

**EVALUATIE
GELIJKEBEHANDELINGSWETGEVING
2017-2022**

Toekomstbestendige gelijke behandeling?

INHOUD

1. Introductie	3
2. Algemene aandachtspunten	5
2.1 De versnippering van het gelijkebehandelingsrecht.....	5
2.2 Uitbreiding toepassingsbereik Awgb en andere gelijkebehandelingswetten: eenzijdig overheidshandelen	7
2.3 Onderzoek uit eigen beweging om grip te krijgen op institutionele processen, algoritmische discriminatie en handelingen die veel mensen treffen	9
2.4 De territoriale reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving: Caribisch Nederland.....	10
3.2 De koers van het College met betrekking tot voorkeursbeleid	13
3.3 Vallen discriminatoire uitingen online binnen het bereik van de Awgb?.....	15
3.4 Onderscheid tussen groepen en onderscheid binnen groepen.....	16
3.5 Het arrest <i>Braathens</i> en de eisen aan effectieve rechtsbescherming	17
4. Opmerkingen over recente en toekomstige wetswijzigingen	19
4.1 De Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en interseksuele personen	19
4.2 De implementatiewet Richtlijn 2019/1158 inzake ‘work/life balance’	21
4.3 Ervaringen met betrekking tot de Awgb-bepaling inzake gewetensbezwaarde trouwambtenaren	22
4.4 Ervaringen met de toepassing van artikel 5 lid 2 Awgb na de afschaffing van de ‘enkele feit’- constructie	23
4.5 Vooruitblik 1: ‘seksuele gerichtheid’ ter vervanging van ‘homo- en heteroseksuele gerichtheid’	24
4.6 Vooruitblik 2: EU-Richtlijn loontransparantie bij gelijke beloning tussen mannen en vrouwen	25
5. Het systeem van het gelijkebehandelingsrecht: ervaringen uit de oordelenpraktijk	27
5.1 Randvoorwaarden voor effectief onderzoek door het College	27
5.2 De gedeelde bewijslast, intimidatie en ‘microagressie’	28
5.3 De opvolging van oordelen van het College.....	29
5.4 Het verschil tussen het aanbieden van of het verlenen van toegang tot een dienst en de inhoud van die dienst	31
2 6. Aandachtspunten ten aanzien van specifieke discriminatiegronden	34
2.1 6.1 Verduidelijking van de reikwijdte van de discriminatiegrond ‘ras’	34
2.2 6.2 Herijking van de grond ‘burgerlijke staat’	35
2.3 6.3 Rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie	36
2.4 6.4 Verboden onderscheid naar geslacht	37
2.5 6.5 Nieuwe discriminatiegronden in de Awgb?	39
7. Conclusie	41

1 Introductie

Op grond van artikel 22 van de Wet College voor de Rechten van de Mens (WCRM) stelt het College iedere vijf jaar een rapport op van zijn bevindingen ten aanzien van de werking in de praktijk van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgb m/v) en artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW). De Awgb, Wgb m/v en artikel 7:646 BW zijn vier keer eerder geëvalueerd.¹ De huidige evaluatie richt zich vooral op de periode 2017-2022, terwijl op onderdelen, zij het summier, ook naar ontwikkelingen in 2023 wordt verwezen. De evaluatie staat allereerst stil bij een aantal algemene ontwikkelingen op het terrein van de gelijke behandeling (hoofdstuk 2) en gaat vervolgens in op enkele ontwikkelingen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU die consequenties hebben voor de wijze waarop het College in zijn oordelen de bepalingen van de Nederlandse gelijkebehandelingswetten interpreteert (hoofdstuk 3). In hoofdstuk 4 gaat het College in op zijn ervaringen met de toepassing van bepalingen in de Awgb die in de afgelopen jaren zijn aangepast en blikt het vooruit op enkele aankomende wetswijzigingen. In hoofdstuk 5 beziet het College het functioneren van het systeem van de gelijkebehandelingswetgeving en om zich in hoofdstuk 6 toe te spitsten op vraagstukken die zich voordoen met betrekking tot enkele specifieke discriminatiegronden. Het concluderende hoofdstuk 7 bevat een beknopte opsomming van de belangrijkste bevindingen.

Het College wijst erop dat deze verplichting tot vijfjaarlijkse evaluatie slechts betrekking heeft op een deel van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving. Voor de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz), de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (Wgbl), de Wet onderscheid arbeidsduur (Woa) en de Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd (Wobot) geldt deze verplichting niet. De Woa is twee keer geëvalueerd door de rechtsvoorganger van het College (de Commissie gelijke behandeling, CGB)² en de Wobot één keer - vijf jaar na inwerkingtreding.³ De positieve bevindingen uit deze CGB-evaluaties hebben aanleiding gevormd om de verplichting tot herhaalde vijfjaarlijkse evaluatie van de praktijk onder deze twee wetten te schrappen. Het College ziet geen aanleiding om daar anno 2023 anders over te denken. Voor de Wobot en Woa geldt dat het College slechts zeer zelden een oordeel wijst dat betrekking heeft op de specifieke vormen van onderscheid bij de arbeid die door deze beide wetten worden verboden: ongerechtvaardigd onderscheid tussen werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, respectievelijk ongerechtvaardigd onderscheid tussen werknemers die

¹ Zie achtereenvolgens 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.; 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; CGB, *Derde evaluatie AWGB, Wgb m/v en artikel 7:646 BW*, 17 mei 2011; College voor de Rechten van de Mens, *Vijf jaar College voor de Rechten van de Mens*, Utrecht: College voor de Rechten van de Mens, 2017.

² Kamerstukken II 2003/04, 29 518, nr. 1.

³ Commissie Gelijke Behandeling, *De Wet Onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd: eerste evaluatie door de Commissie Gelijke Behandeling* (evaluatieperiode 2002-2007), Utrecht: CGB, januari 2010; Commissie Gelijke Behandeling, *De Wet Onderscheid Arbeidsduur: Tweede evaluatie door de Commissie Gelijke Behandeling* (evaluatieperiode 2001-2006), Utrecht: CGB, januari 2010.

voltijds dan wel in deeltijd werken. Maar inzake de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl) en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz) zijn er wel relevante ontwikkelingen. De grond handicap of chronische ziekte was in de afgelopen jaren meest ingeroepen discriminatiegrond en voor Wgbl geldt dat bijvoorbeeld kritisch gekeken moet worden naar de wijze waarop direct onderscheid momenteel kan worden gerechtvaardigd (tegen de achtergrond van de aan de wet ten grondslag liggende EU-regelgeving). Daarom veroorlooft het College zich in deze evaluatie ook enkele beknopte beschouwingen over de Wgbh/cz en de Wgbl.

2. Algemene aandachtspunten

2.1 De versnippering van het gelijkebehandelingsrecht

De gelijkebehandelingsnormen waaraan het College voor de Rechten van de Mens kan toetsen zijn gespreid over een veelheid van verschillende wetten.⁴ Dit gebrek aan concentratie is om meerdere redenen onwenselijk.⁵ Allereerst ondermijnt het de kenbaarheid van de normen voor zowel personen die slachtoffer zijn van onderscheid als actoren die zich aan de gelijkebehandelingswetgeving dienen te houden. Ten tweede kan de huidige lappendeken onnodige juridische complexiteit met zich meebrengen. Hierbij kan gewezen worden op het feit dat de reikwijdte van de verschillende wetten niet altijd eenvoudig is af te bakenen.⁶ Ook kunnen per wet verschillende bewijsregels gelden;⁷ en in sommige gevallen zijn normen ondergebracht zijn in wetten op aanverwante maar te onderscheiden rechtsgebieden.⁸ Verder kunnen bij eventueel geconstateerd onderscheid per wet verschillende wettelijke uitzonderingen en mogelijkheden tot het aanvoeren van objectieve rechtvaardigingen van toepassing zijn.⁹ Dergelijke verschillen in rechtvaardigingsmogelijkheden hebben vaak betrekking op de specifieke aard van de verschillende gronden en zien op de variërende 'verdachtheid' van het onderscheid. Niettemin zou het – ook voor een coherente ontwikkeling van het gelijkebehandelingsrecht – behulpzaam zijn wanneer dergelijke verschillen inzichtelijk in één regeling te zouden zijn neergelegd. Dat er belangrijke redenen zijn om de gelijkebehandelingswetten te integreren wordt hier niet voor het eerst bepleit.¹⁰ In het kader van de eerste en de tweede evaluatie is de wenselijkheid van integratie van gelijkebehandelingswetgeving aan de orde gekomen. Naar aanleiding daarvan is uiteindelijk in 2010 een conceptwetsvoorstel Integratiewet Awgb voor internetconsultatie bekendgemaakt, met als doel om wetgeving op het gebied van gelijke behandeling in één wet Laatstgenoemd voorstel bouwde voort op een concept van het wetsvoorstel dat in 2005 aan diverse organisaties was voorgelegd. Verder dan de internetconsultatie in 2010 is het niet gekomen, onder meer omdat het kabinet dat indertijd tot indiening van een wetsvoorstel had moeten besluiten (Rutte-I) voortijdig viel. De discussie over het conceptwetsvoorstel en de daaruit voortvloeiende aarzelingen om een wetsvoorstel in te dienen spitsten zich indertijd overigens toe op een ander aspect van het conceptwetsvoorstel dan de integratie van de vele gelijkebehandelingswetten in één wet. Het

⁴ Zie voor een overzicht <https://www.mensenrechten.nl/mensenrechten-voor-jou/discriminatie-en-gelijke-behandeling/wat-zegt-de-wet-over-discriminatie-en-gelijke-behandeling> laatst bezocht 11 oktober 2023.

⁵ Zie ook Commissie Gelijke Behandeling, *Advies inzake het ontwerp-wetsvoorstel voor een Integratiewet op verzoek van de Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties*, CGB-advies 2005/04 en Commissie Gelijke Behandeling, *Advies inzake concept-wetsvoorstel Integratiewet*, CGB-advies 2010/3.

⁶ Zoals is het alleen voor juridische experts duidelijk wanneer respectievelijk de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en artikel 7:646 van toepassing is op een situatie die onderscheid op grond van geslacht betreft.

⁷ Zo geldt voor de grond onderscheid op grond van arbeidsduur niet het zogenoemde bewijsvermoeden.

⁸ Zoals in de Wet arbeid en zorg: artikel 1:6 en 1:7.

⁹ De Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid laat het bijvoorbeeld toe om direct onderscheid objectief te rechtvaardigen.

¹⁰ Over het conceptwetsvoorstel: W. Ruygrok & M. Kroes, 'Conceptwetsvoorstel Integratiewet AWGB', *TAP* 2011, nr. 1, p. 4-10. Zie ook: Ruben van Arkel, 'Discriminatie en ontslag: de regels en een oplossingsrichting', *TvO* 2022, nr. 4, pp. 105-110.

conceptwetsvoorstel bevatte namelijk ook inhoudelijke wijzigingen in de (indertijd) politiek gevoelige ‘enkele feit’-constructie van artikel 5.¹¹ Inmiddels is – via een ander wetgevingstraject – deze ‘enkele feit’-constructie vervangen door een formulering die nauwer aansluit bij de formuleringen die in enkele¹² van de EU en in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) worden gehanteerd. Het College meent derhalve dat het de moeite waard is om opnieuw te bezien of integratie van de gelijkebehandelingswetten mogelijk is. Daarbij moet dan wel in ogenschouw worden genomen dat die integratie niet zonder meer hoeft te leiden tot een gelijk beschermingsniveau voor alle discriminatiegronden.¹³

Het integreren van de huidige gelijkebehandelingswetten en -bepalingen in één wet zou ook de gelegenheid bieden om de betrokken wetgeving te moderniseren en om ontwikkelingen die zijn uitgekristalliseerd in de oordelenpraktijk van het College en in de (Europese) rechtspraak, te codificeren en daarmee de kenbaarheid van de uitgekristalliseerde normen te vergroten. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan: de betekenis van het begrip ‘doeltreffende aanpassing’ zoals dat voorkomt in de Wgbh/cz,¹⁴ de verduidelijking van de reikwijdte van de begrippen ‘arbeid’ en ‘beroep’,¹⁵ de verplichting om zorg te dragen voor een discriminatievrije werkomgeving¹⁶ en de plicht om een discriminatieklacht zorgvuldig te behandelen.¹⁷

De versnippering en gebrekkige coherentie uiten zich ook in de beperkte evaluatieplicht van het College. In artikel 22 WCRM staat dat het College elke vijf jaar rapporteert over het praktisch functioneren van de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en artikel 646 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Deze plicht geldt daarmee niet met betrekking tot de Wgbh/cz, de Wgbl, de Wobot, de Woa en de nieuwe bepalingen in de Wet arbeid en zorg (Wazo) en de Wet flexibel werken. Dit maakt dat het College een terugkerend proces om ontwikkelingen in de toepassing van deze wetten aan te kaarten ontbeert. Nu is dit niet voor alle genoemde wetten even problematisch. De hoeveelheid oordelen die het College produceert op basis van de Wobot en de Woa is zeer gering. En de bepalingen uit de Wazo en de Wet flexibel werken die aan het College een oordelende taak toebedelen zijn nog slechts zeer recent (augustus 2022) in werking getreden, zodat er nog geen oordelen zijn waarin toepassing van deze wetten aan de orde is. Voor de Wgbh/cz en de WGBL is dit echter anders. Zoals reeds in de inleiding aangekondigd, neemt het College verderop in deze evaluatie de vrijheid om ook over die

¹¹ Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32476.

¹² Zie *Stb.* 2015, 200.

¹³ In de huidige gelijkebehandelingswetten zijn er verschillen in die zin dat onder de AWGB direct onderscheid slechts is toegestaan indien de AWGB zelf een specifieke uitzondering op het verbod van dergelijk onderscheid bevat (d.w.z. dat de algemene clausule dat onderscheid objectief gerechtvaardigd slechts opgaat voor indirect onderscheid en niet geldt voor direct onderscheid), terwijl onder de WGBL, de WOA en de WOBOT ook direct onderscheid objectief gerechtvaardigd kan zijn. Zie in dit verband: H.M.T. Holtmaat & G.T. Terpstra, ‘Leve de pluriformiteit bij discriminatiebestrijding. Een kritiek op het ideaal van een uniforme aanpak van verschillende discriminatiegronden’, *NTM/NJCM-Bull.* 2011, p. 159-173.

¹⁴ HvJ EU 10 februari 2022, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85 (*XXXX v HR Rail SA*).

¹⁵ HvJ EU 2 juni 2022, C-587/20 ECLI:EU:C:2022:419 (*Ligebehandlingsnævnet, optredend namens A tegen HK/Danmark, HK/Privat*) en HvJ EU 10 januari 2023, C-356/21 ECLI:EU:C:2023:9 (*TP/Monteur audiovisuel pour la télévision publique*).

¹⁶ Zie bijvoorbeeld College voor de Rechten van de Mens 8 november 2018, oordeel 2018-114; zie voor recente (impliciete) toepassing Rb. Amsterdam 24 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1776.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld College voor de Rechten van de Mens 20 mei 2021, oordeel 2021-61.

wetten enkele opmerkingen te maken. Integratie van de verschillende gelijkebehandelingswetten in één wet zou echter ook op het punt van de evaluatieverplichtingen tot meer uniformiteit kunnen leiden, zodat een en ander niet afhankelijk hoeft te zijn van een eigen initiatief van het College.

2.2 Uitbreiding toepassingsbereik Awbg en andere gelijkebehandelingswetten: eenzijdig overheidshandelen

De gelijkebehandelingswetgeving op basis waarvan het College bevoegd is oordelen te geven, beslaat voornamelijk de terreinen 'arbeid' en 'het aanbieden van goederen of diensten'. Waar de overheid niet optreedt als werkgever of in het maatschappelijk verkeer goederen of diensten aanbiedt is de mogelijkheid van het College om overheidsoptreden – het zogenoemde 'eenzijdig overheidshandelen' – te toetsen aan de gelijkebehandelingsnormen beperkt tot maatregelen in het kader van de sociale bescherming die (mogelijk) discrimineren op grond van ras.¹⁸ De term 'eenzijdig overheidshandelen' komt niet in de wettekst van de AWGB voor, maar is bij de totstandkoming van de AWGB in de jaren '90 van de vorige eeuw gebruikt door de regering in de memorie van toelichting en overige Kamerstukken, al is daarbij nooit helemaal helder gemaakt wat eenzijdig overheidshandelen nu precies inhoudt. Het begrip is dan ook reeds voorwerp geweest van studies in eerdere evaluaties.¹⁹ Het College omschrijft eenzijdig overheidshandelen doorgaans als volgt: beslissingen van overheidsorganen, genomen op basis van de bevoegdheden die een wet aan die organen toekent of gedragingen van overheidsfunctionarissen bij de uitoefening van hun wettelijke taak (denk bijvoorbeeld aan het verlenen van een vergunning of aan ordehandhaving door de politie). Het (regerings)standpunt dat het toepassingsbereik van de AWGB zich niet hoeft te strekken tot eenzijdig overheidshandelen was gebaseerd op de gedachte dat de bestuursrechter (die 'besluiten' in de zin van de Algemene wet bestuursrecht kan toetsen aan het discriminatieverbod zoals opgenomen in artikel 1 Grondwet en het EVRM en aan algemene rechtsbeginselen, waaronder het gelijkheidsbeginsel) tezamen met de Nationale Ombudsman (die feitelijke gedragingen van overheidsorganen of -functionarissen kan toetsen op behoorlijkheid en daarbij ook het discriminatieverbod als toetsingsmaatstaf kan hanteren) afdoende bescherming zou bieden tegen discriminerend overheidshandelen.²⁰ De validiteit van deze gedachte wordt vandaag de dag, in de nasleep van het kinderopvangtoeslagenschandaal, echter betwist.²¹ De onderzoekers van de Parlementaire onderzoekscommissie effectiviteit antidiscriminatiewetgeving merken in hun rapport (hierna: POC-rapport) op dat het serieuze overweging verdient de Awgb op het bredere terrein van eenzijdig overheidshandelen van toepassing te verklaren. Zij constateren dat de bescherming die de bestuursrechter kan bieden tegen (institutionele vormen van) discriminatie in de praktijk beperkt is, omdat deze steeds maar één enkel geval ziet en

¹⁸ Zie art. 7a AWGB.

