrard, *The First Substantive ECJ Judgment on the Racial Equality Directive: A Strong Message in a Conceptually Flawed and Responsively Weak Bottle*, New York (Jean Monnet Working Paper) 2009.

85 Ambrus 2010; Busstra 2010.

86 Gijzen 2006, p. 30; Busstra 2010, p. 157.

87 En die Richtlijn 76/207 intrekt per 15 augustus 2009 (cf. artikel 14 van de herschikkingsrichtlijn).

88 Pb. L 373, 21.



13 Geslotenheid van het EG-/EU-gelijkebehandelingsrecht

Hoe gesloten is het EG/EU-rechtelijke stelsel van gelijkebehandelingsnormen?

Het stelsel van het EG/EU-anti-discriminatierecht is gesloten ten aanzien van de gronden: een belangrijk kenmerk van het EG-/EU-recht is dat het discriminatie slechts verbiedt op bepaalde gronden.⁸⁹ Die gronden komen in vrij veel verschillende bepalingen van primair en secundair recht voor.

De Richtlijnen 2000/43, 2000/73 en 2000/78 spreken in hun artikel 2, tweede lid van discriminatie 'wanneer iemand op grond van (X) ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is, of zou worden behandeld.' Algemeen wordt aangesloten bij deze omschrijving.⁹⁰ Bij Wet van 21 februari 2004, Stb. 2004, 119 zijn de richtlijnen geïmplementeerd en omgezet in (aanpassingen van) bepalingen in de AWGB.

Ten tweede is bij bepaalde gronden sprake van een gesloten stelsel van uitzonderingen. Dit geldt ten aanzien van de gronden geslacht, ras en nationaliteit.

14 Uitzonderingen en openingen in het EG-/EU-gelijkebehandelingsrecht

Ondanks deze geslotenheid van het stelsel op bepaalde onderdelen, zijn er verschillen met het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht. Een belangrijk punt is hier dat niet het begrip 'onderscheid' maar het begrip 'discriminatie' centraal staat, waarbij de benadeling het cruciale punt is. In dat opzicht neemt het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht en de AWGB een uitzonderlijke positie in. Hierboven is al gesignaleerd dat van verschillende kanten is gepleit voor betere aansluiting bij het EG/EU-recht en – zoals we hieronder zullen zien – eveneens bij het recht van enkele naburige landen.

De uitzonderingen binnen het EG-/EU-gelijkebehandelingsrecht geven daarnaast de nodige ruimte voor flexibiliteit.

Ellis bespreekt er tien,⁹¹ waarbij zij op grond van de jurisprudentie van het HvJEG, met name het arrest Johnston,⁹² aanneemt dat die uitzonderingen limitatief zijn:

- wezenlijke en bepalende beroepsvereisten in de zin van artikel 4, eerste lid, van de Kaderrichtlijn en artikel 4 van de Rasrichtlijn;
- de bijzondere uitzondering voor werk voor godsdienstige of levensbeschouwelijke organisaties, erkend in het moeilijke⁹³ artikel 4, tweede lid van de Kaderrichtlijn, volgens Ellis overigens 'possibly one of the most opaque to be found in any statute book' (p. 283);
- de specifieke bescherming van vrouwen zoals erkend in artikel 2, zevende lid van de Gelijkebehandelingsrichtlijn;
- verschil in behandeling op grond van nationaliteit, zoals erkend in artikel 3, tweede lid van de Rasrichtlijn;
- wettelijke bepalingen 'die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen' (artikel 2, vijfde lid Kaderrichtlijn; een 'extremely broadly drafted provision' (Ellis p. 291), bedoeld om te voorkomen dat aanhangers van

89 De Prins e.a. 2005, p. 51; Gerards 2002, p. 222.

90 De Prins e.a. 2005, p. 83. Monaghan 2007, p. 127 wijst er daarbij op dat de House of Lords de Kaderrichtlijn controversiëler vond dan de Rasrichtlijn, omdat op het terrein van de Kaderrichtlijn weinig of geen Britse wetgeving bestond.

91 Ellis 2005, p. 271 e.v.

92 HvJEG 15 mei 1986 Marguerite Johnston t. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, zaak 222/84, Jur. 1986, p. 1651.

93 Geeft het artikel meer of minder ruimte voor onderscheid op grond van seksuele gerichtheid dan de enkele-feitconstructie van de AWGB?

- sektes en mensen met gevaarlijke geestesziekten onder de bescherming van de richtlijn zouden komen te vallen (Ellis p. 291, met enige scepsis));
- uitkeringen van welke aard dan ook die worden verstrekt door wettelijk of daarmee gelijkgestelde stelsels, met inbegrip van de stelsels voor sociale zekerheid of voor sociale bescherming' vallen krachtens in artikel 3, derde lid van de Kaderrichtlijn buiten de werkingssfeer van de richtlijn;
 - de krijgsmacht,⁹⁴ zoals erkend in artikel 3, vierde lid van de Kaderrichtlijn, een bepaling die overigens geen equivalent heeft in de Rasrichtlijn of de Gelijkebehandelingsrichtlijn; artikel 3, vierde lid bepaalt dat de Richtlijn niet van toepassing is op de krijgsmacht voor zover zij betrekking heeft op discriminatie op grond van handicap en leeftijd;⁹⁵
 - redelijke aanpassingen voor gehandicapten, erkend in artikel 5 van de Kaderrichtlijn;
 - gerechtvaardigde verschillen in behandeling op grond van leeftijd, erkend in artikel 6 van de Kaderrichtlijn; en tenslotte
 - de uitzonderingen voor Noord-Ierland, te vinden in artikel 15 van de Kaderrichtlijn, een bepaling die 'op mysterieuze wijze' ⁹⁶ is opgedoken tijdens de eindonderhandelingen over de Kaderrichtlijn; de uitzondering heeft betrekking op de politie en het onderwijzend personeel in Noord-Ierland. ⁹⁷

Niet al deze uitzonderingen komen in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht voor, maar enkele belangrijke wel. Niet alleen in de Algemene wet, maar ook in het Besluit gelijke behandeling. Het EG/EU-recht laat enige ruimte voor een flexibele aanpak. Het wijst niet in de richting dat een gesloten stelsel van uitzonderingen nimmer kan worden gerelativeerd door op sommige punten op zoek te gaan naar rechtvaardigingen van onderscheid (ook als sprake is van direct onderscheid).

15 Voorbij het onderscheid tussen direct en indirect onderscheid: de benadering van Van Gerven

Daarnaast heeft met name Walter van Gerven in zijn hoedanigheid van advocaat-generaal bij het Hof van Justitie bepleit om het verschil tussen directe en indirecte discriminatie niet te rigide op te vatten, en ook in gevallen van directe discriminatie buitenwettelijke uitzonderingsmogelijkheden toe te laten. Dit pleidooi vat ik hier kort samen. Van Gervens betoog sluit aan bij een aantal problemen die in het bovenstaande aan de orde zijn gesteld. De beste uiteenzetting van zijn standpunt is te vinden in zijn Conclusie in de zaak *Birds Eye Walls*.⁹⁸

De kern van Van Gervens benadering is dat hij de stelling dat de mogelijkheid van rechtvaardiging zou afhangen van het direct of indirect karakter van de discriminatie, 'problematisch' acht (Conclusie, punt 12). Hij wijst daarbij op het arrest *Racke* uit 1984 (HvJEG 13 november 1984, Fa.

