P.C. Vas Nunes

Discriminatie in arbeid

BAKELSREEKS

Boomjuridisch

BAKELS INSTITUUT

Discriminatie in arbeid

Discriminatie in arbeid

P.C. Vas Nunes

Boom juridisch
Den Haag
2021

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2021 P.C. Vas Nunes | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprorechtregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-946-5
ISBN 978-90-8974-522-4 (e-book)
NUR 825

www.boomjuridisch.nl

Voorwoord

'Systemisch' racisme in de toeslagenaffaire die het kabinet deed vallen, wel of geen 'vrouwenquotum', schrijnende ongelijkheid tussen, aan de ene kant, werknemers met een vast contract en, aan de andere kant, werknemers met een tijdelijk contract, flexwerkers, uitzendkrachten en zzp'ers, arbeidsparticipatie van ouderen en gehandicapten, door corona toegenomen kansongelijkheid, grondwettelijke erkenning van lhgbti..., gelijke behandeling (non-discriminatie) is dagelijks nieuws. De wetgever roert zich, de Europese en Nederlandse rechtspraak staan niet stil, het College voor de Rechten van de Mens velt jaarlijks honderden oordelen over discriminatieklachten. Het recht met betrekking tot gelijke behandeling in arbeidsverhoudingen blijft in beweging. Dit boek zet de hoofdlijnen van dat recht uiteen voor rechtspraktijk, onderwijs en wetenschap, en voor iedereen die meer wil weten over dit boeiende en voor de dagelijkse praktijk relevante onderdeel van het recht. De eerste hoofdstukken behandelen algemene leerstukken, zoals het concept 'gelijke behandeling', de rechtsbronnen, de non-discriminatiegronden, de reikwijdte van het discriminatieverbod, vergelijkingsmethoden, direct en indirect onderscheid, objectieve rechtvaardiging, bewijs, verjaring, en de sancties op overtreding. Het tweede gedeelte past deze leerstukken toe op de verschillende stadia van de arbeidsverhouding: van werving en sollicitatie, via beloning, promotie, arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden, tot ontslag, ontslagvergoeding en doorwerken na pensioen. Het boek is bijgewerkt tot maart 2021.

Peter Vas Nunes
Den Haag, februari 2021

Citeerwijze rechtspraak

De voetnoten verwijzen hoofdzakelijk naar Nederlandse, buitenlandse en Europese gerechtelijke uitspraken, naar oordelen van de voormalige Commissie gelijke behandeling (CGB), nu het College voor de Rechten van de Mens (CRM), en naar vakliteratuur in Nederlandse arbeidsrechtelijke tijdschriften. Daar waar een uitspraak (ook) is gepubliceerd in het veel geraadpleegde tijdschrift Jurisprudentie Arbeidsrecht (JAR), volsta ik met het weergeven van de vindplaats van de uitspraak in JAR. Is een uitspraak niet gepubliceerd in JAR maar wel in een ander tijdschrift zoals Rechtspraak Arbeidsrecht (RAR) of Pensioenjurisprudentie (PJ), dan verwijs ik naar dat tijdschrift. Wie geen toegang heeft tot het betrokken tijdschrift kan in de meeste gevallen de uitspraak vinden op rechtspraak.nl door het gerecht en de datum van de uitspraak in te voeren, bij voorkeur met één of meer filters. Sommige Nederlandse uitspraken zijn enkel gepubliceerd op rechtspraak.nl. In die gevallen vermeld ik op verkorte wijze instantie, datum en ECLI-nummer (European Case Law Identifier); voorbeeld: Hof Arnhem 22.10.13, GHARL:78856 in plaats van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:78856. Oordelen van de CGB en het CRM worden aangehaald met jaartal en nummer, wat voldoende is om ze te vinden op mensenrechten.nl. Uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) en zijn voorloper Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (HvJ EG) worden geïdentificeerd aan de hand van datum, verkorte naam en C-nummer.

Belangrijkste afkortingen

AR:	ArbeidsRecht (maandblad)
ArA:	Arbeidsrechtelijke Annotaties (maandblad)
ARUpd:	Arbeidsrechtelijke Updates (digitaal weekoverzicht)
Awgb:	Algemene wet gelijke behandeling
BW:	Burgerlijk Wetboek
CGB:	Commissie gelijke behandeling (thans: CRM)
College:	zie CRM
CRM:	College voor de Rechten van de Mens (opvolger CGB)
CRvB:	Centrale Raad van Beroep
EELC:	European Employment Law Cases (kwartaaltijdschrift)
EHRM:	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM:	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
h/cz:	handicap en chronische ziekte
Hof:	Gerechtshof
HR:	Hoge Raad
Hv:	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
HvJ:	Hof van Justitie (tot 2010: van de Europese Gemeenschappen; sindsdien: van de Europese Unie)
IVBPR:	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVESCR:	Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
JAR:	Jurisprudentie Arbeidsrecht (driewekelijkse publicatie)
JIN:	Jurisprudentie in Nederland (maandblad)
Ktr.:	kantonrechter
NJ:	Nederlandse Jurisprudentie
NJB:	Nederlands Juristenblad (weekblad)
Oordelenbundel:	de tot en met 2012 door de CGB/het CRM jaarlijks uitgegeven oordelenbundels, te raadplegen op mensenrechten.nl
Pg.:	Praktijkgids (tweewekelijks tijdschrift)
PJ:	Pensioenjurisprudentie (maandblad)

RAR:	Rechtspraak Arbeidsrecht (verschijnt 14 keer per jaar)
Rb.:	rechtbank
RSV:	Rechtspraak Sociale Verzekering (maandblad)
Rv:	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvS:	Raad van State
SMA:	Sociaal Maandblad Arbeid (voormalig maandblad)
SR:	Sociaal Recht (voormalig maandblad)
Stb.:	Staatsblad
Stcrt.:	Staatscourant
TAC:	Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context
TAP:	Tijdschrift voor de Arbeidsrecht Praktijk (verschijnt acht keer per jaar)
TRA:	Tijdschrift Recht en Arbeid (maandblad)
UWV:	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VN:	Verenigde Naties
VWEU:	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Waadi:	Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs
WAB:	Wet arbeidsmarkt in balans
Wazo:	Wet arbeid en zorg
WGB of WGBm/v:	Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen
WGBh/cz:	Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte
WGBL:	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid
WIA:	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WMK:	Wet op de medische keuringen
Wwz:	Wet werk en zekerheid
ZW:	Ziektewet
Zzp'er:	zelfstandige zonder personeel

Inhoud

1	**Inleiding**	13
1.1	Introductie	13
1.2	Non-discriminatiegronden	13
1.3	Rechtsbronnen	18
1.4	Reikwijdte gelijkebehandelingsrecht	19
2	**Wat is gelijke behandeling?**	21
2.1	Inleiding	21
2.2	Direct onderscheid	21
2.3	Indirect onderscheid	24
2.4	Intimidatie	25
2.5	Vergelijken	26
2.6	Hoofdregel en uitzonderingen	34
2.7	Uitzonderingen verbod direct onderscheid	34
2.8	Objectieve rechtvaardiging	35
2.9	Rechtvaardiging direct leeftijdsonderscheid	39
2.10	Afbakening direct/indirect onderscheid	40
3	**Effectueren gelijke behandeling**	43
3.1	Inleiding	43
3.2	Instanties	43
3.3	Procederen	44
3.4	Bewijs en verjaring	46
3.5	Victimisatie	52
3.6	Sancties	53
4	**Werving en selectie**	59
4.1	Inleiding	59
4.2	Geslacht	68
4.3	Leeftijd	72
4.4	Ras, nationaliteit	74
4.5	Handicap en chronische ziekte	77

4.6	Godsdienst, levensovertuiging, politieke overtuiging	81
4.7	Arbeids- en contractduur	82
4.8	Bevordering	83
5	**Beloning**	89
5.1	Inleiding	89
5.2	Geslacht	89
5.3	Handicap en chronische ziekte	116
5.4	Ras en nationaliteit	118
5.5	Leeftijd	119
5.6	Arbeidsduur	121
5.7	Contractduur	125
5.8	Burgerlijke staat	127
5.9	Ter beschikking gestelden	127
6	**Secundaire arbeidsvoorwaarden**	129
6.1	Vakantie en arbeidsduurverkorting	129
6.2	Feestdagen	133
6.3	Bijzonder verlof	134
6.4	Pensioen	135
	6.4.1 Inleiding	135
	6.4.2 Geslacht	143
	6.4.3 Burgerlijke staat	144
	6.4.4 Handicap en chronische ziekte	145
	6.4.5 Leeftijd	146
	6.4.6 Arbeidsduur	150
	6.4.7 Contractduur	151
	6.4.8 Ras en nationaliteit	151
	6.4.9 Seksualiteit	152
6.5	Reis- en verhuiskostenvergoeding	152
6.6	Auto	153
6.7	Opleiding	155
6.8	Schadeverzekeringen	158
7	**Arbeidsomstandigheden**	159
7.1	Inleiding	159
7.2	Plaats van de arbeid	159
7.3	Werktijden	160
7.4	Werkinhoud	162
7.5	Werkomgeving	164
7.6	Kleding en uiterlijk	167
7.7	Medezeggenschap	171

7.8	Terugkeer na verlof		172
7.9	Extra bescherming moeders		174
7.10	Extra bescherming h/cz'ers		175
7.11	Klachtenbehandeling		179
8	**Einde dienstverband**		183
8.1	Algemeen		183
	8.1.1	Inleiding	183
	8.1.2	Vast versus tijdelijk	184
	8.1.3	Ontslagname en wederzijds goedvinden	189
	8.1.4	Opzeggingdoor werkgever	190
	8.1.5	Ontbinding	193
8.2	Geslacht		194
	8.2.1	Niet verlengen tijdelijk contract	194
	8.2.2	Opzegging	195
	8.2.3	Ontbinding	197
8.3	Leeftijd		198
	8.3.1	Leeftijdsontslag - plan van behandeling	198
	8.3.2	Discriminatie – Unierecht	199
	8.3.3	Gelijke behandeling – Nederland	201
	8.3.4	Ontslagrecht	205
	8.3.5	Ontslagrecht in combinatie met gelijke behandeling	208
8.4	Handicap en chronische ziekte		210
	8.4.1	Inleiding	210
	8.4.2	Bedrijfseconomisch ontslag	211
	8.4.3	Ontslag vanwege ziekteverzuim	211
	8.4.4	Functioneringsontslag	212
8.5	Godsdienst		216
8.6	Ras en nationaliteit		217
8.7	Arbeidsduur		217
8.8	Niet benoemde gronden		218
9	**Ontslagvergoeding**		219
9.1	Inleiding		219
9.2	Geslacht		221
9.3	Leeftijd		222
	9.3.1	Rechtspraak HvJ	222
	9.3.2	Kantonrechtersformule	224
	9.3.3	Transitievergoeding, pensioenexceptie	225
	9.3.4	Sociale plannen	230
	9.3.5	Samenvatting transitievergoeding en sociaal plan	235
	9.3.6	Bovenwettelijke werkloosheidsregelingen	235

9.4 Handicap en chronische ziekte 236

10 Doorwerken na pensioen 239
10.1 Doorwerken 239
10.2 Pensioenopbouw 241

Jurisprudentieregister 243

Trefwoordenregister 249

1 Inleiding

1.1 Introductie

Het verbod op discriminatie in arbeid heeft een 'Brusselse' oorsprong. Het Verdrag van Rome, waarmee de Europese Economische Gemeenschap (EEG) (nu: de Europese Unie of kortweg de EU) in 1958 werd opgericht, introduceerde in de lidstaten een verbod op discriminatie op grond van geslacht. De eerste Nederlandse wet op dit gebied dateert van 1975. Sinds die tijd is er veel EU- en nationale wetgeving bijgekomen die 'discriminatie' (EU-terminologie) of ongeoorloofd 'onderscheid' (Nederlandse terminologie) in arbeid verbiedt.

1.2 Non-discriminatiegronden

De werkgever mag niet discrimineren op grond van:
- geslacht;
- ras;
- nationaliteit;
- godsdienst;
- levensovertuiging;
- politieke gezindheid;
- hetero- of homoseksuele gerichtheid;
- burgerlijke staat;
- handicap en chronische ziekte (h/cz);
- leeftijd;
- arbeidsduur;
- contractduur;
- het zijn van een ter beschikking gestelde arbeidskracht.

Het verbod om op deze gronden te discrimineren is van toepassing op iedere arbeidsgerelateerde 'bepaling, maatstaf of handelwijze'.

Eén bepaling, maatstaf of handelwijze kan tegelijk op meerdere gronden onderscheid maken. Een voorbeeld is de regelgeving met betrekking tot huishoudelijk

personeel. Dit personeel werkt onverzekerd, kan zonder ontslagvergunning of rechterlijke toets worden ontslagen en heeft slechts beperkt recht op loon tijdens ziekte. De regelgeving treft huishoudelijk personeel zowel op grond van geslacht (het gros is vrouw) als op grond van ras/nationaliteit (de meerderheid is allochtoon).[1]

Officieel is er geen hiërarchie tussen de non-discriminatiegronden. Over het algemeen neemt men echter aan dat de strafrechtelijk gesanctioneerde gronden ras, geloof/overtuiging/politieke gezindheid, seksuele gerichtheid, geslacht en h/cz een hogere beschermingsstatus hebben dan de overige gronden.

De grond geslacht dekt, behalve het zijn van man of vrouw, ook moederschap, genderidentiteit en genderexpressie. Het begrip 'ras' wordt ruim uitgelegd. Zo kunnen bijvoorbeeld woonwagenbewoners een beroep doen op deze non-discriminatiegrond. 'Nationaliteit' heeft een minder ruime strekking. Zo wordt het hebben van een 'expat'-status niet door deze grond gedekt.[2] De grond godsdienst dekt niet alleen de vrijheid om een godsdienst wel (of juist niet) te belijden, maar ook het recht om ernaar te handelen, bijvoorbeeld door een hoofddoek op het werk te dragen.

Handicap en chronische ziekte

Om te kunnen worden aangemerkt als h/cz moet aan twee vereisten zijn voldaan:[3]

- er is een langdurige lichamelijke of geestelijke beperking; en
- die beperking belet volledige deelname aan het beroepsleven.

Het verschil tussen handicap en chronische ziekte is dat het ene in beginsel permanent is, terwijl het andere weliswaar langdurig is, maar niet noodzakelijk permanent. Van praktisch belang is dit verschil niet.

1. Zie 'Dienstverlening aan huis: wie betaalt de rekening?', bijlage bij Kamerstuk 29544, nr. 507. Nederland zal ILO-verdrag 189 (Decent Work for Domestic Workers), waar het zelf vóór stemde, niet ratificeren: Kamerstukken 29427, nr. 100.
2. Ktr. Assen 21 februari 12, RAR 2012/92; Ktr. Groningen 20 december 2012, JAR 2013/59.
3. HvJ EG 11 juli 2006, C-13/05 (*Navas*), JAR 2006/191; HvJ EU 11 april 2013, C-335/11 (*HK Danmark*, optredend namens *Ring en Werge*), JAR 2013/142; HvJ EU 22 mei 2014, C-356/12 (*Glatzel*); HvJ EU 18 december 2014, C-354/13 (*Kaltoft*), JAR 2015/37; HvJ EU 1 december 2016, C-395/15 (*Daouidi*), JAR 2017/20; HvJ EU 9 maart 2017, C-406/15 (*Milkova*), JAR 2017/95; HvJ EU 11 september 2019, C-397/18 (*Nobel*), JAR 2019/259.

Het begrip 'h/cz' wordt ruim uitgelegd. Voorbeelden van twijfelgevallen zijn verslaving[4] en obesitas.[5] Het enkele feit dat iemand gedurende langere tijd arbeidsongeschikt is of een hoog ziekteverzuim heeft, maakt hem nog niet gehandicapt/chronisch ziek. Een werknemer die zijn hele leven medicijnen zal moeten gebruiken om normaal te kunnen werken, is niet door dat enkele feit h/cz'er.[6] Zijn beperking belet hem immers niet om deel te nemen aan het beroepsleven. Zelfs iemand met een ernstige aandoening heeft geen h/cz als de aandoening hem niet belet zijn werk normaal te verrichten.[7]

Een beperking is 'langdurig' als de werknemer niet op al te lange termijn volledig, dus zonder restverschijnselen of verhoogde recidiefkans, zal herstellen.[8] Het gaat om de waarschijnlijke duur van het beletsel om deel te nemen aan het beroepsleven, niet om de duur van de onderliggende medische toestand. Hierbij is mijns inziens de waarschijnlijkheid op het moment van de (gestelde) discriminatie bepalend. Wat achteraf blijkt, lijkt me niet relevant. Als een 30-jarige met burn-out uitvalt en op die grond geen contractverlenging krijgt, kan hij zich niet beroepen op h/cz-discriminatie, ook niet als de burn-out later blijkt levenslange beperkingen te veroorzaken. De kans dat een dergelijke aandoening 'langdurig' zal zijn, is immers klein.[9]

Een bijzonderheid van de grond h/cz is dat de werkgever niet alleen geen onderscheid op deze grond mag maken; hij moet bovendien, daar waar nodig en redelijkerwijs mogelijk, 'doeltreffende aanpassingen' verrichten om de werknemer in staat te stellen op voet van gelijkheid met zijn niet-beperkte collega's werkzaam te zijn. Hoofdstuk 7 gaat hier op in.

Leeftijd

Leeftijd is meer dan een getal. Leeftijd komt ook tot uiting in criteria als anciënniteit, 'datum in dienst' en ervaring.

4. Voorbeeld: CRM 2017-150.
5. HvJ EU 18 december 2014, C-354/13 (*Kaltoft*), JAR 2015/37: obesitas *kan* h/cz zijn. Voorbeelden waar obesitas als h/cz werd aangemerkt: CGB 2011-78; Ktr. Tilburg 23 september 2011, JAR 2011/289; Ktr. Zwolle 4 november 2011, JAR 2011/309; Ktr. Leiden 22 augustus 2012, JAR 2012/303; Ktr. Groningen 28 mei 2014, JAR 2014/184; CRM 2015-18.
6. Ktr. Amsterdam 8 juli 2014, JAR 2014/199, bekrachtigd in Hof Amsterdam 10 november 2015, JAR 2015/309.
7. HvJ EU 18 maart 2014, C-363/12 (*wensmoeder Z*), JAR 2014/108.
8. HvJ EU 1 december 2016, C-395/15 (*Daouidi*), JAR 2017/20; Ktr. Amersfoort 27 november 2008, JAR 2009/4 (leukemie is cz, want restverschijnselen en verhoogde recidiefkans); Hof 's-Hertogenbosch 24 mei 2011, BQ6056 (herniaklachten geen h/cz, want onzeker of beperkingen van lange duur); CRM 2017-13/14, aangepast in CRM 2017-47 (h/cz, want duur beperking ten tijde van besluit onzeker).
9. Ktr. Amersfoort 27 november 2008, JAR 2009/4; CGB 2011-34; CGB 2011-129; CRM 2015-17.

Onderscheid op grond van anciënniteit is onderscheid op basis van verstreken diensttijd (doorgaans: bij dezelfde werkgever), ongeacht wanneer deze is opgebouwd. Voorbeeld: werknemers krijgen na tien dienstjaren twee extra vakantiedagen per jaar. Onderscheid op grond van 'datum in dienst' houdt in dat wie vóór een zekere datum in dienst trad, anders wordt behandeld dan iemand die daarna werd aangenomen. Onderscheid op deze grond maakt, anders dan anciënniteit, geen onderscheid naar leeftijd, aldus het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ (EG of EU)).[10]

Leeftijd is een veranderlijk criterium. Wie jong is, wordt ooit oud, en wie oud is, was ooit jong. In dit opzicht is leeftijd een ander soort criterium dan bijvoorbeeld geslacht. Wie eenmaal man of vrouw is, blijft dat, in principe, voor altijd. De veranderlijkheid van het criterium leeftijd roept de vraag op of oudere en jongere werknemers zich met elkaar kunnen vergelijken.

Arbeidsduur
De werkgever mag op het punt van arbeidsvoorwaarden niet discrimineren op de grond dat iemand in deeltijd of juist niet in deeltijd werkt. Dit houdt in dat hij, daar waar redelijk, het *pro rata temporis*-beginsel toepast.

Niet benoemde gronden
Onderscheid op andere dan de hiervoor genoemde gronden is in principe toegestaan. Soms echter kan zulk wettelijk ongeregeld onderscheid toch worden bestreden met behulp van een verdrag of een algemeen arbeidsrechtelijk beginsel. Voorbeelden van een dergelijk beginsel zijn goed werkgeverschap en het vereiste van een 'redelijke' ontslaggrond.

Artikel 1 van onze Grondwet verbiedt discriminatie 'op welke grond dan ook'. Daarmee doet het niet meer dan wat verschillende verdragsbepalingen ook al doen. In 1994 overwoog de Hoge Raad in het *Agfa*-arrest 'dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze gehonoreerd moet worden, behoudens objectieve rechtvaardigingsgrond'. De Hoge Raad had het in dat verband zelfs over een 'in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel'. Twintig jaar later echter riep de Hoge Raad in het arrest *Parallel Entry* een halt toe aan een al te ruime toepassing van de Agfa-doctrine:[11]

> '(...) dat het in het onderhavige geval niet gaat om een onderscheid dat door de wet of een rechtstreeks werkende verdragsbepaling wordt verboden (...). In het onderhavige geval kan de vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid dan ook slechts worden beantwoord aan

10. HvJ EU 14 februari 2019, C-154/18 (*Horgan en Keegan*), JAR 2019/77.
11. HR 30 januari 2004, JAR 2004/68 (*Parallel Entry*), bevestigd in HR 21 oktober 2005, JAR 2005/272 (*Kessler/Kesbeke*); HR 24 maart 2017, JAR 2017/113 (*HVC*).

de hand van de eisen van goed werkgeverschap (...). Bij de vaststelling van wat de eisen van goed werkgeverschap voor een geval als het onderhavige inhouden, moet (...) het beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat, "in aanmerking worden genomen". Dit een en ander betekent dat dit beginsel – waaraan, gelet op het feit dat het ook steun vindt in verdragsbepalingen (...) een zwaar gewicht kan worden toegekend – niet doorslaggevend is, maar dat het naast andere omstandigheden van het geval moet worden betrokken in de afweging of de werkgever in de gegeven omstandigheden heeft gehandeld in strijd met de eisen van goed werkgeverschap. (...) dat bij de beoordeling van de vraag of een overeengekomen ongelijkheid in beloning op grond van dit beginsel als ongeoorloofd moet worden beschouwd en derhalve ongedaan gemaakt moet worden, een terughoudende toetsing op haar plaats is, aangezien het hier gaat om een toetsing van gelijke aard als die welke plaatsvindt bij de toepassing van art 6:248 lid 2 BW en dat derhalve deze vraag slechts bevestigend kan worden beantwoord indien de ongelijkheid in beloning naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hetzelfde geldt eens te meer indien de ongelijke beloning voortvloeit uit een collectieve arbeidsovereenkomst, omdat dan tevens het uit verscheidene verdragsbepalingen voortvloeiende zwaarwegende beginsel van de vrijheid van onderhandelen over arbeidsvoorwaarden in het geding is.'