¹⁹ Zie daarover: P.J.J. Zoontjes, 'De uitzondering inzake "eenzijdig overheidshandelen"', in: M.L.M. Hertogh & P.J.J. Zoontjes (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 115-144.

²⁰ Ibidem.

²¹ J.P. Loof, 'Bestuursrecht(spraak) en het blootleggen van discriminatoire overheidspraktijken', *NTB* 2021/68.

beoordeelt en er daardoor 'onvoldoende grip op [krijgt], omdat hij geen patronen kan zien'.²² Loof heeft er in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht op gewezen dat daarbij aan de zijde van de appellant in een bestuursrechtelijke procedure ook meespeelt dat die niet altijd zicht zal hebben op eventueel discriminatoire praktijken als gevolg waarvan hij/zij met een terugvordering of anderszins nadelig besluit wordt geconfronteerd. Daarover staat doorgaans niet in de tekst van het betreffende besluit: '[D]e reden waarom iemand eruit is gepikt en aan een extra controle is onderworpen ter achterhaling van eventuele fraude blijft vaak onduidelijk of zit weggestopt in een computersysteem of algoritme. Het punt dat mogelijk discriminatie een rol heeft gespeeld bij een besluit waartegen een appellant opkomt, zal bij de bestuursrechter dus vaak niet aangevoerd worden.'²³

Mede om deze redenen hebben de Nationaal Coördinator tegen discriminatie en racisme (NCDR) en de Staatscommissie tegen discriminatie en racisme er, samen met het College, in een brief aan de Minister van BZK op 20 maart 2023 voor gepleit te onderzoeken of het mogelijk is om te komen tot een uitbreiding van het toepassingsbereik van de gelijkebehandelingswetgeving waardoor ook eenzijdig overheidshandelen daaronder zou komen te vallen.²⁴ Aansluitend bij het voornemen van het kabinet om discriminatie bij uitvoeringsinstanties tegen te gaan,²⁵ zijn de NCDR, Staatscommissie en het College van mening dat van uitbreiding van het bereik van de gelijkebehandelingswetgeving in de eerste plaats het krachtige signaal uitgaat dat geen enkele overheidsinstantie mag discrimineren. In een periode waarin, mede door het kinderopvangtoeslagenschandaal en de vermoedens van discriminatie die daaromheen hangen, het vertrouwen in de overheid enorm is gedaald, achten zij het belangrijk dat een dergelijk signaal door de regering wordt afgegeven om daarmee het beeld weg te nemen dat er wel een laagdrempelige toetsende instantie is bij klachten over discriminerend handelen door private actoren en niet bij klachten over discriminatie door overheidsinstanties.²⁶ Nu kan daartegen worden ingebracht dat bij overheidsinstanties de norm van het discriminatieverbod, die tenslotte in het eerste artikel van onze Grondwet is neergelegd, genoegzaam bekend zal zijn, zodat een herbevestiging van die norm door uitbreiding van het toepassingsbereik van de

²² Parlementaire onderzoekscommissie effectiviteit antidiscriminatiewetgeving, *Gelijk recht doen: Een parlementair onderzoek naar de mogelijkheden van de wetgever om discriminatie tegen te gaan*, Eerste Kamer der Staten-Generaal, Den Haag 2022, p. 70.

²³ J.P. Loof, 'Bestuursrecht(spraak) en het blootleggen van discriminatoire overheidspraktijken', *NTB* 2021/68.

²⁴ De gezamenlijke brief van de Nationaal Coördinator tegen Discriminatie en Racisme, het College voor de Rechten van de Mens en de Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme aan Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Bruins Slot is beschikbaar op <https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/681d38bc-498b-4ba1-b1f2-838d254df9db>.

²⁵ *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 4 (Reactie op het rapport 'Ongekend Onrecht' van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag).

²⁶ Zie, ter illustratie, College voor de Rechten van de Mens 27 juni 2017, oordeel 2017-78 (College is niet bevoegd om te oordelen over de vraag of de minister van Financiën discrimineert op grond van handicap of chronische ziekte, door niet toe te staan dat examens mondeling worden afgelegd. Het betreft eenzijdig overheidshandelen). Indien een dergelijke regel zou zijn vastgesteld door een private onderwijsinstelling zou het College deze wel kunnen toetsen. Een andere zaak waarop gewezen kan worden betreft de beslissing van (het College van B&W van) een gemeente als wegbeheerder en als bevoegde instantie om een verkeersbesluit vast te stellen om op bepaalde plaatsen een zogenoemde 'fietssluis' aan te leggen, waardoor een persoon die vanwege een handicap gebruik moest maken van een driewiel-fiets geen toegang meer had tot het fietspad. Deze zaak kon door het College niet in behandeling worden genomen, omdat bij voorbaat duidelijk was dat het College niet bevoegd was om over dit eenzijdig overheidshandelen van de gemeente te oordelen.

gelijkebehandelingswetgeving weinig meerwaarde heeft. Het College heeft in zijn contacten met diverse uitvoeringsinstanties van de rijksoverheid in de afgelopen jaren ervaren dat van onbekendheid met de abstracte norm van het discriminatieverbod binnen die organisaties inderdaad geen sprake is. Waar veel organisaties wel naar zoeken, is naar manieren om deze abstracte norm binnen de werkprocessen en handelwijzen van de organisaties 'handen en voeten' te geven zodat niet alleen bewuste en directe discriminatie wordt uitgesloten, maar ook indirecte en onbewuste vormen van discriminatie worden vermeden. Hierbij kan uitbreiding van het toepassingsbereik van de gelijkebehandelingswetten naar eenzijdig overheidshandelen behulpzaam zijn. Op bepaalde punten concretiseren deze wetten de abstracte (grondwettelijke) norm van het algemene discriminatieverbod, onder meer door regels ten aanzien van de bewijslastverdeling en door de toetsende rol die het College op basis van deze wetten kan vervullen. Die toetsende rol biedt niet alleen burgers de gelegenheid om discriminatieklachten over overheidsoptreden laagdrempelig te laten onderzoeken door een daarvoor gespecialiseerde instantie, maar biedt ook mogelijkheden voor een ruimer en diepgravender onderzoek, omdat het College beschikt over onderzoeksbevoegdheden (onderzoek ter plaatse, opvragen van documenten en informatie). Ook kan het College bij terugkerende signalen of meldingen over discriminatoir handelen binnen een bepaalde organisatie een onderzoek uit eigen beweging starten waarin de bredere praktijk binnen een organisatie wordt beoordeeld, los van concrete incidenten. Ten slotte bieden de gelijkebehandelingswetten de mogelijkheid om een zogenoemd 'oordeel eigen handelen' te vragen, waarvan dan ook overheidsorganisaties gebruik zouden kunnen maken het College als het ware preventief te laten oordelen of een voorgenomen beleid of handelwijze zich verdraagt met de gelijkebehandelingswetten. Uitbreiding van het toepassingsbereik van de AWGB en andere gelijkebehandelingswetten versterkt dus niet alleen de rechtsbescherming van de burger, het dient ook de rechtsontwikkeling ten aanzien van het non-discriminatierecht en komt de (zelf)reflectie binnen overheidsorganen ten goede. Het College wijst erop dat volgens het POC-rapport de invoering van een zogenoemde *Public Sector Equality Duty*, zoals die gebruikt wordt in het Verenigd Koninkrijk en Ierland, een aanvulling zou kunnen vormen op de huidige Nederlands gelijkebehandelingswetgeving die bijdraagt aan een effectiever tegengaan van discriminatie door overheidsinstanties. Overheidsorganen worden daarmee verplicht maatregelen te treffen om gelijke behandeling te bevorderen en mensenrechten na te leven en moeten achteraf rapporteren over hun voortgang aan het gelijkebehandelingsinstituut van beide landen. Het College vindt dit een waardevolle suggestie die nadere bestudering en overweging verdient.

2.3 Onderzoek uit eigen beweging om grip te krijgen op institutionele processen, algoritmische discriminatie en handelingen die veel mensen treffen

Hierboven werd al kort de noodzaak tot modernisering van de gelijkebehandelingswetgeving aangestipt, en werd stilgestaan bij geweid aan een mogelijke uitbreiding van de bevoegdheid van het College om overheidshandelen te beoordelen, onder andere omdat het College door zijn taakstelling en onderzoeksbevoegdheden een breder blikveld heeft dan de bestuursrechter. Daarvoor moeten echter wel de juiste randvoorwaarden worden geschapen.

Binnen de gelijkebehandelingswereld is steeds meer aandacht voor ongelijke behandeling die de individuele situatie overstijgt.²⁷ Dat kan het geval zijn bij onderscheidmakende maatregelen of handelingen die veel personen treffen, maar omvat ook situaties waarin institutionele processen of de inzet van algoritmes een ongelijke uitwerking hebben, of een combinatie van voorgaande. Een individuele casus kan zulke processen in sommige gevallen effectief aan de kaak stellen. Het College heeft in een tussenoordeel op basis van een klacht ten aanzien van de inzet van zogenoemde 'proctoringsoftware', die studenten die tentamens maken monitort, geoordeeld dat het noodzakelijk is bij eventuele ongelijke behandeling door de toepassing van algoritmes het bewijsvermoeden ruim uit te leggen omdat algoritmisch toezicht en het besluitvormingsproces daarin voor diegene die het ondergaat niet inzichtelijk is.²⁸ In casu betekende dat dat de betrokken universiteit moest bewijzen dat deze niet had gediscrimineerd, en daarvoor de benodigde data moest aanleveren.²⁹

Er zijn evenwel ook situaties waarin vanuit een individuele situatie geen grip kan worden gekregen op onderliggende institutionele processen die tot een besluit of handeling hebben geleid, zoals in het hierboven genoemde voorbeeld van de Toeslagenaffaire. Ook bij algoritmische discriminatie doet dit fenomeen zich voor.³⁰ Het College heeft in dat soort situaties de bevoegdheid om uit eigen beweging te onderzoeken of 'onderscheid stelselmatig wordt gemaakt en zijn oordeel daarover kenbaar maken.'³¹ Het goed onderzoeken van zulke processen is echter een omvangrijke klus. Zo heeft het door het College verrichte Vooronderzoek naar de vermeende discriminerende effecten van de werkwijzen van de Belastingdienst/Toeslagen anderhalf jaar tijd gekost. Het College is momenteel qua capaciteit niet toegerust om regelmatig dit soort onderzoeken uit eigen beweging te verrichten, terwijl de noodzaak daartoe in de toekomst naar verwachting alleen maar zal toenemen.³²

2.4 De territoriale reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving: Caribisch Nederland

In het voorwoord bij de evaluatie 'Vijf jaar College voor de Rechten van de Mens' uit 2017 constateerde het College een belangrijke beperking van de werkingssfeer van de gelijkebehandelingswetgeving: deze wetten gelden niet voor Caribisch Nederland. Dat betekent dat inwoners van Bonaire, Sint-Eustatius en Saba geen klachten in kunnen dienen

²⁷ Zie o.m. Equinet, *Equality Bodies working on cases without an identifiable victim: Actio popularis* (Discussion paper by the Equality Law in Practice Working Group), Brussel: Equinet 2022. Ook het hierboven reeds genoemde POC-rapport maakt dit zichtbaar, want dit rapport richt zich in de eerste plaats op *institutionele* discriminatie, vanuit het vermoeden dat op dit terrein de meeste kansen liggen voor de wetgever om de bescherming tegen discriminatie te verstevigen.

²⁸ College voor de Rechten van de Mens 7 december 2022, oordeel 2022-146, overweging 6.10 en 6.11.

²⁹ Zie inmiddels College voor de Rechten van de Mens 17 oktober 2023, oordeel 2023-111. Zie voor een ander oordeel waarin de door Tinder gehanteerde prijsstructuur niet inzichtelijk was en discriminatie deed vermoeden: College voor de Rechten van de Mens 4 december 2020, oordeel 2020-106.

³⁰ Zie hierover: J. Gerards en R. Xenidis, *Algorithmic Discrimination in Europe: Challenges and Opportunities for Gender Equality and Non-Discrimination Law*, Publications office of the European Union: European Commission, 2021.

³¹ Artikel 10, eerste lid, Wcrn.

³² College voor de Rechten van de Mens, *Vooronderzoek naar de vermeende discriminerende effecten van de werkwijzen van de Belastingdienst/Toeslagen*, Utrecht: september 2022.

over situaties die zij daar in de arbeidssfeer, bij de toegang tot goederen en diensten of bij onderscheid op grond van ras bij de sociale bescherming meemaken. Op 20 januari 2023 heeft de regering, nadat een externe commissie een verkenning had uitgevoerd,³³ toegezegd dat het wetgevingstraject in gang zal worden gezet opdat de gelijkebehandelingswetgeving van toepassing worden verklaard op het Caribische deel van Nederland.³⁴ Het College voor de Rechten van de Mens verwelkomt deze stap. Net als de externe commissie verwacht het College dat de toepassing van deze wetgeving niet alleen zorgt voor meer rechtsbescherming tegen discriminatie voor de inwoners van de eilanden maar ook een positief effect zal hebben op de acceptatie van diversiteit en gelijke behandeling in Caribisch Nederland. Het College vindt het dan ook belangrijk dat de lokale bestuurders van Bonaire, Sint-Eustatius en Saba eveneens voorstander zijn van volledige invoering van de gelijkebehandelingswetgeving (dus niet alleen de Awgb, maar ook de Wgbl, Wgbh/cz en de Wgb m/v).

Het College staat op het standpunt dat voor alle mensenrechten die in Europees Nederland gelden een gelijkwaardige BES-variant moet worden ingevoerd. Op 1 augustus 2023 heeft het College advies uitgebracht over het wetsvoorstel Wet bescherming tegen discriminatie op de BES. Daarin onderstreept het College het belang van een bewustwordingscampagne voorafgaand aan de inwerkingtreding van de gelijkebehandelingswetgeving in Caribisch Nederland. Om de invoering van de gelijkebehandelingswetgeving én de oordelende taak van het College te laten slagen is het van belang dat het voor de inwoners duidelijk is welke rechten zij hebben, en op welk moment zij bijvoorbeeld een verzoek om een oordeel kunnen indienen bij het College. Een aandachtspunt in die bewustwording is het horizontale karakter van de wetgeving, dat wil zeggen het gegeven dat de gelijkebehandelingsnormen in de eerste plaats gericht zijn op private actoren en (vooralsnog; zie onder 2.2.) niet van toepassing zijn op veel vormen van overheidshandelen.

³³ *Kamerstukken I 2022/23*, 36 200 IV, nr. J (Bijlage bij Verkenning naar de invoering van de gelijkebehandelingswetgeving op Bonaire, Saba en Sint Eustatius).

³⁴ *Kamerstukken I 2022/23*, 36 200 IV, nr. J (Verkenning naar de invoering van de gelijkebehandelingswetgeving op Bonaire, Saba en Sint Eustatius).

