

**Advies Commissie gelijke behandeling
inzake evaluatie van de Wet op het verbod
tot het maken van onderscheid naar
arbeidsduur**

1 augustus 2002

CGB-advies/2002/04

Commissie gelijke behandeling
Vrouwe Justitiaplein 1
Postbus 16001
3500 DA Utrecht
telefoon: 030-2234800
fax: 030-2234848
e-mail: cgb@support.nl
website: www.cgb.nl

Inhoudsopgave

Inleiding

Samenvatting

Aanbevelingen

1. De Wet verbod onderscheid naar arbeidsduur (WOA)

- 1.1 Uitgangspunten en doelstelling
- 1.2 Inhoud van de wet
- 1.3 Toetsing en handhaving

2. Oordelen over de WOA

- 2.1 Verzoeken over de WOA aan de CGB
- 2.2
- 2.3 Invulling van de WOA door de rechtspraak
- 2.3 Naleving van CGB-oordelen

3. Stroomlijning WOA en andere gelijke behandelingswetgeving

- 3.1 Algemeen
- 3.2 Werkingssfeer
- 3.3 Reikwijdte WOA en (A)WGB
- 3.4 Wet Aanpassing Arbeidsduur (WAA)
- 3.5 Wet Arbeid en Zorg (WAZ)
- 3.6 Artikel V WOA
- 3.7 Handhaving
- 3.8 Bewijslastverdeling

4. Overige knelpunten

- 4.1 Symmetrische benadering en bevestiging van de voltijdse norm
- 4.2 Benadeling
- 4.3 Toetsingssystematiek.
- 4.4 Voorlichting

Conclusie

Bijlage:

- onderzoeksrapport dr. S.D. Burri

1. INLEIDING

Op 1 november 1996 is de Wet verbod van onderscheid naar arbeidsduur (WOA) in werking getreden.¹ Aan de Commissie gelijke behandeling (verder: CGB of Commissie) is opgedragen, naast de rechter, de WOA te handhaven. Op grond van artikel 20, tweede lid, AWGB jo. artikel III, derde lid, WOA (...), dient de CGB vijf jaar na de inwerkingtreding van de WOA een rapport van haar bevindingen op te stellen ten aanzien van de werking in de praktijk van de wet.

Voor u ligt het eerste evaluatierapport van de CGB over de WOA. Evenals bij de evaluatie van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) van 4 mei 2000² heeft de CGB zowel de beoogde als de niet-beoogde effecten onderzocht van de wet zoals deze in de praktijk naar voren zijn gekomen. Hierbij is met name gelet op de toegankelijkheid, de uitvoerbaarheid, de handhaafbaarheid en de naleving. Een empirisch onderzoek naar de bekendheid met en het gebruik van de WOA door werkgevers en werknemers zal in een later stadium in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid worden uitgevoerd.

De evaluatie bestrijkt de periode van 1 november 1996 tot 1 december 2001. Bij de opstelling van dit rapport is gebruik gemaakt van het onderzoeksverslag dat door dr. S.D. Burri³ in opdracht van de Commissie ten behoeve van deze evaluatie is opgesteld.⁴ Dit onderzoeksverslag is als achtergrondstudie bijgevoegd. Het overzicht van de naleving van CGB oordelen (paragraaf 2.3) is gebaseerd op eigen onderzoek.

Het onderhavige rapport is als volgt opgebouwd. Na een algemene beschouwing van de WOA (paragraaf 1), wordt een overzicht gegeven van de wijze waarop de wet in concrete gevallen door met name de CGB is toegepast en tot welke gevolgen dit heeft geleid (paragraaf 2). Vervolgens worden de knelpunten rond de stroomlijning van de WOA met andere gelijke behandelingswetgeving besproken (paragraaf 3) en een aantal andere knelpunten (paragraaf 4). Het rapport besluit met een aantal conclusies en aanbevelingen.

¹ *Stb.* 1996, 391.

² Commissie gelijke behandeling, *Gelijke behandeling in beweging, evaluatie van vijf jaar Algemene wet gelijke behandeling 1994-1999*, Utrecht, 4 mei 2000.

³ Dr. Susanne D. Burri, docent/onderzoeker Gender en Recht, Universiteit Utrecht.

⁴ S.D. Burri, *De WOA in de praktijk. Onderzoeksverslag ten behoeve van de evaluatie van de Wet verbod van onderscheid naar arbeidsduur in opdracht van de Commissie gelijke behandeling*, Utrecht, april 2002. In dit onderzoek zijn alle oordelen betrokken van de CGB over de WOA die zijn gedateerd van voor 1 december 2001. Rechterlijke uitspraken over de WOA die voor die datum zijn gepubliceerd zijn eveneens meegenomen. 2

SAMENVATTING

Dit rapport bevat een evaluatie van de Wet verbod onderscheid naar arbeidsduur (WOA) welke op 1 november 1996 in werking is getreden. De Commissie gelijke behandeling is naast de gewone rechter belast met de handhaving van de wet en is verplicht na vijf jaar een rapport van haar bevindingen op te stellen over de werking van de wet in de praktijk.

De WOA verbiedt het maken van ongerechtvaardigd onderscheid op grond van arbeidsduur. Met de wet is beoogd werknemers te beschermen die geen voltijdaanstelling hebben, waarbij de wetgever als uitgangspunt heeft gehanteerd dat deeltijdarbeid volwaardige en normale arbeid is en bevorderd dient te worden. De Commissie onderschrijft de doelstellingen en uitgangspunten van de WOA, maar concludeert dat zij op gespannen voet staan met de symmetrische formulering van de normstelling. Immers, zowel voltijders als deeltijders kunnen een beroep kunnen doen op de wet. De Commissie is evenwel niet van mening dat dit tot wijziging van de normstelling noodzaakt, gelet op de overige gelijke behandelingswetgeving waarin ook voor een symmetrische benadering is gekozen. Wel vindt de Commissie dat een expliciete uitspraak van de wetgever, dat de WOA mede bedoeld is kleine deeltijders te beschermen, zal bijdragen aan de toepassing van de wet in de praktijk.

Het verbod op onderscheid naar arbeidsduur is deels geïntegreerd in het Burgerlijk Wetboek (BW) (artikel 7:648), deels in de Ambtenarenwet (artikel 125g) en deels opgenomen in de WOA als zelfstandige wet (artikel III en V). Deze verbrokkeling kan onbekendheid van de norm tot gevolg hebben. Naast wetstechnische maatregelen om de verbrokkeling tegen te gaan, beveelt de Commissie aan de WOA te stroomlijnen en te harmoniseren met andere (inter)nationale wetgeving, waaronder de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet aanpassing arbeidsduur, de Wet arbeid en zorg en de EG-richtlijn deeltijdarbeid. Stroomlijning is onder meer gewenst ten aanzien van de toetsingssystematiek, de handhavingssystematiek en de werkingssfeer (zie paragraaf 3).

Anders dan de overige non-discriminatiegronden, kent het verbod op onderscheid wegens arbeidsduur geen verschil in direct of indirect onderscheid; elk onderscheid kan objectief gerechtvaardigd worden. Voordat de objectieve rechtvaardigingstoets getoetst kan worden, moet vastgesteld worden of er sprake is van benadeling van een groep op grond van arbeidsduur. Dit is afhankelijk van de aard en de strekking van de betrokken arbeidsvoorwaarde, waarbij verschillende handelwijzen mogelijk zijn. De WOA is ondanks deze complexe systematiek in de praktijk goed werkbaar gebleken. De Commissie en de rechtspraak hebben voor diverse arbeidsvoorwaarden duidelijk gemaakt wat de gelijke behandelingsnorm voor arbeidsduur inhoudt (zie paragraaf 2).

Wat betreft de handhaving wijst de Commissie er op dat de objectieve rechtvaardigingstoets niet altijd of op dezelfde manier door de rechtspraak wordt gehanteerd. Dit kan tot verschillende uitkomsten van dezelfde gevallen leiden. De Commissie beveelt dan ook aan scholing en voorlichting omtrent de gelijke behandelingsnorm te bevorderen, met name onder rechters.

Gebleken is dat de meeste oordelen van de Commissie in de praktijk worden nageleefd. Daarbij komt dat de oordelen vaak door partijen worden betrokken bij hun besluitvorming als zij een vergelijkbaar geval hebben en dat dus gezegd kan worden dat er een zekere proactieve werking van uitgaat. Het feit dat zich relatief veel normadressaten tot de Commissie wenden voor een oordeel over eigen handelen is evenzeer een indicatie dat de positieve effecten van de oordelen zich ook uitstrekken tot een grotere groep personen.

AANBEVELINGEN:

- Ga na of de verbodkeuring van het verbod op onderscheid wegens arbeidsduur kan worden tegengegaan door de open normadressering overeenkomstig artikel 5 AWGB op te nemen in het Burgerlijk Wetboek en de Ambtenarenwet;
- Expliciteer dat de WOA er mede is ter bescherming van kleine deeltijders;
- Schep duidelijkheid over de discrepantie op het punt van de symmetrische benadering tussen de EG-richtlijn deeltijdarbeid (97/81/EG) en de WOA;
- Hanteer en omschrijf in de WOA de term 'arbeidsverhouding', uitgaande van het brede begrip zoals dat op grond van de AWGB wordt geïnterpreteerd;
- Expliciteer dat het hele hoofdstuk van de AWGB ten aanzien van de CGB van toepassing is bij geschillen die binnen de werkingssfeer van de WOA vallen, door een wettelijke verwijzing naar alle relevante bepalingen van de AWGB in artikel 7:648 BW op te nemen;
- Breng de materiële werkingssfeer van artikel 7:648 BW, artikel 125g AW en artikel III WOA in overeenstemming met de wettekst van artikel 7:646 BW;
- Overweeg uitbreiding van de werkingssfeer van de WOA ten aanzien van scholing voorafgaand aan de arbeidsverhouding, conform de ruimere werkingssfeer van artikel 5 AWGB;
- Ga na of de overwegingen die destijds hebben geleid tot het niet onder de WOA brengen van het vrije beroep, nog steeds gelden;
- Ga na wat de consequenties zullen zijn van het toevoegen van werving- en selectie aan de werkingssfeer van artikel 7:646 BW, artikel 125g AW en de WOA, met name gelet op de samenhang met de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA);
- Ga na op welke manier verandering kan worden gebracht in de discrepanties tussen de WOA en de WAA; hetzij door de toetsingssystematiek in de WAA te harmoniseren door de objectieve rechtvaardigingstoets in deze wet in te voeren, hetzij door bij de handhaving van de WAA de CGB een rol toe te kennen. Aanbevolen wordt dit ook als aandachtspunt bij de evaluatie van de WAA mee te nemen;
- Breng de victimisatiebepaling van artikel 7:648, eerste lid, BW in overeenstemming met de bepalingen daaromtrent in het communautaire recht;
- Toets bij het algemeen verbindend verklaren van CAO's, systematisch of de bepalingen in overeenstemming zijn met het verbod op onderscheid wegens arbeidsduur en leg deze in geval van twijfel voor aan de CGB.
- Bevorder de (bij)scholing van de rechterlijke macht en rechtshulpverleners op het gebied van de gelijkebehandelingswetgeving, onder meer door opnemng van gelijke behandelingsrecht als onderdeel van de opleidingstrajecten van nieuwe leden van de rechterlijke macht;

1. DE WET VERBOD ONDERSCHIED ARBEIDSDUUR (WOA)

1.1 *Uitgangspunten en doelstelling*

Met de WOA is beoogd de rechtspositie van werknemers die geen voltijdaanstelling hebben, te verbeteren. Uitgangspunt was dat deeltijdarbeid beschouwd moet worden als normale, volwaardige arbeid. In het licht van de ontwikkeling naar meer differentiatie en flexibilisering van de arbeid en arbeidsduurpatronen, achtte de wetgever een verdere toename van deeltijdarbeid wenselijk. Om het dominante beeld van de 'normale' en standaardbepalende voltijdwerker te doorbreken, is er dan ook voor gekozen om de voltijdwerker niet als ijkpunt te nemen.