Er zit spanning tussen de opmerking van de Hoge Raad dat een 'zwaar gewicht' moet worden toegekend aan het gelijkebeloningsbeginsel en zijn relativering dat dit beginsel niet meer is dan een van de in aanmerking te nemen omstandigheden. Bovendien is niet duidelijk hoe het arrest zich verhoudt tot de ruime toepassing van het gelijkheidsbeginsel in later gewezen uitspraken van het HvJ en tot het later van kracht geworden Handvest (zie hierna).[12]

Ook sinds het arrest *Parallel Entry* hebben lagere rechters zich over 'algemene' gelijke behandeling uitgesproken, opnieuw vooral waar het ging om beloningsverschillen,[13] onder andere als gevolg van fusie of overgang van onderneming,[14] maar ook in geschillen over arbeidstijden,[15] pensioen,[16] leaseauto,[17] studiekosten,[18] zorg-

12. Zie A.R. Houweling, Arbeidsrechtelijke Themata (7de druk), 2020, p. 480; conclusie A-G bij HR 24 maart 2017, JAR 2017/113 (*HVC*), punt 3.10.
13. Voorbeelden: Ktr. Zutphen 27 april 2004, JAR 2004/127; Ktr. Amsterdam 17 november 2004, JAR 2005/36; Hof Arnhem 11 augustus 2009, GHARN:BJ5374; Ktr. Haarlem 3 februari 2010, RAR 2010/56; GEA Curaçao 30 maart 2010, RAR 2010/97; Ktr. Amsterdam 28oktober 2011 en 18 mei 2010, JAR 2012/159; Hof Amsterdam 20 november 2012, JAR 2013/51; Ktr. Groningen 20 december 2012, JAR 2013/59.
14. Ktr. Amersfoort 16 januari 2008, JAR 2008/95.
15. Rb. Rotterdam 30 december 2009, RBROT:BL1871.
16. Ktr. Haarlem 29 juni 2005, RAR 2005/94; Hof Amsterdam 7 juli 2009, GHAMS:BK4853; Ktr. Amsterdam 12 augustus 2009, RAR 2009/139; Ktr. Amsterdam 3 maart 2010, RBAMS:BM2253.
17. Ktr. Utrecht 18 januari 2006, JAR 2006/166.
18. Ktr. Dordrecht 24 augustus 2006, RAR 2006/150.

premie,[19] bijzondere beloningen,[20] ontslagvolgorde[21] en ontslagvergoeding.[22] Een specifieke vorm van ongelijke behandeling betreft het bevoordelen van vakbondsleden boven hun ongeorganiseerde collega's.[23]

1.3 Rechtsbronnen

De gelijkebehandelingswetgeving is te vinden in:
- internationale verdragen;
- EU-wetgeving;
- Nederlandse wetten.

Internationale verdragsbepalingen, zoals artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), hebben fundamentele betekenis, maar spelen in de alledaagse praktijk van het Nederlandse arbeidsrecht slechts een bescheiden rol. Zij blijven in dit boek onbesproken.

Op EU-niveau hebben we te maken met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), het Handvest van de grondrechten van de EU (hierna: Handvest) en een aantal richtlijnen, waarvan vooral van belang zijn de Zwangerschapsrichtlijn 92/85, de Rasrichtlijn 2000/43, de Kaderrichtlijn 2000/78 (onder andere godsdienst, h/cz en leeftijd) en Richtlijn 2006/54 (geslacht). Deze 'Brusselse' wetgeving is van groot belang voor het gelijkebehandelingsrecht.

Artikel 157 VWEU verbiedt het ongelijk belonen van mannen en vrouwen. Deze bepaling werkt rechtstreeks. Dit wil zeggen dat er geen nationale wetgeving voor nodig is om het verbod in de lidstaten te effectueren. Artikel 157 VWEU werkt bovendien niet alleen in 'verticale' verhoudingen, dat wil zeggen tussen overheid en burgers, maar ook 'horizontaal', dus tussen burgers onderling.

Dit is anders dan bepalingen van richtlijnen. Zij werken in beginsel niet rechtstreeks, laat staan horizontaal. Een richtlijn is immers gericht aan de lidstaten. Zij

19. Hof 's-Gravenhage 28 april 2009, RAR 2009/10; Ktr. Leeuwarden 24 januari 2012, RBLEE:BV2626.
20. Ktr. Delft 9 juli 2009, RBSGR:BK5880.
21. Ktr. Amsterdam 10 november 2008, RBAMS:BG5063 (NB: wat te denken van de overweging 'Indirect onderscheid is onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan die bedoeld in artikel 1 lid 1 sub b van de Algemene Wet Gelijke Behandeling'?).
22. Ktr. Rotterdam 6 februari 2006, RBROT:AV1388; Ktr. Sneek 9 januari 2008, RAR 2008/35; Ktr. Venlo 19 november 2008, RAR 2009/21; Hof Amsterdam 24 februari 2009, JAR 2009/194; Hof Amsterdam 16 juni 2009, JAR 2009/299; Hof Den Haag 22 december 2015, GHDHA:3467.
23. Mag: Rb. Utrecht 20 mei 2009, JAR 2009/159; HvJ NAA 30 oktober 2009, JAR 2010/103. Mag niet: Ktr. Utrecht 3 april 2014, JAR 2014/132.

moeten de inhoud ervan omzetten in hun nationale wetgeving. Echter, dankzij verschillende mechanismen kan het praktisch effect van een richtlijn vrijwel hetzelfde zijn als dat van nationale wetgeving. Eén zo'n mechanisme houdt in dat nationale autoriteiten, waaronder rechters, hun wetgeving, zo enigszins mogelijk, 'richtlijnconform' moeten uitleggen. Verder heeft het HvJ het non-discriminatiebeginsel, zoals geconcretiseerd in richtlijnen, bestempeld als een 'algemeen beginsel' van ongeschreven unierecht.[24] De rechter moet een bepaling van zijn eigen nationale recht die valt binnen de werkingssfeer van het Unierecht en zich niet verdraagt met het non-discriminatiebeginsel, buiten toepassing laten. Hetzelfde geldt voor sommige bepalingen van het Handvest, dat steeds meer de trekken van een EU-grondwet lijkt te krijgen.

Op Nederlands niveau is voor het arbeidsrecht het gelijkebehandelingsrecht voornamelijk te vinden in:
- artikel 1 Grondwet;
- artikelen 137c t/m g en 429 quater Wetboek van Strafrecht (Sr);
- de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb);
- artikelen 7:646 en 647 Burgerlijk Wetboek (BW);
- artikel 7:648 BW;
- artikel 7:649 BW;
- de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (soms: WGBm/v; soms: WGB);
- de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBh/cz);
- de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL);
- artikel 8 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi);

De Grondwet en het strafrecht zijn van weinig belang voor het arbeidsrecht.

1.4 Reikwijdte gelijkebehandelingsrecht

Degene die de gelijkebehandelingswetgeving moet naleven, noemt men de 'normadressaat'. Degene jegens wie hij dat moet doen, is de 'begunstigde'. De afbakening van normadressaten en begunstigden bepaalt de 'personele' reikwijdte van een wet. De 'materiële' werkingssfeer bepaalt de terreinen waarop een wet van toepassing is. Het gaat hierbij om:
- werving en selectie;
- arbeidsbemiddeling;
- het aangaan en beëindigen van een arbeidsverhouding;

24. HvJ EG 22 november 2005, C-144/04 (*Mangold*), JAR 2005/289; HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Kücükdeveci*), JAR 2010/53.

- het laten volgen van onderwijs, scholing en vorming;
- bevordering;
- arbeidsvoorwaarden;
- arbeidsomstandigheden.

De meeste gelijkebehandelingswetten hebben op deze terreinen een ruimere personele werkingssfeer dan tussen werkgever en werknemer. Zij gelden ook in de verhouding tussen opdrachtgever en zzp'er, tussen inlener en uitzendkracht, tussen bedrijf en sollicitant, tussen overheid en ambtenaar. Waar hierna sprake is van 'werkgever' en 'werknemer' wordt waar nodig tevens gedoeld op deze verhoudingen.

2 Wat is gelijke behandeling?

2.1 Inleiding

De gelijkebehandelingswetgeving geeft regels over:
- direct onderscheid;
- indirect onderscheid;
- intimidatie;
- victimisatie.

Victimisatie is geen ongelijke behandeling. Dit begrip wordt in het volgende hoofdstuk behandeld.

2.2 Direct onderscheid

Direct onderscheid op grond van een beschermde eigenschap doet zich voor

> 'wanneer iemand op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op grond van [die eigenschap]'.

Er is nog een andere, ruimere definitie van gelijke behandeling. Zij wordt toegeschreven aan Aristoteles. Gelijk behandelen houdt volgens deze definitie in: het onder gelijke omstandigheden gelijk behandelen van gelijke gevallen *en het ongelijk behandelen van ongelijke gevallen naar de mate van hun ongelijkheid*. Deze definitie wijkt af van de wettelijke definities. Toch wordt zij soms gehanteerd, zowel door Europese als door Nederlandse instanties. Een voorbeeld is de Britse zaak *Brown*:[1]

> Het arbeidscontract van mevrouw Brown bepaalde dat na 26 weken ononderbroken ziekte ontslag volgt. Op grond van deze bepaling verloor zij na langdurige ziekte haar baan. Nu was het zo dat haar ziekte verband hield met zwangerschap. Het HvJ overwoog dat ziekte als gevolg van zwangerschap iets is wat alleen een vrouw kan overkomen en dus niet gelijk kan worden gesteld aan overige vormen van ziekte. Bij hantering van de 'wettelijke' definitie zou

1. HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96 (*Brown*), JAR 1998/198.

geen sprake zijn van ongelijke behandeling. Er was immers geen sprake van vergelijkbare gevallen. Echter, door dezelfde regel (ontslag na 26 weken ziekte) toe te passen op verschillende situaties (zwangerschapsziekte en 'gewone' ziekte), maakte de betrokken werkgever rechtstreeks onderscheid naar geslacht.

Tot 2008 ging men er doorgaans van uit dat wie zich op direct onderscheid beroept, zélf moet behoren tot de beschermde groep (vrouw, allochtoon, gehandicapt enzovoort). Dit is echter niet in alle gevallen noodzakelijk, zo leerde het HvJ in *Coleman*:[2]

Mevrouw Coleman is een secretaresse op een advocatenkantoor in Londen. Zij bevalt van een chronisch zieke zoon, die vanwege zijn aandoening extra zorg behoeft. Bij terugkeer van haar bevallingsverlof wordt zij op allerlei manieren benadeeld vanwege haar – door haar extra zorgtaken – beperkte inzetbaarheid op het werk. Uiteindelijk voelt zij zich gedwongen ontslag te nemen, waarna zij schadevergoeding vordert. Zij beroept zich onder andere op de wetgeving die discriminatie op grond van handicap en chronische ziekte verbiedt. Het HvJ honoreert dit beroep: haar werkgever heeft haar ongelijk behandeld op grond van de aandoening *van haar zoon*. Men noemt deze vorm van onderscheid ook wel 'associatief' onderscheid.

De gevolgen van deze uitspraak kunnen verstrekkend zijn. Zo velde de Commissie gelijke behandeling (CGB) een oordeel in een zaak van een man wiens tijdelijk arbeidscontract niet werd verlengd omdat hij overspannen was geworden. De overspanning was veroorzaakt door de zware zorgtaken die hij had ten behoeve van zijn verlamde vrouw. De CGB oordeelde dat haar handicap mede een rol had gespeeld bij het niet verlengen van het arbeidscontract, en dat het niet verlengen dus in strijd was met de WGBh/cz.[3]

Volgens de definitie van direct onderscheid is daarvan sprake wanneer iemand op grond van een beschermde eigenschap anders wordt behandeld dan 'een ander'. In veruit de meeste gevallen is die ander iemand zonder de betrokken eigenschap. Een vrouw die geen promotie maakt, vergelijkt zich met een mannelijke collega die wel promotie maakt; een gehandicapte vergelijkt zich met zijn niet-gehandicapte medewerkers. Onder omstandigheden echter kan iemand met een beschermde status zich vergelijken met een ander met dezelfde status (onderscheid 'binnen een groep'). Het HvJ wees hierop in een zaak waarin gehandicapte werknemers die na een bepaalde datum een bewijs van handicap overlegden een loontoeslag kregen die werd onthouden aan hun collega's die al voor die datum zo'n bewijs hadden overgelegd. Hoewel het onderscheid makend criterium (het verrichten van een

2. HvJ EG 17 juli 2008, C-303/06 (*Coleman*), JAR 2008/208.
3. CGB 2011-90.

handeling voor of na zekere datum) niet rechtstreeks naar handicap verwees, liet het HvJ de mogelijkheid open dat het op grond van handicap discrimineerde.[4]

De gelijkebehandelingswetgeving kent, naar de letter genomen, geen verbod op 'meervoudige' discriminatie. Hieronder versta ik discriminatie op een combinatie van gronden, zoals in het volgende voorbeeld:

> De toegang tot een discotheek wordt relatief vaak geweigerd aan mannelijke allochtonen. Zij worden gediscrimineerd, niet omdat zij man zijn en niet omdat zij allochtoon zijn, maar vanwege de combinatie van beide kenmerken. De gelijkebehandelingswetgeving is niet toegerust op dit soort situaties. De vanwege deze combinatie uit een discotheek geweerde persoon zal namelijk voor twee ankers moeten gaan liggen: (1) ik ben gediscrimineerd omdat ik allochtoon ben, en (2) ik ben gediscrimineerd omdat ik man ben. De rechter zal in principe iedere grond afzonderlijk moeten beoordelen. Onderzoek in het kader van die beoordeling zou kunnen uitwijzen dat op de bewuste avond ook veel autochtonen en ook veel vrouwen de toegang tot de discotheek werd geweigerd. Er is dan geen sprake van ongelijke behandeling, terwijl de uitkomst misschien anders zou zijn geweest als de beide gronden in samenhang waren beoordeeld.

Eén element uit de definitie van direct onderscheid is 'op grond van'. Dit impliceert causaliteit. Nu kan causaliteit zich aandienen in gradaties. De werkgever die zegt: 'ik ontsla je omdat je gehandicapt bent', maakt evident direct onderscheid op grond van h/cz. De causaliteit is minder direct waar de werkgever zegt: 'ik ontsla je omdat je je targets niet haalt', terwijl de reden dat de werknemer zijn targets niet haalt is dat hij – naar de werkgever weet – chronisch moe is. Nog minder direct is de volgende situatie: een werkneemster mag na haar bevallingsverlof op medische grond geen avonddiensten draaien, waardoor haar collega's dat vaker moeten doen. Hierdoor ontstaan spanningen met die collega's, waarop de werkneemster reageert met verwijten en daardoor ontstaat een verstoorde arbeidsverhouding op grond waarvan de werkgever de rechter vraagt het arbeidscontract te ontbinden. Kan men in deze situatie nog zeggen dat de werkgever wil ontslaan 'op grond van' geslacht?

Helaas is er geen formule om te bepalen wanneer het verband tussen benadeling en non-discriminatiegrond voldoende sterk is om van onderscheid op die grond te spreken. Rechters kennen zichzelf – nog afgezien van de wijze waarop zij omgaan met bewijslevering – een vrij ruime marge van beoordelingsvrijheid toe.

Het is 'vaste oordelenlijn' van het College voor de Rechten van de Mens (CRM, hierna ook: het College; het CRM is de opvolger van de Commissie gelijke

4. HvJ EU 26 januari 2021, C-16/19 (*VL/Szpital Kliniczny*).

behandeling) dat een werkgever onderscheid maakt als een non-discriminatiegrond 'mede een' rol, hoe gering ook, heeft gespeeld in zijn besluitvorming. Het College heeft geen boodschap aan debatten zoals die in de Verenigde Staten worden gevoerd over *mixed motive*.

Stel, een zwangere sollicitant wordt afgewezen 'want wij nemen geen zwangeren aan'. Wordt zij afgewezen 'op grond van' haar geslacht? Nee, zou men misschien kunnen denken; niet alle vrouwen zijn zwanger. Ja, redeneert het HvJ. Zwangerschap is zo nauw verbonden met geslacht dat afwijzing op die grond feitelijk neerkomt op afwijzing op grond van geslacht. De wetgever heeft deze redenering vastgelegd: 'Onder direct onderscheid op grond van geslacht wordt mede verstaan onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap' (artikel 1 lid 2 Awgb). Stel nu, om het voorbeeld lastiger te maken, dat de zwangere sollicitant wordt afgewezen 'want wij nemen geen mensen aan die kort na indiensttreding langdurig afwezig zullen zijn'. Het HvJ trekt zijn redenering van zojuist door: afwijzing vanwege zwangerschapsverlof = afwijzing vanwege geslacht.[5]

Wat als een werkgever een werknemer benadeelt op grond van een beschermde hoedanigheid in de onjuiste veronderstelling dat de werknemer die hoedanigheid bezit? Deze vraag doet zich vooral voor bij handicap en chronische ziekte. Een werkgever kan bijvoorbeeld denken dat iemand een hartkwaal (h/cz) heeft die hem ongeschikt maakt voor zijn functie, terwijl de werknemer in werkelijkheid geen hartkwaal heeft. Stel, de werkgever benadeelt de werknemer op grond van die onjuiste veronderstelling. Kan hij, als hij op discriminatie wordt aangesproken, zich verdedigen met het argument: de werknemer mankeerde niets, de benadeling is dus niet 'op grond van' een h/cz? De Nederlandse instanties beantwoorden de vraag ontkennend: onderscheid op grond van een *vermeende* handicap of chronische ziekte is onderscheid op grond van h/cz. Of deze redenering ook opgaat voor andere vormen van onderscheid (ik *dacht* dat hij moslim, transseksueel, rechtsradicaal enzovoort was), en of ook het HvJ er zo over denkt, moet nog blijken.[6]

2.3 Indirect onderscheid

Indirect onderscheid op een beschermde grond doet zich voor wanneer

> 'een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde [beschermde hoedanigheid] in vergelijking met andere personen bijzonder treft'.

5. HvJ EG 8 november 1990, zaak C-177/88, NJ 1992/224 (*Dekker*).
6. Ktr. Almelo 13 november 2007, JAR 2007/291; Ktr. Utrecht 21 mei 2010, JAR 2010/176; Hof Amsterdam 10 november 2015, JAR 2015/309. Het HvJ heeft vermeende h/cz (nog?) niet als discriminatiegrond erkend.

Wie bijvoorbeeld in een kalenderjaar niet vaker dan twee dagen heeft verzuimd, krijgt volgens het personeelshandboek een bonus. Dit is een 'bepaling' die 'ogenschijnlijk neutraal' is, in die zin dat zij op alle werknemers van toepassing is, ongeacht geslacht, handicap enzovoort. Het zou echter kunnen dat zij relatief vaak nadelig uitpakt voor vrouwelijke of gehandicapte werknemers en hen daarmee 'bijzonder', dat wil zeggen bovengemiddeld, treft.

Wanneer treft een maatregel de leden van een beschermde groep 'bijzonder'? Om te beginnen gaat het om de procentuele, niet de absolute verhouding. Neem het volgende (fictieve) voorbeeld:[7]

> Een bedrijf heeft 1000 werknemers: 800 mannen en 200 vrouwen. Alleen werknemers met een vast contract bouwen pensioen op. Van de 800 mannen hebben 700 een vast contract, 100 niet. Van de 200 vrouwen hebben 120 een vast contract, 80 niet. Gemeten in absolute aantallen hebben de mannen meer nadeel van het onderscheid makend pensioenreglement, namelijk 100 versus 80. Procentueel echter hebben de vrouwelijke werknemers meer nadeel, namelijk 80/200 = 40% versus 100/800 = 12%. Dus is sprake van indirect onderscheid.

De CGB ging er destijds in beginsel van uit dat een onderscheid statistisch relevant is bij een factor van 1,5 en hoger.[8] Of het College dit nog doet, is niet duidelijk.

2.4 Intimidatie

De Nederlandse gelijkebehandelingswetten definiëren intimidatie als: 'gedrag dat met [een van de non-discriminatiegronden] verband houdt en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd'. Zoals deze definitie laat zien: niet iedere discriminatoire bejegening is intimidatie en niet iedere bedreigende (enzovoort) omgeving discrimineert.

Eén vorm van intimidatie is seksuele intimidatie. Hieronder wordt verstaan:

> 'enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd'.

Een verschil tussen 'gewone' en seksuele intimidatie betreft de twee vereisten (1) aantasting van de waardigheid en (2) het creëren van een bedreigende (enzovoort) omgeving. Om van 'gewone' intimidatie te kunnen spreken moet aan beide vereis-

7. Vgl. Rb. 's-Gravenhage 1 maart 2000, PJ 2000/39.
8. Correlatie- en chikwadraattoets toegepast in CGB 2004-27 en CGB 2009-78. Zie conclusie A-G Keus in HR 12 april 2002, JAR 2002/101 (*Souverijn/Wouters*); CGB 2002-161.

ten zijn voldaan. Voor seksuele intimidatie is dit niet nodig; daar is de bedreigende situatie een aspect van de aantasting van de waardigheid. De bewijslast voor seksuele intimidatie is hiermee lichter.