3. Jurisprudentiële ontwikkelingen

3.1 De houdbaarheid van artikel 3 Awgb in licht van de HvJ EU-jurisprudentie

Naar aanleiding van de HvJ EU-arresten *Egenberger*³⁵ en *IR/JQ*³⁶ van het HvJ EU is in de rechtswetenschappelijke literatuur de vraag opgeroepen of artikel 3 Awgb onverkort houdbaar is.³⁷ Artikel 3 Awgb bepaalt dat het verbod van onderscheid niet van toepassing is op rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag en niet op het geestelijk ambt. Deze begrenzing van de reikwijdte van de Awgb houdt, zo blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de wet, rechtstreeks verband met de belijdenis van de religieus-levensbeschouwelijke overtuiging: 'Terughoudendheid is dan vereist met betrekking tot de innerlijke overtuiging en de directe uitdrukking daarvan in het genootschappelijk verband'.³⁸ Het HvJ EU stelt in *Egenberger* en *IQ/JR* echter resoluut dat er – ook als een kerkgenootschap onderscheid op grond van godsdienst of overtuiging maakt – sprake moet zijn van 'doeltreffend rechterlijk toezicht'. Dat houdt in dat de rechter altijd moet kunnen toetsen of is voldaan aan de criteria die artikel 4 lid 2 Kaderrichtlijn ter zake stelt (en die nu terug te vinden zijn in artikel 5 lid 2 Awgb).³⁹ Bij deze opvatting van het HvJ EU speelt mee dat de Kaderrichtlijn geen uitzondering op het discriminatieverbod kent voor rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt. Er is dus sprake van een andere systematiek dan die in artikel 3 Awgb wordt gehanteerd, mét een verdergaande rechterlijke toetsing.⁴⁰

Bij de totstandkoming van artikel 3 Awgb heeft de wetgever reeds duidelijk gemaakt dat het in dienst nemen van een schoonmaker of glazenwasser door een kerkelijke gemeente niet valt onder de term 'rechtsverhoudingen binnen een kerkgenootschap' zodat voor dat soort functies een toets aan de AWGB-normen kan plaatsvinden,⁴¹ en in de oordelen van de CGB en het College is deze benadering ook terug te vinden. Voor functies die meer 'identiteitsbepalend' zijn en voor de echte geestelijke ambten blijft een toets aan de Awgb-normen evenwel buiten beeld. Het College schat overigens in dat een eventuele afschaffing van artikel 3 Awgb in de praktijk geen grote gevolgen zal hebben. Doorgaans zal bij dragers van een geestelijk ambt of andere identiteitsbepalende (kern)functies binnen een religieuze organisatie het gestelde beroepsvereiste – bijvoorbeeld dat de betrokkene de geloofsleer onderschrijft en lid is van het betreffende kerkgenootschap – als 'wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd' in de zin van artikel 5 lid 2, onder b, Awgb kunnen worden gekwalificeerd en daarmee toelaatbaar zijn. Het oordeel daarover is dan echter aan de toetsende instantie, het College of de rechter, terwijl het nu de wetgever is die met een zekere absoluutheid in artikel 3 Awgb een keuze heeft gemaakt.

³⁵ HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (Vera Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV).

³⁶ HvJ EU 11 september 2018, ECLI:EU:C:2018:698 (IR/JQ), JAR 2018/259, m.nt. T. van Kooten.

³⁷ T. van Kooten, 'Gelijke behandeling en personeelsbeleid binnen kerkelijke organisaties: is artikel 3 Awgb over zijn juridische houdbaarheidsdatum?', *NTKR* 2018, p. 131-147; J.P. Loof, 'Toekomstige uitdagingen voor het gelijkebehandelingsrecht', *NTM/NJCM-Bull.* 2020/20, p. 263-264.

³⁸ *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 15 (MvT).

³⁹ HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, r.o. 55 (Vera Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV); HvJ EU 11 september 2018, ECLI:EU:C:2018:698, r.o. 41 (IR/JQ), JAR 2018/259, m.nt. T. van Kooten.

⁴⁰ Van Kooten 2018, p. 147.

⁴¹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 76 (MvA).

3.2 De koers van het College met betrekking tot voorkeursbeleid

In artikel 2, derde lid, Awgb, artikel 5, eerste lid, Wgb m/v, artikel 7:646, vierde lid, BW en artikel 3, eerste lid, aanhef en onderdeel c, Wgbh/cz is een wettelijke uitzondering op de plicht tot gelijke behandeling gecreëerd die het mogelijk maakt om zogenoemd voorkeursbeleid te voeren. Deze mogelijkheid is gelimiteerd. Zij geldt in de eerste plaats, gezien de tekst van de genoemde bepalingen, slechts voor voorkeursbeleid ten aanzien van vrouwen, personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep, of personen met een beperking vanwege een handicap of chronische ziekte. In de tweede plaats wordt de ruimte om voorkeursbeleid te voeren begrensd door (strikte) voorwaarden die voortvloeien uit de jurisprudentie van het HvJ EG inzake de voorkeursbepaling in artikel 2, vierde lid, van Richtlijn 76/207/EEG inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (Tweede Richtlijn).⁴² Het betreft de volgende voorwaarden:

1. Doel

Het voorkeursbeleid moet erop gericht zijn vrouwen of personen uit een etnische of culturele minderheidsgroep in een bevoorrechte positie te plaatsen om feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen.

2. De eis van aantoonbare achterstand

De achterstand van de voorkeursgroep moet worden aangetoond, waarbij de achterstand moet worden gerelateerd aan het beschikbare aanbod.

3. Het kenbaarheidsvereiste

Bij de werving van kandidaten voor een functie moet duidelijk worden vermeld dat de werkgever een voorkeursbeleid voert en dat de vacature voor iedereen open staat.⁴³

4. Het zorgvuldigheidsvereiste

Er dient een objectieve beoordeling van alle kandidaten plaats te vinden, waarbij rekening wordt gehouden met de mate waarin ieder van de kandidaten aan de functie-eisen voldoet. Benoeming van een kandidaat uit de voorkeursgroep kan alleen plaatsvinden bij gelijke geschiktheid van die kandidaat. Een absolute en onvoorwaardelijke uitsluiting van personen die niet tot de voorkeursgroep behoren is in beginsel niet toegestaan.

5. Het evenredigheidsvereiste

Het onderscheid dat wordt gemaakt met de maatregel dient in redelijke verhouding te staan tot het doel. Dit houdt in dat de voorkeursmaatregel moet kunnen worden gerechtvaardigd door de mate van achterstand.

De jurisprudentie waaraan deze voorwaarden zijn ontleend, is ruim twintig jaar oud, en heeft geen betrekking op voorkeursbeleid voor personen behorend tot een etnische of culturele minderheid of personen met een beperking. In het verleden heeft het College al eens de vraag opgeworpen of er reden is om deze voorwaarden onverkort te blijven hanteren, onder meer omdat er in EU-verband in 2006 een nieuwe richtlijn over gelijke behandeling van mannen en vrouwen tot stand is gebracht. Zo heeft het College in 2012 een oordeel gegeven

⁴² HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322, NJ 1996, 507 (Kalanke), HvJ EG 11 november 1997, zaak C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533, NJ 1998, 808 (Marschall), HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163, NJ 2000, 532 (Badeck) en HvJEG 6 juli 2000, zaak C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367, NJ 2001, 28 (Abrahamsson, Anderson en Fogelqvist).

⁴³ Zie hierover ook art. 3, derde lid, Wgb m/v.

over een voorkeursmaatregel van de Technische Universiteit Delft (hierna: TU Delft), waarmee deze tien functies voor vrouwelijke wetenschappers had gereserveerd.⁴⁴ Door deze functies voor vrouwen te reserveren had TU Delft niet voldaan aan de door het HvJ bepaalde voorwaarde, dat absolute en onvoorwaardelijke voorrang voor vrouwen bij de werving en selectie ontoelaatbaar is. Het College achtte de reserveringsmaatregel van TU Delft echter niet op voorhand in strijd met de Wgb m/v. Daarbij liet het College meewegen dat het HvJ zijn reeks oordelen had gegeven binnen de kaders van de toen geldende Tweede Richtlijn, die zich (slechts) richtte op 'het bevorderen van gelijke kansen'. De inmiddels geldende Richtlijn 2006/54/EG van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (Herschikkingsrichtlijn) richt zich op 'het verzekeren van volledige gelijkheid'. Het College kende in 2012 ook waarde toe aan het feit dat de positie van vrouwen in de hogere regionen van het beroepsleven niet aanmerkelijk was verbeterd sinds het HvJ zijn arresten wees en overwoog dat dit maatschappelijke gegeven niet buiten beschouwing kon blijven bij de beoordeling van de reserveringsmaatregel van TU Delft. Het College oordeelde dat een reserveringsmaatregel onder uitzonderlijke omstandigheden toelaatbaar is, indien deze maatregel noodzakelijk is ter verwezenlijking van volledige gelijkheid tussen mannen en vrouwen.⁴⁵

In 2020 en 2021 is het College, in een tweetal oordelen die opnieuw te maken hadden met voorkeursbeleid ten aanzien van vrouwen bij een technische universiteit (ditmaal: TU Eindhoven), verdergegaan op deze route. In het eerste⁴⁶ van deze twee oordelen wijst het College erop dat de HvJ-jurisprudentie weliswaar strikte eisen stelt aan het voeren van voorkeursbeleid, maar tegelijkertijd ook enigszins ambivalent is in die zin dat deze strikte eisen volgens het arrest *Badeck* uit 2000 niet in de weg staan aan het hanteren van (dwingende) quota ten aanzien van het aandeel vrouwen in bepaalde functies.⁴⁷ In het tweede oordeel over het voorkeursbeleid van de TU Eindhoven komt het College tot een 'soepeler' toepassing van enkele van de vijf bovengenoemde voorwaarden. Het College overweegt dat het in uitzonderlijke omstandigheden onverkorte toepassing van het kenbaarheids- en zorgvuldigheidsvereiste achterwege laat indien dit noodzakelijk is ter verwezenlijking van volledige gelijkheid tussen mannen en vrouwen, mits de mate van achterstand dit rechtvaardigt en de maatregelen die worden genomen om die achterstand te bestrijden niet onevenredig zijn.⁴⁸ Dit betekent dat de beoordeling door het College zich toespitst op de toets aan het evenredigheidsvereiste: staan de voorkeursmaatregelen in evenredige verhouding tot het daarmee nagestreefde (legitieme) doel? Deze toets omvat het volgende: (a) Zijn de maatregelen passend, dat wil zeggen geschikt om het nagestreefde doel te bereiken? (b) Zijn er andere maatregelen waarmee verweerder het doel kan bereiken, maar waarmee geen, dan wel minder bezwarend, onderscheid wordt gemaakt (subsidiariteitsvereiste)? (c) Zijn alle betrokken belangen gezien en zorgvuldig tegen elkaar afgewogen (proportionaliteitsvereiste)?⁴⁹ Waar het College in het eerste oordeel nog concludeerde dat het voorkeursbeleid van de TU Eindhoven te breed en te ongedifferentieerd geformuleerd was en daardoor niet voldeed aan het evenredigheidsvereiste, oordeelt het in het tweede oordeel dat het inmiddels aangepaste

⁴⁴ College voor de Rechten van de Mens 18 december 2012, oordeel 2012-195.

⁴⁵ Zie overweging 3.26 van oordeel 2012-195.

⁴⁶ College voor de Rechten van de Mens 2 juli 2020, oordeel 2020-53, overweging 6.28.

⁴⁷ HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163, NJ 2000, 532 (*Badeck*), r.o. 39-44.

⁴⁸ College voor de Rechten van de Mens 1 maart 2021, oordeel 2021-19, overweging 5.8.

⁴⁹ Oordeel 2021-19, overweging 5.9.

voorkeursbeleid van de TU Eindhoven wel aan dit vereiste voldoet en dus niet in strijd komt met de Wgb m/v, hoewel de vacatureteksten van de TU niet uitdrukkelijk vermelden dat vacatures voor zowel mannen als vrouwen openstaan en sollicitaties van mannen in eerste instantie niet bekeken zullen worden.

De TU Eindhoven-oordelen van het College zijn bekritiseerd door Asscher-Vonk en Ramos Martin.⁵⁰ Zij menen dat het College in zijn TU Eindhoven-oordelen een politieke keuze heeft gemaakt door de soepeler toepassing van de twee genoemde vereisten, terwijl het maken van een dergelijke keuze niet aan het College is, maar aan de Europese wetgever. Sinds 2021 heeft het College inmiddels enkele nieuwe oordelen over voorkeursbeleid gepubliceerd. Daaruit komt naar voren dat het kenbaarheidsvereiste niet geheel aan de kant geschoven wordt: als een werkgever een voorkeursbeleid voert, maar dat niet expliciet meldt in de vacaturetekst, dan wordt niet aan dit vereiste voldaan.⁵¹ Tegelijkertijd blijkt uit deze oordelen dat een voorkeursbeleid dat slechts geldt voor één specifieke functie - het ging om vacatures voor lid van een Raad van Commissarissen (RvC) en lid van een Raad van Toezicht (RvT) - eenvoudiger kan voldoen aan de eis van aantoonbare achterstand. Bij een voorkeursbeleid dat voor een groot aantal functies geldt, stelt het College als eis dat de achterstand cijfermatig wordt aangetoond, mede in relatie tot het beschikbare aanbod van kandidaten uit de voorkeusgroep. Bij een individuele vacature in een RvC of RvT acht het College de achterstand al voldoende aangetoond als een (ruime) meerderheid van de leden van die RvC of RvT niet behoort tot de voorkeusgroep. Maar bij de toepassing van het zorgvuldigheidsvereiste geldt dan weer wat minder souplesse: als een mannelijke kandidaat niet wordt uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek onder verwijzing naar het feit dat er een voorkeursbeleid geldt ten aanzien van vrouwen en de kandidaat geen vrouw is, dan wordt niet aan dit vereiste voldaan.⁵²

3.3 Vallen discriminatoire uitingen online binnen het bereik van de Awgb?

In het POC-rapport is speciale aandacht gevraagd voor online discriminatie. In februari 2023 heeft het kabinet in een brief aan de Tweede Kamer de onderdelen van de interdepartementale aanpak van online discriminatie, racisme en *hate speech* geschetst.⁵³ Het College wijst erop dat de normen van de Awgb ook in een online context relevant kunnen zijn. Zo valt het aanbieden van een internet platform of een social media platform waarop mensen berichten kunnen posten aan te merken als het aanbieden van een dienst in de zin van artikel 7 Awgb. Dat betekent dat op de aanbieder van deze dienst een verplichting rust om discriminatie op dat platform te bestrijden. Hoe ver deze verplichting gaat, is afhankelijk van de precieze aard van het platform. Het College heeft bij de beoordeling van dit soort kwesties oog voor de bredere juridische context. Tot die context behoort het gegeven dat in artikel 6:196c, vierde lid, BW een aansprakelijkheidsbeperking van dienstenaanbieders is neergelegd voor onrechtmatige uitingen die door derden zijn geplaatst. Deze bepaling vloeit voort uit de Europese Richtlijn inzake elektronische handel.⁵⁴

⁵⁰ I.P. Asscher-Vonk & N. Ramos Martin, 'Voorkeursbeleid en gelijkebehandelingswetgeving', *TRA* 2022/87.

⁵¹ College voor de Rechten van de Mens 28 april 2022, oordeel 2022-40.

⁵² College voor de Rechten van de Mens 15 juni 2021, oordeel 2021-77 en College voor de Rechten van de Mens 24 januari 2023, oordeel 2023-8.

⁵³ *Kamerstukken II* 2022/23, 30 950, nr. 334.

⁵⁴ Art. 14 van Richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000, betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt.

In artikel 6:196c, vierde lid, BW is bepaald dat degene die diensten van de informatiemaatschappij verricht, bestaande uit het op verzoek opslaan van informatie, afkomstig van een ander, niet aansprakelijk is voor de opgeslagen informatie, indien hij: a. niet weet van de activiteit of informatie met een onrechtmatig karakter, dan wel b. zodra hij dat weet of redelijkerwijs behoort te weten, prompt de informatie verwijderd of de toegang daartoe onmogelijk maakt. Om in aanmerking te kunnen komen voor deze aansprakelijkheidsbeperking mag de dienstverlener zich verder op geen enkele wijze inlaten met de van de ander afkomstige informatie.⁵⁵ In een recent oordeel heeft het College nader toegelicht wat dit betekent voor de concrete invulling van de gelijkebehandelingsnorm die op de aanbieder van zo'n dienst rust.⁵⁶ Als er door een derde (bijvoorbeeld een gebruiker of een abonnee) discriminatoire content wordt geplaatst, is aanbieder van de dienst hiervoor in beginsel niet aansprakelijk. Die aanbieder handelt dus zelf niet in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving. De aansprakelijkheid voor die aanbieder ontstaat vanaf het moment dat deze weet dan wel redelijkerwijs behoort te weten dat er discriminatoire informatie op zijn platform staat. Dan is de aanbieder verplicht om de discriminatoire informatie prompt te verwijderen dan wel de toegang daartoe onmogelijk te maken. Daarbij zal het afhangen van alle specifieke feiten en omstandigheden van een bepaalde situatie wat 'prompt' is. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 6:196c BW leidt het College af dat niet van aanbieders wordt gevergd dat zij direct overgaan tot verwijdering van de informatie als hen is medegedeeld dat de informatie mogelijk onrechtmatig is. Aanbieders mogen een redelijke termijn nemen om de juistheid van deze mededeling na te gaan en zo mogelijk degene die deze informatie heeft geplaatst in de gelegenheid te stellen om daarop te reageren.⁵⁷

In specifieke situaties acht het College de Awgb ook van toepassing op uitingen die door een aanbieder van goederen of diensten op een online platform zijn gedaan jegens een afnemer van die goederen of diensten. Zo heeft het College een oordeel gewezen waarin het de uitingen van een horecaondernemer beoordeelde jegens een klant die op Google in een review klaagde over slechte dienstverlening. Het gegeven dat deze uiting direct in het verlengde lag van de door de horecaonderneming aangeboden dienst, maakte dat het College - hoewel de uiting niet was gedaan tijdens de dienstverlening, maar pas daarna – zich op het standpunt stelde deze uiting toch te kunnen beoordelen op basis van artikel 7 Awgb.⁵⁸

3.4 Onderscheid tussen groepen en onderscheid binnen groepen

Aangezien de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving hoofdzakelijk discriminatie verbiedt als die plaatsvindt op basis van bepaalde persoonskenmerken (zoals geslacht, ras, handicap, leeftijd), komt de toets aan de gelijkbehandelingsnormen vaak neer op een vergelijking tussen groepen: de groep die wel dat persoonskenmerk heeft en de groep die niet dat persoonskenmerk heeft. Met name op het terrein van de gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte heeft deze vergelijking er lange tijd toe geleid dat het College kwesties die te maken hadden met een verschil in behandeling tussen mensen

⁵⁵ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 49.