Met het 'normaliseren' en stimuleren van deeltijdarbeid, heeft de wetgever blijkens de Memorie van Toelichting (MvT) uitdrukkelijk de bedoeling gehad met deze wet de benadeling van *deeltijders* tegen te gaan, hetgeen een zogenaamde asymmetrische benadering impliceert.⁵ De norm is evenwel symmetrisch geformuleerd. Niet de discriminatie van deeltijders is verboden, maar elk onderscheid op grond van arbeidsduur. Dat wil zeggen dat ook voltijders een beroep kunnen doen op de wet. In paragraaf 4 komen wij terug op het spanningsveld tussen de beoogde asymmetrische benadering en de neergelegde bepalingen.

1.2 *Inhoud van de wet*

Het verbod op onderscheid naar arbeidsduur is geregeld in de WOA zelf (artikel III en V), het Burgerlijk Wetboek (artikel 7:648 BW), en de Ambtenarenwet (artikel 125g AW).

De Commissie merkt op dat deze verbodsbepaling voor de normadressaten tot verwarring kan leiden, hetgeen niet bevorderlijk is voor bekendheid met de norm (zie verder paragraaf 3.1). De betrokken bepalingen luiden als volgt:

Artikel 7:648, eerste lid, BW:

De werkgever mag geen onderscheid maken tussen werknemers op grond van een verschil in arbeidsduur in de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet dan wel opgezegd, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is (...)

Artikel III WOA:

1. Het maken van onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur is verboden bij de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet dan wel beëindigd, en bij de voorwaarden waaronder een aanstelling wordt verleend, verlengd dan wel beëindigd, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd.
2. Een beding in strijd met het eerste lid is nietig.
3. De Commissie gelijke behandeling, genoemd in artikel 11 van de Algemene wet gelijke behandeling, kan onderzoeken of een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in het eerste lid. De artikelen 12, 13, 14, 15, 20, tweede lid, en 33 van de Algemene wet gelijke behandeling zijn van overeenkomstige toepassing.

Artikel V WOA:

In geval een natuurlijk persoon, rechtspersoon of bevoegd gezag een ander onder zijn gezag arbeid laat verrichten, anders dan krachtens arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht of ambtelijke aanstelling, is artikel 648 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing.

⁵ *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 21 en p. 23.

Artikel 125g Ambtenarenwet:

1. Het bevoegd gezag mag geen onderscheid maken tussen ambtenaren op grond van een verschil in arbeidsduur in de voorwaarden waaronder een aanstelling wordt verleend, verlengd dan wel beëindigd, tenzij een dergelijk onderscheid objectief gerechtvaardigd is.
2. Het bevoegd gezag mag het dienstverband met de ambtenaar niet beëindigen wegens de omstandigheid dat betrokkene in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op het eerste lid.
3. De Commissie gelijke behandeling, genoemd in artikel 11 van de Algemene wet gelijke behandeling, kan onderzoeken of een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in dit artikel. De artikelen 12, 13, 14, 15, 20, tweede lid, en 33 van de Algemene wet gelijke behandeling zijn van overeenkomstige toepassing.

Aangezien vrouwen vaker in deeltijd werken dan mannen, kon al voordat de bepalingen werden ingevoerd, onderscheid naar arbeidsduur in strijd zijn met het verbod op indirect onderscheid naar geslacht. Om te voorkomen dat er een uiteenlopende normontwikkeling ontstaat, is bij de vormgeving van het verbod op onderscheid naar arbeidsduur, aansluiting gezocht bij het verbod van onderscheid naar geslacht, zoals verwoord in artikel 6:646, eerste lid, BW.⁶

Artikel 7:646, eerste lid, BW:

De werkgever mag geen onderscheid maken tussen mannen en vrouwen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderricht aan de werknemer, in de arbeidsvoorwaarden, bij de bevordering en bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst.

In beginsel is elk ongerechtvaardigd onderscheid op grond van een verschil in arbeidsduur verboden. In tegenstelling tot de andere in de WGB en AWGB genoemde gronden, wordt er bij de toetsing geen verschil naar direct en indirect onderscheid gemaakt. Dat betekent dat ook als er sprake is van direct onderscheid naar arbeidsduur, de wederpartij altijd argumenten kan aandragen om het onderscheid te rechtvaardigen (bij de overige gronden is rechtvaardiging slechts mogelijk in geval van indirect onderscheid).

Het verbod om onderscheid naar arbeidsduur te maken, geldt voor de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet, dan wel opgezegd (arbeidsvoorwaarden in ruime zin). De bepalingen zijn niet van toepassing op werving en selectie. Zie hierover verder paragraaf 3.2 van dit rapport.

Het verbod is gericht tot de werkgever (artikel 7:648 BW), het bevoegd gezag (art. 125g AW) en tot alle partijen die de arbeidsvoorwaarden (mede) bepalen (bijvoorbeeld CAO-partijen en werving- en selectiebureaus; artikel III WOA). Het verbod ziet ook op andere vormen van arbeid waar in een gezagsverhouding arbeid wordt verricht, bijvoorbeeld vrijwilligers en oproepkrachten (artikel V WOA).

1.3 Toetsing en handhaving

Voordat kan worden vastgesteld of er sprake is van verboden onderscheid naar arbeidsduur, dient te worden nagegaan a) of een bepaalde handelwijze een benadeling impliceert op grond van arbeidsduur en b) of het onderscheid gerechtvaardigd wordt.

Ad a) Of er sprake is van benadeling, is afhankelijk van de in het geding zijnde arbeidsvoorwaarde. Uit de aard en de strekking van een arbeidsvoorwaarde moet worden afgeleid of sprake is van benadeling door: 1) toekenning naar rato van het aantal gewerkte uren; 2) identieke behandeling van voltijders en deeltijders of 3) een nog andere behandeling van werknemers met een verschillende arbeidsduur.

⁶ Bij indirect onderscheid op grond van geslacht, zijn verder van toepassing: artikel 1, onder a, WGB (in geval van ambtenaren) en artikel 5 AWGB (in geval van anderen dan de werkgever, bijvoorbeeld CAO-partijen).

Meestal zal een toekenning naar rato van het aantal gewerkte uren niet leiden tot benadeling. Is dit wel het geval -dit is afhankelijk van de aard en de strekking van de arbeidsvoorwaarde- dan zou een identieke of andere handelwijze geboden zijn. In de MvT zijn voor een aantal arbeidsvoorwaarden aanwijzingen opgenomen welke gedragslijn geboden is. Door de CGB worden deze aanwijzingen toegepast op de concrete situatie. Pas wanneer in deze gevallen ook benadeling is geconstateerd, wordt bekeken of het onderscheid objectief gerechtvaardigd kan worden.

Ad b) Voor de rechtvaardigingstoets is aansluiting gezocht bij het verbod op (indirect) onderscheid naar geslacht, in het bijzonder de toets die het Europese Hof van Justitie met betrekking tot indirect onderscheid naar geslacht in relatie tot deeltijdarbeid heeft ontwikkeld. Deze toets houdt in dat het doel zwaarwegend en niet discriminerend moet zijn; en dat de gekozen middelen om het doel te bereiken passend en noodzakelijk dienen te zijn om dat doel te bereiken (zie verder Burri, p. 24).

De CGB hanteert de bewijslastverdeling zo dat degene die beweert benadeelt te zijn, dit aannemelijk dient te maken, terwijl de bewijslast om aan te tonen dat een onderscheid naar arbeidsduur objectief gerechtvaardigd is, rust op degene die het onderscheid maakt. Dit geldt ook voor werkgevers of CAO-partijen die een oordeel vragen over eigen handelen.

Naast de civiele rechter is de CGB bevoegd te oordelen of er sprake is van verboden onderscheid naar arbeidsduur (artikel 7:648, derde lid, BW, artikel III, derde lid, WOA, artikel 125g, derde lid, AW). Opzeggingen in strijd met dit verbod, of opzeggingen wegens de omstandigheid dat de werknemer een beroep op deze grond heeft gedaan, zijn vernietigbaar.

2. OORDELEN OVER DE WOA

2.1 Verzoeken over de WOA aan de CGB

In de jaren 1996 tot en met 2001 zijn er in totaal 157 verzoeken ingediend bij de CGB over (vermeend) onderscheid op grond van arbeidsduur.⁷ Dit heeft geleid tot 59 oordelen (inclusief twee tussenoordelen). Van de resterende 100 verzoeken om een oordeel, waren er op 1 december 2001 nog zo'n 35 in behandeling. Na aftrek van deze zaken blijven er nog circa 65 verzoeken over die door de Commissie zonder oordeel zijn afgedaan. In ongeveer 25 gevallen werd het dossier gesloten op verzoek van de indiener, waarbij in bijna de helft van de gevallen werd aangegeven dat een individuele schikking was bereikt met de werkgever, of dat de arbeidsvoorwaardenregeling waarover werd geklaagd, was gewijzigd. Ook werd in een klein aantal gevallen aangegeven dat inmiddels ander werk was gevonden.⁸

De CGB constateerde in ongeveer twee derde van de gevallen dat er in strijd met de wet is gehandeld. Burri concludeert dat dit in vergelijking met het totaal aantal oordelen dat de Commissie in de jaren 1997 tot en met 2000 heeft gegeven, hoog is; bij andere gronden van onderscheid kwam de Commissie in slechts iets meer dan de helft van de gevallen tot de conclusie dat er sprake was van strijd met de gelijke behandelingswetgeving⁹.

Tabel 1: overzicht verzoeken over onderscheid arbeidsduur

<i>Aantal verzoeken</i>	<i>Aantal oordelen</i>	<i>In behandeling</i>	<i>Geen oordeel</i>	<i>Oordeel "Strijd met de wet"</i>
157	59 (incl. twee tussenoordelen)	35	65	40

Opvallend is dat in vergelijking met andere non-discriminatie gronden, relatief veel normadressaten (bedrijven, overheid, CAO-partners) een verzoek om eigen handelen aan de CGB hebben voorgelegd. Vier werkgevers en één minister lieten hun eigen handelen door de CGB aan de WOA toetsen. Veertig oordelen werden gegeven op verzoek van individuele verzoekers (werknemers, ambtenaren, stagiaires en oproepkrachten), waarvan de meesten vrouwen. Ook overkoepelende organisaties wisten de weg te vinden naar de CGB: in vier gevallen dienden CAO-partijen een verzoek in over eigen handelen terwijl zeven oordelen op verzoek van een ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging zijn gegeven. Tenslotte heeft de CGB één keer een onderzoek uit eigen beweging gedaan. Het betrof hier CAO's voor de thuiszorg en het ziekenhuiswezen (zie verder ook Burri, p. 4).