94 Of 'de strijdkrachten', zoals de Nederlandse (Vlaamse) versie van deze term in de richtlijn luidt.

95 Waarbij Ellis opmerkt (p. 292) dat dit een 'serious erosion' vormt van de bescherming die de Richtlijn biedt, in het bijzonder voor mensen met een handicap.

96 Ellis 2005, p. 296.

97 Tobler (2001) noemt een aantal gevallen en terreinen waarin uitzonderingen zijn aanvaard die niet te herleiden zijn tot de expliciete uitzonderingsclausules. Een daarvan is het arrest *Avoir fiscal* (zaak 270/83, Commissie t. Frankrijk, Jur. 1986, 273), waarin het Hof de cohesie van het belastingstelsel aanvaardde als een argument voor een beperking van het vrije verkeer, terwijl het niet in het lijstje van aanvaarde uitzonderingen voorkomt; een ander voorbeeld is – nog steeds volgens Tobler – het arrest *Metallgesellschaft* (zaken C-397/98 en C-410/98, *Metallgesellschaft a.o. – Commissioners of Inland Revenue*, HvJEG 8 maart 2001, Jur. 2001, I-1727). In *Denkavit en Sermide* aanvaardde het Hof uitzonderingen ter wille van het principe van gelijke behandeling van producenten en consumenten. Tobler citeert uit *Denkavit* de passage waarin het Hof opmerkt dat van discriminatie geen sprake is 'wanneer het verschil (...) beantwoordt aan de behoeften van de betrokken markten en aan de eisen van de gemeenschappelijke marktordening waaronder die producten vallen'. (zaak 35/80, Jur. 1981, 45, par. 17).

98 Zaak C-132/92 *Birds Eye Walls* – Friedel Roberts, Jur. 1993, I-5579.



A. Racke t. Hauptzollamt Mainz, zaak 283/83) en op het arrest in de zaak C-217/91 Spanje/Commissie, HvJEG 7 juli 1993. In rechtsoverweging 37 van dat arrest zegt het Hof het volgende: 'Volgens vaste rechtspraak vereist het beginsel van gelijke behandeling als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat vergelijkbare situaties niet verschillend worden behandeld en dat verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij dat verschil objectief gerechtvaardigd is.'

In algemene zin – dus ook los van 'de vage scheidslijn tussen directe en indirecte discriminatie', meent Van Gerven dat het niet wenselijk is 'om categoriek te besluiten tot de onmogelijkheid om een direct op geslacht gebaseerde discriminatie te rechtvaardigen.' (Conclusie, punt 14). Hij wijst daarbij op de zaak Webb (ten tijde van zijn conclusie nog niet beslist) waarin vervanging tijdens zwangerschapsverlof door een zwangere vrouw aan de orde was. In een voetnoot verwijst hij daarbij ook naar andere mogelijke casus, die sindsdien frequent in de literatuur worden aangehaald: 'objectieve noden van een bepaalde beroepsuitoefening': niet-aanwerven van een hoogzwangere ballerina, geen vrouwelijke bewakers voor gewelddadige mannelijke gevangenen (waarbij ook gewezen wordt op het arrest Johnston);⁹⁹ of 'bijzondere omstandigheden die discriminatie op grond van geslacht noodzakelijk of aanvaardbaar maken': geen mannelijke 'gezelschapsdame' voor een bejaarde; taxi-toelage voor vrouwelijke werknemers bij nachtarbeid. Het lijkt niet onredelijk ook een belangrijk deel van de hierboven behandelde casuïstiek van de CGB (zie paragraaf 2 van deze bijdrage) hiertoe te rekenen.

Hierbij speelt de ongelijke behandeling van ongelijke gevallen een rol. In de zaak Birds Eye Walls ging het over een overbruggingspensioen dat de werkgever bood tot de leeftijd waarop staatspensioenen kon worden genoten. De laatstgenoemde leeftijd was echter voor mannen 65 en voor vrouwen 60. Waren daarmee de gevallen ongelijk (dan is ongelijke behandeling gerechtvaardigd of zelfs nodig), of waren de gevallen gelijk maar de behandeling ongelijk (dan komt de vraag naar een mogelijke rechtvaardiging aan de orde)?

De unified test die Van Gerven voor ogen heeft, is ook bepleit door Asscher-Vonk, die in dat verband aansluit bij voorbeelden die Drijber en Prechal hebben gegeven van rechtvaardiging van directe discriminatie buiten het kader van de wettelijk toegestane uitzonderingen.¹⁰⁰

In Canada is deze benadering in een tweetal zaken eind jaren negentig door het Supreme Court toegepast.¹⁰¹ Daarbij staat centraal de rechtvaardiging voor een bepaald onderscheid in een bepaalde context (werk, deelname aan het verkeer) tot een bepaald doel. Als een redelijkerwijs noodzakelijke toepassing wordt gegeven aan een rechtsregel die ook zelf redelijkerwijs noodzakelijk is, dan is niet meer van belang of het onderscheidingscriterium een vorm van rechtstreeks onderscheid of indirect (adverse effect) onderscheid is. Daarbij valt uiteraard wel op te merken dat de beoordeling makkelijker wordt naarmate de context concreter is (fysieke eisen in verband met specifieke lichamelijke arbeid, beoordeling van verminderd gezichtsvermogen in verband met de geschiktheid om een gemotoriseerd voertuig te besturen). Hoe specifiek het doel kan worden geformuleerd, hoe beter de doel-middel-relatie te beoordelen is.¹⁰²

Het verdient echter wel opmerking dat de hier geschetste benadering niet door het Hof van Justitie gevolgd is. Het Hof blijft onderscheid maken tussen directe en indirecte discriminatie. Van verboden discriminatie is sprake als een grond van onderscheid wordt gebruikt die een bepaalde persoon of groep benadeelt zonder dat de reden daarvoor valt onder een van de in regelgeving toegestane uitzonderingen, of – bij indirecte discriminatie – zonder dat sprake is van een objectieve rechtvaardiging.

99 Zie hierboven.

100 Asscher-Vonk 1999, p. 41-42.

101 British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU, [1999] 3 S.C.R. 3 (de Meiorin-zaak, betreffende een fysieke test voor mannelijke en vrouwelijke brandweerlieden), en British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights), [1999] 3 S.C.R. 868 (de Grismer-zaak, betreffende een slechtziende weggebruiker). Zie ook Béatrice Vizkelety, Discrimination Law – The Canadian Perspective, European Anti-discrimination Law Review 6/7-2008, p. 25-33 [29].