Het gaat bij seksuele intimidatie vooral om seksueel grensoverschrijdend gedrag in een afhankelijkheidsrelatie.[9] Volgens sommigen is zulk gedrag per definitie 'ernstig verwijtbaar', maar zo ver wil de Hoge Raad niet gaan.[10]

Ten aanzien van intimidatie bestaan misverstanden.[11] Eén misverstand is dat de beleving van de beweerdelijk geïntimideerde bepalend zou zijn. Deze beleving kan weliswaar een relevante factor zijn, zij is echter niet doorslaggevend. Voor het aannemen van intimidatie is, naast ongepast gedrag, nodig dat de waardigheid van het slachtoffer *objectief gesproken* is aangetast en dat, *objectief gesproken*, een bedreigende (enzovoort) omgeving wordt gecreëerd. Overgevoeligheid wordt niet in alle gevallen beschermd. Een ander misverstand is dat sprake zou moeten zijn van intimiderende *intentie*. Een werkgever kan ook onbewust intimideren.

De meeste gevallen van intimidatie op de werkvloer betreffen het gedrag van leidinggevenden, collega's, patiënten, cliënten en zakenrelaties. Hierop kan in veel gevallen de werkgever worden aangesproken, zowel op basis van de gelijkebehandelingswetgeving als op grond van het civiele recht (artikelen 7:658, 7:611 en 6:170 BW), hetzij met als argument dat hij onvoldoende aan preventie heeft gedaan, hetzij met als argument dat hij onvoldoende deed aan nazorg. Wat het slachtoffer niet kan, althans niet op grond van de gelijkebehandelingswetgeving, is de dader aanspreken. Het slachtoffer dat de dader wil aanspreken, is aangewezen op de civiele rechter en het leerstuk van onrechtmatige daad.

2.5 Vergelijken

Inleiding

Een werkgever maakt onderscheid op een non-discriminatiegrond indien hij een werknemer op die grond nadeliger behandelt dan een ander 'in een vergelijkbare situatie' (direct onderscheid) of 'in vergelijking met andere personen' (indirect onderscheid). Er komt dus in elke gelijkebehandelingszaak een vergelijking aan te pas, al gebeurt dit niet steeds op een aanstonds herkenbare manier. De werkneemster die stelt: je ontslaat me omdat ik zwanger ben, trekt niet met zoveel woorden een vergelijking, maar zij doet het wel. Zij vergelijkt zich met een denkbeeldige persoon die in alle opzichten op haar lijkt, op één eigenschap na, te weten dat die

9. Zie conclusie A-G in HR 17 juli 2020 JAR 2020/128 voor overzicht rechtspraak.
10. HR 17 juli 2020, JAR 2020/218, met noot Vegter in TRA 2020/10, nr. 74.
11. Zie HR 10 juli 2009, JAR 2009/202 (*Olsthoorn/Leprastichting*); CGB 2010-126.

'maatpersoon' niet zwanger is. Zij vergelijkt zich met die denkbeeldige persoon, die niet zou zijn ontslagen.

Stelt een werknemer dat hij is gediscrimineerd, dan is dus de eerste vraag die de werkgever zich moet stellen: is er sprake van een vergelijkbare situatie? Zo niet, dan is daarmee de kous af. Toch laten werkgevers vaak na deze 'voorvraag' te stellen.

Eén bron

Om zinvol te kunnen vergelijken moeten situaties zijn toe te rekenen aan één 'bron'. Het feit dat werkgever A zijn personeel beter beloont dan werkgever B is vanuit het oogpunt van gelijke behandeling irrelevant. Het loon van het A-personeel is immers afkomstig van een andere 'bron' dan dat van het B-personeel.

Wat is een 'bron'? Een voorbeeld:[12]

> In een concern is een deel van het personeel in dienst van de holding die de cao Openbaar Vervoer toepast, en een deel in dienst van een dochter, die een minder gunstige cao toepast. Het personeel van de dochter voelt zich gediscrimineerd. De CGB haalt twee vragen uit elkaar:
>
> a. Is sprake van één bron, in die zin dat moeder en dochter één onderneming vormen?[13]
> b. Is sprake van één bron, ondanks het feit dat het beloningsverschil wordt veroorzaakt door het toepassen van verschillende cao's?[14]
>
> De CGB beantwoordt beide vragen bevestigend.
> Ad a: Bij een moeder-dochterrelatie is in het kader van de gelijkebehandelingswetgeving sprake van één bron wanneer de moeder 'voldoende invloed heeft op het arbeidsvoorwaardenbeleid' van de dochter.
> Ad b: Het bestaan van verschillende cao's kan betekenen dat een beloningsverschil verschillende bronnen heeft. Dit is niet het geval 'indien de ondernemer in staat is om de ongelijkheid in behandeling die uit de beide cao's voortvloeit te herstellen'. Dus als bijvoorbeeld een werkgever twee algemeen verbindende cao's moet toepassen waarvan hij niet mag afwijken, dan kan een werknemer die onder de ene cao valt zich niet vergelijken met een collega die onder de andere cao valt. Heeft de werkgever het in zijn macht om meer te betalen dan waartoe de minder gunstige cao verplicht, dan is er één bron.

12. CGB 2007-171.
13. Vgl. HvJ EG 17 september 2002, C-320/00 (*Lawrence*), JAR 2002/262.
14. Vgl. HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92 (*Enderby*), JAR 1993/248.

Wie, wat, hoe vergelijkt men?
Zo cruciaal als deze vraag is, zo lastig kan zij zijn te beantwoorden. Het volgende (Engelse) voorbeeld laat zien hoe zelfs de meest rechttoe rechtaan casus een fundamentele vergelijkbaarheidsvraag kan opwerpen:[15]

> Een vrouwelijke manager wordt gedegradeerd, haar twee mannelijke collega's niet. Zij ziet discriminatie op grond van geslacht. De rechtbank stelt vast: zij is gedegradeerd omdat herhaaldelijk over haar functioneren is geklaagd. Er zijn geen klachten over haar collega's. De situatie van de vrouw is dus niet vergelijkbaar met die van haar collega's, dus komt de rechtbank niet toe aan de vraag of de vrouw misschien (ook) vanwege haar geslacht is benadeeld. De hoogste rechter verwerpt deze aanpak. De rechtbank had de vrouw niet moeten vergelijken met de twee collega's, maar met een denkbeeldige mannelijke collega over wie dezelfde klachten waren geuit.

Bij het onderzoek of onderscheid wordt gemaakt spelen verschillende, overlappende en door elkaar spelende vragen:
- Hoe identificeert men de bevoordeelde 'maatgroep' waarmee de benadeelde groep zich vergelijkt, ofwel: wat is het 'referentiekader'?
- Hoe breed of smal moet men die groep samenstellen?
- Is de benadeelde persoon of groep vergelijkbaar met de maatpersoon respectievelijk maatgroep?
- Wat is het vergelijkingsmoment?
- Welke vergelijkingsmethode past men toe?

Identificeren maatgroep
Stel, bijvoorbeeld, dat binnen een bedrijf de stafmedewerkers (voornamelijk mannen) wel en de productiemedewerkers (voornamelijk vrouwen) niet deelnemen aan een pensioenregeling. Een werkneemster in de productie stelt dat dit onderscheid, gelet op de verhouding man-vrouw, (indirect) op grond van geslacht discrimineert. Volgt de uitsluiting van het productiepersoneel uit een bepaling in het pensioenreglement van de werkgever, dan is de werkgever de bron van het onderscheid en is de verhouding stafpersoneel-productiepersoneel *binnen het bedrijf* bepalend. Volgt daarentegen de uitsluiting uit het pensioenreglement van de bedrijfstak waarbij de werkgever is aangesloten, dan is de bedrijfstak de bron en moet men kijken naar de verhouding man-vrouw *op bedrijfstakniveau*. Gaat het om een wet, dan is statistiek op nationaal niveau bepalend.[16]

In de regel gaat men uit van de verhoudingen bij de betrokken werkgever.[17] Dit kan tot een onbevredigend resultaat leiden. Stel dat een textielbedrijf een eigen

15. House of Lords 27 februari 2003, [2003] IRLR 285, HL (*Shamoon*).
16. Zie HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97 (*Seymour-Smith and Perez*), JAR 1999/75.
17. CGB 2002-54.

(dus niet sectorale) bonusregeling heeft waaraan alleen voltijders deel mogen nemen. In Nederland als geheel en ook in de textielsector als geheel is de meerderheid van de voltijders man en de meerderheid van de deeltijders vrouw. Bezien op landelijk en sectorniveau maakt de bonusregeling dus indirect onderscheid naar geslacht. Nu wil het toeval dat in de betrokken onderneming evenveel mannen als vrouwen in deel- en voltijd werken. De deeltijders kunnen de bonusregeling dus niet bestrijden op de grond dat zij naar geslacht discrimineert.[18]

Breed/smal samenstellen

Welke criteria moet men toepassen bij het samenstellen van te vergelijken personen en groepen? De sleutelwoorden zijn *overinclusive* en *underinclusive*. Het te ruim omschrijven van een groep maakt die groep *overinclusive*. Een voorbeeld uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM):[19] in Griekenland was destijds een voorwaarde voor benoeming tot accountant dat men geen strafblad heeft. Het EHRM vond deze voorwaarde te ruim; er zijn immers mensen, zoals principiële militaire dienstweigeraars, die een strafblad hebben en niettemin geschikt zijn om als accountant te worden toegelaten. Een voorbeeld van een *underinclusive* regeling: werknemers van 60 jaar en ouder hoeven niet in ploegendienst te werken. Het doel van deze regeling is – laten we aannemen – werknemers van ploegendienst te ontheffen die daartoe fysiek niet meer in staat zijn. Maar dat geldt ook voor anderen, zoals zwangeren. Zij zijn ten onrechte niet genoemd.

Vergelijkbaarheid

Personen en situaties hoeven niet identiek te zijn om ze te kunnen vergelijken. Voldoende is dat zij op *relevante aspecten* gelijkenis vertonen. Dit roept natuurlijk de vraag op welke aspecten relevant zijn. Het antwoord hangt vooral af van het doel van de regeling in kwestie. Ter toelichting een (niet-arbeidsrechtelijk) voorbeeld:[20]

> Richtlijn 2003/87 dwong Arcelor – een ijzer- en staalproducent – ofwel haar CO_2-uitstoot te beperken, ofwel dure emissierechten te kopen. Producenten van aluminium en kunststof vielen niet onder de reikwijdte van de richtlijn en verkeerden daardoor in een gunstiger concurrentiepositie. De vraag was of ijzer- en staalproducenten vergelijkbaar zijn met producenten van aluminium en kunststof. Daartoe onderzocht het HvJ het doel van de richtlijn. Dat doel was het beperken van de uitstoot van CO_2. Aangezien de aluminium- en kunststofindustrie op dezelfde wijze als ijzer- en staalproducenten CO_2 uitstoot, zijn beide sectoren, ondanks hun grote verschillen, *voor de toepassing van de richtlijn* vergelijkbaar.

18. Zie CGB 2002-30 t/m 35.
19. EHRM 6 april 2000, zaak 34369/97 (*Thlimmenos*).
20. HvJ EG 16 december 2008 , C-127/07, NJ 2009/219 (*Arcelor*). Vgl. HR 12 april 2013, BX9444, BNB 2013/235 (autokostenforfait).

Eenzelfde vorm van onderscheid kan binnen één regeling wel en binnen een andere regeling niet tot discriminatie leiden, afhankelijk van het doel van de regeling. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een vergelijking van twee HvJ-uitspraken. De zaak *Hlozek*:[21]

> In Oostenrijk is de reguliere AOW-leeftijd 65 jaar voor mannen en 60 jaar voor vrouwen. Werklozen komen vijf jaar eerder in aanmerking voor een vervroegd ouderdomspensioen, dus: 60 jaar voor mannen en 55 jaar voor vrouwen. Roche reorganiseert. Zij komt met haar ondernemingsraad een sociaal plan overeen dat oudere boventalligen, die niet meer dan vijf jaar zijn verwijderd van hun vroegpensioendatum, recht geeft op een overbruggingspensioen. Op deze gunstige ouderenregeling hebben dus recht: mannelijke boventalligen vanaf 55 jaar en vrouwelijke boventalligen vanaf 50 jaar. Voor jongere boventalligen geldt een minder gunstige vertrekregeling. De heer Hlozek is 54 wanneer hij wordt ontslagen. Hij krijgt geen overbruggingspensioen. Hij vergelijkt zich met een vrouwelijke collega van dezelfde leeftijd. Roche vindt een boventallige man van 54 niet vergelijkbaar met een boventallige vrouw van 54, en vindt hierbij de rechter aan haar zijde. Het doel van de vroegpensioenregeling is namelijk het bieden van verhoogde compensatie aan werknemers met een extra kwetsbare positie op de arbeidsmarkt. Roche wijst daarbij op het statistische gegeven dat in Oostenrijk het risico van langdurige werkloosheid het grootst is in de periode van vijf jaar vóór de (vroeg)pensioendatum, dus in de periode 55-60 voor mannen en in de periode 50-55 voor vrouwen. Mannen in de leeftijdsgroep van Hlozek zijn dus *wat betreft het risico op blijvende werkloosheid* niet vergelijkbaar met vrouwen van dezelfde leeftijd.

De – eveneens Oostenrijkse – zaak *Kleist*:[22]

> De zaak betrof een cao die ontslagbescherming bood tot aan de AOW-leeftijd. Wie deze leeftijd was gepasseerd, kon zonder formaliteiten worden ontslagen. Dit overkwam mevrouw Kleist op haar 60ste. Dit was haar AOW-leeftijd. Zij voert aan: als ik een man was geweest, had ik nog vijf jaar ontslagbescherming gehad en had ik niet kunnen worden ontslagen. Zij vergelijkt zich met een man van 60. Het HvJ onderzoekt of vrouwelijke werknemers tussen 60 en 65 jaar zich bevinden in een situatie die vergelijkbaar is met die van mannelijke werknemers in dezelfde leeftijdsgroep. Het doel van de bepalingen in de cao over ontslagbescherming is, vrij vertaald: voorkomen dat een werknemer willekeurig wordt ontslagen. Het voordeel dat Oostenrijkse vrouwen hebben van een eerder ingaand staatspensioen houdt geen 'rechtstreeks' verband met dit doel. Vrouwen in de leeftijdsgroep van Kleist zijn dus *wat betreft het recht op ontslagbescherming* wél vergelijkbaar met mannen van dezelfde leeftijd.

21. HvJ EG 9 december 2004, C-19/02 (*Hlozek/Roche*), JAR 2005/16.
22. HvJ EU 18 november 2010, C-356/09 (*Kleist*), RAR 2011/25, NJ 2011/67, m.nt. Mok.

Verschillen kunnen moeilijk te kwantificeren zijn. De volgende zaak laat dit goed zien:[23]

> De vraag was: heeft een werkneemster die van een tweeling bevalt recht op dubbel ouderschapsverlof? De Europese Commissie verdedigde dat de ouders van een tweeling zich in een vergelijkbare situatie bevinden als de ouders van kinderen met een klein leeftijdsverschil. Voor tweelingen zou dus dubbel ouderschapsverlof moeten gelden. Andere partijen wezen erop dat de ouders van een tweeling zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van ouders van één kind. Slechts de intensiteit van de te verrichten ouderschapstaken, niet de duur ervan, zou verschillen. Deze andere partijen bepleitten daarom toekenning van enkelvoudig ouderschapsverlof. Het HvJ onderschreef dit laatste standpunt, echter niet zonder de verzuchting: 'Het door de Commissie gehanteerde vergelijkingscriterium doet echter uitkomen hoe moeilijk het is om een groep personen te definiëren, waarmee ouders van tweelingen kunnen worden vergeleken. Dat criterium is namelijk gebaseerd op een element dat moeilijk te kwantificeren is, namelijk "een klein leeftijdsverschil".'

Vergelijking moet niet abstract, maar 'concreet voor de betreffende prestatie'. Voorbeeld:[24]

> In Frankrijk hebben werknemers bij het eindigen van hun arbeidsovereenkomst recht op een transitievergoeding. Van dit recht zijn enkele groepen uitgezonderd, waaronder studenten met een vakantiebaantje. Het doel van de transitievergoeding is het compenseren van de onzekerheid waarin een werknemer verkeert die zijn baan kwijtraakt. Welnu, een student heeft die onzekerheid niet. Na afloop van zijn vakantie zoekt hij immers geen werk, hij hervat zijn studie. Conclusie: de situatie van de student met een vakantiebaantje is *wat betreft het recht op transitievergoeding* niet vergelijkbaar met die van een 'gewone' werknemer.

De beoordeling of twee situaties wel of niet vergelijkbaar zijn, kan afhangen van nogal subjectieve normen, en daardoor willekeurig aandoen. We zullen verderop zien dat afwezigheid in verband met zwangerschap(sverlof) principieel onvergelijkbaar is met afwezigheid wegens ziekte. Zwangerschap is namelijk, in de woorden van het HvJ, een 'specifieke situatie die bijzondere bescherming verdient'.[25] De werkneemster die voor aanvang van haar zwangerschapsverlof verzuimt vanwege een aan de zwangerschap gerelateerde aandoening mag dus niet worden vergeleken met een 'gewoon zieke' werknemer, en mag dus niet worden uitgesloten van bijvoorbeeld een 'non-verzuimbonus'. Verzuimt zij daarentegen na afloop van haar bevallingsverlof vanwege een aan de bevalling gerelateerde aandoening, dan is haar afwezigheid volgens het HvJ wél vergelijkbaar met 'gewoon'

23. HvJ EU 16 september 2010, C-149/10 (*Chatzi*), JAR 2010/257. Vgl. CRvB 29 april 2004, CRVB:AO9327, TAR 2004/126 (ambtenaar met drieling).
24. HvJ EU 1 oktober 2015, C-432/14 (*O*), JAR 2015/281.
25. Zie onder andere HvJ EG 13 februari 1996, C-342/93 (*Gillespie*), JAR 1996/97.

ziekteverzuim.[26] Vanwaar dit verschil? Vrij vertaald: zwangerschapscomplicaties zijn zo nauw verbonden met zwangerschap dat zij daarmee op één lijn gesteld moeten worden, wat niet geldt voor bevallingscomplicaties.[27]

Vergelijkingsmoment

Twee personen, of twee situaties, kunnen op tijdstip A vergelijkbaar zijn en op tijdstip B niet. De in aanmerking te nemen referteperiode hangt af van de aard van de te beoordelen arbeidsvoorwaarde. Stel, bijvoorbeeld, dat in juli 2020 100 werknemers worden ontslagen, dat het selectiecriterium voor ontslag 'behaalde omzettargets in 2019' is, en dat dit criterium leidt tot het ontslag van 90 vrouwen en 10 mannen. In dit voorbeeld is bepalend of het selectiecriterium *in 2019* onderscheid naar geslacht maakte. Dit is het geval, zelfs als in alle eerdere jaren de vrouwen gemiddeld even goed scoorden als de mannen, en ook als dit in het eerste halfjaar van 2020 weer het geval is. In dit voorbeeld is de referteperiode (te) beperkt.

Een variant op de vraag naar het vergelijkingsmoment doet zich voor bij leeftijdsonderscheid. Stel, een cao geeft 60-plussers recht op extra vakantiedagen. Kan een 55 jaar oude werknemer stellen dat hij wordt gediscrimineerd op grond van leeftijd? Nee, zou je kunnen denken, hij wordt over vijf jaar 60 en dan geniet hij hetzelfde voordeel. Omgekeerd heeft zijn 60-jarige collega het ook jarenlang zonder extra vakantie moeten stellen. De ene leeftijdsgroep wordt dus niet anders dan de andere behandeld. Een andere redenering is om de vergelijking te beperken tot het hier en nu: op dit moment wordt een jongere benadeeld in vergelijking met een oudere. Deze 'momentopname'-doctrine is de heersende leer. Terecht, want wie zegt dat de extra vakantiedagen er over vijf jaar nog zijn?

De 'momentopname'-doctrine gaat niet altijd op. Neem de zaak *Horgan en Keegan*:[28]

> De Ierse overheid bezuinigde op de salarissen in het onderwijs. Leerkrachten die waren aangenomen vanaf 2011, werden ingedeeld op een salarisschaal waarvan iedere trede 10% lager was dan de tot dat moment geldende salarisschalen, die voor het 'zittende' personeel van kracht bleven. Twee in 2011 aangenomen leerkrachten meenden dat zij indirect op grond van leeftijd werden gediscrimineerd. Zij wezen erop dat – op dát moment – de in 2011 aangenomen leerkrachten gemiddeld jonger waren dan de eerder aangenomen leerkrachten, en dat dus het criterium 'datum in dienst' indirect onderscheid op grond van leeftijd maakte. Het HvJ volgde hen niet in deze redenering:

26. Zie onder andere HvJ EG 8 november 1990, C-179/88 (*Hertz*), NJ 1993/162.
27. HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96 (*Brown*), JAR 1998/198.
28. HvJ EU 14 februari 2019, C-154/18 (*Horgan en Keegan*), JAR 2019/77. Vgl. HvJ EU 7 februari 2019, C-49/18 (*Escribano Vindel*): lagere rechters (gemiddeld jonger, korter in dienst en lager betaald) niet vergelijkbaar met hogere rechters in geschil over salarisverlaging.

'(...) dat Horgan, Keegan en de andere na 1 januari 2011 aangestelde leerkrachten op het moment waarop zij werden aangesteld weliswaar veelal jonger waren dan voordien aangestelde leerkrachten, (...) maar het staat ook vast dat zowel de na 1 januari 2011 aangestelde leerkrachten als zij die daarvoor zijn aangesteld *bij aanstelling* [cursivering toegevoegd; PCVN] ongeacht het jaar ervan niet ouder waren dan 25 jaar. Uit een en ander volgt dat de door Ierland ingestelde nieuwe bezoldigingsvoorwaarden niet gebaseerd zijn op een criterium dat onlosmakelijk of indirect verbonden is aan de leeftijd. (...)'[29]

Het HvJ vergeleek dus de (gemiddelde) leeftijd van de vanaf 2011 aangenomen leerkrachten ten tijde van hun aanstelling met de (gemiddelde) leeftijd van de vóór 2011 aangestelde leerkrachten ten tijde van hún aanstelling, dus op een *ander* tijdstip.

Vergelijkingsmethoden
Stel, een werkgever:
- wijst een vrouwelijke sollicitant af;
- slaat een vrouw over bij de (onverplichte) eindejaarsbonus;
- bevordert een vrouw jarenlang niet naar een hogere functie;
- selecteert in het kader van een reorganisatie een vrouw voor ontslag.

Deze vrouwen kunnen op twee manieren aanvoeren dat hun werkgever hen op grond van geslacht discrimineert.