Tabel 2: overzicht van verzoekers

<i>Individu</i>	<i>Medezeggenschaps-organen</i>	<i>Werkgevers, overheid, CAO-partners (verzoek om eigen handelen)</i>	<i>Onderzoek uit eigen beweging</i>
40	7	9	1

Gebleken is voorts dat de meeste (31) oordelen betrekking hebben op werkgevers in de particuliere sector (artikel 7:648 BW), terwijl het in 14 gevallen arbeidsverhoudingen tussen ambtenaren en bevoegd gezag betrof (artikel 125g AW). De CGB toetste in 11 oordelen (mede) aan artikel III WOA en één keer aan artikel V WOA.

⁷ 1996: 5 verzoeken, 1997: 32, 1998:27, 1999: 32, 2000: 11, 2001: 50. De cijfers zijn afkomstig uit de jaarverslagen van de Commissie.

⁸ Van de overige verzoeken die zonder oordeel zijn afgedaan, werd een klein aantal in een later stadium aangemerkt als een verzoek om informatie. Voorts werd de behandeling van een klein aantal verzoeken om een oordeel betreffende onderscheid op grond van arbeidsduur bij de tegemoetkoming in de ziektekosten aangehouden, in afwachting van de uitspraak van de Centrale raad van Beroep over deze materie. Naar aanleiding van deze uitspraak, heeft de Commissie de dossiers in deze zaken gesloten en de betreffende verzoekers op de hoogte gesteld.

⁹ Burri, t.a.p., p. 5.

Voordat een verzoek om een oordeel wordt ingediend, wordt veelal eerst telefonisch contact opgenomen met de Commissie. Gemiddeld wordt jaarlijks door ruim 100 bellers informatie gevraagd over onderscheid op grond van arbeidsduur.¹⁰ Daarbij worden veelal vragen gesteld over wat er precies verboden is op grond van de WOA. Men heeft bijvoorbeeld de indruk dat de WOA ziet op een verbod op het maken van onderscheid tussen werknemers op grond van anciënniteit of op een verbod op het maken van onderscheid tussen werknemers met een arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd ten opzichte van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Uit het kleine aantal zaken (ongeveer 20 stuks) dat in de onderzoeksperiode werd afgedaan als kennelijk ongegrond, leidt de Commissie af dat het telefonisch spreekuur goed werkt als filter voor verzoeken die buiten het bereik van de WOA vallen en dat bellers met inhoudelijke vragen over de WOA goed zijn geïnformeerd door de medewerkers van de Commissie. Het telefonisch spreekuur leidt er ook toe dat vragen over de WOA, welke al eerder aan de Commissie zijn voorgelegd, beantwoord kunnen worden door toezending van het betreffende oordeel.

2.2 Invulling van de WOA door de rechtspraak

De meeste oordelen van de CGB over de WOA hebben betrekking op de toepassing van arbeidsvoorwaarden. Uit het onderzoeksverslag van Burri (§ 4.3) blijkt dat de CGB doorgaans de aard en de strekking van de in geding zijnde arbeidsvoorwaarde onderzoekt om de vraag of er sprake is van benadeling te kunnen beantwoorden. In de meeste oordelen komt de CGB tot de conclusie dat er sprake is van benadeling. Soms wordt die vraag niet expliciet behandeld, omdat het nadeel evident is, zoals in geval van ontslag (zie oordeel 1997-30). Soms is het veel moeilijker om vast te stellen of er sprake is van benadeling en hangt de uitkomst af van het gekozen perspectief. Er is niet in alle gevallen een rekenmethode te hanteren die “tot op de cent nauwkeurig” gelijke behandeling van deeltijders voorschrijft, zoals bijvoorbeeld is gebleken bij arbeidsvoorwaarden zoals lease-auto's, feestdagencompensatie of tijd voor cursussen.

Wanneer vastgesteld is dat er sprake is van benadeling, wordt de objectieve rechtvaardigingstoets toegepast. Hieronder wordt in vogelvlucht weergegeven hoe de CGB en de rechter de gelijke behandelingsnorm vanwege arbeidsduur op diverse arbeidsvoorwaarden hebben toegepast. Dit is een letterlijke maar verkorte weergave van het onderzoek van Burri. Voor een uitgebreid overzicht inclusief verwijzingen, zie hoofdstuk 4 van Burri. Alle oordelen van de CGB zijn overigens te vinden op de website van de Commissie (www.CGB.nl) en eenvoudig op te zoeken onder de discriminatiegrond ‘arbeidsduur’.

Beloning en loongerelateerde elementen

De beloning dient te worden gerelateerd aan de overeengekomen arbeidsduur. In verschillende oordelen heeft de CGB aangegeven dat doorbreking van het naar rato-beginsel met betrekking tot de meest primaire arbeidsvoorwaarde, het uurloon, niet snel gerechtvaardigd kan worden geacht. In de praktijk is doorgaans duidelijk hoe het evenredigheidsbeginsel vormgegeven moet worden. Dit lag anders in twee oordelen over het gebruik van dienstauto's door deeltijders. Een auto is immers niet deelbaar en een *pro-rata* behandeling, in de zin van een arbeidsvoorwaarde die naar tijd is op te bouwen, is niet mogelijk. De CGB beoordeelt daarom per geval welke handelwijze geboden is.

Overwerktoeslagen

Het pas na overschrijding van de voltijdse arbeidsduur (of een andere voor deeltijders en voltijders vastgestelde grens) toekennen van overwerktoeslagen aan deeltijders vormt geen ongelijke behandeling in de zin van de WOA. Hierbij is aangesloten bij het arrest *Helmig* van

¹⁰ De schatting is gebaseerd op de tellingen uit de jaarverslagen van de Commissie. In 1997 werd door 95 bellers een vraag gesteld over de WOA. In 1998 betrof dit 175 bellers, in 1999 waren dit er 103 en tenslotte in 2001, 92. Over de jaren 1996 en 2000 zijn geen cijfers bekend. 9

het Europese Hof van Justitie.¹¹ De CGB heeft op het punt van overwerktoeslagen de eerder ingezette lijn verlaten. Overigens niet zonder te constateren dat de door de regering gekozen interpretatie afwijkt van de uitgangspunten van de WOA, waarbij de norm van de normale voltijdse werknemer juist moet worden losgelaten (oordeel 1997-77). Zie hierover verder paragraaf 4.1.

Een toeslag toekennen van 25% voor meeruren die boven de contractuele arbeidstijd worden gewerkt aan zowel dagdienstmedewerkers als aan ploegendienstmedewerkers vormt volgens de CGB een benadeling in de zin van de WOA omdat niet aannemelijk is dat een zelfde percentage voor de verscheidene groepen werknemers voldoende compensatie biedt (oordeel 2000-97). In geval van structurele meeruren en arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte, moet de loondoorbetaling gebaseerd zijn op het gemiddelde loon dat de werknemer had kunnen verdienen wanneer hij niet verhinderd was geweest.

Toeslagen voor arbeid op inconveniënte uren

In oordeel 1998-106 achtte de CGB het in strijd met de WOA om hulpkrachten in supermarkten met een contract van minder dan 12 uur per week uit te sluiten van een regeling voor het compenseren van het werken op zon- en feestdagen. De inconveniëntie van deze dagen vloeit volgens de CGB voort uit de specifieke functie die deze dagen in het algemeen in de samenleving hebben.

Bijzonder geldelijke voordelen en tegemoetkoming ziektekosten

Hieronder vallen geldelijke voordelen die niet per betaalperiode worden toegekend, zoals eenmalige uitkeringen, een werkgeversbijdrage in de ziektekostenverzekering, feestdagtoeslagen of andere voordelen die niet direct samenhangen met het werk. In het algemeen dienen deze naar evenredigheid van het aantal gecontracteerde uren te worden vergoed. Dit is de ondergrens. Uit het doel waarmee bijvoorbeeld een feestdagengratificatie wordt toegekend, kan echter voortvloeien dat iedere werknemer ongeacht de arbeidsduur een even hoge gratificatie ontvangt. Bijvoorbeeld indien de werkgever de inzet van werknemers in het bedrijf wil belonen.

Verschillende oordelen en rechterlijke uitspraken betreffen de vraag of een gedeeltelijke in plaats van een volledige tegemoetkoming in de premie voor ziektekostenverzekering aan deeltijders in strijd is met de WOA. Een regeling die in een tegemoetkoming voorziet die evenredig is aan de arbeidsduur acht de CGB benadelend voor deeltijders, gezien de aard en de strekking van de arbeidsvoorwaarde, maar de Centrale Raad van Beroep volgt de CGB hier niet in.

Regelingen ter vergoeding van onkosten

De feitelijke gemaakte kosten dienen het uitgangspunt van de vergoeding te zijn, omdat het doel van onkostenregelingen het vrijwaren van de werknemer is van onkosten die samenhangen met de uitoefening van zijn werk.¹² Een werknemer die 20 uur per week werkt verspreid over 5 dagen, zal dus over vijf dagen reiskostenvergoeding moeten krijgen.

De CGB oordeelde dat een vaste eigen bijdrage deeltijders benadeelt die niet verspreid over vijf dagen per week werken (oordeel 1997-146). Dit geldt ook voor een naar rato vergoeding (zie ook oordeel 1997-111). Een eigen bijdrage op grond van het feitelijke aantal werkdagen of gerelateerd aan de werkelijk gemaakte kosten is in overeenstemming met de WOA.

VUT- en seniorenregelingen

Uitsluiting van VUT- en seniorenregelingen op grond van ureneisen acht de CGB zelden gerechtvaardigd op grond van de aangevoerde argumenten. In een onderzoek uit eigen

¹¹ HvJ EG 15 december 1994, C-399/92, *Jur.* 1994, p. I-5717 (*Helmig*).

¹² *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 11.

beweging heeft de CGB urengrenzen in de CAO van de zorgsector onderzocht. De CGB achtte een urengrens van 32 uur per week niet gerechtvaardigd (tussenoordeel 1997-95 en eindoordeel 1999-78). Doorgaans benadrukt de CGB de noodzaak om met onderzoek te onderbouwen waarom een bepaalde grens is gekozen.

Verlofregelingen

Buitengewoon verlof dient ongeacht de arbeidsduur te worden toegekend, omdat de behoefte aan dergelijke regelingen voor iedere werknemer geldt, ongeacht diens arbeidsduur. Als een gebeurtenis planbaar is, kan de omvang van de arbeidsduur van een werknemer meebrengen dat deze de verhindering om te werken tot op zekere hoogte kan beïnvloeden.