102 R. de Lange, Publiekrechtelijke rechtsvinding, Zwolle 1991, p. 148 e.v.

Of een bepaald onderscheid onder de ene of de andere categorie valt hangt soms af van het doel van de betreffende regeling. Zo is in de recent door het Hof behandelde zaak *Álvarez*¹⁰³ sprake van een regeling die vrouwen na de bevalling recht geeft op werktijdverkorting. Onder bepaalde condities wordt dit recht ook aan mannen toegekend. Hoewel oorspronkelijk sprake was van een regeling ter bescherming van vrouwen (borstvoeding en herstel na de bevalling), is in de loop van de tijd vooral de zorg voor het kind als doel van de regeling benadrukt. Daarmee vervalt een mogelijke rechtvaardiging (hetzij in concreto, hetzij in abstracto in termen van de wettelijke uitzonderingsmogelijkheden) die wel aanwezig zou zijn geweest als het oorspronkelijke doel – faciliteren van borstvoeding – overheersend was gebleven. Gewijzigde sociale omstandigheden kunnen het doel veranderen, aldus advocaat-generaal Kokott in haar conclusie. Het Hof volgt deze benadering en oordeelt de nationale regeling in strijd met een juiste uitleg van artikel 2, lid 1,3 en 4, en artikel van 5 van Richtlijn 76/207/EG.¹⁰⁴

16 Rechtsvergelijking

Welke lessen kunnen wij leren uit het gelijkebehandelingsrecht van andere landen? Bij rechtsvergelijkend onderzoek op het terrein van gelijkebehandelingsrecht is uiteraard vergelijking met een groot aantal landen mogelijk. Bijvoorbeeld uit het recht van Canada en dat van Zuid-Afrika (dat zeer uitgebreide en interessante gelijkheidsgaranties in het constitutionele recht kent en een daarbij passende jurisprudentie van het Constitutionele Hof) zouden misschien lessen te trekken zijn. Maar voor het doel van deze bijdrage aan de evaluatie 2004-2009 hebben we vooral gekeken naar het recht van België, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, vanwege de min of meer vergelijkbare gelijkebehandelingsproblematiek en een gelijkelijk sterke relevantie van het EU-recht.

België

Wat België betreft is de Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding relevant (Belgisch Staatsblad van 17 maart 2003, p. 12844), zoals gewijzigd bij wet van 20 juli 2006 houdende diverse bepalingen (Belgisch Staatsblad van 28 juli 2006, p. 36940).¹⁰⁵

Bij een vergelijking tussen de Belgische en de Nederlandse wet valt onmiddellijk op dat de Belgische wet geen scherp onderscheid maakt tussen directe en indirecte discriminatie.¹⁰⁶ De Belgische wet spreekt van 'discriminatie' waar de AWGB 'onderscheid' centraal stelt, en maakt vervolgens verschil tussen verboden en gerechtvaardigde discriminatie. Waar in de Nederlandse context het begrip 'discriminatie' en uitgesproken pejoratieve connotatie heeft,¹⁰⁷ is dat in de Belgische context niet zonder meer het geval.

103 HvJEU 30 september 2010 *Pedro Roca Álvarez t. Sesa Start Espana ETT SA*, Zaak C-104/09. De conclusie van Advocaat-generaal Kokott in deze zaak dateert van 6 mei 2010.

104 Daarbij komt overigens in punt 36 van het arrest een aspect van het rol doorbrekende karakter van gelijkebehandelingswetgeving ter sprake, waar het Hof overweegt dat het standpunt van de Spaanse regering in de zaak *Álvarez* 'is liable to perpetuate a traditional distribution of the roles of men and women by keeping men in a role subsidiary to that of women in relation to the exercise of their parental duties', of in de Nederlandse vertaling iets stelliger: '[het standpunt] leidt echter veeleer tot de bestendiging van een traditionele rolverdeling tussen mannen en vrouwen, aangezien daarbij mannen bij de uitoefening van het ouderschap een ondergeschikte rol aan die van vrouwen blijven spelen'.

105 M. de Vos & E. Brems (red.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen (Intersentia) 2004. Zie ook de uitvoerige bundel *Vrijheid en Gelijkheid* (2003).

106 T. Loenen, *Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatiewet vanuit een Nederlands perspectief*, in: *Vrijheid en Gelijkheid* (2003), p. 783-799 (787).

107 Vgl. De roemruchte omschrijving door minister De Gaay Fortman tijdens de kamerbehandeling van wetsvoorstel 13 872, waarin de nadruk lag op het behandelen van de ander als minderwaardig: 'Discriminatie is een ander behandelen op een zodanige wijze, dat hij die ander duidelijk maakt, dat hij deze aspecten van zijn mens-zijn als een onvolwaardige beschouwt.' *Handelingen II 1976-1977*, p. 2150 e.v. Het *Handboek Van der Pot*, 15e druk 2006, p. 304 merkt hierover op: 'Het is een kromme zin, die toch iets te zeggen heeft.'



Door de in België gekozen 'open' systematiek is er ruimte voor opneming van de gronden leeftijd en handicap, waarvoor in de Nederlandse gesloten systematiek geen plaats was in verband met de onvoorzienbare hoeveelheid te maken uitzonderingen. De Belgische benadering vertoont in dit opzicht een zekere flexibiliteit.

Over haar verenigbaarheid met het EG-/EU-recht bestaan uiteenlopende inschattingen.

Prechal en Burri merken in hun rechtsvergelijkend overzicht over de Belgische situatie op dat deze 'somewhat complex' is.¹⁰⁸ Dat komt doordat in de Belgische rechtspraak (zeggen zij) wordt aangenomen dat voor elk soort onderscheid een rechtvaardiging mogelijk is. Dat geldt zowel voor directe als voor indirecte discriminatie. Aangezien directe discriminatie volgens het EU-recht echter niet openstaat voor rechtvaardiging (maar alleen voor limitatieve uitzonderingen) wordt er in België een volgens deze auteurs 'enigszins problematisch' verschil gemaakt tussen 'onderscheid' (rechtvaardiging mogelijk) en 'discriminatie' (geen rechtvaardiging mogelijk).

Bondsrepubliek Duitsland

Duitsland kent het Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz van 2006. Deze wet vormt het kerngedeelte van het Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung dat op 18 augustus 2006 in werking is getreden. In het Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (verder: AGG) gaat het om bescherming tegen benadeling in de sfeer van de arbeid en de burgerlijke rechtsbetrekkingen. In navolging van de Europese richtlijnen wordt bescherming geboden tegen nadelige behandeling op grond van ras, etnische afkomst, geslacht, godsdienst, levensovertuiging, handicap, leeftijd en seksuele identiteit.¹⁰⁹ Uit artikel 1 AGG blijkt dat de wet ook een uitdrukkelijke preventieve bedoeling heeft. De opsomming van gronden in paragraaf 1 is limitatief.¹¹⁰

In het Duitse recht dient deze wet als aanvulling op het – overigens enigszins anders geformuleerde – artikel 3 van het Grundgesetz, een artikel dat betrekking heeft op de verhoudingen tussen overheid en burger.

De wet onderscheidt in paragraaf 3 tussen directe benadeling (unmittelbare Benachteiligung), indirecte (mittelbare Benachteiligung), en – net als de AWGB – Belästigung / intimidatie, en sexuelle Belästigung / seksuele intimidatie. Van intimidatie is sprake bij 'ongewenst' gedrag dat tot doel of effect heeft dat de waardigheid van de persoon tot wie dit gedrag is gericht wordt aangetast.

Van directe benadeling is sprake als een persoon op grond van een van de in paragraaf 1 genoemde kenmerken een minder gunstige behandeling ondervindt, ondervonden heeft of zou ondervinden, dan een ander in een vergelijkbare situatie.