Methode A: Ik ben het slachtoffer van het beleid van deze werkgever om relatief vaker vrouwelijke dan mannelijke sollicitanten af te wijzen, vrouwen vaker over te slaan bij de eindejaarsbonus, vrouwen vaker te passeren bij promoties, vrouwen vaker voor ontslag te selecteren. De vrouw die deze vergelijkingsmethode toepast, ziet zich als onderdeel van een benadeelde groep. Zij maakt wat wel wordt genoemd een 'groepsvergelijking': als ik tot de groep mannen had behoord, zou ik gunstiger zijn behandeld.
Methode B: Ik word ongunstiger behandeld dan meneer X. Aangezien hij met mij vergelijkbaar is, moet mijn benadeling wel verband houden met mijn geslacht. Deze vrouw wijst een concrete 'maatman' aan, met wie zij zich vergelijkt; zij maakt een 'maatmanvergelijking', zij vergelijkt 'paarsgewijs'.

Methode B wordt vooral toegepast in geschillen over onderscheid in beloning (in tegenstelling tot andere vormen van ongelijke behandeling) op grond van geslacht (in tegenstelling tot de andere gronden). In andere gevallen is methode A gebruikelijk.

29. Hier verwijst het HvJ – wat ik verwarrend vind – naar *Tyrolean Airways* (HvJ EU 7 juni 2012, C-132/11, JAR 2012/191), dat over anciënniteit en niet over 'datum in dienst' gaat.

2.6 Hoofdregel en uitzonderingen

Het is van belang te weten of onderscheid op een beschermde grond direct (rechtstreeks) of indirect (middellijk) is. Dit is omdat direct onderscheid – op enkele uitzonderingen na – altijd is verboden. Anders gezegd: direct onderscheid valt in principe niet te rechtvaardigen. Indirect onderscheid daarentegen is alleen verboden als het niet 'objectief gerechtvaardigd' is.

De wettelijke systematiek kan worden samengevat in de vorm van een hoofdregel met twee (typen van) uitzonderingen:

Hoofdregel:

> Direct onderscheid is altijd verboden, indirect onderscheid valt te rechtvaardigen.

Uitzonderingen:

1. Het verbod van direct onderscheid kent enkele – in de wet limitatief omschreven – uitzonderingen.
2. Ten aanzien van drie gronden – leeftijd, arbeidsduur en contractduur – is ook direct onderscheid te rechtvaardigen.

De regel dat direct onderscheid, behoudens enkele limitatief opgesomde uitzonderingen, altijd is verboden, is een voorbeeld van een 'gesloten stelsel'. Een gesloten stelsel heeft als voordeel dat het duidelijkheid biedt. Het nadeel is inflexibiliteit. Een vaak aangehaald voorbeeld van de gevolgen waartoe het gesloten stelsel kan leiden is de zaak van de zwangere zangeres:[30]

> Een vrouw solliciteerde bij een klein theatergezelschap voor de rol van zangeres in een theaterproductie. De voorstellingen waren gepland van 19 oktober tot en met 23 december. Zij kreeg een contract van zes weken om te repeteren. Toen zij vertelde dat zij drie maanden zwanger was, kreeg zij geen tweede contract voor de voorstellingen. Het stond namelijk bij voorbaat vast dat zij de helft van de voorstellingen zou moeten missen. De CGB had hiervoor begrip, maar moest concluderen dat de wet nu eenmaal geen ruimte biedt om direct onderscheid te rechtvaardigen. Dus handelde de werkgever onrechtmatig.

2.7 Uitzonderingen verbod direct onderscheid

De voornaamste uitzonderingen op het verbod van direct onderscheid op een nondiscriminatiegrond, niet zijnde leeftijd, arbeidsduur of contractduur, betreffen:

30. CGB 2002-43.

- veiligheid en volksgezondheid;
- beroepsvereisten;
- voorkeursbeleid;
- bescherming moederschap.

De uitzonderingsbepalingen worden restrictief uitgelegd.

De Nederlandse regelgeving kent, anders dan de Uniewetgeving, geen algemene veiligheidsexceptie, behalve ten aanzien van h/cz. In bijzondere gevallen wordt echter ook buiten deze grond een beroep op veiligheid aanvaard.[31]

De gelijkebehandelingsrichtlijnen staan de lidstaten toe te bepalen dat een verschil in behandeling op grond van een beschermd kenmerk geen discriminatie vormt als dat kenmerk 'vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is'. Het voorbeeld dat vaak wordt aangehaald, is dat een toneelgezelschap voor de rol van Othello de voorkeur geeft aan een zwarte acteur. De uitzondering wordt restrictief toegepast.[32] Zij is een enkele keer aanvaard voor het stellen van een maximale leeftijdsgrens aan sollicitanten voor beroepen met een korte 'terugverdientijd' (zie hoofdstuk 4).

De Awgb staat voorkeursbeleid toe ten gunste van vrouwen en minderheden, bijvoorbeeld wanneer dit nodig is om achterstand op de arbeidsmarkt weg te werken (zie hoofdstuk 4). De WGBh/cz laat voorkeursbeleid toe ten gunste van gehandicapten en chronisch zieken.

De werkgever mag onderscheid op grond van geslacht maken wanneer dat nodig is ter bescherming van moederschap. Onder omstandigheden is hij hiertoe zelfs verplicht. Denk bijvoorbeeld aan faciliteiten tijdens en rondom zwangerschap. Zie hoofdstukken 5 tot en met 8.

2.8 Objectieve rechtvaardiging

Om objectief gerechtvaardigd te zijn is volgens vaste rechtspraak nodig dat:
- het doel van het onderscheid legitiem is;
- het middel om dat doel te bereiken daarvoor geschikt is; en
- dat middel daarvoor ook noodzakelijk is.

31. Zie HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84 (*Johnston*).
32. Zie HvJ EU 13 september 2011, C-447/09 (*Prigge*), JAR 2011/263, punten 71 en 72; HvJ EU 14 maart 2017, C-188/15 (*Bougnaoui*), JAR 2017/97, punt 38.

Een voorbeeld ter illustratie:[33]

> De cao Gezinsverzorging stelt doorstroming naar een functie boven een bepaald niveau afhankelijk van het behaald hebben van een zeker diploma. Hierdoor worden gediplomeerde werknemers bevoordeeld boven de ongediplomeerden. Aangezien de gediplomeerden overwegend mannen en de ongediplomeerden overwegend vrouwen zijn, discrimineert dit indirect. Is het onderscheid objectief gerechtvaardigd? De Hoge Raad vindt:
> - het doel van het onderscheid is legitiem, namelijk om de gewenste kwaliteit te waarborgen;
> - het voldoet mogelijk ook aan het doelmatigheidsvereiste, want het stellen van een diplomavereiste kan een effectieve manier zijn om op kwaliteit te selecteren;
> - het voldoet echter niet aan het noodzakelijkheidsvereiste, omdat er ook andere, voor de ongediplomeerden minder nadelige manieren zijn om de kwaliteit te waarborgen (veel ongediplomeerden zouden in staat zijn de hogere functies te vervullen, al dan niet na het volgen van een cursus).

Conclusie: het onderscheid is niet objectief gerechtvaardigd.

Zowel wat betreft het gekozen doel als wat betreft de geschiktheid en noodzaak van het middel om dat doel te bereiken beschikken wetgever en sociale partners over ruime beoordelingsvrijheid. De rechtspraak aanvaardt dat deze vrijheid ver gaat, maar zij gaat niet zo ver dat zij het beginsel van gelijke behandeling ondergraaft. In een zaak betreffende een kortingsregeling in een nabestaandenpensioenregeling overwoog de Hoge Raad:[34]

> '(...) dat de rechter zich over de vraag of de kortingsregeling (mede) voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, zelfstandig een oordeel dient te vormen en daarin alle relevante omstandigheden van het geval dient te betrekken. Gelet op het fundamentele belang van een gelijke behandeling naar geslacht, wordt de rechter bij die beoordeling (...) niet beperkt door de in beginsel aan cao-partijen toekomende onderhandelingsvrijheid.'

Legitiem doel

Het legitimiteitsvereiste valt onder te verdelen in de volgende subvereisten:
- Het onderscheid voorziet in een werkelijke behoefte.
- Het doel is wettig.
- Aan het doel is ieder oogmerk van discriminatie vreemd.

Het doel van het onderscheid hoeft niet uit de tekst van de betrokken regeling te blijken, het kan ook uit de algemene context ervan worden gedestilleerd.[35] Dit kan een lastige opgaaf zijn, bijvoorbeeld in het geval de betrokken partijen van mening

33. HR 3 januari 1997, JAR 1997/24 (*Gerrits/Zorggroep*).
34. HR 18 december 2015, JAR 2016/41 (cassatie in het belang der wet).
35. HvJ EU 16 oktober 2007, C-411/05 (*Palacios*), JAR 2007/288.

verschillen over het doel van een regeling en/of onderscheid, zoals in de zaak *Georgiev*:[36]

> Professor Georgiev werd door de Bulgaarse universiteit waar hij werkte ontslagen bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van 65. Hij kreeg nog wel drie opeenvolgende jaarcontracten, maar op zijn 68ste verloor hij definitief zijn baan. Een wetsbepaling sloot namelijk verdere verlenging van zijn tijdelijke contract uit. Dit maakte onderscheid naar leeftijd. De vraag was of het onderscheid gerechtvaardigd was, en dat hing met name af van het doel van het onderscheid. Dat doel stond niet vast. Volgens de universiteit en de Bulgaarse regering was het doel werkgelegenheid voor jongeren te scheppen (arbeidsmarktbeleid). Volgens andere partijen was het doel verjonging van hoogleraren (kwaliteit). Het HvJ wees erop dat wie zich op een legitiem doel beroept, dat doel nauwkeurig moet kunnen laten vaststellen. Zolang dat niet is gebeurd, kan van objectieve rechtvaardiging geen sprake zijn.

In deze Bulgaarse zaak was er meer aan de hand. Georgiev beschuldigde zijn werkgever van liegen. Volgens hem was het doel van de betrokken maatregel (maximaal drie jaarcontracten na de leeftijd van 65 jaar) niet wat de universiteit beweerde. Er was een tekort aan hoogleraren, en bij de jongeren was er geen animo om hoogleraar te worden, zo stelde hij. Het HvJ droeg de verwijzende rechter op deze stelling te onderzoeken. Een ter rechtvaardiging van een onderscheid aangevoerd doel moet namelijk wel waar zijn.

Het doel van een regeling kan in de loop van de tijd veranderen. Zo was in de Duitse zaak *Fuchs en Köhler* het doel van verplichte pensionering op 65-jarige leeftijd aanvankelijk om te voorkomen dat werknemers aanblijven die niet langer geschikt zijn voor hun werk. Na verloop van tijd verschoof dit doel naar de behoefte aan een 'gunstige leeftijdsstructuur', dat wil zeggen een evenwichtige mix van jong en oud. Het aanvankelijke doel was niet langer legitiem, het nieuwe doel wel. De rechter mocht de verplichte pensionering aan het nieuwe doel toetsen.[37]

Het doel moet concreet en specifiek zijn. In de woorden van het HvJ: 'Eenvoudige algemene verklaringen volstaan niet om aan te tonen dat het doel (...) niet van doen heeft met discriminatie.'[38]

Financiële argumenten worden in beginsel niet geaccepteerd als rechtvaardigingsgrond, al kunnen budgettaire overwegingen wel 'aan de basis liggen' van de 'sociale beleidskeuzen' van een lidstaat.[39]

---

36. HvJ EG 18 november 2010, C-250 en 268/09 (*Georgiev*), JAR 2011/25.
37. HvJ EU 21 juli 2011, C-159 en 160/10 (*Fuchs en Köhler*), JAR 2011/244.
38. HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97 (*Seymour-Smith*), JAR 1999/75.
39. HvJ EG 24 februari 1994, C-343/92 (*Roks*).

Het is niet altijd duidelijk hoe te oordelen over de situatie dat een onderscheid meerdere doelen beoogt. Een voorbeeld is de zaak *Petersen*.[40] Het onderscheid in die zaak hield in dat tandartsen ouder dan 68 jaar geen ziekenfondspatiënten mochten behandelen. Dit onderscheid beoogde het bereiken van drie doelen, waarvan slechts twee legitiem waren, één niet. Helaas gaat het HvJ niet in op het gevolg van dit verschil in legitimiteit. Men zou wellicht kunnen redeneren: haal dat ene niet-legitieme doel eruit, dan houd je twee legitieme doelen over en is er niets aan de hand. Echter, als het zou zijn toegestaan om zomaar een doel 'weg te halen' om een onderscheid alsnog te kunnen rechtvaardigen, dan zou dat tot ongewenste situaties kunnen leiden.

Geschikt middel

Het 'doelmatigheidsvereiste' houdt in dat het middel dat de werkgever inzet om zijn doel te bereiken geschikt (ook wel: 'passend') is om dat doel te bereiken.

Een middel is slechts geschikt om een doel te verwezenlijken als het dat doel coherent en systematisch nastreeft. Dit geldt ook voor wetgeving. Nu gaat het bij wetgeving vaak om een hoofdregel met uitzonderingen. Zulke uitzonderingen kunnen de coherentie van wetgeving aantasten. Coherentie kan lastig te beoordelen zijn. Zo kan een middel dat op het eerste oog niet coherent lijkt, dat toch blijken te zijn:[41]

> Bepaalde ambtenaren in de deelstaat Hessen moesten op grond van de wet op hun 65ste met pensioen gaan. Op deze hoofdregel van verplichte pensionering bestond een uitzondering: in bijzondere gevallen kon een ambtenaar op zijn verzoek tot zijn 68ste aanblijven. Verder was het zo dat vertrek vóór de leeftijd van 65 jaar werd ontmoedigd. Twee ambtenaren verzochten om na hun 65ste te mogen doorwerken. De verzoeken werden afgewezen. Zij stelden dat de regel die pensionering op 65-jarige leeftijd voorschreef, een onderscheid naar leeftijd maakte dat niet was gerechtvaardigd, onder andere omdat hij incoherent was. Die regel strookte volgens hen namelijk niet met (1) de mogelijkheid om op verzoek tot de leeftijd van 68 door te werken, en (2) met het beleid om vertrek voor de leeftijd van 65 te ontmoedigen. Het HvJ zag dit anders. Juist *dankzij* de beperkte uitzondering (uitstel tot 68) en juist *door* de flankerende maatregel (ontmoedigen vertrek vóór 65) kon de strenge hoofdregel worden gehandhaafd.

Of een middel geschikt is om het beoogde doel te bereiken moet in beginsel worden beoordeeld naar de situatie op het moment van het onderscheid. Het gaat dus niet om het tijdstip waarop de betrokken regeling werd ingevoerd.[42]

---

40. HvJ EU 12 januari 2010, C-341/08 (*Petersen*), JAR 2010/52.
41. HvJ EU 21 juli 2011, C-159 en 160/10 (*Fuchs en Köhler*), JAR 2011/244, r.o. 86.
42. HR 13 juli 2012, JAR 2012/209 (*Van de Pol/KLM*), slot van r.o. 5.6.

Noodzakelijk middel
Het 'noodzakelijkheids-' of 'proportionaliteitsvereiste' valt onder te verdelen in de volgende subvereisten:
- Er is geen andere, niet-discriminerende manier om het doel te bereiken.
- Er is evenmin een manier die minder vergaand discrimineert (het middel staat dus in verhouding tot het doel).
- Er is geen (verdere) compensatiemogelijkheid.

Meestal overleeft een onderscheid de legitimiteits- en doelmatigheidstoetsen. Als een onderscheid niet gerechtvaardigd wordt bevonden, is dat in de meeste gevallen omdat het middel wel geschikt, maar niet noodzakelijk wordt geacht om het beoogde doel te bereiken.

Om te voldoen aan het proportionaliteitsvereiste kan degene die ongelijk behandelt, niet volstaan met globale argumenten. Hij moet komen met concrete, op het geval toegesneden argumenten.[43] Anderzijds is de noodzakelijkheidstoets niet al te strikt.[44]

2.9 Rechtvaardiging direct leeftijdsonderscheid

Zoals gezegd zijn er drie non-discriminatiegronden ten aanzien waarvan ook *direct* onderscheid kan worden gerechtvaardigd. De voor de praktijk belangrijkste is leeftijd. Wie de WGBL leest, zou kunnen denken dat het voor het rechtvaardigen van leeftijdsonderscheid niet uitmaakt of het onderscheid direct dan wel indirect is. De WGBL moet echter 'richtlijnconform' worden uitgelegd. De betrokken richtlijn is Kaderrichtlijn 2000/78. Zij bevat *twee* bepalingen met betrekking tot rechtvaardiging: een 'gewone' (artikel 2 lid 2) voor alle vormen van *indirect* onderscheid, en een bijzondere (artikel 6 lid 1) voor indirect *en direct* leeftijdsonderscheid. Op het eerste gezicht lijken de bepalingen op elkaar. Wie zorgvuldig leest, ziet echter dat de voorwaarden van artikel 6 strikter zijn dan die van artikel 2.

In beide gevallen – artikel 2 en artikel 6 – moet sprake zijn van een legitiem doel en moet het middel om dat doel te bereiken geschikt en noodzakelijk zijn. Het verschil zit in de eisen die de richtlijn aan het legitieme doel stelt. Indirect onderscheid (op alle door de richtlijn bestreken gronden) kan worden gerechtvaardigd aan de hand van ieder denkbaar doel, als het maar legitiem is. Direct leeftijdsonderscheid daarentegen is alleen te rechtvaardigen door doelstellingen die:

43. HvJ EG 20 maart 2003, C-187/00 (*Kutz-Bauer*), JAR 2003/130; HvJ EG 11 september 2003, C-77/02 (*Steinicke*), JAR 2004/16.
44. Zie HR 24 januari 2020, JAR 2020/54 (*ABN AMRO*).

> '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'.

Dit is in twee opzichten een verzwaring ten opzichte van artikel 2.[45] De eerste verzwaring zit in de woorden 'in het kader van de nationale wetgeving'. Het HvJ heeft nog niet gepreciseerd wat we hier onder moeten verstaan.[46] De tweede verzwaring is dat het doel moet liggen op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding. Weliswaar staat er in artikel 6 lid 1 'met inbegrip van', wat doet vermoeden dat het hier om niet meer dan voorbeelden gaat, maar uit de rechtspraak van het HvJ valt op te maken dat het in alle gevallen moet gaan om 'sociaal beleid'.[47] Doelstellingen van een individuele werkgever zijn geen sociaal beleid.

2.10 Afbakening direct/indirect onderscheid

Het is niet altijd duidelijk of we met direct of indirect onderscheid te maken hebben. Deze onduidelijkheid kwam scherp aan het licht in de zaken *Achbita* en *Bougnaoui*. In beide zaken – die in hoofdstuk 7 nader aan bod komen – ging het om een werkneemster die werd ontslagen vanwege het dragen van een hoofddoek. Mevrouw Achbita overtrad het kledingreglement van haar werkgever, dat het dragen verbood van 'zichtbare tekens van politieke, filosofische en religieuze overtuigingen'. Het HvJ stelde vast dat zij niet werd ontslagen vanwege haar islamitische geloof, noch vanwege geloof als zodanig. De kledingregels werden ten aanzien van mevrouw Achbita immers niet anders dan ten aanzien van enige andere werknemer toegepast. Er was dus in beginsel geen sprake van *directe* discriminatie op grond van geloof. Mevrouw Bougnaoui werd ontslagen omdat de klant bij wie haar werkgever haar had gedetacheerd, haar had gevraagd haar hoofddoek af te doen en zij dat had geweigerd. Het is niet bekend waarom de klant mevrouw Bougnaoui vroeg haar hoofddoek af te doen. Was het omdat ook zij een kledingreglement had dat het dragen van politieke, filosofische en religieuze tekens verbood? Of omdat de klant eenvoudig niet van hoofddoeken hield? Deze vraag was van belang, omdat het ontslag in het laatste geval *direct* zou discrimineren.

---

45. Er is nog een derde tekstueel verschil tussen artikel 6 en artikel 2, namelijk dat direct onderscheid 'objectief *en redelijk*' moet zijn gerechtvaardigd. Deze toevoeging heeft echter geen betekenis: HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07 (*Age Concern*), JAR 2009/93, punt 65.
46. Wel kan de wetgever cao-partijen machtigen maatregelen in het algemeen belang te treffen, in welk geval de doelstelling van leeftijdsonderscheid in een cao 'in het kader van de nationale wetgeving' kan zijn: zie HvJ EU 13 september 2011, C-447/09 (*Prigge*), JAR 2011/263, punten 59-61. Vgl. HvJ EG 16 oktober 2007, C-411/05 (*Palacios*), JAR 2007/288, punten 60-66; HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09 (*Rosenbladt*), JAR 2010/279, punten 39-41.
47. HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07 (*Age Concern*), JAR 2009/93.

In geen van beide zaken gaat het HvJ diepgaand in op de grensafbakening tussen directe en indirecte discriminatie. De advocaten-generaal doen dat wel. De A-G in *Achbita* merkt op dat een regel die het dragen van alle politieke, filosofische en religieuze tekens verbiedt neutraal is, tenzij de regel berust op stereotypen of vooroordelen tegen enig geloof of tegen geloof in het algemeen. De A-G in *Bougnaoui*, daarentegen, pleitte er – vergeefs – voor om directe discriminatie aan te nemen. Zij redeneerde (te?) eenvoudig: als mevrouw Bougnaoui geen uiting aan haar geloof had gegeven, zou zij niet zijn ontslagen, dus is zij rechtstreeks op grond van haar geloof gediscrimineerd.

Vóór de uitspraken in *Achbita* en *Bougnaoui* had het College ook al geworsteld met de vraag of een hoofddoekverbod rechtstreeks dan wel indirect onderscheid op grond van godsdienst maakt. Een verbod op het dragen van een hoofddoek op de grond dat het niet-islamitische personeel daar aanstoot aan neemt, levert evident directe geloofsdiscriminatie op; het verbod is dan immers in wezen gegrond op het zijn van een moslim.[48] Daarentegen is een verbod op het dragen van zichtbare uitingen van geloof, zoals een hoofddoek, bijvoorbeeld voor een griffier in de rechtszaal ter bewaring van (de schijn van) onpartijdigheid, waarschijnlijk[49] slechts indirect onderscheidend; het verbod heeft dan immers niet als doel islamieten te benadelen, het heeft slechts dat effect.