Opleidingsfaciliteiten

Identieke behandeling is vereist voor vergoeding van onkosten en tijd die met een opleiding zijn gemoeid die door de werkgever verplicht is gesteld. Voor niet-verplichte opleidingen dient de vergoeding ten minste naar rato van de arbeidsduur te worden vastgesteld. Afhankelijk van de mate waarin de betreffende opleiding de functie vervulling ten goede komt, zal een hogere dan naar evenredigheid vastgestelde vergoeding in de rede liggen. De grens tussen verplichte en niet-verplichte opleiding is overigens niet altijd makkelijk te trekken (zie bijvoorbeeld oordeel 1998-18).

Medezeggenschap

Het uitbetalen van een 'kaal uurloon' over de uren die aan medezeggenschapsactiviteiten zijn besteed en die de individuele arbeidstijd overschrijden (maar niet de in de onderneming geldende voltijdse arbeidsduur), is in strijd met de WOA (oordeel 1998-04). Dit geldt ook voor het buiten beschouwing laten van de uren die aan medezeggenschapsactiviteiten worden besteed bij de betaling van het ziekengeld. Ook de Kantonrechter in Groenlo is van oordeel dat naast betaling van een vast uurloon ook de vakantietoeslag, de winstuitkering, de vakantie uren en de opbouw van (pré)pensioen over deze medezeggenschapsuren moet worden betaald. Ook op dit punt heeft de WOA een verbetering van de rechtspositie van deeltijders tot gevolg gehad.

Arbeidsduurverkorting

Het aanbieden van een keuzemogelijkheid voor ADV aan deeltijders, maar niet aan voltijders vormt weliswaar een benadeling van de voltijders, maar de CGB acht het onderscheid objectief gerechtvaardigd (oordeel 1999-12). Een regeling waarbij deeltijders niet naar rato van de omvang van het dienstverband ADV kunnen opbouwen vormt een benadeling op grond van arbeidsduur (oordeel 1998-150).

Minimale uren eisen

In oordeel 2000-70 vroeg de werkgeversvereniging in de thuiszorg een oordeel over eigen handelen over de vraag of het stellen van een minimale beschikbaarheidseis van 12 tot 16 uur per week aan alfa-hulpverleners in strijd zou zijn met de WOA. De CGB constateert dat er een duidelijke samenhang is met de WAA. De WOA verbiedt op zich niet om een arbeidsovereenkomst aan te gaan voor een bepaald aantal uren. Maar het gaat hier om een bijzondere situatie, omdat alfa-hulpverleners nu in dienst zijn van de hulpvrager, maar in de toekomst een arbeidsovereenkomst met een werkgever in de thuiszorg zouden kunnen afsluiten, mits ze aan de beschikbaarheidseis voldoen. De groep deeltijders die niet aan de beschikbaarheidseis kan voldoen, wordt benadeeld omdat deze groep geen arbeidsovereenkomst aan kan gaan met de bijbehorende CAO-voorwaarden en niet onder de werknemersverzekeringen valt. Na een uitgebreide toetsing van de aangedragen argumenten concludeert de CGB dat het onderscheid naar arbeidsduur niet objectief gerechtvaardigd is.

Roosters en werktijdenregelingen

Deeltijders worden vaak op flexibele wijze ingezet. Dit kan verhoudingsgewijs een groter beslag leggen op de vrije tijd van deeltijders in vergelijking tot voltijders en leiden tot afstemmingsproblemen op het werk, hogere kosten voor kinderopvang of tot langere reistijden en hogere reiskosten in verhouding tot de werktijd. Discontinue, onregelmatige en onvoorspelbare werktijden leiden vaak tot tijdsconflicten met andere werkzaamheden van deeltijders, in het bijzonder zorgtaken. De CGB heeft de WOA van toepassing geacht op roosters en indelingen van werktijden, met de bijbehorende systematiek.

Werkervaring en deeltijd

Het verbinden van voorwaarden aan de bevordering van minimaal drie jaar praktijkervaring en het behalen van een generalistencertificaat, acht de Rechtbank Amsterdam niet in strijd met het verbod van onderscheid naar arbeidsduur.¹³ Op grond van de nieuwe regeling worden dezelfde eisen gesteld aan deeltijders en voltijders, waardoor volgens de Rechtbank geen onderscheid naar arbeidsduur wordt gemaakt. Het feit dat eiseres haar opleiding in deeltijd heeft gevolgd en mede daardoor geen gebruik kan maken van de overgangsregeling omdat ze haar certificaat na afloop van de gestelde termijn heeft behaald, blijft buiten beschouwing.

Een publicatie-eis van vijf wetenschappelijke publicaties in vijf jaar om toegelaten te worden tot een onderzoekschool, levert naar het oordeel van de CGB ongerechtvaardigd indirect onderscheid op grond van geslacht op (oordeel 1996-111). De Commissie komt tot dit oordeel aangezien aan deeltijders en voltijders dezelfde minimumeis van vijf internationale publicaties werd gesteld en met name vrouwen in deeltijd werken. De onderzoekschool verklaarde hierna bereid te zijn voor personen met een deeltijdaanstelling van 0,5 of minder, de termijn waarbinnen de vijf publicaties gerealiseerd moeten zijn, op te hogen van vijf tot acht jaar. Verzoekster kon echter ook aan deze eis niet voldoen en wendde zich tot de Rechtbank Den Haag. Onder verwijzing naar het oordeel van de CGB, waarin de CGB aangaf dat de onderzoekschool het gewenste publicatiegedrag op andere wijze kan bereiken, bijvoorbeeld door aanpassing van de termijn naar evenredigheid van de omvang van het dienstverband, oordeelde de Rechtbank Den Haag dat de verlengde termijn niet onredelijk kon worden geacht.¹⁴

De CGB oordeelde dat een verlenging van 14 maanden van de stageperiode omdat de advocaat-stagiaire in deeltijd heeft gewerkt tijdens de stage, niet in strijd is met de WOA, (2001-68). Met een verwijzing naar de arresten van het Europese Hof van Justitie in *Nimz* en *Kording* oordeelt de CGB dat bij verlenging van de stageduur vanwege het werken in deeltijd, er in alle gevallen een beroep moet kunnen worden gedaan op persoonlijke ervaring en omstandigheden van de stagiaire teneinde de stageduurverlening niet toe te passen danwel te verkorten.¹⁵ Omdat de regeling ruimte biedt voor een dergelijke toets en deze ook individueel was toegepast, is de CGB van oordeel dat niet in strijd met de WOA is gehandeld.

2.3 Naleving van CGB-oordelen

Indien de Commissie bij haar oordeel tot de conclusie komt dat sprake is van onderscheid op grond van arbeidsduur, vraagt zij in een begeleidende brief bij het oordeel aan beide procespartijen welke maatregelen naar aanleiding van het oordeel zullen worden getroffen. In de onderzoeksperiode is in meeste gevallen (85%) door tenminste één van de betrokken partijen gereageerd. Overigens laat een reactie veelal lang op zich wachten. Zo heeft de

¹³ Rb. Amsterdam 18 juli 2001, *TAR* 2001, 128.

¹⁴ Rb. Den Haag 10 juni 1999, *TAR* 1999, 130.

¹⁵ HvJ EG 7 februari 1991, zaak C-184/89, *Jur.* 1991, p. I-297 (*Nimz*) en HvJ EG 2 oktober 1997, zaak C-100/95, *Jur.* 1997, p. I-5289 (*Kording*).

Commissie nog altijd geen enkele reactie mogen ontvangen op drie oordelen in WOA-zaken die in de tweede helft van 2001 werden uitgesproken.

Hieronder volgt een overzicht van deze reacties, uitgesplitst naar de in het geding zijnde arbeidsvoorwaarden.

Beloning en loongerelateerde arbeidsvoorwaarden

In twee oordelen concludeerde de Commissie tot onderscheid op grond van arbeidsduur bij het terugbrengen van de formele werktijd. De wederpartij van oordeel 1999-15 wees er in haar reactie op dat de berekening van de deeltijdfactor in overleg met de vakbonden tot stand was gekomen. Zij zegde toe om over de gevolgen van het oordeel contact te zullen opnemen met de werknemersorganisaties. In oordeel 1999-94 oordeelde de Commissie dat de overgang van werknemers van de CAO Thuiszorg naar de CAO Ziekenhuiswezen een onderscheid op grond van arbeidsduur tot gevolg had. De Raad van Toezicht bleek bereid looncompensatie te verlenen aan benadeelde deeltijders.

De uitgever die in strijd met de wet handelde door aan een deeltijdwerker onder meer geen vakantie- en pensioenrechten toe te kennen over uren die zij boven haar contracturen als oproepkracht maakte, gaf te kennen het oordeel niet op te volgen (oordeel 2000-60). Naast het feit dat de voormalig werkgever het niet eens was met de inhoud van het oordeel, speelde daarbij een rol dat verzoekster een eerder aangeboden schikkingsvoorstel van de hand had gewezen. Navraag bij de gemachtigde van verzoekster leerde dat zij naar aanleiding van het oordeel geen verdere actie heeft ondernomen.

Partijen in oordeel 2001-05 stuurden beiden het bericht dat het oordeel van de Commissie werd opgevolgd; de in geding zijnde winstdeling was alsnog aan verzoekster uitbetaald.

Overwerktoeslagen

In oordeel 2000-97 oordeelde de Commissie dat een 'meerwerkvergoeding' voor deeltijders niet alle beloningselementen omvatte en daarom in strijd was met het verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur. De betrokken onderneming berichtte de Commissie dat zij het oordeel had nageleefd, waarbij ook de van toepassing zijnde CAO was aangepast.

Toeslagen voor arbeid op inconveniente uren

Drie keer werd de Commissie gevraagd om een oordeel te geven over toeslagen voor arbeid op inconveniente uren. Een uitzendkracht en een oproepkracht werkten beiden als toneelmeester en kwamen vanwege de geringe omvang van hun arbeidsduur niet in aanmerking voor onregelmatigheidstoeslagen. Naar aanleiding van de oordelen van de Commissie (oordeel 1998-43 en 1998-44), werd deze toeslag alsnog met terugwerkende kracht uitbetaald.

De uitsluiting van hulpkrachten in de CAO's in de levensmiddelenbranche werd door CAO-partijen ter beoordeling aan de Commissie voorgelegd. Het oordeel van de Commissie (oordeel 1998-106), dat sprake was van een niet gerechtvaardigd onderscheid op grond van arbeidsduur, had tot gevolg dat de uitsluiting van hulpkrachten na het daaropvolgende CAO-overleg uit de CAO werd geschrapt, zodat ook deze groep kleine deeltijders voor de toeslag in aanmerking kwam.