Indirecte benadeling doet zich voor als ogenschijnlijk neutrale voorschriften, criteria of procedures op bijzondere wijze in het nadeel kunnen werken van bepaalde personen in verband met een van de gronden uit paragraaf 1 AGG, tenzij die voorschriften, criteria of procedures zakelijk gerechtvaardigd zijn door een rechtmatig doel, en de middelen om dit doel te bereiken passend / geschikt ('angemessen') en vereist zijn (paragraaf 3 sub 2 AGG).

Vindt benadeling plaats op meer dan één grond, dan bepaalt paragraaf 4 dat rechtvaardiging slechts dan mogelijk is als zij betrekking heeft op alle gronden van benadeling.

Het begrip 'benadeling' is door de wetgever bewust gekozen om uit te drukken dat niet relevant is of het benadelende gedrag wordt ingegeven door vooroordeel of vernederende bedoelingen.¹¹¹

Voor de Duitse systematiek is van belang dat paragraaf 2 AGG de toepassings sfeer regelt, en

108 Prechal & Burri, EU Rules on Gender Equality: How are they transposed into national law? (2009), p. 6.

109 paragraaf 1 AGG: Doel van deze wet is om nadelige behandeling / benadeling op grond van een van de genoemde kenmerken te verhinderen of te beëindigen. De wet spreekt van 'sexuelle Identität' en niet van 'gerichtheid' zoals de AWGB.

110 Bauer c.s. 2008, p. 53 Rdnr. 54. Zie ook Däubler c.s. par. 1 Rdnr. 6.

111 Bauer/Göpfert/Krieger, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, München 2008, Einleitung, Rdnr. 11, p. 18, vgl. ook p. 86: 'Auch schuldloses Handeln kann den Tatbestand einer unmittelbaren Benachteiligung erfüllen.'

paragraaf 8 binnen die toepassings sfeer enkele uitzonderingen toelaat, zoals de uitzondering voor typisch vrouwelijke of typisch mannelijke beroepen of functies (waartoe overigens niet alleen de zoogster/min, de prostitué(e), maar ook 'Playboy-Bunny' gerekend worden);¹¹² de uitzondering is algemeen geformuleerd als een uitzondering voor 'essentiële en beslissende professionele eisen, voor zover het doel rechtmatig en de eis geschikt ('angemessen') is'.

We zien hier dat binnen het in principe gesloten systeem een element van afweging is ingebracht: de beoordeling of sprake is van essentiële en beslissende professionele eisen is niet reeds integraal door de wetgever verricht, en de geschiktheid van bepaalde eisen moet eveneens nog nader door een ander dan de wetgever (namelijk door de rechter en de in het AGG vastgelegde gelijkebehandelingsinstantie)¹¹³ worden beoordeeld.

Datzelfde geldt voor paragraaf 9, waarin uitzonderingen op grond van godsdienst worden toegelaten ten aanzien van bepaalde functies binnen godsdienstige genootschappen, 'wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.' Ook hier is nadere beoordeling en afweging nodig.

Verenigd Koninkrijk¹¹⁴

Het gelijkebehandelingsrecht van het Verenigd Koninkrijk is traditioneel enigszins anders van opzet dan dat van Nederland. Belangrijk is hier het denken in classificaties: voor het aannemen van ongelijke behandeling was (en ten dele: is) vereist dat wordt aangetoond dat een ander minder nadelig wordt behandeld. Er moet altijd een 'comparator' (maatman (m/v) zijn).¹¹⁵ Sinds 2006 kent het VK een Equality Act 2006 en een Equality and Human Rights Commission. De afgelopen jaren is gewerkt aan nieuwe wetgeving, met het doel om de veelheid van regelingen in een overzichtelijker geheel bijeen te brengen.

Op 8 april 2010 – vlak voor de ontbinding van de House of Commons ter wille van de verkiezingen van 6 mei 2010 – kreeg de Equality Act 2010 Royal Assent.¹¹⁶ De verwachting is dat zij najaar 2010 in werking kan treden.

De zeer omvangrijke wet vervangt een aantal verschillende gelijke behandelingswetten. De Equality Act 2010 kent 'beschermde kenmerken': leeftijd, handicap, 'gender reassignment', huwelijk en geregistreerd partnerschap, ras, godsdienst en levensovertuiging, geslacht, en seksuele oriëntatie.

Daarnaast kent de wet 'verboden gedrag': direct onderscheid,¹¹⁷ gecombineerd onderscheid (meer dan één kenmerk), onderscheid verband houdend met handicap, onderscheid verband houdend met gender reassignment (vanwege afwezigheid van het werk), onderscheid op grond van moederschap en zwangerschap (twee categorieën: arbeidsgerelateerd en niet-arbeidsgerelateerd), en indirect onderscheid.

112 De voorbeelden zijn in alfabetische volgorde te vinden bij Bauer c.s. 2008, p. 151-154.

113 Dat is de Antidiskriminierungsstelle des Bundes, krachtens paragraaf 25 e.v. AGG. De Stelle staat thans onder leiding van Christine Lüders. Hoewel we hier spreken van het Verenigd Koninkrijk, gaat het in hoofdzaak om het recht in Engeland of Groot-Brittannië. Soms zijn er verschillen voor Schotland en/of Noord-Ierland. Deze verschillen worden hier echter buiten beschouwing gelaten.

114 Hoewel we hier spreken van het Verenigd Koninkrijk, gaat het in hoofdzaak om het recht in Engeland of Groot-Brittannië. Soms zijn er verschillen voor Schotland en/of Noord-Ierland. Deze verschillen worden hier echter buiten beschouwing gelaten.

115 Fredman, *Discrimination Law*, p. 8 e.v. en 95 e.v. bespreekt dit als een van de nadelen van een model van 'equality as conformity' waarbij het formele onderscheid centraal staat en niet de vraag of wellicht beide in de vergelijking betrokkenen slecht worden behandeld; Monaghan, *Equality Law*, p. 292-311; Prechal & Burri 2009, p. 5.

116 Na jarenlange voorbereiding en discussies is de wet dus nog op de valreep door het parlement gekomen en van bekrachtiging door de Koningin voorzien. Zou dat niet meer gelukt zijn dan zou door de parlamentsontbinding het ahangige wetsvoorstel vervallen zijn. Na de verkiezingen zou het hele traject van wetgeving opnieuw hebben moeten worden doorlopen.

117 Discrimination'.



Verder kent de wet bepalingen omtrent de plicht tot het maken van aanpassingen voor gehandicapten, aanvullende bepalingen omtrent onderscheid, en twee paragrafen over 'other prohibited conduct': intimidatie (harassment) en victimisation.

Het is overigens niet de bedoeling dat de Equality Act 2010 ook gevolgen gaat krijgen voor de regeling van de troonopvolging. Krachtens de Act of Settlement van 1701 zijn Rooms-katholieken voor altijd uitgesloten van de troonopvolging.

Ook de vrijstelling voor politieke partijen (men mag een kandidatenlijst presenteren waarop slechts personen van één geslacht voorkomen) is gehandhaafd, en zelfs verlengd tot het jaar 2030 (was 2015).