48. CRM 2016-32.
49. CGB 2001-53. Anders: CRM 2015-145.

3 Effectueren gelijke behandeling

3.1 Inleiding

Er zijn verschillende manieren waarop werkgevers ertoe kunnen worden gebracht het gelijkebehandelingsbeginsel in hun arbeidsrelaties na te leven. De meest directe manier loopt via het strafrecht. Voor werknemers is strafbaarheid van discriminatie weinig interessant, en vervolging op deze grond is zeldzaam. Dit boek gaat er niet op in.

Een directe manier om non-discriminatie af te dwingen is uiteraard ook om een vordering in te stellen bij de civiele rechter, bijvoorbeeld gebaseerd op onrechtmatige daad en met als eis geldelijke compensatie of intrekking van een ontslag.

Er zijn tal van minder directe manieren om naleving van het discriminatieverbod in arbeidsverhoudingen af te dwingen of te bevorderen, bijvoorbeeld via het bestuursrecht, door middel van subsidie, door publiekscampagnes, door 'naming and shaming' of door gebruik van het aanbestedingsrecht.[1]

Ondernemingsraden hebben mede tot taak te waken tegen discriminatie en gelijke behandeling te bevorderen, in het bijzonder op de gronden geslacht, h/cz en ras.[2] Elke ondernemer met een ondernemingsraad moet hem ten minste eens per jaar schriftelijk gedetailleerde algemene gegevens verstrekken, onder andere met het oog op deze taak.[3]

3.2 Instanties

Het aantal instanties dat aan de gelijkebehandelingsregels toetst, is groot. In de eerste plaats zijn er nationale en internationale rechtscolleges, zoals de burgerlijke, administratieve, straf- en belastingrechters, het HvJ en het EHRM. Daarnaast ken-

1. Zie brief Koolmees van 14 januari 2021, Kamerstukken 29544/34252, nr. 1039.
2. Artikel 28 lid 3 Wet op de ondernemingsraden.
3. Artikel 31b WOR.

nen we in Nederland,[4] zoals in de meeste landen, een speciale, onafhankelijke, niet-lijdelijke instantie met bevoegdheden op het gebied van geschillen over gelijke behandeling. Tot 1 oktober 2012 was dit de Commissie gelijke behandeling (CGB). Sindsdien is deze instantie (een afdeling van) het College voor de Rechten van de Mens. De oordelen van de CGB/het College vanaf 1996 zijn te raadplegen op www.mensenrechten.nl.

Het College behandelt jaarlijks honderden verzoeken om een oordeel. De meeste hebben te maken met arbeid. Zij worden in grote meerderheid ingediend door individuele (aspirant-, actuele en gewezen) werknemers die zich gediscrimineerd voelen, maar ook organisaties die zich voor gelijke behandeling inzetten vragen bij tijd en wijle om een oordeel. Verder vragen werkgevers soms om een oordeel over 'eigen handelen', en in een enkel geval beoordeelt het College een regeling 'uit eigen beweging'.

Het College beoordeelt slechts of een bepaling, maatstaf of handelwijze al dan niet in strijd is met de *Nederlandse* gelijkebehandelingswetgeving. Het toetst niet aan verdragen.

Behalve het College en de rechterlijke macht zijn er tal van instanties waar (vermeende) slachtoffers van discriminatie terechtkunnen voor advies en bijstand. Iedere gemeente moet zelfs een 'antidiscriminatievoorziening' hebben.

3.3 Procederen

College

De procedure bij het College begint in veruit de meeste gevallen met het indienen van een schriftelijke 'klacht'. De wet noemt geen termijn waarbinnen een klacht moet zijn ingediend, maar dit moet wel worden gedaan binnen een redelijke termijn nadat de benadeelde kennis krijgt van de omstandigheden op grond waarvan hij meent te zijn gediscrimineerd.[5] Is de klacht voldoende duidelijk en onderbouwd, dan krijgt de 'beklaagde' de gelegenheid schriftelijk verweer te voeren. De derde stap is een hoorzitting en ten slotte volgt, uiterlijk acht weken na de zitting, het 'oordeel'. De procedure bij het College is kosteloos en geen van de partijen kan in de proceskosten worden veroordeeld.

De doorlooptijd van een verzoek om een oordeel bedraagt in de meeste gevallen een klein halfjaar. Wanneer niet lang op een oordeel kan worden gewacht, kan het College een 'spoedoordeel' geven. Dit gebeurt bijvoorbeeld in de situatie dat de

4. Het College is niet bevoegd ten aanzien van klachten over discriminatie in Caribisch Nederland.
5. CGB 2007-144 (jaar later te laat); CGB 2017-73 (vier jaar later niet te laat).

werkgever een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij de kantonrechter heeft ingediend, en het gewenst is om vóór de mondelinge behandeling van dat verzoek te kunnen beschikken over het oordeel van het College.

Het College voert sinds 2013 het 'naming and shaming'-beleid om werkgevers tegen wie een klacht is ingediend bij naam te noemen, ook als het oordeel is dat zij niet hebben gediscrimineerd.

Oordelen van het College zijn beperkt tot de vaststelling dat een gedraging wel of niet in strijd is met de wet. Zij zijn niet bindend. Rechters volgen de oordelen lang niet altijd, al nemen de meesten ze wel serieus. In 1987 overwoog de Hoge Raad dat 'voor het bepleiten van een van een advies van de [toenmalige CGB] afwijkende beslissing deugdelijke motieven moeten worden aangevoerd'.[6] Het is niet zeker of deze overweging nog geldt.[7] Omgekeerd volgt het College over het algemeen het oordeel van de rechter, maar een enkele keer laat het weten het met de rechter oneens te zijn.[8]

Rechter

Procedures bij de rechter worden ingeleid met een verzoekschrift wanneer het gaat om ontslag, en – in beginsel[9] – met een dagvaarding in alle overige gevallen. Het is niet nodig, maar voor de werknemer meestal wel handig, om het College te vragen om een oordeel alvorens bij de rechter te procederen.

Collectieve acties

Een vereniging of stichting die de belangen van een door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde groep behartigt, kan zowel voor het College als voor de rechter procederen. Het College stelt weinig eisen aan deze bevoegdheid.[10] De civiele rechter toetst aan artikel 3:305a BW, dat onder andere als eis stelt de 'bescherming van gelijksoortige belangen'. Het moet gaan om meer dan een gebundeld belang van verschillende eisers; de vereniging of stichting moet ook een eigen belang hebben.[11] Beoordeling van de zaak moet mogelijk zijn zonder dat de rechter hoeft te kijken naar de belangen van individuele eisers.

---

6. HR 13 november 1987, NJ 1989/698 (*St. Bavo/Gielen*); conclusie A-G Koopmans bij HR 24 april 1992, NJ 1992/689 (*Bouma/KLM*), punt 5.
7. Asscher-Vonk legt in SMA 2007, p. 225, uit dat en waarom deze overweging sinds 1980 niet meer geldt.
8. Zie CRM 2014-97, punt 3.3 over het verschil in 'mandaat' tussen College en rechter.
9. Artikel 7:686a lid 2 BW. Lid 3: in ontslagzaken kan het verzoek mede aanverwante vorderingen inleiden.
10. Artikel 10 lid 2 onder e van de Wet College voor de rechten van de mens.
11. Zie HR 9 april 2010, NJ 2010/388 (de *SGP*-zaak).

Naast de mogelijkheid van een collectieve actie bestaat de mogelijkheid van een 'class action' op grond van de Wet collectieve afwikkeling massaschade.[12] Van deze mogelijkheid is in Nederland, anders dan in bijvoorbeeld Engeland en de Verenigde Staten, nog geen gebruik gemaakt voor een gelijkebehandelingsclaim.

3.4 Bewijs en verjaring

Inleiding

In discriminatieprocedures komt het vaak aan op de bewijslastverdeling: moet de werknemer – conform de hoofdregel van het bewijsrecht – discriminatie bewijzen, of moet de werkgever bewijzen dat hij niet discrimineert, of iets daar tussenin?

In beginsel moet de werknemer discriminatie bewijzen. Echter, wanneer werknemers niet zouden worden geholpen bij het vaststellen van discriminatie, zou het risico ontstaan dat zij, in de woorden van het HvJ, geen doeltreffend middel hebben om het beginsel van gelijke behandeling te doen eerbiedigen. Om dit risico te vermijden ontwikkelden zowel het HvJ als de Hoge Raad en het College, min of meer onafhankelijk van elkaar, een doctrine die wel wordt aangeduid als 'omkering' of 'verschuiving' van de bewijslast, al zou ik liever spreken van bewijslastverlichting. Hierbij speelt 'transparantie' een belangrijke rol, zoals het HvJ al in 1989 benadrukte in de zaak *Danfoss*:[13]

> Danfoss betaalt haar werknemers, conform cao, vaste functielonen vermeerderd met toeslagen voor, met name, flexibiliteit, beroepsopleiding en anciënniteit. Een vakbond vermoedt dat Danfoss discrimineert door haar werkneemsters lagere toeslagen te betalen dan haar werknemers, en wel vanwege hun geslacht. De bond kan dit echter niet bewijzen, ten eerste omdat de individuele salarissen niet openbaar zijn, maar bovendien omdat iedere werknemer alleen weet wat hij in enige maand aan *totale* beloning ontvangt. De loonstrookjes splitsen de beloning namelijk niet uit naar basissalaris en toeslagen. Een individuele werkneemster is daardoor niet in staat aan te tonen dat, laat staan in welke mate, zij aan toeslag minder verdiende dan haar mannelijke collega's. Om deze reden voert de vakbond een steekproef uit onder 157 (mannelijke en vrouwelijke) werknemers. Uit de steekproef blijkt dat de tot die groep behorende vrouwen, gemeten over een periode van vier jaar, gemiddeld 6,85% minder in de vorm van toeslagen verdienden dan de mannen uit de groep. De bond redeneert dat het erg onwaarschijnlijk is dat de vrouwen stelselmatig minder inzet vertonen en over minder bekwaamheden beschikken dan hun mannelijke collega's. Hij bepleit dan ook om 'statistisch bewijsmateriaal' toe te laten. Hierin vindt hij gehoor bij het HvJ, dat als volgt redeneert. Wanneer een werkgever een 'volstrekt ondoorzichtig' beloningsstelsel toepast, en wanneer aan de hand van een steekproef onder een relatief groot aantal werknemers blijkt dat de gemiddelde beloning van de vrouwelijke werk-

12. Artikelen 7:907 e.v. BW.
13. HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88 (*Danfoss*).

nemers lager is dan die van de mannelijke werknemers, draagt de werkgever de bewijslast dat hij niet discrimineert op basis van geslacht.

Bewijsrichtlijn

In 1997 werd de rechtspraak over de verdeling van de bewijslast gecodificeerd in de zogeheten Bewijsrichtlijn.[14] Zij bepaalt:

'De lidstaten nemen, overeenkomstig hun nationale rechtsstelsels, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat wanneer iemand die zich door niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld acht, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden.'

De eerste arbeidsrechtelijke zaak waarin het HvJ de bewijsrichtlijn toepaste, was *Kelly*:[15]

De heer Kelly deed een aanvraag om deel te nemen aan een opleiding aan University College Dublin. De aanvraag werd afgewezen. Het is niet bekend of de afwijzing werd gemotiveerd; in ieder geval beweerde Kelly dat hij vanwege zijn geslacht was afgewezen. Hij vond namelijk dat hij beter gekwalificeerd was om aan de opleiding deel te nemen dan de minst gekwalificeerde van de aangenomen vrouwen.[16] Om deze mening te onderbouwen had hij gegevens nodig over die wél toegelaten vrouwen. De universiteit wilde hem die gegevens niet geven. Kelly verzocht de Ierse rechter om de universiteit te veroordelen hem kopieën te geven van allerlei gegevens van de personen die de universiteit tot de opleiding had toegelaten. Zijn verzoek werd afgewezen omdat hij geen feiten had gesteld en bewezen die discriminatie deden vermoeden.

De tweede zaak was *Meister*:[17]

Mevrouw Meister was een 45-jarige Russin met een ook in Duitsland erkend diploma als systeemingenieur. Zij solliciteerde op een personeelsadvertentie van het Duitse bedrijf Speech Design voor een functie waarvoor zij, gelet op de functie-eisen, geschikt was. Het bedrijf wees haar sollicitatie af, zonder haar voor een gesprek uit te nodigen en zonder motivering. Kort daarna plaatste het bedrijf een soortgelijke advertentie, waarop mevrouw Meister wederom solliciteerde. Opnieuw werd zij zonder uitnodiging of motivering afgewezen. Zij vorderde bij de rechter schadevergoeding, met als grondslag discriminatie op grond van ras, leeftijd en geslacht. Tevens vorderde zij overlegging van het dossier van de succesvolle kandidaat om te kunnen beoordelen of zij geschikter was dan die kandidaat.

14. Richtlijn 97/80.
15. HvJ EU 21 juli 2011, C-104/10 (*Kelly*), JAR 2012/152.
16. Het is niet bekend op grond waarvan hij deze mening baseerde.
17. HvJ EU 19 april 2012, C-415/10 (*Meister*), JAR 2012/153.

De zaken *Kelly* en *Meister* zijn niet identiek.[18] Echter, het oordeel van het HvJ komt in beide zaken overeen:

- Het doel van de Bewijsrichtlijn is om mensen die zich gediscrimineerd voelen de mogelijkheid te bieden hun recht op non-discriminatie geldend te maken.
- Weigering van de aangesproken persoon om informatie te geven, die het slachtoffer nodig heeft om een vermoeden van discriminatie te vestigen, brengt die doelstelling in gevaar.
- Om de doelstelling te verwezenlijken verloopt een discriminatieprocedure in twee fasen, waarvan de eerste is dat het slachtoffer feiten bewijst die discriminatie doen vermoeden.
- Bij de vraag of het de eiser is gelukt een vermoeden van discriminatie te vestigen, moet de rechter acht slaan op alle omstandigheden van het geval.
- Tot die omstandigheden behoort een eventuele weigering om bedoelde informatie te geven.

Hoe gunstig deze overwegingen ook mogen klinken voor de heer Kelly en mevrouw Meister, het eindoordeel van het HvJ was niet in hun voordeel. Het HvJ oordeelde: de Bewijsrichtlijn en de discriminatierichtlijnen geven een sollicitant niet het recht op toegang tot de door de werkgever gehouden gegevens van de andere kandidaten. Bovendien kan een eventueel recht op zulke gegevens worden aangetast door de privacyregels van het Unierecht. Het HvJ voegde echter een belangrijke 'toch' toe:

> 'Toch kan niet worden uitgesloten dat de weigering van een verwerende partij om toegang te verlenen tot informatie, een van de factoren kan vormen waarmee rekening moet worden gehouden in het kader van de vaststelling van feiten die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden. Het staat aan de verwijzende rechter om op grond van alle omstandigheden van het voor hem aanhangige geding na te gaan of dit in het hoofdgeding het geval is.'

Al met al laten *Kelly* en *Meister* de vraag open hoe een werkgever het best kan reageren op een verzoek van een afgewezen sollicitant om informatie over de succesvolle kandidaat en/of andere afgewezen kandidaten. Het botweg zonder toelichting afwijzen van een dergelijk verzoek lijkt me riskant. Wellicht kan de werkgever het best volstaan met het verschaffen van algemene en geanonimiseerde gegevens.

Twee stappen

Uit de tekst van de Bewijsrichtlijn volgt dat het proces van bewijslevering één of twee stappen omvat:

---

18. De Duitse rechter wilde alleen weten of een afgewezen sollicitant recht heeft om te weten of een ander voor de functie is aangenomen. De Ierse rechter wilde weten of de afgewezen sollicitant recht heeft op gegevens van de succesvolle kandidaten.

- Stap 1: de eiser bewijst feiten die onderscheid kunnen doen vermoeden. Lukt hem dit niet, dan is dat het einde van de zaak; lukt het wel, dan komt men toe aan stap 2.
- Stap 2: de werkgever bewijst dat hij niet heeft gediscrimineerd.

Dat de beweerdelijk gediscrimineerde werknemer feiten moet bewijzen, zegt niets over de vraag *welke* feiten hij moet bewijzen. Uiteindelijk is het aan de rechter om te beoordelen of de werknemer voldoende feiten heeft bewezen om er een vermoeden van onderscheid uit af te leiden.

Over de aard van het in stap 2 bedoelde bewijs van de werkgever bestaat verschil van mening. Gaat het hier om 'hard' bewijs, of is voldoende dat de werkgever het vermoeden ontzenuwt en, zo ja, wat houdt ontzenuwen in? De tekst van de richtlijn is duidelijk: de werkgever moet non-discriminatie bewijzen. Hierna zal blijken dat het College minder strikt is.

Nederland, inleiding
Nederland implementeerde de richtlijn door in de meeste gelijkebehandelingswetten te bepalen:

> 'Indien degene die meent dat in zijn nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt (...) in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met (...) is gehandeld.'

Stap 1
Al in 1991 had (de voorloper van) de CGB de eis van transparantie geconcretiseerd door te verlangen dat 'procedures' (selectie, beloning, ontslag enzovoort) moeten voldoen aan het vereiste 'inzichtelijk, controleerbaar en systematisch uitgevoerd'.

In *Danfoss* accepteerde het HvJ bewijslastverlichting in de situatie dat er een combinatie was van twee omstandigheden: een volstrekt ondoorzichtig criterium (in dat geval: de criteria ter bepaling van toeslagen) en algemene gegevens over de organisatie (in dat geval: een steekproef waaruit bleek dat vrouwen gemiddeld minder verdienden dan mannen). Kan ieder van deze beide omstandigheden voldoende zijn om de werkgever te belasten met het bewijs dat hij niet discrimineert? Mijn antwoord is: nee, ondoorzichtigheid op zichzelf is niet voldoende, er moet een bijkomend feit zijn. Ook algemene gegevens zijn onvoldoende; er moet – in een individuele zaak – een concrete aanwijzing bijkomen dat de klager is benadeeld.

Hoe concreet een bijkomend feit moet zijn en welk gewicht het moet hebben, valt niet in zijn algemeenheid te zeggen. Sommige College-oordelen stellen twee eisen aan het bijkomende feit: (1) het moet op het individuele geval van de werknemer

zien, dus méér zijn dan een algemeen gegeven, en (2) er moet samenhang zijn met het gebrek aan doorzichtigheid. De CGB stelde deze eisen in de zaak van een vrouwelijke sollicitant die was afgewezen voor de functie van lid van de Hoge Raad.[19] In die zaak was de wervings- en selectieprocedure volstrekt ondoorzichtig. Er waren zelfs geen functie-eisen of selectiecriteria. Dit gegeven volstond echter niet om, in combinatie met het gegeven dat vrouwen in de Hoge Raad ondervertegenwoordigd waren, ongeoorloofd onderscheid te doen vermoeden. De ondervertegenwoordiging was namelijk niet meer dan een algemeen gegeven, dat bovendien losstond van de ondoorzichtigheid van de procedure.

Soms vindt het College een betrekkelijk geringe omstandigheid, in combinatie met een ondoorzichtige procedure, voldoende om de werkgever met vaak moeilijk te leveren tegenbewijs te belasten. Eén voorbeeld uit talloze:[20]

> 'De wederpartij heeft geen nader inzicht gegeven in haar motieven voor de afwijzing. De criteria voor de afwijzing zijn derhalve niet inzichtelijk en controleerbaar. Tevens heeft verzoekster aangetoond dat haar hoofddoek vermoedelijk bij de afwijzing een rol heeft gespeeld. Aangezien de wederpartij geen nadere verklaring heeft verschaft voor haar handelwijze, concludeert de Commissie dat de afwijzing van verzoekster (mede) is ingegeven vanwege het dragen van een hoofddoek.'

De toets 'inzichtelijk, controleerbaar en systematisch uitgevoerd' is streng, in sommige situaties wellicht té streng. Hoeveel werkgevers hanteren immers sollicitatie-, aanstellings-, bevorderings- en beloningsprocedures die werkelijk inzichtelijk, controleerbaar en systematisch uitgevoerd zijn? Neem het voorbeeld van een taxibedrijfje dat een sollicitante voor de functie van taxichauffeur afwees en werd afgerekend op de afwezigheid van een 'duidelijk functieprofiel', de afwezigheid van 'gespecificeerde functievereisten', het afgaan op subjectieve indrukken over de kandidate en het niet structureel bijhouden en bewaren van schriftelijke aantekeningen. Dankzij deze gebreken in de selectieprocedure leidde het enkele feit dat tijdens het sollicitatiegesprek het hebben van kinderen terloops *ter sprake* kwam, tot omkering van de bewijslast en tot het oordeel dat het taxibedrijfje had gediscrimineerd.[21]

Statistiek die in de richting van ongelijke behandeling wijst, is op zichzelf onvoldoende om stap 1 te zetten. Hetzelfde geldt voor andersoortige algemene gegevens over een organisatie. Het College heeft in dit verband meermalen geoordeeld over

19. CGB 2012-189.
20. CGB 1999-06.
21. CGB 1996-20; vrijwel identiek: CGB 1996-21.

de klacht dat een vrouw geen promotie maakte vanwege het 'glazen plafond'. In een van die zaken overwoog het:[22]

> 'Feiten die betrekking hebben op de algemene situatie in een onderneming, bijvoorbeeld gegevens over de ondervertegenwoordiging van (oudere) vrouwen, zijn op zichzelf niet voldoende voor het vermoeden dat in een individueel geval onderscheid is gemaakt. (...) Feiten met betrekking tot de algemene situatie kunnen wel bijdragen aan een vermoeden van onderscheid, wanneer daarvoor ook in het individuele geval aanwijzingen bestaan.'

Wanneer een werkgever een maatregel treft die nadelig is voor een werknemer met een beschermde hoedanigheid, kan op de achtergrond spelen dat de werkomgeving – daadwerkelijk of in de beleving van de werknemer – niet discriminatievrij is. Dit feit kan tot bewijslastverlichting leiden, ook al staat de maatregel als zodanig los van de betrokken hoedanigheid.[23]

Stap 2

Bij stap 2 gaat het om tegenbewijs, niet om *tegendeelbewijs*. De werkgever hoeft dus niet te bewijzen dat hij geen onderscheid maakte. Er is echter meer vereist dan een 'tegenvermoeden'. De werkgever zal weliswaar 'hard' bewijs moeten leveren, maar dat bewijs mag beperkt blijven tot feiten die serieus doen twijfelen aan de juistheid van het vermoeden en/of steun bieden aan een alternatieve – niet discriminerende – hypothese. Lukt hem dat, dan keert de bewijslast terug naar de werknemer. Deze mag dan alsnog proberen de door hem gestelde ongelijke behandeling op de normale manier te bewijzen.