Bijzondere geldelijke voordelen

Tot dusverre hebben de oordelen van de Commissie over de tegemoetkoming in de ziektekosten van ambtenaren het meeste stof doen opwaaien. Deze oordelen hebben geleid tot een proefproces bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB). Deze instantie achtte toekenning van deze vergoeding naar rato van de arbeidsduur niet in strijd met de wet. Een

recente zaak van de Commissie (oordeel 2001-72), waarbij de in het geding zijnde financiële belangen aanzienlijk kleiner waren, had voor de benadeelde verzoeker wel het gewenste effect. Deze examinerator kwam niet in aanmerking voor een bonus van f 300,- voor het verrichten van overwerk. Nadat de Commissie tot het oordeel was gekomen dat deeltijders die aan de voor hen geldende naar rato overwerkverplichting hadden voldaan, ook een tenminste naar rato vastgestelde bonus zouden moeten ontvangen, werd deze alsnog verstrekt aan alle deeltijders die daarvoor nog niet in aanmerking waren gekomen. Hierdoor kon precies de helft van de 148 bij de organisatie werkzame deeltijders, alsnog van de regeling profiteren.

Regelingen ter vergoeding van onkosten

De Minister van Binnenlandse Zaken heeft naar aanleiding van oordeel 1997-146 de Regeling vergoeding plaatsingskosten politie aangepast conform het oordeel van de Commissie.

Seniorenregelingen

Het onderscheid dat voortvloeide uit de seniorenregeling in de CAO Openbare Bibliotheken, was naar het oordeel van de Commissie vooralsnog objectief gerechtvaardigd (oordeel 1997-144). Desalniettemin was het gevolg van dit oordeel dat de seniorenregeling geheel uit de CAO werd geschrapt. Tot dusverre bevat de CAO nog altijd geen nieuwe regeling.

Na een tussenoordeel (oordeel 1997-95) kwam de Commissie op grond van een uitgebreid nader onderzoek in oordeel 1999-78 tot de conclusie dat de seniorenregelingen in de CAO Thuiszorg en de CAO Ziekenhuiswezen een niet objectief gerechtvaardigd onderscheid naar arbeidsduur inhielden. Als gevolg hiervan werd de seniorenregeling in zijn geheel geschrapt uit de CAO Thuiszorg. In plaats hiervan werd het vakantieverlof van 55-plussers verhoogd. De regeling wordt naar rato toegepast op deeltijders. Door de opsplitsing van de CAO-ziekenhuiswezen in vier branche-CAO's, bleef onduidelijkheid ontstaan over de gevolgen van het oordeel voor de betrokken medewerkers. In slechts één van de nieuwe CAO's werd de seniorenregeling aangepast, terwijl deze bepaling in de overige CAO's onderwerp van de onderhandelingen werd. In een reactie gaf één van de CAO-partijen aan dat het de vraag was in hoeverre het oordeel van de Commissie van toepassing is op de nieuwe CAO's, nu deze niet alleen een andere inhoud hebben, maar ook zijn overeengekomen door andere partijen.

Een positiever bericht ontving de Commissie van een omroepproductiebedrijf naar aanleiding van oordeel 1998-106. Door de aanpassing van de ondernemings-CAO kunnen alle medewerkers, ongeacht de omvang van het dienstverband, gebruik maken van de seniorenregeling.

Opleidingsfaciliteiten

De directie van een ziekenhuis zegde toe een nieuwe opleidingsregeling voor te leggen aan de Ondernemingsraad. De OR had een eerdere versie van de regeling aan de Commissie ter toetsing voorgelegd (oordeel 1998-36). Ook de directie van het Hoogheemraadschap van Rijnland bleek bereid het oordeel op te volgen dat haar OR had gevraagd. Het betrof hier de urencompensatie voor het volgen van een EHBO-cursus (oordeel 1998-49).

Arbeidsduurverkorting

Als gevolg van oordeel 2000-24 kregen ook deeltijdwerkers met een aanstelling van minder dan 80% de mogelijkheid om hun ADV in tijd, dan wel in geld op te nemen.

Minimale uren eisen

In twee gevallen oordeelde de Commissie tot dusverre over een minimale beschikbaarheids eis. In beide gevallen concludeerde de Commissie tot een ongerechtvaardigd onderscheid op grond van arbeidsduur. De instelling voor verslavingszorg, die niet kon aantonen waarom een beschikbaarheid van 32 uur per week noodzakelijk was voor de functie van sociotherapeut, gaf in een reactie op oordeel 1999-97 te kennen dat de zaak onvolkomenheden in het werving- en selectieprotocol aan het licht had gebracht en zegde toe het protocol overeenkomstig de aanbevelingen van de Commissie aan te passen.

In de andere zaak berichtte de Landelijke Vereniging voor Thuiszorg dat zij het oordeel, dat de Commissie op haar verzoek had uitgesproken (oordeel 2000-70) met betrekking tot de door haar te stellen minimum beschikbaarheids eis, zou betrekken in het overleg met de overheid over de overgang van alfahulpen naar de instellingen voor thuiszorg. Dat bleek echter niet nodig, aangezien de bij de overgang betrokken partijen het niet eens konden worden over de inschaling van de alfahulpen. De beoogde indiensttreding van alfahulpen bij een thuiszorginstelling was daarmee van de baan.¹⁶

Roosters en werktijdenregelingen

De Raad van Bestuur van een zorginstelling weigerde om bij de inroostering van deeltijders in het vervolg rekening te houden met het oordeel van de Commissie (oordeel 1998-132), dat de OR van de betrokken instelling aan de Commissie had gevraagd. Door de inhoud van de reactie ontstond bij de Commissie het vermoeden dat het bestuur het oordeel niet goed had begrepen, waarna een brief met nadere uitleg volgde. Navraag leerde dat vervolgens door geen van beide partijen nadere actie is ondernomen.

De Raad van Bestuur van een ziekenhuis was wel bereid het oordeel van de Commissie (oordeel 1999-24) op te volgen voor wat betreft de inroostering van verzoekster en de personen die haar verzoek ondersteunden. Aangezien de raad zich niet kon verenigen met het oordeel, deelde zij de Commissie mee dat daaraan geen nadere maatregelen worden verbonden.

Een scholengemeenschap volgde het oordeel van de Commissie (oordeel 1999-59) op. De beschikbaarheidstabel die met inachtneming van het oordeel werd opgesteld, week echter af van de CAO-Voortgezet Onderwijs, hetgeen leidde tot een discussie tussen het schoolbestuur en een onderwijsvakbond, waarbij laatstgenoemde erop wees dat een eventuele wijziging van de CAO op dit punt onderwerp van discussie zou zijn bij de CAO-onderhandelingen.

Pensioenen

In oordeel 1997-72 oordeelde de Commissie onder meer dat een werkgever pensioenpremie diende af te dragen over de door een deeltijdwerknemer gewerkte overuren. Het bestuur van het pensioenfonds zegde toe het pensioenreglement te zullen aanpassen, waardoor deeltijders in geval van overwerk gelijke pensioenrechten zouden opbouwen.

Afvloeiingsregelingen en herplaatsingen

Het College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Schoorl zegde toe om in het vervolg rekening te houden met oordeel van de Commissie (oordeel 1997-114), inhoudende dat sprake was van een verboden onderscheid naar arbeidsduur door bij een urenvermindering leerkrachten met een aanstelling van minder dan tien uur als eerste te laten afvloeien. Medezeggenschapsraden en personeel werden van het oordeel van de Commissie in kennis gesteld. Wel voorzag het college problemen in de uitvoering. Naar

¹⁶ Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, Aanhangsel, p. 1269-1270.

aanleiding van oordeel 2000-93 werd verzoekster, als analist werkzaam bij het Ministerie van Defensie, herplaatst op de door haar gewenste functie.

3. Stroomlijning WOA en andere gelijke behandelingswetgeving

3.1 Algemeen

Zoals hierboven reeds opgemerkt, is het verbod op onderscheid naar arbeidsduur deels geïntegreerd in het BW, deels in de Ambtenarenwet en deels opgenomen in de WOA als zelfstandige wet. Voor normadressaten kan dit tot onbekendheid van de norm leiden. Overwogen dient te worden of deze verbroekeling kan worden verminderd door de open normadressering overeenkomstig artikel 5 AWGB en artikel III WOA, op te nemen in artikel 7:648 BW en de Ambtenarenwet.

Behalve dat de normstelling verspreid is, bestaan er op verschillende punten discrepanties tussen de verschillende bepalingen. Deze worden hieronder besproken.

3.2 Werkingssfeer

- De materiële werkingssfeer is in artikel 7:648 BW bijna, maar niet helemaal op dezelfde wijze verwoord als in artikel 7:646 BW. Artikel 7:648 BW heeft betrekking op de *voorwaarden* waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet dan wel opgezegd. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het verbod op onderscheid naar arbeidsduur niet alleen betrekking heeft op dergelijke voorwaarden, maar ook op de arbeidsvoorwaarden zelf, de voortzetting of de opzegging van de arbeidsovereenkomst.¹⁷ Dit komt ook naar voren in de oordeelsvorming van de CGB. Onduidelijk is dan ook waarom de term '*voorwaarden*' gehanteerd is. Dit punt heeft de CGB ook al opgemerkt in haar commentaar op het wetsvoorstel van 1995.¹⁸
- In artikel 7:646 BW en 7:648 BW wordt de term 'opgezegd' gebruikt. In artikel 125g AW en artikel III WOA staat de term 'beëindigd' en niet 'opgezegd'. Het gebruik van de verschillende termen werkt verwarrend in de praktijk.
- In artikel 7:646 BW is ook opgenomen verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen bij het verstrekken van onderricht en bij de bevordering (evenals in artikel 1a WGB en artikel 5, lid 1, sub e AWGB).¹⁹ Omdat de wetgever een dubbele rechtsgang wil voorkomen en expliciet aan opleidingsfaciliteiten aandacht besteedt in de Memorie van Toelichting bij de WOA.²⁰, neemt de CGB aan dat geen inhoudelijk verschil tussen de artikelen 7:646 en 7:648 BW op dit punt is beoogd en dat artikel 7:648 ook het volgen van onderwijs, scholing en vorming en de bevordering omvat. In haar commentaar van 1995 heeft de CGB reeds op dit punt gewezen.²¹
- Uit de oordeelsvorming van de CGB kan worden afgeleid dat wat betreft de arbeidsvoorwaarden de artikelen 7:646 en 7:648 dezelfde reikwijdte hebben en dat het begrip arbeidsvoorwaarden door de CGB ruim wordt geïnterpreteerd.²²

¹⁷ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr.3, p. 21

¹⁸ Commentaar Commissie gelijke behandeling inzake Wetsvoorstel onderscheid naar arbeidsduur, Utrecht, 18 oktober 1995, p. 7.

¹⁹ Artikel 7:646 BW bestrijkt het aangaan van de arbeidsovereenkomst, het verstrekken van onderricht aan de werknemer, de arbeidsvoorwaarden, de bevordering en de opzegging van de arbeidsovereenkomst.

²⁰ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3 p. 8 en p. 12. Zie verder Burri, p. 34.

²¹ Commentaar Commissie gelijke behandeling inzake Wetsvoorstel onderscheid naar arbeidsduur, Utrecht, 18 oktober 1995, p. 7.

²² Oordeel 1999-110. Zie ook de oordelen 1997-146, 1998-36, 1998-49, 1998-67, 1998-151, 1999-07, 1999-24, 1999-97, 1999-101, 2000-24, 2000-40, 2000-70, 2000-93.