Als opgemerkt gaat het gelijkebehandelingsrecht in het VK uit van de noodzaak van een 'comparator'. Die is wettelijk gedefinieerd. Section 79 van de Equality Act 2010 beschrijft wat daaronder moet worden verstaan.¹¹⁸

17 De oplossingen op een rij

Hierboven zijn we reeds ingegaan op mogelijke oplossingen voor de gesignaleerde knelpunten. Zulke oplossingen kunnen van materiële aard zijn (bijvoorbeeld toch een rechtvaardiging aanvaarden, al dan niet uitdrukkelijk, of bepaalde elementen van (nadere) afweging inbouwen in een in beginsel gesloten stelsel) of van procedurele aard (artikel 14 AWGB of een andere procedurele oplossing). We laten de oplossingen – soms in telegramstijl – de revue passeren. Aangetekend zij dat een afzonderlijk oordeel nodig is over de haalbaarheid van sommige oplossingen. Sommige oplossingen zijn vanuit het systeem gedacht niet meer dan logisch, maar in de praktijk waarschijnlijk moeilijk te bereiken. Ze zijn hier echter wel genoemd, omdat juist in het gelijkebehandelingsrecht overzichtelijkheid, transparantie en consistentie van grote waarde zijn.

18 Materieelrechtelijke oplossingen

Met name het type oplossingen waarvoor niet een wettelijk openbreken van het gesloten stelsel nodig is, verdient indringende aandacht. In de discussies tot dusver hebben daarbij zoals wij hierboven hebben gezien met name de materieelrechtelijke oplossingen aandacht gekregen. Ze worden hier weergegeven, zonder daarmee onmiddellijk te willen suggereren dat ze gelijkelijk relevant zijn.

De materieelrechtelijke oplossingen die in aanmerking lijken te komen zijn de volgende:

- Openbreken van het gesloten stelsel door het relativeren van het verschil tussen direct en indirect onderscheid;
- Invoering van het benadelingscriterium (zoals in Verenigd Koninkrijk en Duitsland); dit kan met een reële of een virtuele 'maatmens' (m/v): iemand ten opzichte waarvan men is benadeeld (reëel), dan wel benadeeld zou kunnen zijn (virtueel);¹¹⁹
- Richtlijnconforme interpretatie van het begrip 'onderscheid' in de AWGB zodanig dat daarmee 'benadelend onderscheid' wordt bedoeld; in de jurisprudentie van het Hof van Justitie is steeds sprake van richtlijnconforme interpretatie door de rechter, maar er is een duidelijke samenhang tussen de overwegingen daaromtrent en overwegingen

118 Een voorbeeld: S. 79: '(2) If A is employed, B is a comparator if subsection (3) or (4) applies. (3) This subsection applies if – (a) B is employed by A's employer or by an associate of A's employer, and (b) A and B work at the same establishment. (4) This subsection applies if – (a) B is employed by A's employer or by an associate of A's employer, (b) B works at an establishment other than that at which A works, and (c) common terms apply at the establishments (either generally or as between A and B).'

119 Pleidooi in deze richting reeds bij Gerards 2002, p. 673 op basis van een onderzoek waaruit naar voren kwam dat verschillende rechters (o.a. de Hoge Raad) deze benadelingstoets reeds gebruiken, 'ook wanneer hij niet officieel als toetsingsingang wordt gehanteerd' (Gerards 2002, p. 673). Recentelijk stelt bijv. Busstra 2010 p. xix dat de 'onderscheid'-terminologie van de AWGB (deels) in strijd is met het Europese recht.

omtrent de effectiviteit van het gemeenschapsrecht.¹²⁰ Op goede gronden kan worden aangenomen dat ter verzekering van een effectieve doorwerking van het EU-recht ook de CGB bevoegd is om door middel van richtlijnconforme interpretatie van wettelijke voorschriften een resultaat te bereiken dat in overeenstemming is met het EU-recht.¹²¹ In het recente arrest *Kükükdevici* herinnert het Hof – in overeenstemming met de *Marleasing*-, de *Faccini Dori*- en de *Pfeiffer*-jurisprudentie – opnieuw aan het feit dat richtlijnconforme interpretatie en effectiviteit samenhangen: ‘Het vereiste van een richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht is inherent aan het systeem van het Verdrag, aangezien het de nationale rechter in staat stelt binnen het kader van zijn bevoegdheden de volle werking van het recht van de Unie bij de beslechting van het bij hem aanhangige geschil te verzekeren’.¹²²

- Invoering van een uitzondering zoals in de Duitse AGG van ‘essentiële vereisten voor een bepaald beroep of een bepaalde functie’, waardoor een – beperkte – afweging mogelijk wordt;
- Opnemen van een wettelijke uitzondering voor de volksgezondheid;
- Opnemen van een wettelijke uitzondering in verband met zwangerschap en tijdelijke functies;
- Opnemen van de mogelijkheid van een billijkheidscorrectie door de CGB, of – iets ruimer – opnemen van de mogelijkheid dat in bijzondere gevallen de wet buiten toepassing wordt gelaten wegens strijd met fundamentele rechtsbeginselen; deze oplossing is door de CGB zelf wel eens geopperd (zie boven), maar is in strijd met de rechtspraak van de Hoge Raad over constitutionele toetsing van wetgeving (HR 14 april 1989 *Harmonisatiewet*).

19 Procedurele oplossingen

Het is echter ook mogelijk om in een andere richting te denken en het wettelijke gesloten stelsel van uitzonderingen intact te laten, maar bijzondere voorzieningen te scheppen voor die zeer incidentele gevallen (zoals wij zagen gaat het om niet meer dan enkele tientallen gevallen in de gehele bestaansperiode sedert de inwerkingtreding van de AWGB) waarin zich een knelpunt manifesteert.

Daarbij zijn intern-procedurele mogelijkheden (die de Commissie zelfstandig zou kunnen realiseren) en extern-procedurele mogelijkheden (waarbij samenwerking met, of hulp van andere organen nodig is) te onderscheiden. Aparte aandacht verdient – hieronder – de vraag of sommige oplossingen wetswijziging zouden vereisen.

- Prejudiciële vraag van de CGB aan de rechter; daarvoor zou aanvulling van artikel 15 AWGB nodig zijn. In voorkomend geval zou de rechter dan nog een prejudiciële vraag kunnen stellen aan het HvJEU, maar in de hierboven besproken gevallen leek daar niet het probleem te zitten;
- Referte aan de wetgever / dialoog met de wetgever: onder invloed van het mechanisme dat in de Britse Human Rights Act is neergelegd, waarbij de rechter declaratoir kan uitspreken dat er onverenigbaarheid is tussen een bepaling van nationaal recht en het EVRM, is de laatste jaren geregeld aandacht besteed aan rechterlijke uitspraakbevoegdheden. Ook de uitspraakbevoegdheden van de CGB zouden onder deze invalshoek aanvulling en nieuwe doordiening kunnen verdienen. Daarbij zou het gaan om vragen als: is het wenselijk dat in bepaalde gevallen door een uitspraak van de CGB een reactie van de wetgever, althans van de samenstellende delen van het ambt wetgever (dus de regering en de Staten-Generaal) wordt uitgelokt? Welk type oordeel zou de

120 HvJEG 23 april 2009 *Angelidaki*, zaak C-378/07 e.v., punt 200 e.v.

121 *Jans/De Lange/Prechal/Widdershoven*, *Europeanisation of Public Law*, Groningen 2007, p. 99 e.v.