Verjaring en verval

Het Burgerlijk Wetboek geeft regels over het verjaren van rechtsvorderingen.[24] Het maakt onderscheid tussen verschillende soorten vorderingen. Een vordering tot nakoming van een verplichting tot 'een geven of doen' verjaart na vijf jaar, gerekend vanaf de dag waarop de schuldenaar had moeten geven of doen (artikel 3:307 BW). Een vordering tot betaling van geld verjaart vijf jaar na de dag waarop de schuldenaar had moeten betalen (artikel 3:308 BW). Vorderingen tot vergoeding van schade verjaren vijf jaar, gerekend vanaf de dag waarop de schuldeiser bekend was met zijn schade en de daarvoor verantwoordelijke, maar uiterlijk na 20 jaar (artikel 3:310 BW). De werknemer kan de verjaringstermijn door 'stuiting' verlengen.

22. CGB 2010-88. Zie Hof Amsterdam 7 oktober 2014, JAR 2014/294.
23. Voorbeeld: CGB 1998-33/34.
24. De Nederlandse verjaringsregels zijn niet in strijd met het EU-discriminatierecht: HvJ EG 16 mei 2000, zaak C-78/98, JAR 2000/153 (*Preston*).

Een discriminatoir afgewezen sollicitant heeft dus vijf jaar de tijd om schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad te vorderen. Deze termijn begint in principe pas te lopen op het moment dat de kandidaat weet dat en waarom hij is gepasseerd. Echter, als een kandidaat lange tijd geen bericht krijgt over de uitkomst van zijn sollicitatie, zou men van hem mogen verwachten dat hij het initiatief neemt om daarnaar te informeren. Doet hij dat niet, en beroept hij zich pas veel later op discriminatie, wanneer de selectieprocedure al achter de rug is, dan kan de werkgever hem rechtsverlies door non-protest tegenwerpen. De wet kent namelijk een zogenoemde 'klachtplicht'.[25] Wie niet 'binnen bekwame tijd' na ontdekking van een 'gebrek in de prestatie' protesteert, kan daar geen beroep meer op doen.

De werkgever die om een discriminerende reden onderbetaalt, pleegt een onrechtmatige daad.[26] In dit geval begint de vijfjaarstermijn pas te lopen op het moment dat de werknemer weet, of redelijkerwijs had behoren te weten, (1) dat de onderbetaling het gevolg is van discriminatie, en (2) wie hij daarvoor kan aanspreken.

In geval van ontslag hebben we te maken met korte vervaltermijnen.[27] Deze komen in hoofdstuk 8 aan de orde.

3.5 Victimisatie

Uit onderzoek blijkt dat maar liefst twee derde van alle werknemers die een beroep deden op het discriminatieverbod, daarvan nadeel ondervond.[28] Dit nadeel kan zich bijvoorbeeld uiten in een mindere beoordeling, verslechtering van de werksfeer, het uitblijven van bevordering, verandering in het oproeppatroon of, in het ergste geval, ontslag, waaronder begrepen het beëindigen van de inhuur van een uitzendkracht.

Alle gelijkebehandelingswetten bevatten benadelingsverboden (ook wel victimisatieverboden genoemd), zij het met onderling kleine verschillen. Het benadelingsverbod behelst een verbod om 'personen' te 'benadelen' wegens het feit dat zij in of buiten rechte een beroep hebben gedaan op de gelijkebehandelingswetgeving of 'ter zake bijstand hebben verleend'. Het begrip 'personen' dekt niet alleen werknemers, maar ook getuigen, collega's, uitzendkrachten, ingehuurde zzp'ers en voormalige werknemers. Ook het begrip 'benadelen' is ruim. Het dekt bijvoor-

25. Artikel 6:89 BW.
26. Of wanprestatie; het verschil is niet van belang.
27. Een vervaltermijn kan, anders dan een verjaringstermijn, niet door stuiting worden verlengd, en op een vervaltermijn hoeft niet een beroep te worden gedaan om hem effect te geven.
28. 'Dubbel de dupe? Een studie naar de benadeling van werknemers die gelijke behandeling aan de orde stellen', te raadplegen op mensenrechten.nl onder 'onderzoeken', 2010.

beeld taakaanpassing en verslechtering van de werksfeer. Het 'verlenen van bijstand' omvat onder andere het verklaren ten gunste van een collega, bijvoorbeeld tijdens een zitting van het College.[29]

Het maakt voor een beroep op victimisatie niet uit of de discriminatieklacht, op grond waarvan de werknemer meent te zijn benadeeld, terecht was. Al klaagt een werknemer evident ten onrechte over discriminatie, legt hij zijn klacht tevergeefs voor aan het College en procedeert hij zonder succes in drie instanties – grof gezegd: hij is een querulant –, de werkgever behoort 'de wijste' te zijn. Hij mag de werknemer met enige aandrang verzoeken op te houden met klagen, maar kritiek, bijvoorbeeld leidend tot een slechte beoordeling, kan al bijdragen tot een veroordeling wegens benadeling.

De wet ziet benadeling niet als ongelijke behandeling. Benadeling valt daarom niet te rechtvaardigen, en de bewijslastverlichting is niet van toepassing.

3.6 Sancties

Schadevergoeding

De werkgever die discrimineert, pleegt een onrechtmatige daad.[30] Wie onrechtmatig is bejegend, heeft recht op vergoeding van de schade. Nu is het zo dat het Nederlandse recht een aantal voorwaarden stelt voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Zo moet de benadeelde bewijzen dat hij schade heeft geleden, kan de dader zich beroepen op een rechtvaardigingsgrond, en moet sprake zijn van 'schuld'. Hoe verhouden deze vereisten zich tot het (Europese) gelijkebehandelingsrecht? Deze vraag kwam aan de orde in de zaak *Dekker*:[31]

> Mevrouw Dekker solliciteerde tevergeefs. Haar afwijzing was in strijd met het verbod op geslachtsdiscriminatie. Zij eiste schadevergoeding van haar beoogde werkgeefster. Deze voerde onder andere aan dat zij, gelet op de omstandigheden van het geval, geen schuld droeg. Er was volgens de Nederlandse wet dus mogelijk geen sprake van onrechtmatigheid. Het HvJ reageerde als volgt op dit verweer:
> 'Zou voor de aansprakelijkheid van een werkgever wegens schending van het beginsel van gelijke behandeling als voorwaarde gelden, dat schuld van de werkgever wordt aangetoond en dat er geen enkele door het toepasselijke nationale recht erkende rechtvaardigingsgrond bestaat, dan zou het nuttig effect van deze beginselen sterk worden verzwakt. Wanneer dus door een Lid-Staat een sanctie wordt gekozen in het kader van een regeling betreffende de bur-

29. Zie HvJ EU 20 juni 2020, C-404/18 (*Hakelbracht*).
30. Een werkgever die discrimineert gedraagt zich niet als 'goed werkgever'. Discriminatie zal daarom in de regel tevens wanprestatie inhouden. Aangezien er geen verschil in sanctie is tussen onrechtmatige daad en wanprestatie, kan dit aspect buiten beschouwing blijven.
31. HvJ EG 8 november 1990, zaak 177/88, NJ 1992/224 (*Dekker*).

gerlijke aansprakelijkheid van de werkgever, moet de schending van het discriminatieverbod als zodanig reeds volstaan voor de volledige aansprakelijkheid van degeen die heeft gediscrimineerd, en kunnen geen in het nationale recht voorziene rechtvaardigingsgronden worden erkend.'

Conclusie: het enkele discrimineren maakt de werkgever schadeplichtig.

Gedrag van een werkgever kan tegelijk onrechtmatig en in strijd met een specifiek voorschrift zijn. Voorbeeld: iemand wordt discriminatoir ontslagen. Het ontslag is onrechtmatig. De sanctie op onrechtmatigheid is schadevergoeding. Het ontslag is ook in strijd met de ontslagregels. De sanctie op onterecht ontslag is vernietigbaarheid van het ontslag of toekenning van een 'billijke vergoeding'. Het belang van het verschil tussen beide sancties heeft onder andere te maken met de verjarings- en vervaltermijnen: vijf jaar (onrechtmatigedaadactie) versus twee maanden (vernietiging ontslag/billijke vergoeding). Als de werknemer zou kunnen kiezen of hij zich beroept op onrechtmatige daad dan wel op het ontslagverbod, zou hij ook na twee maanden nog kunnen procederen. Dat kan niet. Het is namelijk zo dat wanneer een normschending specifiek wordt verboden in een wet die de sanctie vaststelt, niet buiten die wet om een onrechtmatigedaadactie kan worden ingesteld.[32]

Ook de schuldloos discriminerende werkgever is blijkens het arrest *Dekker* aansprakelijk. Hij is aansprakelijk voor de volledige schade die de benadeelde werknemer heeft geleden, lijdt en nog zal lijden. Maar wat is deze schade in de situatie dat een sollicitant discriminatoir wordt afgewezen? Weliswaar is het aan de werkgever te bewijzen dat de sollicitant de baan toch niet zou hebben gekregen,[33] maar de bewijslast dat en hoeveel schade de sollicitant lijdt rust op deze. Dit kan een obstakel zijn. Of hij schade lijdt, hangt af van onzekere factoren. Zou hij bij afwezigheid van de discriminatie zijn aangenomen of zou hij ook in dat geval zijn afgewezen? Heeft hij in het eerste geval enkel recht op de postzegel voor de sollicitatiebrief of op een inkomensvervangende uitkering tot de pensioenleeftijd? Voor de vergoeding geldt volgens het HvJ dat zij 'in een passende verhouding moet staan tot de geleden schade en dus meer moet zijn dan een zuiver symbolische vergoeding, zoals bijvoorbeeld terugbetaling van enkel de in verband met de sollicitatie gemaakte kosten'.[34] Helaas specificeert het HvJ niet hoeveel hoger de vergoeding moet zijn.

32. Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2014, JAR 2014/143. Deze uitspraak is weliswaar gewezen onder oud recht, maar is m.i. ook sinds de Wet werk en zekerheid van toepassing, ook al is de termijn voor het aanvechten van een ontslag drastisch verkort.
33. HvJ EG 22 april 1997, C-180/95 (*Draehmpaehl*), JAR 1997/152.
34. HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83 (*Von Colson und Kamann*). Gelijk oordeel in het gelijktijdig gewezen arrest *Harz*, zaak 79/83.

De sanctie op schending van het discriminatieverbod moet volgens het HvJ voldoende zijn om 'een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming [te] verzekeren'.[35] In 1997 overwoog het dat de wegens geslacht afgewezen sollicitant recht heeft op een vergoeding met 'een reële afschrikwekkende werking'.[36] Later is deze rechtspraak gecodificeerd: de Rasrichtlijn en de Kaderrichtlijn verplichten de lidstaten van de EU om sancties vast te stellen voor discriminatie, ervoor te zorgen dat die sancties 'doeltreffend, evenredig en afschrikkend' zijn, en erop toe te zien dat die sancties ook daadwerkelijk worden toegepast.[37] Op het eerste gezicht ('afschrikwekkend') zou men kunnen menen dat dit voor de lidstaten een verplichting inhoudt om in hun nationale wetgeving te voorzien in een punitieve sanctie. Zo ver wil het HvJ echter niet gaan.[38] Wel benadrukt het HvJ dat een gediscrimineerde werknemer in alle gevallen recht heeft op vergoeding van zijn *volledige* kosten. Verdedigbaar is dat hier – net als in zaken van intellectueel eigendom[39] – ook de daadwerkelijke advocaatkosten onder vallen. Mocht dit laatste zo zijn, dan is het Nederlandse procesrecht, dat slechts recht geeft op 'geliquideerde' (lees: zeer beperkte) proceskosten,[40] voor wat betreft discriminatiezaken niet richtlijnconform.

De afgewezen sollicitant die aannemelijk kan maken dat hij bij afwezigheid van discriminatie zou zijn aangenomen, heeft in principe recht op een vergoeding gelijk aan het salaris dat hij zou hebben verdiend als hij was aangenomen, verminderd met eventuele inkomsten verdiend in de periode dat zijn dienstverband zou hebben geduurd. De vraag is hoe lang die periode is. Zou de sollicitant een tijdelijk contract hebben gekregen, dan is de duur van die periode in beginsel niet korter dan de duur van het misgelopen contract.[41] Zou de sollicitant voor onbepaalde tijd zijn aangenomen, dan zal de rechter de duur van de misgelopen arbeidsovereenkomst, en daarmee de schade, moeten schatten.[42] Ik zou hierbij aansluiting willen zoeken bij (de meeste van) de criteria die de rechtspraak heeft ontwikkeld met betrekking tot ontslagvergoeding aan de hand van het arrest *New Hairstyle*, te weten (vertaald naar gelijke behandeling):[43]

35. HvJ EG 8 november 1990, zaak 177/88, NJ 1992/224 (*Dekker*).
36. HvJ EG 22 april 1997, C-180/95, JAR 1997/152 (*Draehmpaehl*). Zie ook HvJ EU 25 april 2013, C-81/12 (*ACCEPT*).
37. Richtlijn 2006/54 bepaalt slechts dat benadeelden van geslachtsdiscriminatie 'effectief' gecompenseerd moeten worden 'behalve in gevallen waarin de werkgever kan aantonen dat de enige schade die door een sollicitant als gevolg van discriminatie (...) is geleden, bestaat in de weigering om zijn/haar sollicitatie in aanmerking te nemen'.
38. HvJ EU 17 december 2015, C-407/14, JAR 2016/21 (*Arjona Camacho*).
39. Zie artikel 1019h van het Wetboek van Rechtsvordering (Rv), dat artikel 14 van Richtlijn 2004/48 implementeert.
40. Artikelen 237-239 Rv. Het zogenoemde liquidatietarief is overigens niet meer dan een richtlijn, waaraan de rechter niet is gebonden.
41. Rb. Assen 1 december 2004, JAR 2005/62.
42. Artikel 6:97 BW.
43. HR 30 juni 2017, JAR 2017/188, met vervolg in Hof 's-Hertogenbosch 14 februari 2019, kenbaar uit HR 17 juli 2020, JAR 2020/199.

- Wat zou de sollicitant aan loon hebben genoten als hij niet was afgewezen, gelet op de te verwachten duur van de arbeidsovereenkomst?
- In welke mate valt de werkgever van de discriminatie een verwijt te maken?
- Heeft de sollicitant inmiddels ander werk gevonden? Zo ja, welke inkomsten geniet hij daaruit?
- Welke andere inkomsten kan de sollicitant in redelijkheid in de toekomst verwerven?

De schade die een gediscrimineerde werknemer lijdt, kan worden onderscheiden in een materiële en een immateriële component. Naast volledige vergoeding van zijn materiële schade heeft de gediscrimineerde werknemer recht op 'smartengeld'.[44] Nu is de Nederlandse rechter niet scheutig met het toekennen van immateriële schadevergoedingen, maar er zijn wel enkele voorbeelden.[45]

Recht op een aparte categorie schadevergoeding ontstaat wanneer iemand schade lijdt als gevolg van wetgeving dat strijdig is met het Unierecht. De benadeelde heeft in dat geval onder omstandigheden recht op schadevergoeding van de staat.

Onverbindendverklaring
Een wettelijke bepaling die in strijd is met hogere wetgeving, zoals het VWEU of een algemeen beginsel van EU-recht, is onverbindend. Zelfs een EU-richtlijn kan onverbindend worden verklaard wegens strijd met het VWEU.[46]

Werkgevers die op discriminatie worden aangesproken doordat zij een cao naleven, reageren vaak verbaasd: hoe kan het correct naleven van een cao discrimineren? De verbazing is al helemaal groot wanneer de betrokken cao algemeen verbindend is verklaard. Toch is het zo: een algemeen verbindend verklaarde cao is wetgeving in materiële zin. Hiervoor geldt dus hetzelfde als voor overige wet- en regelgeving.[47] De rechter moet een onverbindende cao-bepaling buiten toepassing laten. Voor contractuele bepalingen geldt dit al helemaal.

Nietigheid en vernietigbaarheid
'Bedingen' in strijd met het discriminatieverbod zijn 'nietig'. Nietig is iets anders dan vernietigbaar. Een nietig beding wordt in beginsel geacht niet te bestaan. Wat is een 'beding'? Stel, bij wijze van voorbeeld, dat een artikel in een personeelshandboek luidt: 'Wie in enig kalenderjaar niet vaker dan drie werkdagen heeft verzuimd, heeft recht op een bonus.' Stel dat de rechter vaststelt dat het artikel discri-

44. Artikel 6:106 lid 1 onder b BW.
45. Hof Amsterdam 18 maart 1993, JAR 1993/193, kent *f* 5000 toe.
46. HvJ EU 1 maart 2011, C-236/09 (*Test-Aankoop*), NJ 2011/120.
47. Zie HR 13 november 1987, NJ 1989/698 (*St. Bavo/Gielen*). Vgl. HvJ EG 15 januari 1998, C-15/96 (*Schöning-Kougebetopoulou*), JAR 1998/74.

mineert. Wat is er nu nietig? Het hele artikel? Dan heeft niemand recht op een bonus. Of de tekst 'niet vaker dan drie dagen'? Dan verliest het artikel betekenis, tenzij men de lacune die dan ontstaat opvult. Zulk opvullen moet worden gedaan aan de hand van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Een voorbeeld is de zaak *Beets/Van Lanschot*:[48]

> Het contract van mevrouw Beets bepaalde dat haar arbeidsovereenkomst van rechtswege op haar 60ste zou eindigen. Deze bepaling discrimineerde, want haar mannelijke collega's mochten tot hun 65ste doorwerken. De bepaling was dus nietig. Daardoor ontstond een lacune. De rechter vulde deze op door 60 te vervangen door 65.

Nietigheid is niet altijd absoluut. Het algemene vermogensrecht is in beginsel van toepassing op regels uit het hele Burgerlijk Wetboek. Artikel 3:40 lid 2 BW: 'Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.' Een beding dat nietig is kan dus, afhankelijk van zijn strekking, slechts vernietigbaar zijn.[49] Ook een discriminatoir ontslag is niet nietig, maar vernietigbaar.[50] De werknemer die zijn ontslag wil vernietigen, moet dit wel binnen twee maanden aan de rechter verzoeken.

Billijke vergoeding

De werknemer wiens arbeidsovereenkomst in strijd met een discriminatieverbod wordt opgezegd, kan zoals gezegd de rechter vragen de opzegging te vernietigen. Hij kan echter, in plaats van om vernietiging, om toekenning van een 'billijke vergoeding' verzoeken.[51] Ook de werknemer wiens tijdelijke contract om een discriminerende reden niet wordt verlengd, kan – eventueel naast de transitievergoeding – een billijke vergoeding vorderen.[52] Zie § 9.1 voor de hoogte van de vergoeding.

Loonsverhoging

De wet geeft een bijzonder rechtsmiddel aan de werknemer die zonder goede reden lager wordt beloond dan een collega van het andere geslacht die gelijkwaar-

48. HR 21 november 1986, NJ 1987/351 (*Beets /Van Lanschot*).
49. Er wordt verschillend gedacht over de vraag of het algemene vermogensrecht ook toepasbaar is op de discriminatieverboden buiten het BW, zoals het verbod om gehandicapten en chronisch zieken te discrimineren.
50. Artikel 7:681 lid 1 onder c BW, waarnaar de betrokken bepalingen over gelijke behandeling verwijzen.
51. Artikel 7:681 lid 1 BW.
52. Artikel 7:673 lid 9 BW. Voorbeeld: Ktr. Den Haag 21 maart 2018, JAR 2018/96 (billijke vergoeding gelijk aan een kleine twee maandsalarissen).

dig werk verricht. In dit geval wordt het loon van de benadeelde 'geacht' gelijk te zijn aan het loon dat de maatpersoon verdient. Hoofdstuk 5 gaat hier nader op in. 'Geacht' gelijk te zijn wil in de praktijk zeggen dat de benadeelde een vordering op de werkgever heeft gelijk aan het verschil tussen het loon van de maatpersoon en het betaalde loon, en wel met terugwerkende kracht tot het tijdstip waarop het ongelijk belonen begon (mits niet verjaard).

Levelling up/down

Stel, een regeling is nietig. Wat nu? Het HvJ is duidelijk: een groep die in strijd met het gemeenschapsrecht ongelijk is behandeld, heeft aanspraak op dezelfde behandeling als de bevoordeelde groep. 'Levelling up' is in dat geval de norm.[53]

Strijdigheid met een discriminatieverbod kan soms leiden tot 'levelling down'. Een voorbeeld waarin ongeldigheid van een wettelijke regeling in het nadeel van de getroffen groep werd gerepareerd, is de zaak *Roks*.[54] Een groep getrouwde vrouwen had met succes gestreden voor dezelfde behandeling als mannen en ongetrouwde vrouwen ten aanzien van wettelijke arbeidsongeschiktheidsuitkeringen. Het gevolg was dat de wet voor alle groepen naar beneden werd bijgesteld.

Een voorbeeld waarin een werkgever met succes nietigheid van zijn eigen regeling inriep, met *levelling down* als gevolg, is de volgende zaak:[55]

> Een bedrijfsregeling kent aan oudere werknemers 'seniorendagen' toe. De werkgever beroept zich op nietigheid van de betrokken bepaling wegens strijd met de WGBL. De rechter geeft hem gelijk: in het vervolg kunnen de oudere werknemers in dit bedrijf naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep doen op de discriminatoire bepaling. Anders gezegd: zij zijn hun seniorendagen kwijt

.

53. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 december 2002, C-442/00 (*Caballero*): 'Wanneer een met het gemeenschapsrecht strijdige discriminatie is vastgesteld, kan, zolang er geen maatregelen zijn getroffen om deze discriminatie op te heffen, de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel alleen worden verzekerd door de leden van de benadeelde groep dezelfde voordelen toe te kennen als de leden van de bevoordeelde groep genieten.'
54. HvJ EG 24 februari 1994, C-343/92 (*Roks*).
55. Hof Arnhem 27 april 2010, JAR 2010/143.