⁵⁶ College voor de Rechten van de Mens 14 december 2022, oordeel 2022-151.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 50; vergelijk Commissie Gelijke Behandeling, 18 oktober 2010, oordeel 2010-150, overweging 3.20 t/m 3.23)

⁵⁸ College voor de Rechten van de Mens 13 juni 2022, oordeel 2022-65.

met een handicap onderling niet in behandeling nam. In 2018 beoordeelde het College voor het eerst een situatie waarin geklaagd werd over een onderscheid dat gemaakt werd tussen verschillende personen met een handicap. Het ging in die zaak om tariefverschillen die gehanteerd werden voor het vervoer van jongeren met een beperking naar de dagbesteding (hoger tarief voor jongeren die gebruik moesten maken van een rolstoel). Hoewel het College in die zaak niet tot verboden onderscheid concludeerde, maakte het wel duidelijk dat de betreffende verzoeker ontvankelijk was in zijn verzoek om een oordeel, ondanks het feit dat het een onderling onderscheid tussen personen met verschillende handicaps betrof.⁵⁹ In 2021 heeft het HvJ EU een arrest gewezen waaruit blijkt dat onderscheid dat gemaakt wordt binnen de groep mensen met een beperking getoetst kan worden aan het verbod van onderscheid op grond van handicap bij de arbeid zoals dat is opgenomen in Richtlijn 2000/78/EG.⁶⁰ Dit arrest geeft steun aan de opvatting dat verschil in behandeling tussen personen die tot dezelfde door een bepaald persoonskenmerk bestreken groep behoren, desalniettemin getoetst kan worden aan het verbod van onderscheid op grond van dat persoonskenmerk. Wel zal het dan van de feitelijke situatie afhangen of er sprake is van daadwerkelijk vergelijkbare gevallen.

Deze Europese jurisprudentiële ontwikkeling neemt echter niet weg dat discriminatieklachten die betrekking hebben op een verschil in behandeling tussen personen die tot dezelfde groep behoren (dat wil zeggen: die het persoonskenmerk op basis waarvan geklaagd wordt delen) dikwijls moeilijk te beoordelen zijn, vooral omdat het verband met het betreffende persoonskenmerk dan lastiger te leggen valt. Ter illustratie: een werknemer die klaagt over het feit dat hij vanwege zijn buitenlandse afkomst door zijn leidinggevende anders behandeld wordt dan zijn collega's, terwijl een aanzienlijk deel van die collega's evenzeer van buitenlandse afkomst is, zal moeilijk kunnen aantonen dat de behandeling die hem ten deel valt daadwerkelijk te maken heeft met zijn (specifieke) buitenlandse afkomst.⁶¹

3.5 Het arrest *Braathens* en de eisen aan effectieve rechtsbescherming

In april 2021 heeft het HvJ EU een arrest gewezen dat relevant is voor de vraag wanneer een verzoek om een oordeel bij het College nog ontvankelijk geacht moet worden en een inhoudelijke beoordeling verdient. Dit arrest in de zaak *Braathens* heeft betrekking op een Zweedse procesrechtelijke regel die de rechter bij wie het beroep is ingesteld, kan beletten om, ondanks het uitdrukkelijke verzoek van de verzoeker, uitspraak te doen over het bestaan van de gestelde discriminatie.⁶² Deze Zweedse procesrechtelijke regel dwingt de rechter om de behandeling van een verzoek om schadevergoeding wegens discriminatie te stoppen indien de verweerder instemt met de vordering tot schadevergoeding, ook als dat instemmen geschiedt zonder erkenning van het bestaan van de vermeende discriminatie. Volgens het HvJ EU levert dit een praktijk op die strijdig is met de eisen van effectieve rechtsbescherming die voortvloeien uit artikel 7 en 15 van Richtlijn 2000/43/EG en artikel 47 van het EU-Grondrechtenhandvest.

Voor het College is dit arrest van belang in zaken waarin een rechter al een uitspraak heeft gedaan over de rechtmatigheid van het handelen waarmee het onderscheid gemaakt zou

⁵⁹ College voor de Rechten van de Mens 20 november 2018, oordeel 2018-122.

⁶⁰ HvJ EU 26 januari 2021, zaak C-16/19, ECLI:EU:C:2021:64 (Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie).

⁶¹ Zie College voor de Rechten van de Mens 27 juli 2023, oordeel 2023-80.

⁶² HvJ EU 15 april 2021, zaak C-30/19, ECLI:EU:C:2021:269 (Braathens Regional Aviation).

zijn of in zaken waarin de verzoeker reeds een vaststellingsovereenkomst heeft gesloten met de verwerende partij, waarin hij finale kwijting is overeengekomen van alle vorderingen die partijen over een weer op elkaar zouden hebben. In beide situatie kan geredeneerd worden dat een oordeel van het College de verzoeker in materiële zin niets meer kan opleveren, ofwel omdat de rechter al een bindend oordeel over het handelen heeft gegeven en er geen hoger beroep meer openstaat, ofwel omdat de vaststellingsovereenkomst de financiële aanspraken tussen partijen uitputtend regelt. Het College leest het *Braathens*-arrest zo dat reeds het immateriële belang van het krijgen van een oordeel over de vraag of er discriminatie heeft plaatsgevonden of niet, van voldoende gewicht is om de inhoudelijke behandeling van een verzoek om een oordeel te rechtvaardigen.⁶³ De specifieke feiten in een bepaalde zaak kunnen evenwel maken dat het College een verzoeker desalniettemin niet ontvankelijk acht vanwege een gebrek aan belang bij een oordeel.⁶⁴ Dit is dan echter een uitzondering op de hoofdregel dat het immateriële belang van een antwoord op de vraag of er discriminatie heeft plaatsgevonden reeds voldoende gewichtig is.

⁶³ College voor de Rechten van de Mens 22 maart 2023, oordeel 2023-36, overweging 6.3; College voor de Rechten van de Mens 25 november 2022, oordeel 2022-127, overweging 6.2.

⁶⁴ College voor de Rechten van de Mens 12 juli 2022, oordeel 2022-79, overweging 4.4; College voor de Rechten van de Mens 24 november 2022, oordeel 2022-179, overweging 4.4.

4. Opmerkingen over recente en toekomstige wetswijzigingen

4.1 De Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en intersekse personen

In de te evalueren periode is een aantal wetswijzigingen doorgevoerd. Met de Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en intersekse personen, is op 1 november 2019 het huidige tweede lid van artikel 1 Awgb ingevoegd.⁶⁵ Dat artikel bepaalt expliciet dat de grond ‘geslacht’ ook onderscheid op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie inhoudt. Dit betreft een codificatie van vaste jurisprudentie⁶⁶ en de bestendige oordelenlijn van het College.⁶⁷ Ook al leidt deze verduidelijkende wetswijziging niet tot veranderingen in de oordelenlijn, de onmiddellijke herkenning van de reikwijdte van de discriminatiegrond geslacht is er wel bij gebaat. Daarnaast heeft deze wet natuurlijk ook de symbolische waarde van erkenning voor de personen die het betreft.

Welke ervaring heeft het College tot dusverre met de toepassing van dit nieuwe wetsartikel?

In de evaluatieperiode (2017-2022) zijn veertien oordelen gewezen waar onderscheid op grond van één van de inmiddels nieuw gecodificeerde elementen centraal stond. Zes oordelen werden voor de wetswijziging (een periode van bijna drie jaar) gewezen; acht oordelen na de inwerkingtreding (eveneens een periode van iets meer dan drie jaar). Er is daarmee geen sprake van een duidelijke toename van het aantal verzoeken op dit terrein. Het is wel opmerkelijk dat in de periode na de wetswijziging het College in zes zaken kwam tot het oordeel verboden onderscheid, en bovendien in nog één zaak tot verboden onderscheid vanwege een onzorgvuldige behandeling van de discriminatieklacht. In de periode voor de wetswijziging was slechts sprake van twee oordelen waarin tot verboden onderscheid werd geconcludeerd. De aantallen en/of de mate van verschil zijn echter te klein om te spreken van een (statistisch) significant verschil.⁶⁸ Qua thematiek betrof het overgrote deel van de oordelen (elf) aangelegenheden in de goederen en dienstensfeer. Meer specifiek zagen de klachten vooral op (de voorwaarden voor) toegang tot medische zorg,⁶⁹ weigering van dienstverlening gericht op een bepaald geslacht⁷⁰ en klachten met betrekking tot de incorrecte identiteitsregistratie in systemen van dienstverleners.⁷¹ Drie oordelen betroffen arbeidsaangelegenheden, waarbij bijvoorbeeld personen vanwege hun genderidentiteit voor een functie werden geweigerd.⁷²

Deze gelijkebehandelingsgrond is momenteel voorwerp van een politiek en maatschappelijk debat, dat vooral getriggerd wordt door het wetsvoorstel Wet tot wijziging voorwaarden voor

⁶⁵ Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en intersekse personen, *Stb.* 2019, 302.

⁶⁶ E.g. Gerechtshof Leeuwarden 13 januari 1995, ECLI:NL:GHLEE:1995:AC2855.

⁶⁷ Zie bijv. College voor de Rechten van de Mens 1 juli 2014, oordeel 2014-78.

⁶⁸ Een Fisher Exact Toets toegepast op een kruistabel om een eventuele associatie tussen de periode (voor/na wetswijziging) en de uitkomst (wel/geen onderscheid) te onderzoeken geeft $P = 0,2774$. Deze uitkomst is niet significant op basis van de gangbare eis dat de P-waarde kleiner dient te zijn dan 0,05 om de nulhypothese dat er géén verband is, te verwerpen. Daarbij is uitgegaan van 4 oordelen geen verboden onderscheid en 2 oordelen verboden onderscheid in de periode 2017-2019; voor de periode 2020-2022 is uitgegaan van 2 oordelen geen verboden onderscheid en 6 oordelen verboden onderscheid.

⁶⁹ Zie bijv. College voor de Rechten van de Mens 10 mei 2022, oordeel 2022-48.

⁷⁰ Zie bijv. College voor de Rechten van de Mens 25 november 2021, oordeel 2021-139.

⁷¹ Zie bijv. College voor de Rechten van de Mens 24 november 2022, oordeel 2022-135.

⁷² Zie bijv. College voor de Rechten van de Mens 24 december 2021, oordeel 2021-156.

verandering geslachtsaanduiding.⁷³ In dat wetsvoorstel wordt onder andere de eis dat iemand een deskundigenverklaring moet overleggen als voorwaarde voor een geslachtswijziging in de burgerlijke stand geschrapt. Het College staat positief tegenover deze wetswijziging en ziet geen bijzondere gevolgen in het kader van de gelijke behandeling.⁷⁴ Voor zover in een overgangsperiode sprake is van enig ongemak in een concrete situatie is het naar oordeel van het College aan de organisaties om met de betrokken partijen een dialoog te openen en waar nodig te begeleiden, met als uitgangspunt het normaliseren van transpersonen in de verschillende settings.⁷⁵ Het College signaleert dat ingewikkelde situaties met betrekking tot de toepassing van de Awgb-bepaling zich vooral zullen voordoen in de context van dienstverlening waarbij personen zich letterlijk blootgeven, denk aan saunabezoek of het verwijderen van lichaamsbehaar rondom de geslachtsdelen. Het College constateert dat bij de totstandkoming van de Awgb in de jaren '90 van de vorige eeuw is beoogd om in artikel 1 van het Besluit gelijke behandeling uitzonderingen te omschrijven waarin direct onderscheid op grond van geslacht toegestaan zouden zijn. Deze uitzonderingen zien op situaties waarin een persoon die juridisch als man of vrouw wordt aangemerkt die persoon ook de veronderstelde binaire fysieke geslachtskenmerken van een man of vrouw heeft. Dat is tegenwoordig minder vanzelfsprekend en daarom zal het College, in bepaalde casusposities, zelf - en waar nodig wellicht ook buiten het gesloten systeem van de Awgb om - moeten beoordelen of gemaakt direct onderscheid in de betreffende specifieke omstandigheden te rechtvaardigen valt.

Een ander punt is dat de Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en intersekse personen in de Awgb heeft geëxpliciteerd dat regelingen in verband met zwangerschap en moederschap ook betrekking kunnen hebben op personen die (in juridische zin) man zijn (geworden). De oude uitzonderingsgrond gold naar de letter van de wet: in gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, met name in verband met zwangerschap en moederschap. In de nieuwe redactie is de uitzonderingsgrond bescherming van de vrouw en in verband met zwangerschap en moederschap losgekoppeld. Deze nuance is niet doorgevoerd in artikel 7:646, derde lid, BW en evenmin in artikel 1b, derde lid Wgb m/v. Bij de manier waarop in de Awgb in artikel 2 bij de laatstgenoemde wetswijziging een splitsing is aangebracht tussen de uitzonderingsgrond ter bescherming van de vrouw en die in verband met moederschap en zwangerschap kan evenwel een vraagteken worden geplaatst. Aan het woord 'vrouw' kon in de oude omschrijving in artikel 2 Awgb of de Wgb m/v geen zelfstandige betekenis worden toegekend. Gezien de formulering leek het te gaan om de bescherming van de vrouw *met name* in verband met zwangerschap en moederschap. In werkelijkheid raakte het uitsluitend de bescherming van de vrouw in verband met zwangerschap en moederschap/bevalling/zogen. De CGB stelde in 1996 (1996/50):

⁷³ Wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het veranderen van de voorwaarden voor wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte (Kamerstukken 2020/21, 35 825).

⁷⁴ <https://www.mensenrechten.nl/actueel/nieuws/2022/02/25/zeven-vragen-en-antwoorden-over-de-voorgestelde-wijziging-in-de-transgenderwet> .

⁷⁵ Zie College voor de Rechten van de Mens 25 november 2021, oordeel 2021-139, overweging 6.10. Vgl. ook College voor de Rechten van de Mens 1 juli 2021, oordeel 2021-82.

‘In artikel 2, lid 2 sub b Awgb wordt onder meer bepaald dat het verbod van onderscheid op grond van geslacht niet geldt in gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, met name in verband met zwangerschap en moederschap. De Commissie overweegt dat bij de toetsing of een concreet geval valt binnen de termen van de uitzonderingen op het gebod van gelijke behandeling, deze uitzonderingen in het algemeen restrictief dienen te worden uitgelegd, teneinde te voorkomen dat het gebod te zeer wordt uitgehold.’⁷⁶

Een enkel beroep op de uitzonderingsbepaling waarin geen sprake was van deze omstandigheden is door het HvJ EG/EU met betrekking tot de Europeesrechtelijke achtergrond van deze uitzondering nooit gehonoreerd. Die opvatting is door het CGB en het College ook altijd gevolgd in oordelen in het kader van de Wgb m/v.⁷⁷ Dat ‘de bescherming van de vrouw’ nu een zelfstandige uitzonderingsgrond is geworden in de Awgb zou met enige ironie een onbedoelde vorm van directe wettelijke discriminatie kunnen worden genoemd, in strijd met het Unierecht.

4.2 De implementatiewet Richtlijn 2019/1158 inzake ‘work/life balance’

Een tweede wetswijziging⁷⁸ voltrok zich op 2 augustus 2022 met de implementatie van Richtlijn 2019/1158 betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers.⁷⁹ In de Wet arbeid en zorg (hierna: Wazo) en de Wet flexibel werken zijn bepalingen ingevoegd die, kort gezegd, inhouden dat iemand niet benadeeld mag worden als gevolg van het uitoefenen van een recht op verlof als bedoeld in de Wazo⁸⁰ of het recht op aanpassing van de arbeidsduur, de arbeidsplaats of de werktijd geldend maakt.⁸¹ Het College voor de Rechten van de Mens is de bevoegdheid toegekend om te beoordelen of onderscheid als bedoeld in die artikelen is of wordt gemaakt.⁸² In de periode augustus – december 2022 is nog geen beroep gedaan op deze nieuwe discriminatiegronden. Niettemin wil het College enige aandachtspunten meegeven. Het College merkt op dat in Artikel 12, derde lid, van Richtlijn 2019/1158 het volgende is opgenomen:

‘3. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om te waarborgen dat wanneer werknemers die van mening zijn dat zij zijn ontslagen omdat zij in de artikelen 4, 5 en 6 bedoeld verlof hebben opgenomen of hiertoe een aanvraag hebben ingediend, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoeren die *kunnen doen vermoeden* dat zij om dergelijke redenen zijn ontslagen, de *werkgever moet bewijzen dat zij om andere redenen werden ontslagen* (cursivering: College RvdM).’

⁷⁶ <https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/1996-50>; <https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/1996-24>; <https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/1995-46>; in dezelfde lijn het CRM, bijv.: <https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2014-122>.