122 HvJEU 19 januari 2010 *Kükükdevici*, zaak C-555/07, punt 48.





- Commissie moeten (kunnen) geven om een reactie van de wetgever uit te lokken? En is te verwachten dat – net als in de Britse situatie ¹²³ – de wetgever zou reageren, ook als hij daartoe strikt genomen niet verplicht is?
- De ouderwetse oplossing voor dit type vragen was het zogeheten *Reféré législatif*,¹²⁴ dat wellicht enige inspiratie zou kunnen bieden voor een mechanisme waarin aan bijvoorbeeld een Kamercommissie een oordeel wordt gevraagd. Een relevant tegenargument tegen dergelijke gedachten is overigens makkelijk te bedenken: de wetgever moet zich niet met details bemoeien en niet aan gelegenheidswetgeving doen.¹²⁵ Legislatieve oplossingen dienen altijd minstens een aantal gevallen te betreffen. Zou van daaruit gezien het inbouwen van de oordelenpraktijk van de CGB in de wetgeving (verfijning, nuancering van de AWGB) aanbeveling verdienen? Naast de evaluatie van de AWGB zou er dan minstens een verplichting voor de wetgever moeten zijn – hetzij in de Grondwet, hetzij bij wege van zelfbinding door de wetgever in de AWGB opgenomen – om niet alleen de periodieke evaluatie van de AWGB in ontvangst te nemen, maar ook expliciet aandacht te besteden aan door de CGB voorgelegde concrete voorstellen voor aanvulling, verfijning en nuancering van de wet.
 - Dispensatie door de Kroon? Of door een ander ambt? Vergelijk wat hierboven werd opgemerkt over de hardheidsclausule. Als we het niet als een hardheidsclausule zien maar als een dispensatiemogelijkheid moet de vraag worden beantwoord welk ambt bevoegd zou moeten worden geacht tot het verlenen van dispensatie (vroeger was dat de Koning) – vergelijk artikel 78 Grondwet 1972,¹²⁶ dan wel welk ambt bevoegd zou moeten worden gemaakt om deze dispensatie te verlenen. Daarin lijkt een zekere keuze mogelijk te zijn. De meest logische – vanuit het systeem bezien, niet vanuit de haalbaarheid! – lijkt voorshands dispensatie door de Kroon op voordracht van de CGB, met mogelijkheid van beroep bij de rechter (met een ruime keuze aan mogelijkheden tussen bestuursrechter of civiele rechter, en mogelijke processuele fijnheden en creatieve vondsten).

19 Voorkeur

Al met al lijken de materieelrechtelijke oplossingen het meeste perspectief te bieden, al moeten procedurele verfijningen zeker niet bij voorbaat worden uitgesloten. Mocht binnen het gesloten stelsel geen bevredigende oplossing te vinden zijn, dan dient te worden bezien hoe – op basis van een verder uitgewerkte analyse van de gevallen die zich in de praktijk van de Commissie hebben voorgedaan – eventuele aanpassingen van het gesloten stelsel eruit zouden kunnen zien: relativering van het gesloten stelsel (de ‘lijn-Van Gerven’), aanvaarding of introductie van een semi-open of gemengd stelsel (de Wet Leeftijd), of een hardheidsclausule van andere aard. Daarbij is wel essentieel dat nauw moet worden aangesloten bij de huidige praktijk van de Commissie. In beginsel is uitbreiding van bevoegdheden van de Commissie op dit punt niet nodig. Wil men die wel, dan zou ook ruimere redactie van de wettelijke uitzonderingsmogelijkheden in aanmerking komen, met de mogelijkheid voor de CGB om daarmee op een op de concrete omstandigheden toegespitste wijze om te (blijven) gaan. Het risico van verlies aan transparantie van het gelijkebehandelingsrecht zou daarbij wel moeten worden meegewogen.

123 De Human Rights Act bevat geen verplichting voor de wetgever om naar aanleiding van een rechterlijke declaration of incompatibility enige actie te ondernemen, maar in de praktijk blijkt dit geen probleem: de rechterlijke verklaringen lokken steeds een reactie van de wetgever uit. Zie het artikel van Buxton in Public Law 2010/1 over de toekomst van de declarations of incompatibility.

124 Yves-Louis Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Parijs 1965.

125 Anna Jasiak, *Constitutional Constraints on Ad-Hoc Legislation*, diss. Tilburg 2010, bespreekt de verschillende opvattingen over dit vraagstuk aan de hand van voorbeelden uit de USA, Duitsland en Nederland.

126 Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, negende druk bewerkt door A.M. Donner, Zwolle 1972, p. 406 e.v.

20 Slot

Bij het bedenken van oplossingen voor de bovengeschetste knelpunten is in verschillende richtingen gedacht. Aan de haalbaarheid is – als gezegd – niet meteen doorslaggevend betekenis toegekend. Soms lijkt een oplossing in eerste instantie niet of moeilijk haalbaar en blijkt na verloop van tijd – soms na jaren – dat er toch draagvlak voor zo'n oplossing is ontstaan.

Bovendien kan het denken over mogelijke oplossingen – ook al lijken ze niet meteen haalbaar – leiden tot suggesties voor andere, wel makkelijker begaanbare en bereikbare oplossingen. Recente ontwikkelingen sturen ook in een bepaalde richting. Wetsvoorstel 31 832 is in 2008 ingediend om te bereiken dat wordt tegemoetgekomen aan de kritiek van de Europese Commissie op de implementatie door Nederland van Richtlijn 2000/78. Naar het oordeel van de Commissie dient de Richtlijn strikter te worden gevolgd dan nu het geval is. Dat kan worden bereikt door het invoeren van het benadelingscriterium, dat wil zeggen door de term 'onderscheid' te vervangen door de term 'benadelend onderscheid' of 'discriminatie'. Het voorstel van de regering, neergelegd in wetsvoorstel 31 832 nr. 2, is om artikel 1, eerste lid, onderdelen b en c AWGB te vervangen door de volgende tekst:

'b. direct onderscheid: indien een persoon op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat;

c. indirect onderscheid: indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in vergelijking met andere personen bijzonder treft.'

Hoewel de regering zich op het standpunt heeft gesteld dat met deze tekst wordt tegemoetgekomen aan de wensen van de Europese Commissie, betwijfelt de Raad van State dit. Het advies van de Raad van State om het wetsvoorstel aan te passen is echter niet gevolgd. De behandeling van het wetsvoorstel is uitgesteld om een advies van de Raad van State over de enkele-feitconstructie af te wachten, maar ook nadat dat advies is uitgebracht zit er weinig schot in de parlementaire behandeling. Na de kabinetscrisis van februari 2010 is het wetsvoorstel controversieel verklaard. Om te voorkomen dat intussen het Hof van Justitie Nederland veroordeelt in een infractieprocedure, heeft de minister van Justitie in mei 2010 het initiatief genomen om toch enig parlementair debat over het voorstel te hebben, en de Kamer verzocht om een algemeen overleg waarin de argumenten aan de orde kunnen komen die hebben geleid tot het controversieel verklaren. Op het moment van schrijven bestaat geen concreet vooruitzicht op parlementaire behandeling van het wetsvoorstel.