Het verdient aanbeveling om de materiële werkingssfeer van artikel 7:648 BW, artikel 125g AW en artikel III WOA op bovenvermelde punten aan te laten sluiten op de wetstekst van artikel 7:646 BW.

3.3 Reikwijdte WOA en (A)WGB

De reikwijdte van zowel de WGB als de AWGB is ruimer dan de WOA (inclusief artikel 7:648 BW en artikel 125g AW). Artikel 5 AWGB heeft de ruimste reikwijdte en omvat de aanbidding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking, het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding, de arbeidsvoorwaarden, het laten volgen van onderwijs, scholing en vorming tijdens *of voorafgaand aan* een arbeidsverhouding én de bevordering.²³ Werving en selectie en de scholing voorafgaand aan een arbeidsverhouding, noch het vrije beroep vallen echter onder de WOA. In het commentaar van de CGB van 1995 op het wetsvoorstel heeft de CGB er op gewezen dat het de voorkeur verdient de werkingssfeer van de WOA te spiegelen aan die van de (A)WGB.²⁴ Hieronder wordt per deelgebied hier verder op ingegaan.

- *Scholing voorafgaand aan de arbeidsverhouding.* De WOA heeft alleen betrekking op scholing in het kader van een arbeidsovereenkomst, terwijl de AWGB en de WGB betrekking hebben op het volgen van onderwijs, scholing en dergelijke zowel voorafgaand als tijdens de arbeidsverhouding (artikel 5, eerste lid, sub e, AWGB en artikel 4 WGB). De CGB wijst erop dat, via het verbod op indirect onderscheid naar geslacht, onderscheid naar arbeidsduur bij scholing voorafgaand aan de arbeidsverhouding wel getoetst kan worden aan de (A)WGB, wanneer overwegend mannen of vrouwen benadeeld worden. De CGB voorziet geen knelpunten uit het oogpunt van handhaafbaarheid van de norm wanneer scholing voorafgaand aan de arbeidsverhouding onder de werkingssfeer van de WOA wordt gebracht. Ter wille van de stroomlijning geeft de CGB in overweging de werkingssfeer van de WOA op dit punt uit te breiden conform de ruimere werkingssfeer van artikel 5 AWGB.
- *Het vrije beroep.* In artikel 2 WGB is het verbod van onderscheid tussen mannen en vrouwen in het vrije beroep opgenomen. Het verbod bestrijkt de voorwaarden voor de toegang tot en de mogelijkheden tot uitoefening van en ontplooiing binnen het vrije beroep, alsmede de regelingen tussen beroepsgenoten niet zijnde pensioenvoorzieningen als bedoeld in artikel 12a WGB. Ook de AWGB bestrijkt het vrije beroep (artikel 6 AWGB). Het verbod van onderscheid naar arbeidsduur strekt zich niet uit over het vrije beroep. Waarom bij de totstandkoming van de WOA niet is gekozen voor aansluiting bij de werkingssfeer van de AWGB wordt uit de parlementaire geschiedenis niet duidelijk. Het verdient aanbeveling om te onderzoeken of de overwegingen die destijds hebben geleid tot het niet onder de WOA brengen van het vrije beroep, nu nog gelden.
- *Werving en selectie.* De WOA is niet van toepassing op werving en selectie. Ook de term *aanstelling verlenen* in artikel 125g AW ziet niet op het recht om in deeltijd te worden aangesteld, noch op het recht om de arbeidsduur te verminderen. Op grond van de Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) kan een werknemer aanpassing van de arbeidsduur verzoeken, indien hij een jaar in dienst is van de werkgever. Onduidelijk is wat de grens tussen werving en selectie is en “de voorwaarden bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst”, hetgeen wel onder de reikwijdte van de norm valt. Het stellen van minimale uren eisen in geval van bevordering, overplaatsing of als een voorwaarde voor het voortzetten van de arbeidsovereenkomst (interne sollicitatie) valt onder de werkingssfeer van de WOA (oordeel 1999-97, zie Burri, paragraaf 4.3.11). Ook bij het aanbieden van een

²³ Ten aanzien van de ambtenaar bepaalt artikel 5, eerste lid, sub c AWGB dat geen onderscheid mag worden gemaakt bij het aanstellen tot ambtenaar en het beëindigen van het dienstverband van een ambtenaar.

²⁴ Commentaar Commissie gelijke behandeling, t.a.p., p. 6 en 7.

functie in het kader van een reorganisatie acht de Commissie de WOA van toepassing (oordeel 2000-93). De werving- en selectiefase kan worden getoetst aan het verbod op indirect onderscheid op grond van geslacht, indien overwegend vrouwen (of mannen) benadeeld worden. Gelet hierop, en onder verwijzing naar de externe evaluatie van de AWGB²⁵ beveelt de CGB aan te onderzoeken wat de consequenties zullen zijn van het opnemen van werving en selectie in de werkingssfeer van de artikelen 7:646 en 125g AW en de WOA. Een en ander zal in samenhang met de WAA moeten worden gezien.

3.4 Stroomlijning WOA en WAA

De WOA en de WAA overlappen elkaar op een aantal punten. Beide wetten bestrijken situaties die betrekking hebben op het stellen van minimale of maximale uren eisen. De WOA (en het verbod van indirect onderscheid naar geslacht) komt een aanvullende betekenis toe in die gevallen die buiten de reikwijdte van de WAA vallen, bijvoorbeeld omdat de arbeidsovereenkomst nog geen jaar heeft geduurd. Ook ten aanzien van werktijdenregelingen, en met name de spreiding van werktijden, heeft de CGB de WOA van toepassing verklaard. Immers, wanneer aan het werken in deeltijd nadere eisen worden gesteld, kan aan artikel 7:648 BW getoetst worden. Ook het verbod op indirect onderscheid naar geslacht kan van toepassing zijn op situaties die de WAA bestrijkt en kan een aanvullende betekenis hebben bijvoorbeeld in de werving- en selectiefase of bij scholing voorafgaand aan de arbeidsverhouding.

De toetsingssystematiek van de WAA verschilt zowel van die van de WOA als van het gelijke behandelingsgebod op grond van geslacht. Wanneer een verzoek om aanpassing van de arbeidsduur is toegekend, stelt ingevolge de WAA de werkgever de spreiding van de uren vast overeenkomstig de wensen van de werknemer. Maar de werkgever kan de gewenste spreiding van de uren wijzigen, indien hij daarbij een zodanig belang heeft dat de wens van de werknemer daarvoor naar maatstaven van *redelijkheid en billijkheid* moet wijken.

In het kader van de WOA wordt de strikte objectieve rechtvaardigingstoets gebruikt als er sprake is van onderscheid op grond van arbeidsduur bij het inzetten van deeltijders. Onderzocht wordt of het doel zwaarwegend en niet discriminerend is en het middel geschikt en noodzakelijk is. Hetzelfde geschil, enerzijds getoetst aan de WAA en anderzijds aan de WOA of indirect onderscheid op grond van geslacht, kan dus tot verschillende uitkomsten leiden.

De Commissie constateert dat sprake is van samenloop van de WOA (en indirect onderscheid naar geslacht) en de WAA. Hierdoor ontstaat de situatie dat soms de ene, soms de andere norm van toepassing is, die niet goed op elkaar afgestemd zijn qua toetsingssystematiek. Bovendien geldt een andere handhavingssystematiek in het kader van de WAA enerzijds en de WOA (en indirect onderscheid naar geslacht) anderzijds. De handhaving van de WAA is bij uitsluiting opgedragen aan de rechter, terwijl de CGB bevoegd is geschillen in het kader van de WOA (en op grond van indirect onderscheid naar geslacht) naast de rechter te toetsen. Omdat de CGB niet bevoegd is te oordelen over toepassing van de WAA kan zij geen harmoniserende rol spelen. Uit de juridische analyse van Burri blijkt ook dat de rechter moeite heeft met het toepassen van de objectieve rechtvaardigingstoets in al zijn facetten. De Commissie geeft in overweging te doen onderzoeken hoe hierin verandering kan worden gebracht. Dit zou kunnen, hetzij door de toetsingssystematiek in de WAA te harmoniseren door de objectieve rechtvaardigingstoets in deze wet in te voeren, hetzij bij de handhaving van de WAA de CGB een rol toe te kennen. Aanbevolen wordt dit ook als aandachtspunt bij de evaluatie van de WAA mee te nemen.

²⁵ I.P. Asscher-Vonk en C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke Behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Den Haag, 1999, p. 310.

3.5 Wet Arbeid en Zorg (WAZ)

Met ingang van 1 december 2001 is het recht op calamiteiten- en ander kort verlof ingevoerd. Hiermee is de zogenaamde derde tranche van de WAZ in werking getreden.²⁶

Het kortdurend zorgverlof geeft de werknemer het recht op verlof voor de noodzakelijke verzorging in verband met ziekte van een persoon, die tot de in de wet omschreven kring van zorgbehoevendenden van de werknemer behoort (partner, inwonende (pleeg) kinderen en ouders). Het verlof bedraagt per jaar ten hoogste twee maal de arbeidsduur per week. Voor deeltijders geldt derhalve het recht op kortdurend zorgverlof naar rato van de omvang van de arbeidsduur.

Het is de Commissie opgevallen dat de systematiek van de WOA, waarin ten aanzien van elke arbeidsvoorwaarde afzonderlijk getoetst moet worden welke behandeling in overeenstemming is met het verbod op onderscheid naar arbeidsduur, niet is toegepast op het kortdurend verlof. Daarbij is niet onderzocht in hoeverre het naar rato toekennen van het kortdurend zorgverlof voor sommige deeltijders benadelend is. Bijvoorbeeld als de ziekte van een kind, waarvoor verlof wordt opgenomen, toevalligerwijze een aantal malen op de werkdag van de deeltijder valt en niet naar evenredigheid in de tijd. De redenen voor kortdurend verlof zijn immers niet planbaar. Het is de Commissie niet gebleken dat de wetgever bij de invoering van het wettelijk recht op kortdurend verlof naar rato van de arbeidsduur, een afweging heeft gemaakt over het buiten beschouwing laten van de toetsingssystematiek van de WOA.

3.6 Artikel V WOA (andere arbeidsverhoudingen)

Ingevolge artikel V is de WOA ook van toepassing op andere arbeidsverhoudingen mits onder gezag arbeid wordt verricht. Doel van artikel V WOA is het verbod tot het maken van onderscheid naar arbeidsduur uit te breiden tot arbeidsrelaties waarvan de juridische status niet helder is. Het is de vraag of de bedoeling van de wetgever met deze bepaling is gerealiseerd, nu op grond van artikel V WOA is vereist dat arbeid *onder gezag* van een ander wordt verricht. Bij arbeidsverhoudingen die niet onder de werkingssfeer van artikel 7:648 BW vallen is immers vaak juist niet aan het gezagscriterium voldaan. Sinds 1 januari 1999 kan een beroep worden gedaan op artikel 7:610a BW om een rechtsvermoeden van een arbeidsovereenkomst te vestigen, terwijl op grond van artikel 7:610b BW een rechtsvermoeden over de omvang van de arbeidsovereenkomst kan worden gevestigd. De vraag of de arbeidsverhoudingen die niet vallen onder artikel 7:648 BW wel allemaal door de werkingssfeer van artikel V WOA worden bestreken, vormt vooral een knelpunt indien niet bewezen kan worden dat arbeid onder gezag wordt verricht.