4 Werving en selectie

4.1 Inleiding

Drie fasen
Het proces leidend tot het extern of intern vervullen van een vacature doorloopt meestal drie fasen:
- *Werving* ('de aanbieding van een betrekking'): deze fase omvat alles wat bij het zoeken naar kandidaten komt kijken, zoals opstellen functieprofiel, formuleren functie-eisen en competenties, bepalen van de doelgroep, redigeren eventuele advertentietekst (papier/digitaal) of andere wervingsuiting (video, radio, sociale media), beslissing waar en hoe die tekst/uiting te publiceren.
- *Selectie* ('de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking'): deze fase omvat alles tussen het einde van de werving en het aanbod om in dienst te treden, zoals insturen sollicitatiebrief of -mail, (non-)reactie daarop, wel of niet uitnodigen voor een gesprek, stellen van vragen aan de kandidaat, laten ondergaan van een assessment, IQ-test of psychologisch onderzoek, afwijzen niet-succesvolle sollicitaties, en motiveren van de afwijzingen.
- *Aanname* (het 'aangaan van een arbeidsverhouding'): deze fase omvat de mededeling aan een kandidaat dat hij is geselecteerd voor de functie, het doen van een aanbod om in dienst te treden, het maken van arbeidsvoorwaardelijke afspraken en het aangaan van een arbeidsovereenkomst.

De gelijkebehandelingswetgeving is in alle drie de fasen van toepassing.[1] Zij komt al in beeld op het moment dat de werkgever besluit een vacature open te stellen, dus nog vóór de eigenlijke wervingsfase.

De begrippen 'betrekking' en 'arbeidsverhouding' omvatten alle vormen van arbeid, betaald en onbetaald. Hieronder vallen, naast de arbeidsovereenkomst, allerlei aanverwante rechtsverhoudingen, zoals de ambtelijke aanstelling, het vrije beroep, stages, vrijwilligerswerk, zzp-verhoudingen en aanneming van werk.

1. Zie de Checklist arbeidsdiscriminatie op inspectieszw.nl.

Beroep op de gelijkebehandelingswetgeving door iemand die als opdrachtnemer of contractpartner is afgewezen, komt incidenteel voor.[2]

In de wervings- en selectiefasen gelden naast gelijke behandeling ook andere normen. Zo schrijft de NVP-sollicitatiecode voor dat aan de sollicitant wordt medegedeeld welke informatie via internet of sociale media over hem is verkregen en dat hem toestemming wordt gevraagd voor het opvragen van referenties.[3] De Wet op de medische keuringen (WMK) beperkt de mogelijkheid van werkgevers om sollicitanten medisch te keuren.[4]

Een aanhangig wetsvoorstel wil op iedere werkgever de verplichting leggen om, in overleg met de (eventuele) ondernemingsraad, een periodiek bij te stellen en breed in de organisatie bekend te maken 'werkwijze' op schrift te stellen, gericht op het voorkomen van arbeidsmarktdiscriminatie.[5] Deze 'werkwijze' moet worden toegepast op alle vacatures, ook die voor stagiairs en zelfstandigen en ook op interne vacatures. Werkgevers die gebruikmaken van een uitzend-, detacherings-, assessment- of ander extern bureau of van een geautomatiseerd systeem voor werving en selectie, moeten zich ervan vergewissen dat het externe bureau en het geautomatiseerde systeem niet discrimineren. Het kabinet laat weten naleving van de wet serieus ter hand te zullen nemen. De Inspectie SZW zal eisen tot naleving en, zo nodig, boetes uitdelen.

Vaak laat de werkgever het werven en selecteren geheel of gedeeltelijk over aan daarin gespecialiseerde bureaus, zoals recruitment-, uitzend-, bemiddelings- en assessmentbureaus. Zij moeten op dezelfde wijze als de werkgever de gelijkebehandelingsregels naleven. Een wervings- en selectiebureau dat zijn opdrachtgever inlicht dat een kandidaat zwanger is, handelt dan ook in strijd met de wet.[6] Het kan zich niet verschuilen achter het argument dat de uiteindelijke beslissing om een sollicitant af te wijzen door de opdrachtgever wordt of is genomen. Omgekeerd kan de werkgever zich niet verschuilen achter het feit dat een derde zich heeft belast met het werven.[7]

2. CGB 2005-49; CGB 2005-50; CGB 2005-135; CGB 2007-203; CGB 2012-43; CGB 2012-122; CRM 2012-196; CRM 2019-118.
3. De NVP-sollicitatiecode (versie 2020, te raadplegen op www.nvp-hrnetwerk.nl) heeft geen wettelijke status, maar kan worden toegepast bij het beoordelen of een werkgever rechtmatig heeft gehandeld. Zie Rb. Den Haag 19 juni 2019, JAR 2019/177.
4. Rechtspraak Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuring (CKA) op aanstellingskeurin gen.nl.
5. Wetsvoorstel 35673 toezicht gelijke kansen bij werving en selectie (aanpassing Arbowet en Waadi).
6. GCB 2004-99.
7. Voorbeeld: CGB 2002-77, punt 5.4.

Werving

Een vacaturetekst vermeldt het functieprofiel en de eisen die aan de functie worden gesteld.[8] De profielschets van de vacante functie en de bijbehorende lijst van functievereisten moeten volledig zijn; essentiële eisen mogen niet onvermeld blijven. Aan de andere kant mag een vacaturetekst geen eisen bevatten die niet echt nodig zijn voor het goed vervullen van de functie, of eisen die kandidaten uit een beschermde groep kunnen ontmoedigen om te solliciteren. Een bekend voorbeeld van dit laatste is dat een vacaturetekst een goede beheersing van de Nederlandse taal, neutrale kleding (lees: geen hoofddoek), een goede lichamelijke conditie, voltijdse beschikbaarheid, een Nederlands diploma of een nieuw soort afstudeerrichting als eis stelt. Gaat het om een functie waarvoor een dergelijke eigenschap echt noodzakelijk is, dan is er niets aan de hand. Is de eigenschap niet werkelijk essentieel, dan komt de eis neer op een verkapte uitsluiting van respectievelijk allochtonen, gehandicapten, vrouwen, buitenlanders en ouderen.

De tekst van de advertentie en de wijze waarop zij wordt verspreid, moeten aansluiten op het functieprofiel en de functie-eisen. Zij behoren *iedereen* die aan het profiel en de functie-eisen voldoet aan te moedigen om te solliciteren. Hierbij zijn zaken als taalgebruik (u/je) en vormgeving (foto, opmaak) van belang. Zo mogelijk nog belangrijker is het medium waarop de vacature bekend wordt gemaakt. Een personeelsadvertentie kan nog zo 'inclusief' zijn, als zij alleen geplaatst wordt in *Het Financieele Dagblad* of de *Libelle* of alleen wordt aangeplakt in studentenhuizen, dan sluit zij de facto respectievelijk jongeren, mannen en allochtonen uit.

Uiteraard mag de advertentietekst niet discrimineren, noch rechtstreeks ('we zoeken een enthousiaste secretaresse'), noch indirect ('we zoeken versterking van ons jonge team'). Op deze hoofdregel bestaat een beperkt aantal uitzonderingen. De voornaamste betreft voorkeursbeleid, vroeger ook wel 'positieve discriminatie' genoemd. Verder zijn er enkele beperkte uitzonderingen, zoals wanneer een eigenschap op legitieme grond bepalend is voor de functie of wanneer nationaliteit een wettelijke functie-eis is. Deze uitzonderingen worden hierna besproken.

Selectie

Selectieprocedures moeten 'inzichtelijk, controleerbaar en systematisch uitgevoerd' zijn. 'Inzichtelijk' houdt onder andere in dat potentiële sollicitanten vooraf weten hoe de sollicitatieprocedure verloopt en dat de werkgever de procedure niet in de selectiefase wijzigt.[9]

8. Zie NVP-sollicitatiecode.
9. Zie CGB 1998-58; CGB 2007-55.

'Controleerbaar' houdt in de eerste plaats in dat de selectiecriteria concreet, dus niet in nodeloos algemene bewoordingen, worden geformuleerd, want hoe vager de criteria, des te gemakkelijker sluipen vooroordelen binnen. Verder houdt 'controleerbaar' in dat de procedure in beginsel voor alle kandidaten gelijk is. Als bijvoorbeeld de ene kandidaat wel en de andere niet een assessment moet ondergaan, is niet goed controleerbaar of de selectie eerlijk is verlopen.

Controleerbaar en systematisch uitgevoerd houdt verder in dat de werkgever op gestructureerde wijze aantekeningen maakt van alle sollicitaties, van de wijze van afhandeling ervan (procedure) en van de daarbij gehanteerde criteria en de mate waarin iedere kandidaat aan die criteria voldoet (inhoud). Hij dient deze aantekeningen te bewaren tot ruim na de aanname van de succesvolle kandidaat of kandidaten. De aantekeningen moeten zodanig zijn dat zij de werkgever in staat stellen de sollicitanten op objectieve wijze met elkaar te vergelijken, ook nog gedurende enige tijd na afwijzing van de niet-succesvolle kandidaten. De werkgever moet iedere afwijzing op haar individuele merites kunnen motiveren. Dit is wat het College van iedere werkgever verwacht. Dat dit veel administratie vergt, ziet het College niet als rechtvaardiging om het na te laten. Ik plaats hier een vraagteken bij. Soms komen op een vacature zoveel sollicitaties dat de werkgever realiter niet veel anders kan doen dan op basis van een zeer grove, en dus onvermijdelijk willekeurige selectie de grote meerderheid van de sollicitanten met een algemene motivering 'afschrijven', met de mededeling dat niet wordt ingegaan op een verzoek om toelichting.

Het verbod op discriminerende selectie speelt niet alleen bij 'gewone' sollicitaties, maar ook in 'doorstart'-situaties.[10]

Psychologische en andere tests

Het is van belang dat psychologische en andere tests neutraal zijn, dat wil zeggen vrij van sekse-, ras-, leeftijds-, godsdienst- of andere 'bias'. Dit geldt zowel voor de opzet en inhoud van de tests als voor de wijze waarop zij worden afgenomen en toegepast.[11]

Naar mijn weten is in Nederland geen uitspraak gedaan over de brisante vraag naar eventuele ras-bias in tests. In het Verenigd Koninkrijk speelde in een zaak het gegeven dat allochtonen (en ouderen) bovengemiddeld vaak zakten voor een bepaald toelatingsexamen voor de ambtelijke dienst. Niemand kon verklaren waarom dit zo is. Volgens de lagere rechter kon daarom niet worden gesteld dat het examen indirect onderscheid op grond van ras (en leeftijd) maakte. De hoogste

10. CRM 2017-11; CRM 2017-19 (anders: Hof 's-Hertogenbosch 30 juni 2020, JAR 2020/214); CRM 2017-122; CRM 2018-43.
11. Zie CGBm/v 38-92-16, JAR 1992/64.

rechter oordeelde anders: het feit dat de oorzaak niet kan worden achterhaald, staat niet in de weg aan de conclusie dat het examen indirect onderscheid maakt. Het enkele feit dat allochtonen vaker zakken is voldoende voor die conclusie.[12]

Eerdere beoordeling

Wanneer het gaat om de selectie van werknemers die al in dienst zijn, bijvoorbeeld met het oog op bevordering, speelt eerdere beoordeling doorgaans een doorslaggevende rol. Daar waar er een systeem van min of meer geformaliseerde periodieke beoordeling is, mag de werkgever niet vanwege een beschermde status afzien van beoordeling, bijvoorbeeld op de grond dat de werknemer langdurig afwezig is geweest in verband met zwangerschap of h/cz, of vanwege naderend pensioen.[13]

Als er één gebied is waarop het risico op ondoorzichtigheid bestaat, is het beoordeling. Een beoordeling is noodgedwongen mede gebaseerd op subjectieve indrukken van de beoordelaar. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de criteria 'inzichtelijk, controleerbaar en systematisch uitgevoerd' hier een cruciale rol spelen.

Het spreekt vanzelf dat een beschermde status geen negatieve invloed mag hebben op een beoordeling. De werknemer die meent om een discriminerende reden ongunstig te zijn beoordeeld, zal wel een verband met zijn status aannemelijk moeten maken.[14] Omgekeerd is er geen reden om een werknemer gunstiger te beoordelen vanwege een beschermde hoedanigheid, bijvoorbeeld h/cz. Als h/cz de vermoedelijke oorzaak is van disfunctioneren, moet wellicht een doeltreffende aanpassing worden getroffen, maar dat gegeven behoort de beoordeling niet te beïnvloeden. Een milde beoordeling is niet een doeltreffende aanpassing.[15]

Hoewel een beschermde status *als zodanig* geen negatieve invloed mag hebben op een beoordeling, mag (ja, zelfs moet) een situatie die vanwege die status het functioneren bemoeilijkt juist wél worden meewegen ten gunste van de beoordeelde. Een voorbeeld:[16]

> Een vrouwelijk afdelingshoofd op de jongensafdeling van een jeugdgevangenis wordt slecht beoordeeld, op grond waarvan ontheffing uit haar functie dreigt. Zij vecht de beoordeling aan met de stelling dat te weinig rekening is gehouden met de problemen waarmee zij, als jonge vrouw met een leidinggevende functie in een mannenwereld, wordt geconfronteerd. Verder

12. (Verenigd Koninkrijk) Supreme Court 5 april 2017, EELC 2017/3, nr. 27 (*Essop v Home Office*).
13. HvJ EG 30 april 1998, C-136/95 (*Thibault*), JAR 1998/139.
14. Voorbeeld: CRM 2018-23.
15. Zie CRM 2018-78.
16. CGBm/v 521-93-53.

> zou de vrouwonvriendelijke sfeer die in de inrichting heerste, hebben bijgedragen aan haar beoordeling. De CGB onderkent dat haar functioneren 'mogelijk in negatieve zin is beïnvloed door het vrouw-onvriendelijke klimaat'. De directie heeft gediscrimineerd door de vrouw te beoordelen 'zonder rekening te houden met de specifieke omstandigheden die het voor vrouwen moeilijk maken om goed te functioneren', aldus de CGB.

Vrij vertaald zegt de CGB: de beoordeling moet worden overgedaan, met een voor de vrouw positievere uitkomst. Nog vrijer, misschien te vrij, vertaald: het vrouwonvriendelijke klimaat in de inrichting geeft de vrouw recht op een betere beoordeling dan haar feitelijk functioneren rechtvaardigt. Een vergelijkbaar oordeel zou denkbaar zijn in de situatie dat een allochtoon zich op een racistische werksfeer, een moslim zich op een islam-onvriendelijke werksfeer of een oudere werknemer zich op een 'jongerencultuur' zou beroepen.

Onderzoeksplicht, mededelingsplicht

Beide partijen in de selectieprocedure hebben een mededelingsplicht. De werkgever behoort de sollicitant in te lichten over alles wat voor deze redelijkerwijs relevant kan zijn bij zijn beslissing om wel of niet in te gaan op een eventueel aanbod. Omgekeerd behoort de sollicitant zijn beoogde werkgever in te lichten over alle omstandigheden die deze zou moeten kennen om tot een verantwoorde beslissing te komen.

Laat de sollicitant na een relevante omstandigheid te melden, dan loopt hij het risico dat, als het tot een arbeidsovereenkomst komt, de werkgever bij ontdekking vernietiging van die overeenkomst vordert op grond van dwaling of zelfs bedrog, en/of de werknemer ontslaat en/of de loondoorbetaling staakt. Tot de omstandigheden waarover de sollicitant zijn wederpartij moet inlichten, behoren in ieder geval *niet* hoedanigheden en eigenschappen die voor die beslissing irrelevant zouden moeten zijn, zoals zwangerschap[17] of een (al dan niet na het treffen van een aanpassing) overkomelijke lichamelijke of geestelijke beperking. Daarover hoeft de sollicitant geen mededeling te doen.

Tegenover de mededelingsplicht staat een onderzoeksplicht. De werkgever behoort de sollicitant, voor zover toegestaan, te vragen naar eventuele relevante beperkingen. Laat hij dit na, dan kan hij later niet klagen als die omstandigheid zich openbaart. In beginsel gaat de mededelingsplicht van de sollicitant voor op de onderzoeksplicht van de werkgever.[18]

17. Impliciet: HvJ EG 4 oktober 2001, C-109/00 (*Tele Danmark*), JAR 2001/220. Toegepast in Ktr. Almere 4 maart 2015, JAR 2015/178.
18. Ktr. Amsterdam 3 maart 2008, JAR 2008/116.

Vragen

De beoogde werkgever, of de voor hem optredende recruiter, wil van iedere sollicitant niet alleen weten *of* hij geschikt is voor de betrokken functie. Hij wil ook weten *hoe* geschikt hij is, in absolute zin, maar ook in vergelijking met de andere sollicitanten. Eén manier om hier achter te komen is het stellen van vragen aan de sollicitant. Dit kan de vorm aannemen van een standaard vragenlijst die aan iedere sollicitant wordt voorgelegd. Het kan ook zijn dat de werkgever of recruiter geïndividualiseerde vragen stelt. De meest voorkomende manier om een kandidaat te bevragen is om dit te doen in een sollicitatiegesprek (fysiek of via video). De meeste wat grotere werkgevers laten het voeren van dit gesprek over aan een sollicitatiecommissie. De kans dat een commissie zich door vooroordeel laat leiden, is kleiner naarmate zij groter en diverser samengesteld is.

Een vraag aangaande de (fysieke of geestelijke) gezondheid van een kandidaat is een 'keuring' in de zin van de Wet op de medische keuringen. Een dergelijke vraag is slechts in beperkte gevallen toelaatbaar.

Een veelgehoorde mening is dat de werkgever/recruiter geen vragen zou mogen stellen aan een kandidaat over bijvoorbeeld zijn geloof, ras, seksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Zulke vragen zijn 'verboden', zegt men. Dit is niet helemaal waar. De hoofdregel is dat het *enkel* stellen van een vraag, ongeacht context, geen verboden onderscheid maakt.[19] Wel doet een werkgever er verstandig aan terughoudend te zijn.[20] De werkgever die een vraag stelt die belangstelling naar een beschermde hoedanigheid verraadt, wekt immers de indruk dat het antwoord zijn beslissing beïnvloedt, en dat mag niet. Al te indringende vragen met een relatie tot een non-discriminatiegrond kunnen zelfs leiden tot het oordeel dat de sollicitant is geïntimideerd.[21] Er valt niet in het algemeen te zeggen welke vragen wel en welke niet toelaatbaar zijn. De ene keer oordeelt het College streng voor de werkgever, de andere keer milder.[22]

De werkgever moet zich ervan bewust zijn dat sollicitanten, zeker wanneer zij tot een beschermde groep behoren, vragen en opmerkingen anders kunnen interpreteren dan zij zijn bedoeld. Hier staat tegenover dat een sollicitant die een vraag of opmerking als discriminerend ervaart, er verstandig aan doet dit te melden, hetzij tijdens het sollicitatiegesprek, hetzij kort erna. Daarmee geeft hij degene die de vraag stelde of opmerking maakte de mogelijkheid zijn vraag of opmerking toe te lichten en zo een eventueel misverstand uit de weg te ruimen.[23]

19. CRM 2015-94.
20. Zie CGB 1998-123.
21. CGB 2005-67.
22. Voorbeeld strenge toetsing: CRM 2015-94/95. Voorbeeld milde toetsing: CRM 1998-123.
23. CGB 2002-109.

Wie zich geconfronteerd ziet met een verboden vraag, kan natuurlijk antwoorden: u mag die vraag niet stellen, of: ik beantwoord die vraag niet. Echter, de sollicitant die zo'n antwoord geeft, dreigt zijn aannamekansen te verspelen. De rechtspraak heeft de sollicitant daarom een zogenoemd 'zwijg- en liegrecht' toegekend.[24] Zo mag een zwangere sollicitant de vraag naar zwangerschap of kinderwens in strijd met de waarheid ontkennend beantwoorden, en dat mag haar naderhand niet worden verweten.

Behalve vragen kunnen ook riskante opmerkingen en grappen die een werkgever tijdens een sollicitatiegesprek maakt tot problemen leiden. Zo kan een vrouwonvriendelijke grap of opmerking het oordeel opleveren dat bij de selectie is gediscrimineerd.[25]

Afwijzing

Het zij herhaald: procedures moeten zijn: inzichtelijk, controleerbaar en systematisch uitgevoerd. Dit houdt onder andere in dat een afwijzingsbesluit zonder vertraging moet worden meegedeeld[26] en desgevraagd deugdelijk moet worden gemotiveerd.

We hebben in Nederland, in tegenstelling tot bijvoorbeeld Duitsland, (nog?) niet te maken met mensen die met opzet solliciteren op discriminerende advertenties, in de hoop te worden afgewezen teneinde schadevergoeding te claimen.[27]

Het komt niet zelden voor dat een werkgever een andere dan de werkelijke reden voor afwijzing van een sollicitatie noemt, bijvoorbeeld om niet te hoeven vertellen dat hij de sollicitant onder de maat vindt. Zo gaf een werkgever, om 'aardig' te zijn, als gefingeerde reden dat de sollicitant niet paste binnen de 'personeelsopbouw' van de onderneming. Dit kwam de werkgever op een veroordeling op grond van leeftijdsdiscriminatie te staan.[28]

Bewijs discriminerende afwijzing

De bewijslast van degene die stelt gediscrimineerd te zijn is verlicht (zie hoofdstuk 3). Desondanks kan de sollicitant zich voor een moeilijke opgave gesteld zien. Stel, uw sollicitatie wordt met een nietszeggende toelichting afgewezen en u vermoedt dat de afwijzing te maken heeft met uw geslacht/ras/godsdienst/leeftijd/handi-

24. Zie Kamerstuk 19908, nr. 3, p. 34; Ktr. Maastricht 10 oktober 2005, JAR 2005/238.
25. Voorbeeld: CGB 2002-77.
26. Mogelijk wil werkgever met afwijzing 'tweede keus'-kandidaat wachten totdat kandidaat aan wie aanbod wordt gedaan het arbeidscontract heeft getekend. Dit kan lang duren. In een dergelijk geval zou het juist zijn de 'tweede keus'-kandidaat hierover openheid te geven.
27. Zie HvJ EU 28 juli 2016, C-423/15 (*Kratzer*), JAR 2016/216; (Duitsland) Bundesarbeitsgericht 19 mei 2016, nr. 8, AZR 470/14, EELC 2017/1, nr. 3.
28. CGB 2008-78; vgl. CGB 2008-79.

cap. Hoe kunt u 'feiten aanvoeren die onderscheid kunnen doen vermoeden'? De eerste stap is natuurlijk om de werkgever om een nadere toelichting te vragen. Reageert de werkgever niet, of wijst hij het verzoek zonder serieuze nadere toelichting af, is dat dan voldoende om onderscheid te doen vermoeden? Ik zou menen van niet. Nu dient u een klacht in bij het College. Als de werkgever niet reageert op een oproep van het College, of wel verschijnt maar nog altijd weigert de afwijzing serieus te motiveren, is dat dan voldoende? Ik aarzel.