⁷⁷ Zie de oordelen 1989-14, 1995-46, 1996-50. Vgl. W.E. Monster, B.P. Vermeulen & K. Waaldijk, ‘1-5 Uitzonderingen (art. 2 lid 2 sub a en b, lid 3, 5 lid 2 t/m 6, 7 lid 2 en 3 AWGB)’, in: I.P. Asscher-Vonk & G.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Den Haag: SDU 1999, pp. 131-201, m.n. p. 139 t.a.v. de Wgb m/v.

⁷⁸ Wet betaald ouderschapsverlof, *Stb.* 2021, 592.

⁷⁹ *EU Publ.* 2019, L 188/79.

⁸⁰ Zie artikel 1:6 en 1:7 Wazo.

⁸¹ Artikel 3a Wet flexibel werken.

⁸² Artikel 8:1a Wazo en Artikel 4a Wet flexibel werken.

De Uniewetgever lijkt daarmee te vereisen dat voor het specifieke geval van ontslag⁸³ (daarbij inbegrepen, naar het College aanneemt, situaties als de niet-verlenging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd) een bewijsvermoeden gelijk aan artikel 10 Awgb dient te gelden. De bepalingen in de Wazo noch de Wet flexibel werken bevatten echter een daartoe strekkende bepaling.⁸⁴ Het College beschouwt dit als een lacune in de wetten. Een tweede aandachtspunt is dat de Richtlijn, en de implementatie daarvan, uiteraard niet kan afdoen aan al bestaande, gunstiger, rechten.⁸⁵ Dit is in het bijzonder van belang bij de situatie waar het gaat om onderscheid op grond van zwangerschap- of bevallingsverlof. Dit is immers direct herleidbaar tot het verbod op onderscheid op grond van geslacht, waarbij wél het bewijsvermoeden geldt.

Daarnaast zal ook moeten worden nagegaan in hoeverre voor andere verlofsoorten of de rechten opgenomen in de Wet flexibel werken geldt dat deze in de praktijk in de meerderheid worden opgenomen door (bijvoorbeeld) vrouwen of mannen. Indien dit het geval is, immers, kan benadeling op grond ervan (ook) leiden tot indirect onderscheid op grond van geslacht. Zo een intersectionele benadering van de gronden kan ertoe leiden dat in de praktijk alsnog een bewijsvermoeden dient te gelden.

Echter, dit roept op zichzelf weer nieuwe vragen op. Indien een vrouw wordt benadeeld als gevolg van het indienen van een verzoek om in deeltijd te werken, is mogelijk dat zowel de bepalingen van de Wet flexibel werken als het verbod op onderscheid op grond van geslacht van toepassing zijn – nu vrouwen eenmaal vaker in deeltijdwerken.⁸⁶ Daarmee geldt het bewijsvermoeden. Maar als een man zich in dezelfde situatie zou bevinden zou hem mogelijk geen beroep op het verbod op onderscheid op grond van geslacht toekomen, en daarmee op het daarvoor geldende bewijsvermoeden. In feite is het wel/niet kunnen gebruiken van het bewijsvermoeden in dit voorbeeld dan geslachtbepaald, een situatie die op zichzelf strijdig is met de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

Voor de volledigheid merkt het College daarnaast nog op dat het Besluit werkwijze onderzoek gelijke behandeling strikt genomen niet van toepassing is verklaard op het door het College te verrichten onderzoek bij een verzoek om een oordeel op basis van deze nieuwe discriminatiegronden.⁸⁷

4.3 Ervaringen met betrekking tot de Awgb-bepaling inzake gewetensbezwaarde trouwambtenaren

De Minister van BZK heeft enige jaren geleden⁸⁸ aan de Tweede Kamer de toezegging gedaan dat de wettelijke uitzondering op het verbod van onderscheid met betrekking tot gewetensbezwaarde trouwambtenaren, opgenomen in art. 5 lid 2a Awgb, betrokken zou worden bij deze evaluatie om zo een antwoord te kunnen geven op de vraag of deze wettelijke bepaling, die in 2014 werd ingevoerd,⁸⁹ geschrapt zou kunnen worden. De

⁸³ Zoals bijv. in CRvB 23 november 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4067.

⁸⁴ Zie de transponeringstabel onderaan Kamerstukken II 2020/21, 35 613 nr. 3 (MvT). Er wordt bij Artikel 12 tweede en derde lid slechts verwezen naar een reeks opzeggverboden.

⁸⁵ Zie Artikel 12 lid 4 Richtlijn 2019/1158.

⁸⁶ Zie <https://longreads.cbs.nl/emancipatiemonitor-2022/werken/> en <https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2021-74>.

⁸⁷ Artikel 1 onder c Besluit werkwijze onderzoek gelijke behandeling.

⁸⁸ Zo leidt het College af uit *Kamerstukken I 2022/23, CXLVI, AB, p. 12*.

⁸⁹ *Staatsblad* 2014, 260.

praktische ervaringen van het College met de toepassing van de betreffende bepaling zijn zeer beperkt, in die zin dat zich na 2014 geen zaken hebben voorgedaan die op deze problematiek betrekking hadden. Er hebben zich na 2014 nooit verzoekers bij het College gemeld die klaagden over discriminatoire ervaringen in de dienstverlening door ambtenaren van de burgerlijke stand bij het voltrekken van huwelijken tussen personen van gelijk geslacht. Evenmin hebben zich verzoekers gemeld die erover klaagden als kandidaat voor de functie van (buitengewoon) ambtenaar van de burgerlijke stand te zijn te zijn uitgesloten vanwege door hen kenbaar gemaakte gewetensbezwaren. Tot welke conclusie deze ervaring van het College aanleiding geeft, is niet met zekerheid te zeggen. De meest waarschijnlijke verklaring voor het uitblijven van discriminatieklachten op dit terrein lijkt echter dat de gemeentelijke praktijk rondom het fenomeen van de gewetensbezwaarde trouwambtenaren inmiddels in overeenstemming is met de strekking van deze bepaling.

4.4 Ervaringen met de toepassing van artikel 5 lid 2 Awgb na de afschaffing van de ‘enkele feit’- constructie

Zoals hiervoor al is aangegeven is als gevolg van een in 2010 ingediend initiatiefwetsvoorstel in 2015 de zogenoemde ‘enkele feit’-constructie, die in artikel 5 lid 2 (oud) was opgenomen, uit de Awgb verdwenen.⁹⁰ Het nieuwe tweede lid van artikel 5 stelt nu dat het verbod van onderscheid onverlet laat dat (a) een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, (b) een instelling van bijzonder onderwijs, of (c) een instelling op politieke grondslag, ‘ten aanzien van personen die voor haar werkzaam zijn onderscheid mag maken op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, voor zover deze kenmerken vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling. Een zodanig onderscheid mag niet verder gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die van de voor haar werkzame personen mag worden verlangd, en mag niet leiden tot onderscheid op een andere in artikel 1 genoemde grond, onverminderd artikel 2, eerste lid.’ Deze nieuwe formulering sluit nauwer aan bij de tekst van enkele gelijkebehandelingsrichtlijnen van de EU en bij de jurisprudentie van het HvJ EU. In 2018 heeft het HvJ EU in het *Egenberger*-arrest de betekenis van de frase ‘wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste’ nader gedefinieerd.⁹¹ Aangezien deze termen nu ook voorkomen in de Awgb is het College bij de interpretatie van die termen gebonden aan de wijze waarop het HvJ EU deze interpreteert. Het begrip ‘wezenlijk’ houdt volgens *Egenberger* in dat het behoren tot een geloof of het aanhangen van een overtuiging waarop de grondslag van de betrokken kerk of organisatie is gebaseerd, noodzakelijk moet zijn vanwege het belang van de betreffende beroepsactiviteit voor de bevestiging van die grondslag of van de uitoefening door die kerk of deze organisatie van haar recht op autonomie. Uit het begrip ‘legitiem’ vloeit volgens *Egenberger* voort dat het hanteren van het beroepsvereiste niet mag dienen om een doel na te streven dat geen verband houdt met de grondslag van de instelling of met de uitoefening van haar recht op autonomie. Het begrip ‘gerechtvaardigd’ brengt ten slotte met zich dat de instelling verplicht is om in het licht van de feitelijke omstandigheden van het

⁹⁰ Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32476.

⁹¹ HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, r.o. 45-48 (Vera Egenberger/Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV).

specifieke geval aan te tonen dat het risico van aantasting van haar grondslag of haar recht op autonomie waarschijnlijk en ernstig is, zodat het hanteren van het vereiste voor de betreffende functie inderdaad noodzakelijk is in het concrete geval. Naast deze drie elementen moet het beroepsvereiste volgens *Egenberger* nog in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel. De bepaling waarin het vereiste is opgenomen, bepaalt immers dat elk verschil in behandeling moet worden toegepast in overeenstemming met de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht en het evenredigheidsbeginsel maakt daarvan deel uit.

Het College heeft inmiddels enkele oordelen gewezen op basis van de nieuwe tekst van artikel 5 lid 2 Awgb. Daarin is de HvJ EU-interpretatie van de begrippen wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd terug te zien. In oordeel 2018-110 achtte het College de eis van een christelijke achtergrond voor een medewerkster van een (door een kerkgenootschap opgerichte) kledingbank voor hulpbehoevenden niet gerechtvaardigd.⁹² In oordeel 2022-11 bepaalde het College dat een praktijk die behandeling, begeleiding, diagnostiek, coaching en therapie aanbood vanuit een christelijke levensvisie en die aan een islamitische sollicitante had duidelijk gemaakt dat zij niet in de praktijk zou passen, geen beroep toekwam op de uitzondering van artikel 5 lid 2 Awgb.⁹³ In de overige oordelen acht het College het gemaakte onderscheid echter wel gerechtvaardigd. De afwijzing door een protestants-christelijke school van een leerkracht die vanwege haar islamitische geloofsovertuiging een hoofddoek droeg, kon volgens het College wel de toets aan het nieuwe criterium doorstaan.⁹⁴ Een stichting voor protestants-christelijk voortgezet onderwijs mocht in een vacature voor een docent natuurkunde de eis te stellen van het meelevend lid zijn van een protestants-christelijke kerk.⁹⁵ En een vereniging voor christelijk speciaal onderwijs op Goeree-Overflakkee maakte geen verboden onderscheid door in een vacature voor de functie van leerkracht en onderwijsassistent de functie-eis op te nemen dat een sollicitant het geloof dagelijks in de praktijk dient te brengen.⁹⁶

Het aantal oordelen waarin de nieuwe tekst van artikel 5 lid 2 Awgb wordt toegepast is niet heel omvangrijk, maar het beeld tot dusverre is dat de nieuwe wettekst en de HvJ EU-interpretatie van de daarin gehanteerde begrippen niet leiden tot heel andere uitkomsten dan de toets die in het verleden door de CGB of het College verricht werd op basis van de oude 'enkele feit'-constructie.

4.5 Vooruitblik 1: 'seksuele gerichtheid' ter vervanging van 'homo- en heteroseksuele gerichtheid'

Op 17 januari 2023 is het initiatiefvoorstel om aan artikel 1 Grondwet de gronden 'handicap' en 'seksuele gerichtheid' toe te voegen in de tweede ronde van de grondwetherzieningsprocedure door de Eerste Kamer aangenomen.⁹⁷ De Minister van BZK heeft aangekondigd dat een wetsvoorstel om de discriminatiegrond 'homo- en heteroseksuele gerichtheid' in de Awgb te vervangen door 'seksuele gerichtheid' nog dit jaar

⁹² College voor de Rechten van de Mens 1 november 2018, oordeel 2018-110.

⁹³ College voor de Rechten van de Mens 15 februari 2022, oordeel 2022-11.

⁹⁴ College voor de Rechten van de Mens 11 oktober 2018, oordeel 2018-102.

⁹⁵ College voor de Rechten van de Mens 18 mei 2021, oordeel 2021-59.

⁹⁶ College voor de Rechten van de Mens 24 mei 2022, oordeel 2022-56.

⁹⁷ Stb. 2023, 62 Wet van 10 februari 2023, houdende verandering in de Grondwet, strekkende tot toevoeging van handicap en seksuele gerichtheid als non-discriminatiegrond.

zal worden ingediend.⁹⁸ In een discussiepaper heeft het College aangegeven geen directe juridische noodzaak te zien om deze formulering in de Awgb te wijzigen, nu deze bepaling ondanks de bewoordingen ruim kan worden uitgelegd en het College dit in de praktijk ook doet. Niettemin kan de neutralere en mogelijk meeromvattende term seksuele gerichtheid bijdragen aan een maatschappelijk gevoelde norm van beschermwaardigheid van verschillende vormen van en diversiteit binnen seksuele gerichtheid.⁹⁹ Tegelijkertijd waarschuwt het College dat noodzakelijk is dat goed wordt nagedacht onder welke omstandigheden bepaalde vormen van seksuele gerichtheid niet beschermwaardig zijn. Zo oordeelde het College in 2019 dat de gelijkebehandelingswetgeving geen bescherming bood tegen de weigering van de organisatie van de Pride Amsterdam 2019 om een vertegenwoordiger van het 'Kinderbevrijdingsfront' – een groep bestaande uit, onder andere, personen met een pedoseksuele gerichtheid – zichtbaar deel te laten nemen.¹⁰⁰ Aan de andere kant zijn er ook situaties denkbaar waarin het maken van onderscheid op grond van pedoseksuele gerichtheid niet gerechtvaardigd is, zoals bij het aanbieden van goederen of diensten, of bij toegang tot werk of tot een opleidingen (waarbij een en ander overigens kan afhangen van de aard van de functie of opleiding).¹⁰¹

4.6 Vooruitblik 2: EU-Richtlijn loontransparantie bij gelijke beloning tussen mannen en vrouwen

De recent vastgestelde EU-Richtlijn 2023/970 heeft tot doel het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid te versterken door in alle EU-lidstaten beloningstransparantie te verlangen en handavingsmechanismen toe te passen.¹⁰² Het College ziet deze richtlijn als een belangrijke stap in het gelijkebeloningsrecht tussen mannen en vrouwen. Het College herkent in zijn eigen oordelenpraktijk dat toepassing van het beginsel van gelijke beloning belemmerd wordt door het gebrek aan transparantie in loonstelsels, door het gebrek aan rechtszekerheid betreffende het begrip 'gelijkwaardige arbeid' en door het feit dat werknemers vaak niet beschikken over de informatie die zij nodig hebben om met succes een vordering tot gelijke beloning in te stellen, in het bijzonder informatie over de beloningsniveaus van directe collega's die gelijke of gelijkwaardige arbeid verrichten.

Het College constateert dat artikel 7, tweede lid, van deze richtlijn werknemers het recht geeft om schriftelijke informatie te vragen en te ontvangen over hun individuele

⁹⁸ *Kamerstukken I 2022/23, CXLVI, AB, p. 12.*

⁹⁹ College voor de Rechten van de Mens, *Discussiepaper over wijziging van de non-discriminatiegrond seksuele gerichtheid in de AWGB; gezichtspunten uit het internationale gelijke behandelingsrecht en vanuit de*

oordelenpraktijk van het College, Utrecht 2019, beschikbaar op

<https://publicaties.mensenrechten.nl/file/5f9f50e3-b535-4514-a0c8-635d1d3e7f54.pdf>. Zie ook de reactie van het College op het conceptwetsvoorstel 'Wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling en het Wetboek van Strafrecht in verband met de vervanging van de term «hetero- of homoseksuele gerichtheid» door «seksuele gerichtheid» en toevoeging aan het Wetboek van Strafrecht van de discriminatiegronden genderidentiteit, genderexpressie en geslachtskenmerken', beschikbaar op <https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/49b04151-438f-4b35-94cae10f16dc221d>.

¹⁰⁰ College voor de Rechten van de Mens 12 november 2019, oordeel 2019-116.

¹⁰¹ Zie bijv. College voor de Rechten van de Mens 3 juli 2018, oordeel 2018-68, al kwam het daar niet tot verboden onderscheid.

¹⁰² Over dit voorstel is op 15 december 2022 door de Raad, het Europees Parlement en de Europese Commissie een voorlopig triloogakkoord bereikt. *Kamerstukken I 2022/23, 21 501-31, BA.*

beloningsniveau en de naar geslacht uitgesplitste gemiddelde beloningsniveaus voor categorieën van werknemers die dezelfde of gelijkwaardige arbeid verrichten. Het nationale orgaan voor gelijke behandeling - in Nederland dus: het College voor de Rechten van de Mens - vormt dan een van de instanties bij wie dergelijke informatie kan worden opgevraagd. Artikel 9 lid 9 van de Richtlijn voegt daaraan toe dat werkgevers verplicht zijn om dergelijke informatie aan het gelijkebehandelingsorgaan te verstrekken indien het daarom verzoekt. Open vraag daarbij is of zo'n verzoek dan alleen gedaan wordt c.q. kan worden in de context van een oordeel over een individuele klacht inzake ongelijke beloning (wat reeds de huidige praktijk is van het College), of ook in een ruimere, op preventie gerichte, context. Dat laatste zou betekenen dat het College in potentie bij veel werkgevers dergelijke informatie zou kunnen opvragen. Het ontsluiten van dergelijke informatie voor een breder publiek zou dan een aanzienlijke taak voor het College kunnen vormen. Daar komt bij dat het analyseren van dergelijke informatie veelal ook specifieke deskundigheid op het terrein van functiewaardering vergt. Die expertise heeft het College op dit moment niet zelf in huis. Daarnaast constateert het College dat de Richtlijn ook een taak ziet voor het nationale gelijkebehandelingsorgaan in het 'bijstaan' van individuele werknemers die ongelijke beloning door hun werkgever willen aankaarten. In de Nederlandse context ligt het voor de hand om deze rol te beleggen bij de gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen, aangezien het verlenen van bijstand aan slachtoffers van ongelijke beloning niet goed te verenigen is met de oordelende taak van het College. De implementatieperiode van deze Richtlijn is ingegaan en het College blijft – mede in het licht van de hierboven gemaakte opmerkingen – graag nauw betrokken bij het implementatieproces.