Het moet gezegd dat dit – met alle respect voor de gevoeligheden die binnen de Tweede Kamer aan verschillende kanten bestaan met betrekking tot de gelijkebehandelingsproblematiek – eigenlijk een enigszins merkwaardig schouwspel oplevert: terwijl de omringende landen (waar die gevoeligheden meestal ook bestaan) erin zijn geslaagd om te komen tot een zeer uitgebreide en gedetailleerde gelijkebehandelingswetgeving waarbij recht wordt gedaan aan het Europese recht, aan de wens om discriminatie uit te bannen, maar ook aan de diversiteit van godsdienstige en levensbeschouwelijke opvattingen met betrekking tot gelijke behandeling, is de Nederlandse wetgever bezig zich in een uitzonderingspositie te manoeuvreren.

Blijkens de bovenstaande beschouwingen is er weinig bezwaar tegen de invoering van het benadelingscriterium in het Nederlandse gelijkebehandelingsrecht. Integendeel, er zijn bepaalde voordelen aan verbonden, ook voordelen die losstaan van de eventuele loyaliteit aan het Europese recht. Invoering van het benadelingscriterium zou ook zonder dat er sprake was van enige druk van Europese zijde, aanbeveling verdienen. De knelpunten van het gesloten stelsel zijn daarmee goed tot een oplossing te brengen.

Daarbij kan worden aangetekend dat de oplossing in een aantal gevallen kan bestaan in een 'de



minimis'-toepassing van het benadelingscriterium: er is geen sprake van benadeling in de zin van de wet indien het door de benadeelde aangevoerde nadeel slechts van geringe omvang is.¹²⁷ Simpel gezegd: niet elke benadeling levert discriminatie op. Pas als sprake is van benadeling van enige omvang zou het betreffende handelen onrechtmatig zijn.

127 Men zou kunnen denken: of onevenredig kleiner dan het door de andere partij te behalen voordeel. Maar dat kan onder omstandigheden leiden tot bijzondere afwegingsproblemen.

Geraadpleegde Literatuur

- Mónika Ambrus, *Enforcing the Protection against Racial Discrimination and Enhancing Minority Protection. The Interpretation of the Enforcement Provisions of the Racial Equality Directive, their Implementation in Four Member States (Belgium, Estonia, Hungary and the Netherlands) and their Interpretation*, Diss. Rotterdam, Utrecht (Eleven International Publishers) 2010.
- I.P. Asscher-Vonk & K. Wentholt, *Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid*, Deventer (Kluwer) 1994.
- I.P. Asscher-Vonk & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Den Haag (Sdu) 1999.
- I.P. Asscher-Vonk, Towards One Concept of Objective Justification? In: Titia Loenen & Peter Rodrigues (eds.), *Non-discrimination law: Comparative perspectives*, 1999, p. 39-51.
- I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Deventer (Kluwer) 2007.
- C. Barnard, Gender and Commercial Discrimination, in: J. Dine & B. Watt (eds.), *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications*, London/New York (Longman) 1996, p. 63-76.
- Jobst-Hubertus Bauer, Burkard Göpfert, Steffen Krieger, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar*, 2e druk München 2008.
- C. Bayart, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Brussel (Larcier) 2004.
- Tom Bingham, *The Rule of Law*, Londen 2010.
- Matthijs de Blois, Gelijkheid en grondrechten: internationaal-rechtelijk kader, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, 2004, p. 187-203.
- Kirsten Bolier en Nienke Doornbos, In blijde verwachting? Een analyse van de oordelen van de CGB over zwangerschapsdiscriminatie, *Recht der Werkelijkheid* 2009, p. 33-54.
- M.A.P. Bovens, M. Trappenburg, *Segregatie door antidiscriminatie*, in: Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, 2004, p. 171-186.
- Bowers & Moran 2002 – John Bowers & Elena Moran, *Justification in Direct Sex Discrimination Law: Breaking the Taboo*, 31 *Industrial Law Journal* 4: 307-320.
- M.J. Busstra, *The Implications of the Racial Equality Directive for Minority Protection within the European Union. An analysis of the substantive provisions of the Racial Equality Directive and their implementation in four member states: Belgium, Estonia, Hungary and the Netherlands*, diss. Rotterdam 2010, Utrecht (Eleven International Publishing) 2010.
- Richard Buxton, The future of declarations of incompatibility, *Public Law* 2010, p. 213-222.
- Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston (Martinus Nijhoff) 2009.
- CGB, *Gelijke behandeling in beweging. Evaluatie van vijf jaar Algemene wet gelijke behandeling*, Utrecht 2000.
- CGB, *Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004*, Utrecht 2005.
- Dajo De Prins, Stefan Sottiaux, Jogchum Vrieling, *Handboek Discriminatierecht*, Mechele (Kluwer) 2005.
- B.J. Drijber & S. Prechal, *Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief*, *SEW* 1997, p. 122-167.
- Evelyn Ellis, *Recent Developments in European Community Sex Equality Law*, *Common Market Law Review* 35: 369-408, 1998.
- Evelyn Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford (OUP) 2005.
- David Enoch, *Once You Start Using Slippery Slope Arguments, You're on a Very Slippery*





- Slope*, Oxford Journal of Legal Studies 2001, p. 629-647.
- Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Oxford (OUP) 2002.
 - Sandra Fredman (ed.), *Discrimination and Human Rights*, Oxford (OUP) 2001.
 - J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag (Sdu) 2002.
 - J.H. Gerards, A.W. Heringa, *Wetgeving gelijke behandeling*, Deventer (Kluwer) 2003.
 - J.H. Gerards, R. de Lange en S. Stuurman, *Moderne gelijkheid*, Den Haag (Boom) 2005.
 - J.H. Gerards, Noot onder Oordeel 2006-20, Oordelenbundel 2006, p. 316-320.
 - J.E. Goldschmidt & A. Hendriks, *Gelijkheid anno 2003. Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving*, NJB 2003, p. 1 277 - 1284.
 - M.H.S. Gijzen, *Selected Issues in Equal Treatment Law: A Multi-Layered Comparison of European, English and Dutch Law*, Diss. Maastricht 2006.
 - K. Henrard, *The First Substantive ECJ Judgment on the Racial Equality Directive: A Strong Message in a Conceptually Flawed and Responsively Weak Bottle*, New York (Jean Monnet Working Paper) 2009.
 - M.J.M. Hertogh, P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen (Wolf) 2006.
 - E.M.H. Hirsch Ballin, Artikel 1 in drievoud, NJB 2003, p. 1285.
 - R. Holtmaat, *Stop de inflatie van het discriminatiebegrip! Een pleidooi voor het maken van onderscheid tussen discriminatie en ongelijke behandeling*, NJB 2003, p. 1266-1276.
 - R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer (Kluwer) 2004.
 - R. Holtmaat, *Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field*, 2006.
 - Yves-Louis Hufteau, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Parijs 1965.
 - J.H. Jans / R. de Lange / S. Prechal / R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen 2007.
 - Anna Jasiak, *Constitutional Constraints on Ad-Hoc Legislation*, diss. Tilburg 2010.
 - Eva Kocher, "Geschlecht" im Anti-Diskriminierungsrecht, Kritische Justiz 2009, p. 386-403.
 - C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, zesde druk Deventer 2008.
 - R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, Zwolle (W.E.J. Tjeenk Willink) 1991.
 - M.A.J. Leenders, *Bewijsrecht en discriminatie bij de arbeid*, Deventer (W.E.J. Tjeenk Willink) 1997.
 - T. Loenen, *Een wet zonder keuzes? Een beschouwing over de Belgische antidiscriminatie-wet vanuit een Nederlands perspectief*, in: *Vrijheid en Gelijkheid* (2003), p. 783-799.
 - Titia Loenen, *Naar een ander toetsingskader voor de AWGB?*, in: *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, 2004, p. 138-148.
 - Avishai Margalit, *Menschenwürdige Gleichheit*, in: Angela Krebs (Hrsg.), *Gleichheit oder Gerechtigkeit. Texte der neuen Egalitarismuskritik*, Frankfurt a.M. 2000, p. 107-116.
 - Béatrice Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Parijs 1999.
 - Helen Meenan (ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge 2007.
 - Martha Minow, *Making All the Difference*, Cambridge (Harvard UP) 1991.
 - Karon Monaghan, *Equality Law*, Oxford (OUP) 2007.
 - Gilian More, *The Principle of Equal Treatment*, in: Craig & De Búrca, *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, p. 517-553.
 - NJCM-commentaar op het (concept-) Besluit Gelijke Behandeling, NJCM-bulletin 1994/1, p. 71.
 - Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 15e druk bewerkt door D.J. Elzinga en R. de Lange, Deventer 2006.
 - Sacha Prechal, *Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achieve-*