Volgens de regering komt de formulering in artikel V WOA overeen met het begrip *arbeidsverhouding* in artikel 5, eerste lid, onder a, AWGB. In de wettekst van de AWGB wordt evenwel geen melding gemaakt van het gezagscriterium, maar wel in de MvT van de AWGB.²⁷ Hierdoor blijft de onduidelijkheid bestaan. In de literatuur is verdedigd dat de wettelijke term *arbeidsverhouding* op een ruimere werkingssfeer duidt.²⁸ De regering heeft naar aanleiding van het onderzoek naar de effectiviteit van de gelijke behandelingswetgeving gesteld dat artikel 5 AWGB bescherming beoogt te bieden tegen ongelijke behandeling op het gehele terrein van de arbeid en dat deze *geen enkele arbeidsrelatie van een beroep op de wet uitsluit*.²⁹

²⁶ Stb. 2001, 567.

²⁷ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 16.

²⁸ Zie Burri (2000), p. 420-421, met de daarbij vermelde literatuur.

²⁹ Zes Jaar Algemene wet gelijke behandeling. Kabinetsstandpunt Evaluatie AWGB (1994-2000), concept, 16 april 2002 (hierna: 'Concept-kabinetsstandpunt Evaluatie AWGB').

Met het oog op de helderheid, verdient het aanbeveling om in de WOA de term *arbeidsverhouding* te hanteren en te omschrijven, uitgaande van het brede begrip zoals dat op grond van de AWGB wordt geïnterpreteerd.

Voorts zou opnemng van de term *arbeidsverhouding* in de wettekst stroken met de EG-richtlijn over deeltijdarbeid, waarin is bepaald dat de richtlijn van toepassing is op deeltijders die werken uit hoofde van een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, als omschreven bij wet, collectieve overeenkomsten of gebruiken in iedere lidstaat (clausule 2, punt 1). De WOA zou op dit punt aan richtlijn 97/81/EG moeten worden aangepast.

3.7 Handhaving

Een opzegging in strijd met artikel 7:648, eerste lid, BW of wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op het verbod van onderscheid naar arbeidsduur is vernietigbaar. Artikel 7:647, tweede en derde lid, BW zijn van overeenkomstige toepassing verklaard. Op grond van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie zijn lidstaten verplicht om de nodige voorschriften op te nemen in de nationale rechtsorde om de rechterlijke bescherming te verzekeren aan de werknemer wiens werkgever, na beëindiging van de arbeidsverhouding, weigert referenties te verstrekken, als reactie op een vordering in rechte die is ingediend om het beginsel van gelijke behandeling in de zin van artikel 6 van richtlijn 76/207/EG te doen naleven.³⁰ Stroomlijning met het gelijke behandelingsrecht zou dus vereisen dat het victimisatieverbod een ruimere reikwijdte heeft en ook ziet op een nadelige behandeling na de beëindiging van de arbeidsverhouding. De CGB beveelt de wetgever aan de victimisatiebepaling in overeenstemming te brengen met de bepalingen daaromtrent in het internationale recht.

Toepasselijkheid van de handhavingbepalingen van de AWGB

De CGB is bevoegd te oordelen over onderscheid naar arbeidsduur. In artikel 7:648, derde lid, BW is evenwel niet het hele tweede hoofdstuk van de AWGB ten aanzien van de CGB van toepassing verklaard (artikel 11 t/m 21, AWGB). In de praktijk kunnen in het bijzonder de artikelen 18 en 19 van belang zijn, waarin respectievelijk bijstand van specifieke ambtenaren is geregeld en de mogelijkheid voor de CGB om alle inlichtingen en bescheiden te vorderen die voor de vervulling van de taak van de CGB redelijkerwijs nodig zijn. In de MvT is opgemerkt dat de overige bepalingen niet uitdrukkelijk van toepassing hoeven te worden verklaard, nu deze het functioneren van de CGB en de uitoefening van haar taak en werkwijze betreffen.³¹ Deze bepalingen gelden voor alle zaken waarmee de CGB te maken krijgt, derhalve ook voor geschillen over arbeidsduur, zonder dat een aparte rechtsgrondslag nodig is, aldus de MvT. Aangenomen mag worden dat dus het hele hoofdstuk van de AWGB over de CGB van toepassing is bij geschillen die binnen de werkingssfeer van de WOA vallen. Dit neemt niet weg dat een wettelijke verwijzing naar de artikelen 11 t/m 21 AWGB meer duidelijkheid zou scheppen. Op dit punt heeft de CGB ook reeds gewezen in haar Commentaar op het wetsvoorstel.³²

De CGB beveelt aan de wettelijke verwijzing naar alle relevante bepalingen van de AWGB in artikel 7:648 BW op te nemen.

4. OVERIGE KNELPUNTEN

4.1 Symmetrische benadering en bevestiging van de voltijdse norm

De CGB onderschrijft het uitgangspunt van de wetgever om deeltijdwerk als normale en volwaardige arbeid te zien en voltijdwerk als standaardnorm af te wijzen. De praktijk blijkt echter weerbarstig. Om te kunnen constateren dat er sprake is van ongelijke behandeling die

³⁰ HvJ EG 22 september 1998, zaak C-185/97, *Jur.* 1998, p. I-5199 (Coote).

³¹ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 498, nr. 3, p. 23.

³² Commentaar Commissie gelijke behandeling inzake arbeidsduur, t.a.p., p. 9.

leidt tot benadeling van werknemers met een verschillende arbeidsduur, is een vorm van vergelijking geboden. En dan blijkt in de praktijk dat in veel gevallen de op de (bijna) voltijder toegesneden norm het enige mogelijke referentiekader vormt. Dit houdt in dat met deze vergelijkingsmaatstaf kritisch omgegaan moet worden om te voorkomen dat de dominante voltijdse norm wordt bevestigd in plaats van afgezwakt zoals de wetgever heeft beoogd.

Een ander punt is dat zowel voltijders als deeltijders beroep kunnen doen op het verbod van onderscheid naar arbeidsduur. Deze symmetrische benadering staat, zoals Burri terecht stelt, op gespannen voet met de uitgangspunten en doelstellingen van de WOA welke onder meer gericht zijn op bevordering van deeltijdarbeid. Eén van de ongewenste gevolgen van de symmetrische benadering is dat het tot *levelling-down* kan leiden, waardoor zowel voltijders als deeltijders uiteindelijk slechter af zijn. Burri noemt als voorbeeld het betalen van overwerktoeslagen boven de individuele arbeidsduur op grond van de uitleg die de regering heeft gegeven tijdens de parlementaire behandeling van de WOA. Doordat volgens de regering het toekennen van toeslagen boven de individuele arbeidsduur objectief gerechtvaardigd moet worden, ligt het voor de hand om alle toeslagen boven de individuele arbeidsduur af te schaffen. Volgens Burri is de interpretatie van de regering van het *Helmig*-arrest, voor discussie vatbaar. In het *Helmig*-arrest, zo stelt Burri,

'heeft het HvJ gezegd dat het betalen van een overwerktoeslag pas na overschrijding van de voltijdse arbeidsduur geen benadeling van deeltijders betekent. Van ongelijke behandeling is pas sprake als de totale beloning van voltijders hoger is dan die van deeltijders voor een gelijk aantal uren. Er hoeft dus geen toeslag te worden betaald na overschrijding van de individuele arbeidsduur aan deeltijders. Daarmee zegt het HvJ niet dat betaling van een overwerktoeslag na overschrijding van de individuele arbeidsduur, maar beneden de gebruikelijke arbeidsduur, een benadeling van voltijders betekent. Daarover laat het HvJ zich niet uit.'

Burri wijst bij haar kritiek op de symmetrische benadering ook op de verdragsverplichtingen van Nederland onder het VN Vrouwenverdrag. Artikel 5 van dit verdrag verplicht tot bestrijding van de dominante gender ideologie. Hieronder valt het vasthouden van een mannelijk model van werken en leven met een daarbij behorende voltijd baan. Bij een asymmetrische benadering echter, zouden alleen deeltijders een beroep kunnen doen op bescherming van de wet. Inachtneming van de verplichtingen onder het Vrouwenverdrag, betoogt Burri, betekent dan dat rekening zou worden gehouden met het feit dat deeltijders veelal werknemers zijn met andere verplichtingen, zoals zorgtaken. Het werken op uren die de individuele arbeidstijd overschrijden kan dan eveneens bezwaarlijk zijn en compensatie geboden.

In het licht van de overige gelijke behandelingswetgeving die eveneens symmetrisch is geformuleerd, acht de CGB aanpassing van de normstelling vooralsnog niet voor de hand liggend. Wel zou de wetgever meer duidelijkheid kunnen scheppen door te benadrukken dat het verbod van onderscheid op grond van arbeidsduur in het licht van de doelstellingen van de WOA -in het bijzonder de verbetering van de rechtspositie van deeltijders- en in het licht van de in artikel 5 IVDV vervatte verplichting dient te worden geïnterpreteerd.

Harmonisering EG-richtlijn deeltijdarbeid

De Commissie merkt op dat de formulering van de WOA slechts gedeeltelijk overeen komt met het gelijke behandelingsgebod in de EG-richtlijn over deeltijdarbeid (97/81/EG), die op 20 januari 2000 geïmplementeerd moest zijn. De richtlijn verbiedt een minder gunstige behandeling van deeltijders in vergelijking met vergelijkbare voltijders in de arbeidsvoorwaarden enkel omdat ze in deeltijd werken, tenzij het verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is (clausule 4). De EG-richtlijn kent dus wel een asymmetrische benadering. Deze sluit aan bij de eerste doelstelling van de richtlijn: het opheffen van

discriminatie van deeltijders en de verbetering van de kwaliteit van deeltijdarbeid (clausule 1).

De Commissie constateert op dit punt van de symmetrische benadering een discrepantie tussen de richtlijn en de WOA en verzoekt de wetgever zich uit te spreken over dit punt.

4.3 Benadeling

De (parlementaire geschiedenis van de) WOA verschaft niet voldoende duidelijkheid over de vraag hoe vastgesteld moet worden of er sprake is van benadeling. Benadeling kan immers het gevolg zijn van verschil in behandeling, van identieke behandeling of van toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Afhankelijk van het gekozen perspectief en het referentiekader, zal verschillend kunnen worden gedacht over de vraag of al of niet sprake is van benadeling. Het is om deze reden niet altijd scherp vast te stellen of de gelijke behandelingsnorm vanwege arbeidsduur een identieke, evenredige of nog andere behandeling vereist. In sommige gevallen heeft de benadeling van de ene groep deeltijders, bevoordeling van een andere groep deeltijders tot gevolg. De Commissie ziet evenwel niet hoe dit door wijziging van de normstelling veranderd zou moeten worden. Wel is de Commissie van mening dat het zou bijdragen tot de oordeelvorming als duidelijk wordt gesteld dat de WOA mede de bescherming van kleine deeltijders beoogd heeft (zie ook paragraaf 4.1).