5. Het systeem van het gelijkebehandelingsrecht: ervaringen uit de oordelenpraktijk

5.1 Randvoorwaarden voor effectief onderzoek door het College

Sinds eind 2020 heeft het College enkele tientallen verzoeken ontvangen waarin het College gevraagd wordt om een oordeel over vermeend discriminerend handelen door de Belastingdienst/Toeslagen te geven met betrekking tot de toekenning van, controle op en terugvordering van kinderopvangtoeslag.

Omdat het College vermoedde dat de mogelijke discriminatie waar verzoekers mee te maken kregen zich meer op het institutionele vlak zou afspelen en gelet op de vele verzoeken heeft het College besloten om bij de Belastingdienst/Toeslagen inzage te vorderen in de gegevens met betrekking tot de toekenning en terugvordering van kinderopvangtoeslag en deze nader te onderzoeken met een statistische analyse. Dit onderzoek is opgestart in 2021 en is afgerond in de zomer van 2022.

Met het onderzoek heeft het College vastgesteld dat de door de Belastingdienst/Toeslagen gehanteerde 'harde aanpak' in het toezichts-, handavings- en inningsbeleid personen met een buitenlandse afkomst (veel) vaker heeft getroffen dan personen met (alleen) een Nederlandse afkomst.¹⁰³

Het vooronderzoek naar de vermeende discriminerende effecten van de werkwijzen van de Belastingdienst/Toeslagen levert geen definitieve conclusie op omtrent het al dan niet discriminerend handelen van Belastingdienst/Toeslagen. Het College heeft slechts vastgesteld dat er sprake is van oververtegenwoordiging van personen met een buitenlandse afkomst en geoordeeld dat er voldoende aanwijzingen zijn van een 'vermoeden van onderscheid' op grond van ras. De precieze mechanismen die ten grondslag liggen aan deze oververtegenwoordiging en de al dan niet toelaatbaarheid daarvan worden nader onderzocht tijdens de behandeling van de individuele zaken, waar Belastingdienst/Toeslagen de kans krijgt te bewijzen dat zij niet heeft gediscrimineerd.

De mogelijkheid van het College om uit eigen beweging onderzoek te verrichten teneinde individuele zaken op een zorgvuldige wijze te kunnen beoordelen is een belangrijk instrument. Niettemin heeft deze recente ervaring ook de limieten van de randvoorwaarden voor deze onderzoeksmogelijkheid blootgelegd.

Het College heeft op grond van artikel 6 WCRM een informatievorderingsbevoegdheid. Het eerste en tweede lid daarvan luiden als volgt:

‘1 Het College en daartoe door het College aangewezen personen kunnen alle inlichtingen en bescheiden vorderen die voor de vervulling van de taak van het College redelijkerwijs nodig zijn.

2 Een ieder is verplicht de ingevolge het eerste lid gevorderde inlichtingen en bescheiden volledig en naar waarheid te verstrekken, een en ander op de wijze en binnen de termijn door of namens het College vast te stellen.’

¹⁰³ College voor de Rechten van de Mens, *Vooronderzoek naar de vermeende discriminerende effecten van de werkwijzen van de Belastingdienst/Toeslagen*, Utrecht: CRM, september 2022. Te raadplegen via: <https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/a356efac-8752-4843-a86c-665bb0a98667>.

Dit artikel is ten grondslag gelegd aan de informatieverzoeken richting Belastingdienst/Toeslagen. In dat kader heeft Belastingdienst/Toeslagen zich op het standpunt gesteld dat hun medewerking eerder op vrijwillige basis was in plaats van dat zij zich gebonden achten aan het informatieverzoek te voldoen. Dit heeft tot vertraging geleid en met betrekking tot de modaliteiten waarop de gegevens zijn verstrekt is niet aan de eisen in het door het College geformuleerde informatieverzoek voldaan. Daarbij beriep Belastingdienst/Toeslagen zich op de uitzondering opgenomen in lid 3 van artikel 6 WCRM (verkort weergegeven):

‘3 Het tweede lid geldt niet voor zover het inlichtingen en bescheiden betreft waarvan het verstrekken in strijd is met het belang van de nationale veiligheid, dan wel een schending van een ambts- of beroepsgeheim met zich brengt. (...)’

De gevorderde gegevens, en de wijze waarop het College deze wenste verstrekt te krijgen zouden in de beleving van Belastingdienst/Toeslagen bestreken worden door het ‘ambtsgeheim’. Dit maakt de informatievorderingsbevoegdheid van het College richting overheidspartijen zeer kwetsbaar, met het gevolg dat het College onvoldoende serieus wordt genomen en eventueel onderzoek naar overheidshandelen aanmerkelijk wordt of kan worden gefrustreerd. Het verdient aanbeveling de informatievorderingsbevoegdheid te herzien met het doel deze te versterken.¹⁰⁴

5.2 De gedeelde bewijslast, intimidatie en ‘microagressie’

In het gelijkebehandelingsrecht geldt voor veel gronden een verlichte bewijslast. In artikel 10 Awgb wordt deze als volgt geformuleerd:

‘Indien degene die meent dat in zijn nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.’

Dit bewijsvermoeden is een belangrijke schakel voor een effectieve mogelijkheid voor een slachtoffer van discriminatie om zich met succes op de gelijkebehandelingswetgeving te kunnen beroepen. Echter, het College krijgt steeds vaker¹⁰⁵ te maken met verzoeken om een oordeel waarin die norm lastig is in te vullen, zoals waar verzoekers klagen over pesterijen op het werk of vervelende ervaringen in de goederen en dienstensfeer. Op de werkvloer kregen verzoekers bijvoorbeeld te maken met onprettige situaties¹⁰⁶ of gedragingen van collega's, zoals valse beschuldigingen van bezit van pornografisch materiaal of drugsgebruik.¹⁰⁷ Het is in zulke zaken niet altijd eenvoudig voor verzoeker om in juridische

¹⁰⁴ Een en ander gelet op het voornemen om het instrument ‘onderzoek uit eigen beweging’ te versterken, zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35 510, nr. 4, p. 15.

¹⁰⁵ Een zoektocht op het woord ‘bejegening’ met de filter ‘toegang tot goederen en diensten’ levert bijvoorbeeld in de jaren 2017-2022 onderscheidenlijk 7, 5, 2 (2017-2019) en 7, 11 en 11 (2020-2022) oordelen op.

¹⁰⁶ College voor de Rechten van de Mens 28 februari 2022, oordeel 2022-15.

¹⁰⁷ College voor de Rechten van de Mens 25 juli 2021, oordeel 2021-91.

termen een link te leggen met deze gebeurtenissen en een discriminatiegrond zoals iemands afkomst,¹⁰⁸ en partijen kunnen verschillende lezingen aandragen voor de gebeurtenissen of deze ontkennen.¹⁰⁹

In de goederen en dienstensfeer werd bijvoorbeeld geklaagd over negatieve reacties op het spreken van een vreemde taal¹¹⁰ of over een boze en botte reactie van een buschauffeur richting iemand in een rolstoel.¹¹¹ Ook daar is het voor verzoekers soms lastig om het niveau van een ‘vermoeden van onderscheid’ te halen. In een bijzondere zaak kwam het College op een vermoeden van verboden onderscheid in een zaak waarbij een fietsenmaker zonder duidelijke reden een zwarte vrouw een leenfiets weigerde, achteraf wisselend verklaarde waarom hij de leenfiets niet wilde meegeven en geen inzicht wilde geven in de uitleenvoorwaarden die hij hanteerde.¹¹²

Voor deze situaties waar sprake is van een bepaalde intimiderende sfeer of van uitingen – verbaal of non-verbaal, bewust of onbewust – gericht op een lid van een gemarginaliseerde groep die een denigrerend, schadelijk effect hebben, ook wel microagressie genoemd, is het voor het College lastig om er precies de vinger achter te krijgen en worden soms de grenzen van de bewijslastverdeling opgezocht. Aan de andere kant is het de vraag of de bewijsnorm verder opgerekt zou moeten worden om ook dit soort situaties (beter) te vangen. Het gevaar bestaat dat dan de enkele stelling dat iemand zich gediscrimineerd voelt als feit wordt aangemerkt met mogelijke verwatering van de verbodsnorm tot gevolg. Niet elke onprettige ervaring zal immers een vorm van discriminatie inhouden. Het College wijst erop dat de bewijslastverdeling zoals die momenteel in diverse gelijkebehandelingswetten is opgenomen, afkomstig is uit de EU-gelijkebehandelingsrichtlijnen. Dat maakt dat er ook weinig juridische ruimte is om tot een andere regeling met betrekking tot de bewijslastverdeling te komen.

5.3 De opvolging van oordelen van het College

De oordelen van het College zijn niet bindend, maar worden in navolging van een uitspraak van de Hoge Raad als gezaghebbend gezien.¹¹³ Uit onderzoek naar de ‘follow-up’ van de oordelen van het College blijkt dat een oordeel ‘verboden onderscheid’ aan de zijde van de verwerende partij vaak (meest recent: zo’n 74%)¹¹⁴ leidt tot het treffen van maatregelen. Soms in algemene zin (in de vorm van het aanpassen van beleid om te voorkomen dat nogmaals in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving wordt gehandeld), en soms specifiek ten behoeve van de verzoekende partij. Een kanttekening die bij dit onderzoek gemaakt moet worden is evenwel dat deze opvolging qua effect soms beperkt van aard is. Een terugkerende vraag is of de oordelen van het College bindend zouden moeten zijn en/of er aan een oordeel bepaalde afdwingbare sancties zouden moeten kunnen worden

¹⁰⁸ Zie bijvoorbeeld College voor de Rechten van de Mens 25 juli 2021, oordeel 2021-91 en College voor de Rechten van de Mens 28 november 2022, oordeel 2022-130.

¹⁰⁹ College voor de Rechten van de Mens 27 september 2022, oordeel 2022-110.

¹¹⁰ College voor de Rechten van de Mens 2 augustus 2021, oordeel 2021-107.

¹¹¹ College voor de Rechten van de Mens 9 oktober 2018, oordeel 2018-100.

¹¹² College voor de Rechten van de Mens 29 juli 2021, oordeel 2021-105.

¹¹³ HR 13 november 1987, NJ 1989/698 (St. Bavo/Gielen). In r.o. 3.4. van dit arrest overweegt de Hoge Raad dat een rechter slechts deugdelijk gemotiveerd mag afwijken van een oordeel van de toenmalige CGB (tegenwoordig het College RvdM).

¹¹⁴ College voor de Rechten van de Mens, *Monitor Discriminatiezaken 2022*, Utrecht: College RvdM, mei 2023, p. 38.

verbonden, zoals een boete of een schadevergoeding. De Commissie Gelijke Behandeling was daar geen voorstander van.¹¹⁵ Ook in academische literatuur wordt zo een stap ontraden.¹¹⁶ Het College ziet ook nu geen directe noodzaak om op dit punt aan de oordelenpraktijk te sleutelen. De belangrijkste toegevoegde waarde van de oordelenprocedure ten opzichte van een procedure bij (bijvoorbeeld) de rechter ligt erin dat mensen op laagdrempelige en toegankelijke wijze met hun discriminatieklacht bij het College terecht kunnen. Verdergaande juridisering zou dat kunnen ondermijnen, bijvoorbeeld omdat partijen eerder rechtsbijstand inschakelen met aanverwante kosten of tijdens de zitting kiezen voor een veel formeler opstelling dan nu doorgaans het geval is. Deze laagdrempeligheid en toegankelijkheid biedt verzoekers ook de vrijheid om principiële zaken aanhangig te maken waarin de materiële inzet beperkt is. Zo heeft het College in de te evalueren periode verschillende oordelen gewezen over de stereotype denkbeelden en genderrolpatronen onderliggend het verschil in kapperstarieven tussen mannen en vrouwen,¹¹⁷ of de richtlijnen die het gebruik van make-up voor vrouwen verplicht stellen¹¹⁸ en kon een verzoeker bij het College terecht die het gebrekkige optreden van zijn voormalige werkgever tegen het racistische gedrag en taalgebruik van zijn (voormalige) collega's aan de kaak wilde stellen, ook al was hij zelf niet direct slachtoffer.¹¹⁹ Het College ervaart het gebrek aan een bevoegdheid om sancties op te leggen of schadevergoeding toe te kennen dus in het algemeen niet als een gemis. Het feit dat in de procedure bij het College niet gediscussieerd hoeft te worden over op te leggen sancties of toe te kennen schadevergoeding biedt het College juist de kans om het oordeel te concentreren op een principiële uitleg van de wettelijke normen en ziet ook dat zijn oordelen daardoor dikwijls fungeren als een 'eye-opener' voor de verwerende partij als het gaat om de toepassing en uitleg van gelijkebehandelingsnormen. Bovendien fungeert het feit dat de oordelen van het College worden gepubliceerd en dat daarbij de naam van de verwerende partij bekend wordt gemaakt reeds als een soort van punitief effect van die oordelen: deze zorgen voor een vorm van *naming and blaming* van de verwerende partij die verboden onderscheid heeft gemaakt. Bij dit alles moet ook bedacht worden dat de procedure bij het College aanvullend is op een mogelijke gerechtelijke procedure: een verzoeker die bijvoorbeeld vergoeding van schade als gevolg van ondergane discriminatie zoekt, kan na de procedure bij het College alsnog bij de burgerlijke rechter terecht.

Toch zijn er situaties waarin het gebrek aan bindende oordelen wel als gemis kan worden ervaren. Bijvoorbeeld waar het gaat om een hardnekkige of structurele discriminatoire praktijk en de verwerende partij weigert passende maatregelen te nemen. Deze situaties rechtvaardigen niet direct het aanpassen van een oordelenprocedure, maar mogelijk wel een actievere inzet van de mogelijkheid van het College om zelf naar de rechter te stappen op basis van artikel 13 WCRM. Het College heeft dit in de te evalueren periode één keer geprobeerd.¹²⁰ De kosten met betrekking tot zo een procedure zijn echter aanzienlijk en het

¹¹⁵ Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004*, Utrecht: CGB 2005, p. 83-84.

¹¹⁶ M.L.P. Loenen, '25 jaar AWGB: Juridische en sociale werking in soorten en maten', *NTM/NJCM-Bull.* 2020/19, p. 224.

¹¹⁷ Zie College voor de Rechten van de Mens 17 maart 2020, oordeel 2020-22 en oordeel 2020-23.

¹¹⁸ College voor de Rechten van de Mens 29 augustus 2022, oordeel 2022-101.

¹¹⁹ College voor de Rechten van de Mens 26 augustus 2022, oordeel 2022-100.

¹²⁰ Zie <https://www.mensenrechten.nl/actueel/nieuws/2019/08/13/college-start-procedure-bij-rechter>, laatst bezocht 9 oktober 2023.

College heeft niet de middelen om alle zaken die het eventueel voor de rechter zou willen brengen ook daadwerkelijk aanhangig te maken. Een versterking van de financiële ruimte om op grond van artikel 13 WCRM naar de rechter te stappen zou enerzijds het College in staat stellen op directere wijze rechtsvorming te forceren op een bepaald terrein van het gelijkebehandelingsrecht en anderzijds mogelijk de oordelen die het zelf uitspreekt aan kracht kunnen doen winnen.

In een recent door de Europese Commissie voorgestelde Richtlijn komt het belang van versterking van de handhavingsmechanismen ook tot uitdrukking door daarin naast de procesbevoegdheid van een gelijke behandelingsorgaan (zoals het College) ook het daarvoor beschikbaar stellen van de nodige middelen te benoemen.¹²¹ Het College verwelkomt het voorstel en ziet, zoals eerder aangegeven, geen toegevoegde waarde in het sleutelen aan haar handhavingsbevoegdheid door het introduceren van de mogelijkheid bindende besluiten te nemen of sancties op te leggen. Wel wijst het College erop dat artikel 8a lid 2 van de voorgestelde richtlijn, zoals dat thans voorligt, indicaties bevat dat de lidstaten moeten voorkomen dat oordelen van de gelijkebehandelingsinstanties niet serieus genomen worden. Het artikellid stelt dat 'in voorkomend geval niet-bindende adviezen en bindende besluiten specifieke maatregelen *omvatten* (cursivering College RvdM) om vastgestelde schendingen van het beginsel van gelijke behandeling te verhelpen en nieuwe schendingen te voorkomen. De lidstaten stellen passende mechanismen vast voor de follow-up van niet-bindende adviezen, zoals feedbackverplichtingen.' Vooralsnog denkt het College dat deze voorgestelde bepaling - zo deze van kracht zou worden - niet dwingt tot aanpassing van de gelijkebehandelingswetten of de WCRM. Zoals hierboven geschetst hanteert het College via zijn 'follow-up procedure' reeds een vorm van 'feedbackverplichtingen'. Wel signaleert het College dat in het artikellid ook de formulering 'verhelpen' wordt gebruikt.¹²² Deze kan relativisering met zich brengen van het karakter van niet-bindende oordelen, die vanwege hun aard niet afdwingbaar zijn en vergt wellicht te zijner tijd een nadere doordenking van de huidige follow-up praktijk van het College.