- ments in Three Themes, *Common Market Law Review* 41: 533-551, 2004.
- S. Prechal, S. Burri (eds.), *EU Rules on Gender Equality: How are they transposed into national law?* (2009).
 - Dajo De Prins, Stefan Sottiaux, Jogchum Vrieling, *Handboek Discriminatie-recht*, Meche-len (Wolters Kluwer België) 2005.
 - L.J.J. Rogier, *Bestraffende sancties in de Awb*, in: T. Barkhuysen/W. Den Ouden/J.E.M. Polak (red.), 15 jaar Awb, Den Haag 2010, p. 519-534.
 - W. Sadurski, *Equality and Legitimacy*, Oxford (OUP) 2008.
 - Dagmar Schiek (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, München (Sellier. European Law Publishers) 2007.
 - Dagmar Schiek, Victoria Chege (eds.), *European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives on multidimensional equality law*, Londen/New York (Routledge-Cavendish) 2009.
 - J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van rechterlijke toetsing van wetgeving*, diss. RU Nijmegen 2010 (ter perse).
 - R. Stijnen, *Evenredigheidstoetsing door de bestuursrechter*, NJB 2003, p. 1946-1953.
 - W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de wetgever*, diss. UvA 2000.
 - R. Streinz, *Der EuGH im Prozess der Europäischen Integration*, 135 *Archiv des öffentlichen Rechts* 1, p. 1-28.
 - Christa Tobler, *Rechtvaardiging van direct onderscheid in het EG-recht*, *Nemesis* 2001, p. 121-127.
 - Marlies Vegter, *Zwangerschap en discriminatie. De pijnpunten van het gesloten stelsel*, *Nemesis* 2000, p. 118-120.
 - J.Velaers & J. Vrieling (red.), *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatie-wet*, Antwerpen/Apeldoorn (Maklu) 2003.
 - Béatrice Vizkelety, *Discrimination Law – The Canadian Perspective*, *European Anti-discrimination Law Review* 6/7-2008, p. 25-33 (29).
 - M. de Vos & E. Brems (red.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen (Intersentia) 2004
 - Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge 1999.
 - K. Wentholt, *De bescherming van de zwangere sollicitante na Dekker-VJV*, *SMA* 1992, p. 340-350.
 - K. Wentholt, *Direct en indirect onderscheid en het verschil in toetsingsmethodiek*, *Oorde-lenbundel CGB* 1999, p. 105-118.
 - Diana de Wolff, *Heren, uw fiets bovenop! Open of gesloten wijze van toetsen van discrimi-natie*, in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer (Kluwer) 2004, p. 162-170.



Jurisprudentie

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 27 september 1999, Smith and Grady v. UK, Appl. Nos. 33985/96 en 33986/96.
- EHRM 6 april 2000, Thlimmenos v Greece, Appl. no. 34369/97.
- EHRM 9 januari 2003, L. and V. v. Austria, Appl. Nrs. 39392/98 en 39829/98.
- EHRM 24 juli 2003 Karner v Austria, Appl. No. 40016/98.
- EHRM 6 juli 2005, Nachova and others v. Bulgaria, appl. Nos. 43577/98 and 43579/98.
- EHRM 13 december 2005, Timishev v. Russia, appl. Nos. 55762/00 en 55974/00.
- EHRM 13 november 2007, D.H. v Czech Republic, Appl. Nr. 57325/00 (Grand Chamber).
- EHRM 8 december 2009, Munoz Diaz v Spain, appl. No. 49151/07.
- EHRM 20 maart 2010, Orsus and others v Croatia, Appl. No. 15766/03 (Grand Chamber).
- EHRM 24 juni 2010, Schalk & Kopf v. Austria, Appl. No. 30141/04.
- Hof van Justitie van de Europese Unie (tot 1.12.2009 Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen).
- HvJEG 14 januari 1981 Denkavit Nederland BV v Produkschap voor Zuivel, zaak 35/80, Jur. 1981, 45.
- HvJEG 28 januari 1986 Commissie t. Frankrijk ('Avoir fiscal'), zaak 270/83, Jur. 1986, 273.
- HvJEG 15 mei 1986 Marguerite Johnston t. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, zaak 222/84, Jur. 1986, p. 1651.
- HvJEG 9 november 1993 Birds Eye Walls – Friedel Roberts, Zaak C-132/92, Jur. 1993, I-5579.
- HvJEG 14 juli 1994, C-32/93 Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd, Jur. 1994 I-3567.
- HvJEG 30 juni 1998, C-394/96 Brown v Rentokil, Jur. 1998 I-4185.
- HvJEG 8 maart 2001 Metallgesellschaft a.o. – Commissioners of Inland Revenue, zaken C-397/98 en C-410/98, Jur. 2001, I-1727.
- HvJEG 23 april 2009 Angelidaki, zaak C-378/07 e.v., n.n.g.
- HvJEU 19 januari 2010 Küçükdevici, zaak C-555/07, n.n.g.
- HvJEU 30 september 2010 Pedro Roca Álvarez t. Sesa Start Espana ETT SA, Zaak C-104/09, n.n.g.

Hoge Raad

- HR 11 januari 1977, NJ 1977, 467.
- HR 14 april 1989, AB 207 m.nt. FHvdB; NJ 469 m.nt. MS; AA 1989, p. 578 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin.
- HR 7 juli 2009, LJN:BI3413.

College van Beroep voor het bedrijfsleven

- CBB 15 december 2006, LJN AZ5787.
- CBB 26 augustus 2008, LJN BF1753, AB 2009, 125 met noot O.J.D.M.L. Jansen.

Supreme Court of Canada

- SCC 9 september 1999 British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU, [1999] 3 S.C.R. 3 (Meiorin).
- SCC 16 december 1999 British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights), [1999] 3 S.C.R. 868 (Grismer).



Commissie Gelijke Behandeling