4.4 Toetsingssystematiek.

Soms blijkt het moeilijk om de in de MvT aangegeven systematiek consequent toe te passen. Bij de vraag of er sprake is van benadeling, dient immers de aard en de strekking –het doel van de regeling derhalve- van de in geding zijnde arbeidsvoorwaarden te worden bepaald. Dit impliceert reeds een omschrijving van het doel van een regeling bij het vaststellen van de benadeling. Hoewel de systematiek van de WOA, eerst beoordelen of sprake is van een benadeling die onderscheid tot gevolg heeft en vervolgens of het geconstateerde onderscheid objectief gerechtvaardigd is, in sommige gevallen enigszins gekunsteld overkomt, is de CGB van mening dat de systematiek niet onwerkbaar is gebleken.

Bij de omschrijving van de objectieve rechtvaardigingstoets in de MvT van de WOA wordt aangesloten bij de toets zoals vermeld in de MvT van de AWGB, maar de formuleringen komen niet helemaal met elkaar overeen.³³ Het criterium dat aan het nagestreefde doel iedere discriminatie vreemd is, wordt in de MvT van de WOA niet vermeld. Uit het feit dat nadrukkelijk naar de MvT van zowel de Reparatiewetgeving als van de AWGB wordt verwezen, kan worden afgeleid dat geen inhoudelijke wijziging is beoogd.

Uit het onderzoeksverslag van Burri blijkt dat de objectieve rechtvaardigingstoets door de CGB in haar oordelen niet in alle gevallen even consequent en strikt is toegepast. Met ingang van 1 januari 2002 is de CGB gekomen met een aangepaste formulering die overigens eenduidig wordt toegepast bij de andere gronden. De objectieve rechtvaardiging wordt getoetst als volgt. Het doel moet voldoende zwaarwegend en niet discriminerend zijn; en het middel moet passend en noodzakelijk zijn. Hiermee verwacht de Commissie een consequente toepassing van de toets te kunnen effectueren.

4.5 Voorlichting

Uit de rechtspraak van (lagere) rechters kan worden afgeleid dat werktijdenregelingen vaak een rol spelen bij ontbindingsverzoeken en (mede) aan de norm van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), maar niet specifiek aan artikel 7:648 BW, worden getoetst.³⁴ Dit heeft tot gevolg dat de objectieve rechtvaardigingstoets van de WOA door de rechters (nog) niet wordt toegepast en dat werkgevers niet hoeven aan te tonen dat ze een zwaarwegend en legitiem doel nastreven en dat de gekozen middelen geschikt en noodzakelijk zijn om dat

³³ *Kamerstukken II* 1990/91, nr. 3, p. 14

³⁴ Zie bijvoorbeeld *Ktr. Utrecht* 1997, *RN* 1997, 729; *Ktr. Zutphen* 22 december 1998, *JAR* 1999, 88 en *Ktr. Gouda* 15 juli 1999, *JAR* 1999, 184.

doel te bereiken. De normstelling van de WOA wordt echter gewaarborgd door de zwaardere objectieve rechtvaardigingstoets.

De CGB vraagt aandacht voor de (bij)scholing van de rechterlijke macht en rechtshulpverleners op het gebied van de gelijke behandelingswetgeving. Het verdient aanbeveling te bevorderen dat gelijke behandelingsrecht ook als onderdeel van de opleidingstrajecten van nieuwe leden van de rechterlijke macht op te nemen. De CGB zal aan voorlichting en scholing van verscheidene doelgroepen meer aandacht gaan besteden, ook zal aan het ter kennis stellen van oordelen aan rechters meer aandacht worden besteed.³⁵

³⁵ Gelijke behandeling in beweging; evaluatie van vijf jaar Algemene wet gelijke behandeling 1994-1995

Conclusies

Het doel van deze evaluatie was nagaan hoe de Wet verbod onderscheid naar arbeidsduur (WOA) vijf jaar na inwerkingtreding, in de praktijk functioneert. De Commissie heeft hierbij gelet op de toegankelijkheid, uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid, en op de vraag in hoeverre de wet is afgestemd op andere internationale regelgeving. De bevindingen van de Commissie zijn grotendeels gebaseerd op onderzoek dat in opdracht van de Commissie is verricht door dr. S. Burri.

De CGB wijst er op dat deze evaluatie beperkt is tot haar eigen ervaringen en de jurisprudentie van de gewone rechter. Voor een volledig beeld van de werking van de WOA in de praktijk, is ander (empirisch) onderzoek nodig. De Commissie wijst in dit verband op de zorgwekkende resultaten van het herhalingsonderzoek dat de Arbeidsinspectie recentelijk uitvoerde inzake onderscheid in CAO's tussen voltijders en deeltijders.³⁶ Hieruit blijkt dat van de 22 onderzochte CAO's die in 2000 onderscheid maakten wegens arbeidsduur, 15 CAO's nog steeds bepalingen bevatten waarin onderscheid werd gemaakt en dat er zelfs vergeleken met 1999, sprake is van nieuwe onderscheidende bepalingen. De Commissie onderschrijft de aanbeveling van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Stichting van de Arbeid om bij de CAO-partijen te bevorderen conceptakkoorden aan de CGB ter beoordeling voor te leggen. De Commissie doet voorts de aanbeveling aan de Minister om bij aanvragen voor het algemeen verbindend verklaren van CAO's, systematisch na te gaan of er sprake is van onderscheidende bepalingen en in geval van twijfel advies hierover in te winnen bij de Commissie.

Toegankelijkheid

Op basis van het grote aantal telefoontjes dat jaarlijks bij de Commissie binnenkomt, constateert de Commissie dat er een grote behoefte aan informatie over deze discriminatiegrond bestaat.

De Commissie acht de verbrokkeling van de normstelling over verschillende wettelijke regelingen (de WOA zelf, het Burgerlijk Wetboek en de Ambtenarenwet), een punt van zorg, aangezien dit tot onbekendheid van de norm kan leiden. Aanbevolen wordt dan ook te onderzoeken hoe dit kan worden tegengegaan. Bijvoorbeeld door opnemings van de open normadressering overeenkomstig artikel 5 AWGB in het BW en de Ambtenarenwet.

Uitvoerbaarheid

De CGB heeft een aantal knelpunten geconstateerd vanwege de gecompliceerde materie waarover de CGB oordeelt en de wijze waarop de normstelling in elkaar zit. Deze knelpunten leiden echter niet tot de conclusie dat de normstelling aangepast zou moeten worden. De CGB ziet niet hoe de normstelling zich zou lenen voor verdere abstractie. Uit de verdere toename van jurisprudentie zal naar het oordeel van de CGB steeds beter uit de verf komen wat gelijke behandeling vanwege arbeidsduur ten aanzien van diverse arbeidsvoorwaarden inhoudt.

Op een aantal punten beveelt de CGB aan de WOA te stroomlijnen en te harmoniseren met andere (inter)nationale wetgeving, waaronder de AWGB, de WAA, de WAZ en EG-richtlijn inzake deeltijdarbeid. Eén van de punten betreft de spanning tussen de doelstelling van de WOA (gericht op bevordering deeltijdwerk) en de normstelling welke symmetrisch is geformuleerd (zowel deeltijders als voltijders kunnen er beroep op doen). De Commissie onderkent dat de norm in sommige opzichten een asymmetrische benadering impliceert, maar ziet geen redenen de normstelling te wijzigen, gelet op de overige gelijke behandelingswetgeving waarin ook voor een symmetrische benadering is gekozen. Wel is de Commissie van mening dat een duidelijke uitspraak van de wetgever dat de WOA mede

³⁶ *Onderscheid in CAO's tussen deeltijders en voltijders in 2001*, rapport van de Arbeidsinspectie, juli 2002.

bedoeld is kleine deeltijders te beschermen, zal bijdragen aan de toepassing van de wet in de praktijk. Dit geldt vooral bij het vaststellen van benadeling.

Handhaafbaarheid en naleving

De Commissie constateert dat de objectieve rechtvaardigingstoets niet altijd juist en volledig wordt toegepast door de rechter. Dit leidt tot uiteenlopende uitkomsten van geschillen. Voorlichting en scholing over de gelijke behandelingsnorm van de WOA acht de CGB dan ook van groot belang, met name aan rechters.

Ondanks de wat gekunstelde systematiek, is de WOA in de praktijk goed werkbaar gebleken. Uit het onderzoeksrapport van Burri blijkt dat de Commissie en de rechtspraak voor diverse arbeidsvoorwaarden heeft duidelijk gemaakt wat de gelijke behandelingsnorm op grond van arbeidsduur inhoudt.

Ten aanzien van de naleving blijkt uit een eigen onderzoek van de Commissie dat de betrokken werkgever, overheidsinstantie of CAO-partij in veel gevallen het oordeel had nageleefd of daartoe de intentie had. Uit de dossiers blijkt niet altijd of de intentie om het oordeel na te leven ook is uitgevoerd. Om hieraan tegemoet te komen, is het monitorsysteem van de Commissie inmiddels geïntensiveerd.

Bij individuele verzoeken is vaak sprake van een nog bestaande arbeidsrelatie. Uit de oordelen over onderscheid op grond van arbeidsduur is vrijwel altijd op eenvoudige wijze af te leiden welke handelwijze dient te worden gevolgd om niet in strijd met de wet te handelen. De oordelen hierover lenen zich er daarom bij uitstek voor om te worden opgevolgd, met alle positieve gevolgen voor de betrokken personen en hun collegae die in een soortgelijke positie verkeren.

In twee gevallen werd ook aan de eisen van de gelijke behandelingswetgeving voldaan door in twee CAO's de seniorenregelingen te schrappen. Overigens werd in één van deze gevallen de seniorenregeling vervangen door een vakantieregeling voor 55-plussers, die wel voldeed aan het naar rato-criterium.

Tenslotte is het opvallend dat vergeleken met andere discriminatiegronden, er relatief veel normadressaten (werkgevers, overheid, CAO-partijen), de weg naar de Commissie weten te vinden en hun eigen handelen voorleggen aan een oordeel van de CGB. Daarnaast wenden zich ook relatief veel medezeggenschapsorganen zich tot de Commissie. Bovendien gaat van de oordelen een preventieve werking uit: vergelijkbare gevallen worden in volgende situaties toegepast. Een oordeel van de Commissie heeft daardoor positieve effecten voor een veel grotere groep mensen dan slechts de bij het oordeel betrokken partijen. De Commissie deelt de mening van Van der Wolff dan ook niet dat 'oordelen over de WOA steevast (heel) klein onrecht' zou betreffen'.³⁷

³⁷ D.J.B. de Wolff, Arbeidsduur. In: D.J.B. de Wolff (red), *Gelijke Behandeling: oordelen en commentaar* 2001, Kluwer, Deventer, 2002, p. 57.