5.4 Het verschil tussen het aanbieden van of het verlenen van toegang tot een dienst en de inhoud van die dienst

Artikel 7 Awgb verbiedt het maken van onderscheid bij 'het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake'. Dit artikel verplicht echter niet tot het aanbieden van een goed of dienst met een bepaalde inhoud. Eenvoudig voorbeeld: een fietsenwinkel mag zich beperken tot de verkoop van damesfietsen (= inhoud van het aangeboden goed), zolang het aanbod van dat goed ook aan heren wordt gedaan en ook zij dus zo'n fiets kunnen kopen. Bij sommige vormen van dienstverlening is het verschil tussen het maken van onderscheid bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot de dienst en het bepalen van de inhoud van de dienst echter zeer subtiel. Het College is hier met name op gestuit in zaken die te maken hebben met het aanbod van verzekeringen en financiële producten.

¹²¹ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad ter versterking van de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid door middel van beloningstransparantie en handhavingsmechanismen (Com (2021) 93). Het gaat om een *lex specialis* ten opzichte van Richtlijn 2006/54/EG.

¹²² De Engelse versie van het voorstel spreekt van 'remedy' dat nog weer sterker overkomt dan 'verhelpen'.

In de sfeer van verzekeringen heeft het College in de afgelopen jaren enkele malen geoordeeld over het aanbieden van opstal- en inboedelverzekeringen aan woonwagengewoners. De juridische vraag daarbij is of het niet-aanbieden door verzekeringsmaatschappijen van dit soort verzekeringen aan woonwagengewoners onderscheid op grond van ras oplevert bij het aanbieden van deze verzekeringsdienst. Het door verzekeraars aangevoerde argument is doorgaans dat het aanbieden van een opstal- en inboedelverzekering voor een woonwagen van de verzekeringsmaatschappij dusdanig veel andere activiteiten vergt ten aanzien van de risicobepaling en premieberekening dat sprake is van een ander product: een woonhuisverzekering voor een woonwagen is niet hetzelfde als een woonhuisverzekering voor een ‘standaard’ stenen huis. Hoewel de uitkomst van deze oordelen, afhankelijk van de precieze feiten in de betreffende zaak, enigszins wisselt, is de hoofdlijn van het College dat inboedel- en opstalverzekeringen voor woonwagens een ander product vormen dan dergelijke verzekeringen voor ‘standaard’ huizen en dat artikel 7 Awgb een aanbieder niet dwingt om een woonhuisverzekering voor woonwagens (of andere bijzondere woonvormen) te leveren.¹²³ De maatschappelijke implicatie van deze benadering door het College is evenwel dat de Awgb geen drempel opwerpt voor verzekeraars indien zij besluiten om geen woonhuisverzekeringen meer aan te bieden voor woonwagens. Het College heeft gesignaleerd dat een dergelijke ontwikkeling zich voordoet en dat er steeds minder verzekeraars zijn die nog woonhuisverzekeringen voor woonwagens aanbieden. In 2018 heeft het College reeds aanbevolen dat het Nederlands Verbond van Verzekeraars en de overheid samen zouden moeten verkennen welke mogelijkheden er zijn om de woonhuis- en inboedelverzekeringen voor woonwagens te blijven aanbieden, om te voorkomen dat een situatie ontstaat waarin woonwagengewoners hun woning niet meer kunnen verzekeren.¹²⁴

Een vergelijkbare problematiek doet zich voor rondom de weigering van verschillende financiële instellingen om beleggingsproducten aan te bieden aan zogenoemde ‘US persons’. Verschillende personen met de nationaliteit van de Verenigde Staten van Amerika hebben bij het College geklaagd dat dergelijke weigeringen verboden onderscheid op grond van nationaliteit opleveren. Ook in dit geval is de lijn van het College dat het aanbieden van beleggingsproducten aan deze US persons van de betreffende financiële instellingen dusdanig veel aanpassingen in de bedrijfsvoering vergt, dat het aanbieden van zo’n beleggingsproduct aan een US person niet vergelijkbaar is met het aanbieden van dit product aan personen met een andere nationaliteit. Het onderscheid dat deze financiële instellingen maken hangt in deze situatie niet samen met opvattingen over de persoon die de dienst graag zou willen afnemen, maar met juridische consequenties die voortvloeien uit de extraterritoriale werking van de belastingwetgeving van de VS. Door die extraterritoriale werking zijn financiële dienstverleners die beleggingsproducten willen aanbieden aan US persons genoodzaakt te voldoen aan allerlei ingrijpende administratieve verplichtingen

¹²³ College voor de Rechten van de Mens 9 februari 2018, oordeel 2018-14 (verboden onderscheid); College voor de Rechten van de Mens 15 december 2022, oordeel 2022-152 (geen verboden onderscheid); College voor de Rechten van de Mens 12 september 2023, oordeel 2023-96 (geen verboden onderscheid).

¹²⁴ College voor de Rechten van de Mens 9 februari 2018, oordeel 2018-14, overweging 6.6.

opgelegd door de Amerikaanse autoriteiten en lopen zij het risico om bij niet-voldoen aan die verplichtingen geconfronteerd te worden met aanzienlijke boetes en andere sancties.¹²⁵

¹²⁵ Zie hierover de oordelen 2017-143, 2019-88, 2020-102 en 2022-159. In dit laatste oordeel is de hierboven geschetste benadering van het College uitgekristalliseerd.

2 6. Aandachtspunten ten aanzien van specifieke discriminatiegronden

De Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving kent een limitatieve lijst van discriminatiegronden. Een en ander in tegenstelling tot artikel 1 Grondwet, artikel 14 van het Europees Verdrag inzake fundamentele rechten en vrijheden (EVRM) en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (IVBPR) die een open norm kennen. Op dit punt is Nederland diverse malen bekritiseerd door internationale toezichthouders, die stellen dat de lijst van discriminatiegronden meer in overeenstemming met de verschillende verdragsbepalingen zou moeten worden gebracht.¹²⁶ De *Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance* van de VN heeft er in haar rapport naar aanleiding van haar bezoek aan Nederland uit 2020 op gewezen dat het verbod op onderscheid op grond van ras in Nederland te beperkt in de wetgeving is neergelegd en niet aansluit bij de definitie die wordt gehanteerd in artikel 1 Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie.¹²⁷ Gronden die in de Nederlandse gelijkebehandelingswetten, in vergelijking met de genoemde verdragsbepalingen, ontbreken zijn: huidskleur, taal, etnische afstamming, maatschappelijke afkomst, vermogen, geboorte en andere status. In dit hoofdstuk worden hier enkele overwegingen aan gewijd.

2.1 6.1 Verduidelijking van de reikwijdte van de discriminatiegrond ‘ras’

Het is juist dat de Awgb slechts een verbod op onderscheid op grond van ‘ras’ neerlegt, en niet specificeert dat het verbod ook onderscheid op grond van ‘huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming’ omvat. Volgens vaste jurisprudentie,¹²⁸ en de consequente oordelenlijn van het College,¹²⁹ dient het begrip ‘ras’ echter ruim uit te worden gelegd en omvat dit ook kenmerken van fysieke, etnische, geografische, culturele, historische of godsdienstige aard. In zoverre volgt het College daarom de vaste reactie van de regering op deze kritiekpunten: het expliciteren van de grond ‘ras’ zal in juridische zin geen extra waarborgen opleveren.¹³⁰

Het College ontvangt echter ook signalen dat burgers niet zo’n helder beeld hebben bij het begrip ‘ras’ zoals dat nu in de Awgb is opgenomen. Want wanneer ben je nu van een bepaald ras?¹³¹ In de afgelopen decennia is het besef gegroeid dat ras veel meer een sociaal dan een biologisch construct is. Voor de aanpak van (rassen)discriminatie is het noodzakelijk dat burgers – en ambtenaren – bewust zijn van en kennis hebben over de

¹²⁶ Human Rights Committee, Concluding observations on the fifth periodic report of the Netherlands, CCPR/C/NLD/CO/5, para. 13-14.

¹²⁷ Human Rights Council, Visit to the Netherlands – Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, A/HRC/44/57/ADD.2, p. 7.

¹²⁸ Zie o.m. HR 13 juni 2000, NJ 2000/513, HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:510 en HR 6 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1036.

¹²⁹ Zie bijv. College voor de Rechten van de Mens 2 april 2019, oordeel 2019-29, overweging 6.2 en College voor de Rechten van de Mens 22 december 2022, oordeel 2022-157, overweging 6.2.

¹³⁰ Zie bijv. de kabinetsreactie n.a.v. het vijfde ECRI-rapport uit 2019, *Kamerstukken II* 2018/19, 30 950, nr. 176, p. 2.

¹³¹ Zie bijv. ook de verwarring zoals die wordt gerapporteerd in I. Andriessen et al., *Ervaren discriminatie in Nederland II*, Den Haag: SCP 2020, p. 93.

gronden waarop niet gediscrimineerd mag worden, én, vice versa, op welke gronden burgers bescherming genieten. De huidige debatten over institutioneel racisme onderstrepen dit belang. Om die reden kan het College zich voorstellen dat het expliciet noemen van bijvoorbeeld 'huidskleur', 'afkomst', 'etnische afstamming' en 'taal' in de wet de duidelijkheid en daardoor de effectiviteit van de Awgb toch zou kunnen bevorderen. Hierbij zou kunnen worden gedacht aan een constructie zoals die in 2019 ook is gebruikt ten aanzien van de grond 'geslacht'. Artikel 1, tweede lid, Awgb verduidelijkt sinds de wetswijziging van dat jaar dat onderscheid op grond van geslacht ook onderscheid op grond van 'geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie' omvat. Kanttekening daarbij is wel dat de grond 'taal', ook als nadere concretisering van de grond 'ras' zich niet goed leent voor inpassing in het gesloten systeem van de Awgb. Immers, de Awgb bevat nu nog geen expliciete uitzonderingen op het verbod van direct onderscheid op grond van taal, terwijl er de nodige situaties denkbaar zijn, bijvoorbeeld in de arbeidssfeer, waarin ook het maken van direct onderscheid op grond van taal (bijvoorbeeld door het stellen van de eis dat voor een bepaalde functie een goede of uitstekende beheersing van de Nederlandse taal vereist is) objectief gerechtvaardigd kan zijn.

Bijkomende reden voor extra aandacht voor de discriminatiegrond 'ras' wordt naar het oordeel van het College gevormd door het feit dat rassendiscriminatie een bijzondere vorm van discriminatie is in die zin dat mensen er frequenter en op veel verschillende terreinen van het maatschappelijk leven mee worden geconfronteerd.¹³² Dit gegeven maakt het volgens het College extra prangend dat goed bezien wordt of de begrippen die in de Awgb worden gebruikt nog voldoende aansluiten bij de belevingswereld van mensen. Dit is zowel relevant voor de mensen die beschermd moeten worden tegen rassendiscriminatie als voor de mensen die zich aan dit discriminatieverbod moeten houden.

2.2 6.2 Herijking van de grond 'burgerlijke staat'

Het College krijgt regelmatig meldingen waarbij bepaalde 'relaties', woon- of samenlevingsvormen voorrang krijgen.¹³³ Melders stellen bijvoorbeeld dat op de woningmarkt samenwonende 'stelletjes' voorrang krijgen boven (vriendschappelijke) woningdelers. Of dat bepaalde toelagen toegekend door de werkgever afhankelijk zijn van het al dan niet voldoen aan bepaalde 'klassieke' samenlevingsvormen.¹³⁴

Deze vormen van onderscheid laten zich nu moeilijk vangen.¹³⁵ De discriminatiegrond 'burgerlijke staat' ziet momenteel, gelet op de wetsgeschiedenis, uitsluitend op onderscheid op basis van een bepaalde juridische band (getrouwd, geregistreerd partnerschap, wettige of natuurlijke kinderen, adoptie etc.). De vraag is of deze grond niet uitgebreid zou moeten worden naar de situatie waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen, kort gezegd, op basis van (maatschappelijk (on)gewenste) gezinssamenstelling en samenlevingsvorm. In België geldt voor de deelstaat Wallonië 'gezinssamenstelling' als een aparte discriminatiegrond,

¹³² Zie ook hoofdstuk 8 van I. Andriessen et al., *Ervaren discriminatie in Nederland II*, SCP, 2020) en Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, *Gelijkheid in de EU 20 jaar na de eerste uitvoering van de gelijkheidsrichtlijnen*, FRA-Advies 1/2021.

¹³³ Voor een klassiek voorbeeld, zie EHRM 29 april 2008 ECLI:CE:ECHR:2008:0429JUD001337805 (*Burden v. the United Kingdom*).

¹³⁴ College voor de Rechten van de Mens 25 februari 2020, oordeel 2020-18.

¹³⁵ Zie de bewijsproblematiek in College voor de Rechten van de Mens 3 januari 2022, oordeel 2022-1 en oordeel 2022-2.

waarmee beoogd wordt om bescherming te bieden aan non-conventionele samenlevingsvormen. Ook de grond ‘burgerlijke staat’ wordt daar ruimer uitgelegd.¹³⁶ Het College meent dat het nuttig zou zijn ook voor de grond ‘burgerlijke staat’ in Nederland te overwegen om het begrip beter aan te laten sluiten op de diversiteit in relatie- en samenlevingsvormen. Het is echter lastig voor het College of de rechter om zelfstandig de ruimte daarvoor te zoeken zonder aanwijzingen van de wetgever. Dit hangt weer samen met het al vaker genoemde gesloten systeem van de Awgb: een ruime uitleg van het begrip burgerlijke staat leidt ook tot meer situaties van direct onderscheid, terwijl daarvoor geen wettelijke uitzonderingen in de Awgb zijn voorzien. Dit kan leiden tot een oordeel ‘verboden onderscheid’ waar mogelijk voor het gemaakte onderscheid wel degelijk goede – objectief te rechtvaardigen – redenen aan te voeren zijn.

2.3 6.3 Rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie

De Wgbl laat toe dat zowel direct als indirect onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt. Het is de vraag of deze algemene mogelijkheid van een objectieve rechtvaardiging voor direct onderscheid op grond van leeftijd wel richtlijnconform is. Artikel 6 van Richtlijn 2000/78/EG (de zogenoemde Kaderrichtlijn) lijkt namelijk te vereisen dat aan de rechtvaardiging van direct onderscheid een doelstelling van sociaal beleid en/of algemeen belang ten grondslag wordt gelegd.¹³⁷

In dit verband kan worden opgemerkt dat de rechter (en ook het College) de wet richtlijnconform interpreteert. De wet moet immers worden uitgelegd in overeenstemming met de bewoordingen en objectieve doelstellingen van het Europese recht, zoals onder andere uiteengezet in de jurisprudentie van het HvJ EU. In een arrest over de Awgb heeft de Hoge Raad de richtlijnconforme interpretatie ook vooropgesteld.¹³⁸

Vooralsnog is onzeker welke ruimte er Unierechtelijk wordt toegelaten bij het rechtvaardigen van verschillende behandeling op grond van leeftijd. Het HvJ EU sluit immers niet uit dat ‘een zekere mate van flexibiliteit’ bij de interpretatie van legitieme doelstellingen bij het maken van verschil in behandeling op grond van leeftijd toelaatbaar is. Uit artikel 6, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2000/78 volgt dat ‘[n]iettegenstaande artikel 2, lid 2, [...] de lidstaten [kunnen] bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn’. Door hun karakter van algemeen belang onderscheiden die legitieme doelstellingen zich van louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever, zoals de vermindering van de kosten of de verbetering van het concurrentievermogen, zonder dat echter valt uit te sluiten dat een

¹³⁶ Artikel 8 Decreet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie. Zie ook <https://www.unia.be/nl/discriminatiegronden/andere-discriminatiegronden>.

¹³⁷ R. Hampsink, ‘Wgbl en kantonrechttersformule in strijd met Europese antidiscriminatie richtlijn’, *TRA* 2011/22. Een vergelijkbaar pleidooi is gehouden door F. Dekker, tijdens het symposium “Gelijke behandeling in arbeid” ter gelegenheid van het verschijnen van het gelijknamige boek van P. Vas Nunes op 27 november 2018.

¹³⁸ ECLI:NL:HR:2020:1748, nr. 2.7.1

nationale regel, bij het nastreven van die legitieme doelstellingen, de werkgever een zekere mate van flexibiliteit toekent.¹³⁹

In een zaak over leeftijdsontslag van een raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden hoefde het College geen zoektocht naar de flexibiliteit bij toepassing van uitzonderingen te ondernemen.¹⁴⁰ De casus is als volgt. Een man werkt vanaf 1977 voor de rechterlijke macht. Eerst als (kanton)rechter, later als raadsheer en raadsheer-plaatsvervanger. Hij wordt in 2019 eervol ontslagen door zijn werkgever Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, omdat hij 70 jaar wordt. Dat is op dat moment de wettelijke ontslagleeftijd. In 2020 wordt de leeftijdsgrens voor het ontslag van raadsheer-plaatsvervangers verlengd tot 73 jaar, vanwege de grote achterstanden binnen de rechtspraak. De man treedt opnieuw in dienst als raadsheer-plaatsvervanger bij het gerechtshof. Op grond van de nieuwe ontslagleeftijd van 73 jaar, wordt de man per 1 december 2022 opnieuw eervol ontslagen.

De man is het daar niet mee eens. Hij stelt dat dit ontslag leeftijdsdiscriminatie is. Zijn ontslag is wel gebaseerd op een wet, maar de wettelijke grens is volgens hem achterhaald en arbitrair. De rechterlijke macht zou volgens verzoeker het ontslag van raadsheer-plaatsvervangers niet op een vaste leeftijd moeten baseren, maar op de kwaliteit van het functioneren. Het College oordeelt dat het gerechtshof de man niet heeft gediscrimineerd op grond van zijn leeftijd. Het gerechtshof heeft een beroep gedaan op de wet, waarin de ontslagleeftijd is vastgelegd. Deze wet voldoet aan Europees recht.

Het College toetst of de ontslagleeftijd een passend en noodzakelijk middel is, om de twee door het gerechtshof aangevoerde doelen te bereiken. Dat is het geval. Ten eerste geldt dat de ontslagleeftijd bij een raadsheer-plaatsvervanger weliswaar minder bijdraagt aan doorstroming binnen de organisatie dan een reguliere raadsheer, maar het draagt wel degelijk bij. Als een raadsheer-plaatsvervanger op leeftijd wordt ontslagen, komt er aanstellings- en zittingsruimte beschikbaar voor jongere collega's. Zo wordt de verdeling van functies binnen de rechterlijke macht evenwichtiger. Ten tweede is een vaste ontslagleeftijd een objectief criterium om een raadsheer-plaatsvervanger te ontslaan. Het alternatief dat de man voordraagt van een individuele beoordeling van de kwaliteit van het functioneren, heeft een risico van willekeur en subjectiviteit in zich. Een individuele beoordeling kan ook leiden tot discussie en geschillen over individuele geschiktheid, die de rechterlijke onafhankelijkheid kunnen aantasten. Het middel van de ontslagleeftijd is daarom – naar het oordeel van het College – een passend en noodzakelijk middel om de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

Het College concludeert dat het gerechtshof wel onderscheid maakte op grond van leeftijd, maar dit onderscheid is niet verboden. Er is namelijk een nationale wet die het onderscheid rechtvaardigt en die wet voldoet aan Europees recht. Er is dus geen sprake van leeftijdsdiscriminatie.

2.4 6.4 Verboden onderscheid naar geslacht

Lange tijd heeft rechtsonzekerheid bestaan over verlies van vakantiedagen bij samenloop zwangerschapsverlof en vakantieaanspraken. Oorzaak van die onzekerheid lag in enkele

¹³⁹ HvJ EU 5 maart 2007, C-388/07, r.o. 46. Zie ook HvJ EU 5 maart 2009, C-388/07 (*Age Concern England*), r.o. 46 en HvJ EU 2 APRIL 2020, C-670/18, ECLI:EU:C:2020:272 (*CO/COMUNE DI GESTURI*).

¹⁴⁰ College voor de Rechten van de Mens 8 november 2022, Oordeel 2022-124.

uitspraken van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en de Hoge Raad (HR) die op gespannen voet leek te staan met arresten van het Hof van Justitie EG/EU. Oordelen van het College over deze materie waren gebaseerd op uitspraken van het Hof van Justitie, maar die werden in de nationale rechtspraak lange tijd niet gevolgd.

Zoals hiervoor is aangegeven kent de HR (en daarmee ook de rechtspraak) aan oordelen van het College gezag toe. Omdat de rechter niet gebonden is aan de oordelen van het College kunnen niettemin verschillen van rechtsopvatting ontstaan tussen het College en de rechtspraak. De lijn van de rechtspraak is dan leidend. Maar in bepaalde omstandigheden kan rechtsonzekerheid voortduren. In zaken van Unierecht is het Hof van Justitie EU de hoogste rechter. Bij twijfel over de juiste uitleg van toepasselijk Unierecht is de nationale rechter die in een concrete zaak in laatste instantie beslist, gehouden aan het Hof van Justitie EU prejudiciële vragen te stellen. Lagere rechters zijn bevoegd prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie EU. Wanneer een kwestie evenwel niet door de nationale rechter wordt voorgelegd kan twijfel over de juiste uitleg van Unierecht die doorwerkt in de interpretatie van gelijke behandelingswetgeving lang voortduren. In een situatie van rechtsonzekerheid over een Unierechtelijke kwestie staat niet vast of het College zelf een prejudiciële vraag kan voorleggen aan het Hof van Justitie EU. Beslissend is of het College “een rechterlijke instantie” is in de zin van artikel 267 VWEU.¹

Dat rechtsonzekerheid lang kan blijven voortduren blijkt het geval in een kwestie over zwangerschapsdiscriminatie waarin de HR in 2020 na ruim twintig jaar aan rechtsonzekerheid een einde maakte.² In 1998 had de voorganger van het College, de CGB, geoordeeld dat uit het Brown arrest van het HvJ EU moet worden afgeleid dat rechtspositionele regels in verband met arbeidsongeschiktheid die voor mannen en vrouwen op gelijke wijze worden toegepast, ook als de arbeidsongeschiktheid verband houdt met zwangerschap, in strijd zijn met richtlijn 92/85, omdat arbeidsongeschiktheid vanwege zwangerschap als een ander geval beoordeeld dient te worden dan andersoortige arbeidsongeschiktheid.³ Het zwangerschaps- en bevallingsverlof mag in geen geval op een lijn worden gesteld met ziekte als het gevolg daarvan zou zijn dat de betreffende vrouwen qua arbeidsvoorwaarden in een nadeliger positie zouden komen te verkeren. Dit laatste doet zich bij het verlies van vakantierechten voor, aldus de CGB. Ook concludeerde de CGB op grond van het arrest Boyle,⁴ dat het zwangerschapsverlof dat samenvalt met andere verlofrechten kan worden opgeschort en nadien kan worden voortgezet. Maar de CRvB volgde de uitleg van de CGB niet.⁵ De vraag of het ontbreken van een compensatieregeling voor de situatie waarin zwangerschaps- en bevallingsverlof samenvalt met vakantieverlof in strijd is met nationaal en/of internationaal recht, beantwoordt de CRvB dan ontkennend. Het ontbreken van een dergelijke compensatieregeling was volgens de CRvB noch in strijd met Richtlijn 92/85 EEG noch in strijd met Richtlijn 76/207 EEG. De CRvB stelde geen prejudiciële vragen aan het HvJ EU. In zaken waarin de hoogst bevoegde bestuursrechter in laatste instantie heeft beslist over een bestuursrechtelijke kwestie, kent de Hoge Raad aan dat oordeel in beginsel groot gewicht toe. Tegen die achtergrond moeten twee in 2002 en 2004 gewezen arresten worden begrepen waarin de HR de CRvB volgt inzake rechtspraak over (kort gezegd) verrekening van zwangerschapsverlof met vakantieverlof.⁶ Verschillende auteurs bekritiseren deze arresten van de HR vooral omdat daarin geen prejudiciële vragen zijn gesteld aan het HvJ EU terwijl daar wel aanleiding voor zou zijn geweest.⁷

In 2020 heeft de HR de lijn van oude rechtspraak inzake samenloop van zwangerschapsverlof en vakantieverlof verlaten. De gelegenheid daartoe werd geboden door een prejudiciële vraag van de Haagse kantonrechter aan de HR in een zaak van een docente die na samenloop van zwangerschapsverlof en een meivakantie alsnog haar vakantiedagen wilde opnemen.⁸ Dat stond de school niet toe, met een beroep op de cao. De HR oordeelde nu dat aan het arrest uit 2002 geen betekenis meer toekomt, het in een cao-bepaling geregeld verlies van vakantieaanspraken door zwangerschapsverlof komt voort uit verboden onderscheid naar geslacht. Een dergelijke bepaling is daarom nietig (vanwege strijdigheid met art. 7:646 lid 1 BW en met art. 5 lid 1, aanhef en onder e, Awgb).

2.5 6.5 Nieuwe discriminatiegronden in de Awgb?

De minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap heeft eerder dit jaar aangekondigd het College om advies te zullen vragen over de wenselijkheid van het opnemen van een verbod op onderscheid naar opleidingsniveau.¹⁴¹ De minister deed dit naar aanleiding van een motie in de Tweede Kamer. Op dit moment is opleidingsniveau niet als discriminatiegrond opgenomen in de Awgb en is er ook geen andere wetgeving die het maken van onderscheid naar opleidingsniveau verbiedt.

Zoals in aan het begin van dit hoofdstuk reeds werd opgemerkt, is de Nederlandse regering in de afgelopen jaren bekritiseerd door onder meer het VN-Mensenrechtencomité en de European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) vanwege het feit dat in de Awgb niet een lijst van discriminatiegronden is opgenomen die gelijkkluidend is aan die in artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) of artikel 14 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM).¹⁴² De Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa heeft op 26 april 2022 een resolutie aangenomen waarin zij de lidstaten de opdracht geeft om sociale afkomst en sociaaleconomische status op te nemen als discriminatiegronden in de nationale gelijkebehandelingswetgeving.¹⁴³ Daarnaast zijn er in de afgelopen jaren met enige regelmaat, met name in academische kringen, stemmen opgegaan om extra (non-)discriminatiegronden aan de Awgb toe te voegen, bijvoorbeeld ‘maatschappelijke afkomst’, ‘vermogen’ of ‘andere status’.¹⁴⁴ Ook in het POC-rapport wordt de suggestie gedaan om het opnemen van nieuwe gronden in de Awgb te overwegen.¹⁴⁵ Het uitbreiden van de normencatalogus zou kunnen bijdragen aan erkenning en bewustwording van vormen van benadeling die relatief wijdverbreid zijn, inclusief intersectionele varianten ervan.¹⁴⁶ Zo komt onderscheid op grond van onder andere geslacht en etniciteit vaker voor in het handelen ten

¹⁴¹ Kamerbrief over gelijkwaardige behandeling mbo-studenten, 6 juli 2023.

¹⁴² Zie European Commission against Racism and Intolerance, *Fifth report on the Netherlands*, Strasbourg: Council of Europe 4 June 2019, p. 13 (onder 8).

¹⁴³ PACE Resolution 2022/2432, 26 april 2022, punt 9.

¹⁴⁴ Zie bijv. S. Ganty and J. Carlos Sanchez Benito, *Expanding the List of Protected Grounds within Anti-Discrimination Law in the EU*, Equinet: Brussel 2021 en A. Terlouw, ‘Klassisme: discriminatie op grond van sociale status’, *NTM/NJCM-Bull.* 2022/28.

¹⁴⁵ Parlementaire onderzoekscommissie effectiviteit antidiscriminatiewetgeving, *Gelijk recht doen: Een parlementair onderzoek naar de mogelijkheden van de wetgever om discriminatie tegen te gaan*, Eerste Kamer der Staten-Generaal, Den Haag 2022, p. 69-70.

¹⁴⁶ Idem., p. 71.

opzichte van mensen die een sociaaleconomische achterstand hebben.¹⁴⁷ Tegelijkertijd zijn deze gronden moeilijk grijpbaar en af te bakenen, omdat het daarop gebaseerde onderscheid de hele maatschappij doordeesemt.¹⁴⁸ Bovendien laat in het bijzonder een open norm zich moeilijk inpassen in de huidige wetssystematiek van de Awgb, waarbij direct onderscheid alleen toelaatbaar is als er een wettelijke uitzondering is voorzien.¹⁴⁹ Het College meent dan ook dat bij een nader onderzoek naar de toegevoegde waarde van het opnemen van nieuwe discriminatiegronden in het bijzonder gelet zal moeten worden op de inpasbaarheid van die gronden in het huidige 'gesloten systeem' van de Awgb (of er wellicht toe dwingt om dat gesloten systeem (deels) te verlaten). Bovendien acht het College het van belang om bij dit onderzoek de buitenlandse ervaringen met toetsing aan deze gronden te betrekken en te bezien of deze aanleiding geven te veronderstellen dat opname van deze gronden in de Awgb ook in de Nederlandse context kan zorgen voor een versterkte bescherming tegen serieuze vormen van maatschappelijke achterstelling.

¹⁴⁷ S. Fredman, 'Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities', *South African Journal on Human Rights* 2007, p. 214 e.v. en S. Ganty and J. Carlos Sanchez Benito, *Expanding the List of Protected Grounds within Anti-Discrimination Law in the EU*, Equinet: Brussel 2021, p. 30.

¹⁴⁸ A. Terlouw, 'Klassisme: discriminatie op grond van sociale status', *NTM|NJCM-Bull.* 2022, p. 411-412.

¹⁴⁹ Zie Loof 2020, p. 272, die opmerkt dat bij direct onderscheid op grond van gronden als sociale status of vermogen veel situaties denkbaar zijn waarin dat onderscheid niet per definitie ongerechtvaardigd is.

7. Conclusie

Het College kan in de praktijk nog altijd goed uit de voeten met de toepassing van de Awgb, de Wgb m/v en artikel 7:646 BW. De aanpassingen in de Awgb met betrekking tot de positie van gewetensbezwaarde trouwambtenaren, zoals het schrappen van de 'enkele feit'-constructie, hebben niet tot grote bijsturing in de oordelenlijnen van het College geleid. De betreffende wetwijzigingen vormden enerzijds een codificatie van oordelenlijnen die het College reeds hanteerde en betroffen anderzijds situaties die in de oordelenpraktijk van het College slechts zeer zelden aan de orde zijn.

De Wet verduidelijking rechtspositie transgender personen en intersekse personen, die in november 2019 zorgde voor invoeging van het huidige tweede lid van artikel 1 Awgb waarin wordt geëxpliciteerd dat de discriminatiegrond 'geslacht' ook onderscheid op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie omvat, heeft evenmin tot nieuwe oordelenlijnen van het College geleid. Ook deze wetswijziging betrof in wezen een codificatie van vaste 'jurisprudentie' van het College. Wel valt waar te nemen dat deze wetswijziging heeft geleid tot een grotere bekendheid van de reikwijdte van de discriminatiegrond geslacht en tot een toename van het aantal verzoeken om een oordeel over onderscheid op grond van geslachtskenmerken of genderidentiteit. Met betrekking tot dit verbod op grond van geslachtskenmerken of genderidentiteit signaleert het College wel dat de uitzonderingen op het verbod van onderscheid op grond van geslacht zoals die nu zijn geregeld in het Besluit gelijke behandeling, niet meer geheel aansluiten op de huidige maatschappelijke situatie, waarin de fysieke lichaamskenmerken van een persoon niet bepalend hoeven te zijn voor het juridische geslacht van die persoon. Wat betekent dat bijvoorbeeld voor toegang tot kleedkamers bij sportfaciliteiten? Het College heeft in de enkele gevallen waarin het moest oordelen over een dergelijke situatie een koers weten te bepalen die recht deed aan de in het geding zijnde belangen.

Het College constateert dat de Nederlandse lappendeken van gelijkebehandelingswetten en -bepalingen in de afgelopen jaren, als gevolg van het opnemen van bepalingen in de Wazo en de Wet flexibele arbeid, nog weer groter is geworden. De reeds bestaande onoverzichtelijkheid voor burgers is daardoor niet afgenomen.

Vanuit het perspectief van de eigen oordelenpraktijk ziet het College, behalve op het punt van de uitbreiding van de territoriale reikwijdte van de gelijkebehandelingswetten naar Caribisch Nederland, geen dringende aanleiding om grote systeemaanpassingen te bepleiten. Wel doet het College de aanbeveling om ten behoeve van duidelijkheid voor de burger en met het oog op een versteviging van de rechtsbescherming tegen discriminatie, om een aantal aanpassingen in de gelijkebehandelingswetgeving (opnieuw) te overwegen. De volgende aanpassingen zouden volgens het College kunnen bijdragen aan een toekomstbestendige gelijkebehandelingsnorm:

- Het bijeenbrengen van de verschillende gelijkebehandelingswetten in één integratiewet, met oog voor de gedifferentieerde benadering ten aanzien van de toelaatbaarheid van direct onderscheid, omdat die per discriminatiegrond kan verschillen;
- Verduidelijking van discriminatiegrond 'ras' via een toelichtende bepaling in de Awgb;
- Verbreiding van de betekenis van de discriminatiegrond 'burgerlijke staat';

- Uitbreiding van toepassingsbereik van de Awgb en de Wgbh/cz richting eenzijdig overheidshandelen, met aandacht voor de consequenties die dit dan zou moeten hebben voor het huidige 'gesloten systeem' van beide wetten;
- Het verkennen van de toegevoegde waarde van enkele extra discriminatiegronden in de Awgb, waaronder de grond 'sociale status'.