Stel, het College bevraagt de werkgever en uit diens antwoord blijkt dat de procedure die hij volgde om een kandidaat te selecteren niet 'inzichtelijk, controleerbaar en systematisch uitgevoerd' was. Is dat voldoende om de werkgever met non-discriminatiebewijs te belasten? Mijn antwoord is nog altijd: nee. Er moet een bijkomend feit zijn (zie paragraaf 3.4). Bijkomende feiten kunnen bijvoorbeeld zijn dat in het recente verleden veel moslims/ouderen/vrouwen zijn afgewezen,[29] dat de werkomgeving bij de beoogde werkgever niet discriminatievrij is, of dat de voor afwijzing opgegeven reden aantoonbaar onwaar is. Maar hoe kan de sollicitant een bijkomend feit aanvoeren als hij niets weet over het bedrijf, de andere kandidaten en vooral de succesvolle kandidaat? De vraag lijkt dan ook gerechtvaardigd of hij recht heeft op (geanonimiseerde) gegevens over de andere kandidaten: zie de in hoofdstuk 3 besproken uitspraken *Kelly* en *Meister*.

Een manier waarop een afgewezen sollicitant, of iemand die niet voor een sollicitatiegesprek is uitgenodigd, kan proberen te bewijzen dat hij is gediscrimineerd, is om een opnieuw, nu onder een gefingeerde naam of met een gefingeerd cv, te solliciteren. Het College accepteert deze methode als bewijs van discriminatie, op voorwaarde dat er weinig tijd ligt tussen de beide sollicitaties, en de cv's afgezien van de naam zo veel mogelijk identiek zijn.[30]

Aanname

Er kan nog van alles gebeuren in de aannamefase. Zo kan het aanbod om in dienst te treden een voorbehoud of voorwaarde bevatten. Maar zelfs al heeft de geselecteerde kandidaat een onvoorwaardelijk aanbod gekregen, dan nog kan de werkgever proberen onder het aangaan van een arbeidsovereenkomst uit te komen, bijvoorbeeld in de situatie dat hij er (nu pas) achter komt dat de kandidaat zwanger, chronisch ziek of politiek extreem is.[31] Het arbeidsvoorwaardengesprek kan in die situatie een voor de kandidaat onaangename verrassing opleveren.

29. Vgl. (Frankrijk) Cour de cassation 15 december 2011, zaak 10-15873: in periode 2000-2006 nam Airbus slechts twee werknemers aan met Noord-Afrikaans klinkende naam (uit in totaal 288 aangenomen personen). Eiser combineerde dit gegeven met het feit dat een ander met minder ervaring en een niet bewijsbaar betere staat van dienst in plaats van hem werd aangenomen, om een vermoeden van rassendiscriminatie te vestigen.
30. Voorbeeld: CGB 2005-136.
31. Voorbeelden: CGB 2001-117; CRM 2018-3. Vgl. CGB 2007-33.

4.2 Geslacht

Werving
De werkgever die een vacature wil vervullen moet, tenzij een uitzondering van toepassing is (zie hierna), in gelijke mate onder mannen en vrouwen werven. De betrokken functiebenaming en de personeelsadvertentie moeten daarom duidelijk maken – bijvoorbeeld door de standaardtoevoeging 'm/v' – dat zowel mannen als vrouwen kunnen meedingen.[32]

Er zijn allerlei manieren waarop een wervingsadvertentie door het stellen van functie-eisen onderscheid op grond van geslacht kan maken. Zo gold in Griekenland de eis dat politieagenten ten minste 1 meter 70 lang moesten zijn.[33] Deze eis maakte indirect onderscheid. Hij benadeelt immers aanzienlijk meer vrouwen dan mannen. Het HvJ vond het doel van de regeling – goede inzetbaarheid – legitiem. Het vond het gekozen middel om dat doel te bereiken niet noodzakelijk, omdat dat doel op een niet, of minder, onderscheid makende wijze kan worden bereikt, zoals door middel van een keuring of fysieke tests.

Selectieprocedure
De selectieprocedure moet, voor zover redelijkerwijs mogelijk, rekening houden met complicaties als gevolg van moederschap. Een voorbeeld:[34]

> Een vrouw solliciteert naar de functie van assistent-professor. Zij wordt uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek en het geven van een proefcollege. Zij vraagt uitstel omdat zij op het punt staat te bevallen (wat zij daags voor het geplande proefcollege ook doet). De universiteit weigert uitstel, wat tot afwijzing van de sollicitatie leidt. In de procedure die volgt voert de universiteit het volgende aan. Een werkgever is niet verplicht de planning van een sollicitatieprocedure aan te passen aan het verloop van de zwangerschap van een sollicitant. Bovendien was uitstel van de sollicitatieplanning niet mogelijk, omdat het tot gevolg zou hebben dat we bij het begin van het nieuwe collegejaar niet zouden beschikken over een nieuwe docent. Ook stuitte het verplaatsen van het proefcollege op veel praktische bezwaren, zoals het vinden van ruimte in de agenda's van de selectiecommissieleden en het aantrekken van voldoende studenten die bereid waren om in de tentamenperiode een proefcollege bij te wonen. Verder wilden we voor de kandidaten een gelijk speelveld creëren door hen op dezelfde dag, kort na elkaar en onder gelijke omstandigheden, het proefcollege te laten geven. We hebben de vrouw hetzelfde behandeld als alle andere kandidaten die tijdens de sollicitatieplanning om welke reden dan ook verhinderd waren. Het College verwerpt dit verweer. De universiteit maakt direct onderscheid op

32. Artikel 3 lid 3 en 4 WGB.
33. HvJ EU 18 oktober 2017, C-409/16 (*Kalliri/Esoterikon*), JAR 2017/291. Vgl. CGB 2002-78; CGB 1996-109.
34. CRM 2020-12.

grond van geslacht door uitstel te weigeren in verband met zwangerschap, en dat valt nu eenmaal niet te rechtvaardigen.

Vragen
Een veelvoorkomende klacht betreft het vragen naar de kinderwens. In 2005 oordeelde de CGB dat reeds het stellen van deze vraag een vermoeden van onderscheid oplevert.[35] In een later oordeel nuanceerde het College dit door te overwegen dat het vragen naar de kinderwens weliswaar 'niet relevant en dus ongepast' is, maar dat het op zichzelf nog niet een vermoeden van ongelijke behandeling oplevert, en dat de werkgever vrijuit gaat als niet is vast te stellen of (het antwoord op) de vraag een rol heeft gespeeld bij de afwijzing van de sollicitatie.[36]

Wat voor vragen naar kinderwens geldt, geldt ook voor andere vragen die een m/v-vooroordeel verraden. Denk aan vragen over flexibele inzetbaarheid of ploegendienst, en het aan vrouwelijke sollicitanten wel en aan mannelijke sollicitanten niet vragen of de partner bezwaar heeft tegen overwerk.

Afwijzing
Een sollicitant hoeft niet te melden dat zij zwanger is.[37] Wordt naar zwangerschap gevraagd, dan mag zij daarover liegen (zie hiervoor).

De bekendste uitspraak over het discriminatoir afwijzen van een sollicitatie is de al aangehaalde zaak *Dekker*.[38] De sollicitatie van mevrouw Dekker werd afgewezen vanwege haar zwangerschap. Nu was het zo dat alle sollicitanten vrouw waren. De werkgever voerde daarom aan dat de afwijzing niet kon hebben geleid tot bevoordeling van een man. Het HvJ verwierp dit argument 'omdat het niet gaat om het discriminerend effect van een maatregel in abstracto, maar om de concrete beslissing van een werkgever om een bepaalde sollicitant niet in dienst te nemen'.

Afwijzing vanwege zwangerschap maakt, als gezegd, *rechtstreeks* onderscheid op grond van geslacht. Zij kan dus niet worden gerechtvaardigd. Deze 'Dekker-doctrine' gaat ook op in het geval de vacature waarop de zwangere kandidaat reflecteert een tijdelijke aanstelling betreft en vaststaat dat die kandidaat in het geheel niet zal kunnen werken tijdens de duur van de aanstelling.[39] Hoofdstuk 2 haalde al het voorbeeld aan van de sollicitante die werd afgewezen voor de functie van zan-

35. CGB 2005-188. Vgl. CGB 2005-229; CGB 2011-186.
36. CRM 2014-132.
37. HvJ EG 4 oktober 2001, C-109/00 (*Tele Danmark*), JAR 2001/220, punt 24; HvJ EG 27 februari 2003, C-320/01 (*Busch*), JAR 2003/181, punt 40.
38. HvJ EG 8 november 1990, zaak 177/88, NJ 1992/224 (*Dekker/Vormingscentrum*).
39. Zie HvJ EG 14 juli 1994, C-32/93 (*Webb*); HvJ EG 3 februari 2000, C-207/98 (*Mahlburg*) , JAR 2000/65; HvJ EG 4 oktober 2001, C-109/00 (*Tele Danmark*), JAR 2001/220; CGB 1998-103; Ktr. Amsterdam 27 april 1999 en 25 februari 2000, JAR 2000/155.

geres in een theaterproductie omdat op voorhand vaststond dat zij vanwege haar zwangerschap niet in staat zou zijn in die productie op te treden.[40] De CGB had begrip voor de redelijkheid van de argumenten van de werkgever, maar de wet dwong haar de afwijzing in strijd te verklaren met de wet. In hetzelfde genre valt een oordeel over afwijzing van een sollicitant voor een functie met een inwerkperiode van zes maanden.[41] De sollicitant zou vanwege haar zwangerschap de inwerkperiode moeten afbreken, om na afloop van haar bevallingsverlof aan een nieuwe inwerkperiode te beginnen. Deze afwijzing maakte rechtstreeks onderscheid naar geslacht en was dus verboden.

Een enkele keer procedeert een vrouw met de stelling dat zij voor een functie is afgewezen vanwege haar geslacht als zodanig.[42] Vaker is de stelling dat de werkgever indirect discrimineerde, bijvoorbeeld door verwijzing naar gezinsomstandigheden.[43]

Voorkeursbeleid
Artikel 157 lid 4 VWEU: 'Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren.' Artikel 2 lid 3 Awgb vertaalt dit door een specifieke maatregel toe te staan die tot doel heeft vrouwen (en minderheden) een bevoorrechte positie toe te kennen 'teneinde feitelijke nadelen verband houdende met (...) geslacht op te heffen of te verminderen en het onderscheid in redelijke verhouding staat tot dat doel'.

Een regeling die bij gelijke geschiktheid 'absolute en onvoorwaardelijke voorrang' geeft aan vrouwen, gaat verder dan een bevordering van gelijke kansen en is dus verboden.[44] Lichtere vormen van voorkeursbeleid kunnen onder omstandigheden

40. CGB 2002-43.
41. CRM 2017-34.
42. Voorbeelden: Rb. Amsterdam 14 juli 1993 JAR 1993/190, bevestigd in Hof Amsterdam 7 december 1995, RN 1996/601, met kritische noot Veldman (afwijzen sollicitante onrechtmatig want (1) selectiecommissie bestond uitsluitend uit mannen, (2) selectiecommissie ontving zelfde dag, ondanks voorkeursbeleid, mannelijke sollicitant, (3) sollicitante was enige vrouw die solliciteerde, en (4) zij voldeed aan de formele functievereisten); Rb. Amsterdam 29 april 1998, JAR 1998/124; CGB 2009-96; Rb. Amsterdam 13 maart 2013, JAR 2013/102; Hof Amsterdam 7 oktober 2014, JAR 2014/294 (tussenarrest) en 23 augustus 2016, GHAMS:2016:3417 (eindarrest).
43. Voorbeeld: Ktr. Gouda 13 maart 1986, Pg. 1987, nr. 2667.
44. HvJ EG 17 oktober 1995, C-450/93 (*Kalanke*), JAR 1995/234.

wel door de beugel. De rechtspraak van het HvJ zou als volgt samengevat kunnen worden:[45]

- De achterstand van de bevoorrechte groep moet per functie en per functieniveau zijn aangetoond en zijn gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod uit de bevoorrechte groep.
- Het referentiekader om achterstand te bepalen is het aandeel van vrouwen binnen de betrokken functie en het betrokken functieniveau ten opzichte van het potentiële aanbod op de arbeidsmarkt.
- De voorkeursintensiteit moet per functie(niveau) worden bepaald.
- Alle sollicitaties moeten worden onderworpen aan eenzelfde, objectieve beoordeling.
- Voorrang mag alleen bij gelijke geschiktheid worden toegekend.
- Het onderscheid staat in redelijke verhouding tot het beoogde, legitieme doel. Er moet dus een voldoende mate van achterstand zijn en het voorkeursbeleid moet geschikt zijn om de achterstand te verminderen.
- Vacatures waarvoor een voorkeursbeleid geldt, moeten dat vermelden.[46]
- Het beleid moet periodiek worden geëvalueerd en zo nodig bijgesteld.

Beroepsvereiste

Richtlijn 2006/54 laat de lidstaten de vrijheid te bepalen dat een geslachtsgebonden verschil in behandeling geen discriminatie vormt 'indien het vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel daarvan legitiem is en het vereiste evenredig aan dat doel is'. Nederland heeft slechts ten dele gebruikgemaakt van deze uitzonderingsmogelijkheid. De WGB verwijst naar een limitatieve lijst van beroepsactiviteiten waarvoor de uitzondering kan worden toegepast.[47] Het gaat om activiteiten als fotomodel, huishoudelijke hulp en mariniers, en meer algemeen om beroepen die om lichamelijke redenen uitsluitend door personen van een bepaald geslacht kunnen worden vervuld.[48]

Beurs- en 'grote' vennootschappen

Een bijzondere vorm van voorkeursbeleid is voortgekomen uit de – van oorsprong 'Brusselse' – wens om het percentage vrouwelijke leden van raden van bestuur en raden van commissarissen in grote ondernemingen te vergroten. In 2013 voerde Nederland een wettelijke streefregeling in.[49] De regeling verviel op 1 januari 2020, maar een aanhangig wetsvoorstel schrijft voor dat in beursgenoteerde bedrijven,

45. HvJ EG 11 november 1997, C-409/95 (*Marschall*), NJ 1998/808; HvJ EG 28 maart 2000, C-158/97 (*Badeck*), JAR 2000/104; HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98 (*Abrahamsson*), JAR 2000/194.
46. Zie CGB 2004-10.
47. Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn.
48. Hiertoe behoren niet uitvaartdragers (CCG 2011-67), wel Schiphol-beveiligers (CGB 2011-118) en fysiotherapeuten (CGB 2011-52).
49. Wet bestuur en toezicht, Stb. 2011, 275.

via een 'ingroeiquotum', de raad van commissarissen voor ten minste een derde uit vrouwen (en mannen) zal bestaan en dat 'grote' vennootschappen 'passende en ambitieuze' streefcijfers hanteren voor een 'evenwichtige' samenstelling van hun raden van bestuur, raden van commissarissen en 'subtop'.[50]

4.3 Leeftijd

Werving
Meestal is het wel duidelijk als er sprake is van een direct onderscheidende personeelsadvertentie. Denk aan teksten als 'leeftijd tussen 18 en 25 jaar' of 'je sluit door je leeftijd aan bij de doelgroep'.[51] Indirect leeftijdsonderscheid is lastiger vast te stellen.[52] Over het algemeen kan men zeggen dat een personeelsadvertentie indirect leeftijdsonderscheid maakt als zij zich richt tot studenten, pas afgestudeerden, starters, of mensen die passen binnen een jong team.[53] Het vragen naar een 'junior' of 'senior' (waarna de functie volgt) maakt niet zonder meer leeftijdsonderscheid, mits het toevoegsel junior of senior alleen iets zegt over de inhoud of het gewicht van de functie.[54] Het bezigen van jeugdig taalgebruik ('je') of van beeldmateriaal dat jeugdigheid uitstraalt kan onderscheid maken op grond van leeftijd.

De Kaderrichtlijn kent een uitzondering voor 'de vaststelling van een maximumleeftijd voor aanwerving, gebaseerd op de opleidingseisen voor de betrokken functie of op de noodzaak van een aan pensionering voorafgaand redelijk aantal arbeidsjaren'. Om van deze uitzondering gebruik te kunnen maken moet zijn voldaan aan de voorwaarde dat het stellen van een maximale leeftijd in het kader van de nationale wetgeving objectief is gerechtvaardigd door een doelstelling van sociaal beleid, en het middel om dat doel te bereiken geschikt en noodzakelijk is.[55] Weliswaar bevat de WGBL geen soortgelijke uitzondering, maar hetzelfde effect kan worden bereikt met een beroep op de algemene objectieve rechtvaardigingsuitzondering.[56]

Werkgevers voeren verschillende argumenten aan ter rechtvaardiging van maximale leeftijdsgrenzen. Zo is er de stelling dat ouderen duurder zijn. Dit argument wordt over het algemeen niet geaccepteerd, behalve (soms) wanneer het is

50. Wetsvoorstel 35628.
51. CRM 2016-34.
52. Zie CGB-advies 2005/06; rapport CRM 12 juli 2018 'Om mij wordt niet gevraagd'.
53. CRM 2015-110; CRM 2017-59; CRM 2018-11, vervolg in Rb. Utrecht 4 maart 2019, RBMNE:1148, JAR 2019/106; CRM 2018-104; CRM 2019-120.
54. Ktr. Utrecht 1 februari 2017, JAR 2017/100.
55. HvJ EU 12 januari 2010, C-229/08 (*Wolf*), JAR 2010/51; HvJ EU 13 november 2014, C-416/13 (*Vital Pérez*), JAR 2015/16; HvJ EU 15 november 2016, C-258/15 (*Salaberria Sorondo*), JAR 2016/305.
56. Voorbeelden: CGB 2005-174; CGB 2008-21; CGB 2011-117.

ontleend aan het minimumjeugdloon (denk bijvoorbeeld aan supermarkten[57]) of wanneer een beroep kan worden gedaan op werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid.[58] Argumenten als evenwichtige leeftijdsopbouw, gezonde mix oud/jong, verjonging van het team, en beperking leeftijdsverschil binnen de groep ('groepscohesie') falen doorgaans.[59] Een leeftijdsgrens kan niet worden gerechtvaardigd met de functie-eis dat kandidaten over fysieke kracht of een goede lichamelijke of mentale conditie moeten beschikken.[60] Er zijn immers ouderen die aan deze eis voldoen, terwijl dit niet van alle jongeren gezegd kan worden. Hetzelfde geldt voor vooroordelen zoals dat ouderen minder dynamiek zouden uitstralen, dat vooral jongeren nieuwe ideeën zouden hebben of dat jongeren beter zouden aansluiten bij de doelgroep.[61] Ook de noodzaak van een piramideopbouw in de rangen (denk bijvoorbeeld aan de strijdkrachten) kan het stellen van een leeftijdsgrens niet rechtvaardigen.[62] Het enkele feit dat een sollicitatieformulier naar geboortedatum of leeftijd vraagt hoeft niet te wijzen op (een vermoeden van) leeftijdsdiscriminatie.[63]

Het verlangen van een *minimale* hoeveelheid ervaring maakt in beginsel geen onderscheid naar leeftijd. Daarentegen maakt het aangeven van een *maximale* ervaring ('niet meer dan x jaren' of 'tussen x en y jaren ervaring') wel leeftijdsonderscheid.[64] Afwijzing van een sollicitant wegens een teveel aan ervaring *in de betrokken functie* wordt soms gerechtvaardigd met het argument: je loopt risico al na korte tijd, vanwege onvoldoende uitdaging in het werk, gedemotiveerd te raken.[65] Afwijzing wegens een overvloed aan *algemene* werk- of levenservaring ('overkwalificatie') is lastiger te rechtvaardigen.[66]

Het doel van continuïteitbewaking ligt genuanceerder. Als een afdeling of team voornamelijk bestaat uit werknemers die de pensioenleeftijd zijn genaderd, is het werven onder jongeren rationeel beleid.[67]

57. Zie CGB-advies 2006/02 ('te jong, te oud'); CGB 2010-70; CGB 2010-142; CRM 2013-118; CRM 2015-52.
58. HvJ EU 2 april 2020, C-670/18 (*Gesturi*), JAR 2020/144; CGB 2006-208/209; CGB 2006-226; CRM 2014-44; CRM 2014-99.
59. CGB 2006-165; CGB 2008-59/60; CGB 2011-43; CGB 2011-147; CRM 2017-6.
60. Hof Amsterdam 13 januari 2000, JAR 2000/42. Vgl. CGB 2011-40.
61. CGB 2006-61; CGB 2006-165; CGB 2007-58.
62. CGB 2010-82; CGB 2013-73.
63. CRM 2019-23.
64. CGB 2007-158; CGB 2011-40.
65. CRM 2013-5 (geen onderscheid).
66. Zie CGB 2007-117; CGB 2007-162; CGB 2007-197; CGB 2008-42; CRM 2017-133; CRM 2017-100 en (met andere uitkomst) Hof 's-Hertogenbosch 1 september 2020, JAR 2020/237; CRM 2019-120; CRM 2020-103.
67. Advies CGB 2005-6; CGB 2006-61; CGB 2007-9; CGB 2008-59/60; CGB 2011-117; CRM 2016-27.

Een vacaturetekst mag onderscheid op grond van leeftijd maken als een van de wettelijke uitzonderingen van toepassing is, of als het onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd. Wel moet de vacaturetekst in dat geval de reden voor het leeftijdsonderscheid uitdrukkelijk vermelden (artikel 9 WGBL).

Selectie
Hoewel het op zichzelf niet verboden is een sollicitant naar zijn leeftijd te vragen, adviseert het College hiermee voorzichtig te zijn.[68] Verdedigbaar is dat de sollicitant over zijn leeftijd mag liegen (zie eerder in dit hoofdstuk over het 'zwijg- en liegrecht').

Het College laat toe dat een sollicitant die de AOW-leeftijd heeft bereikt om die reden wordt afgewezen.[69] Het redeneert, kort gezegd: de wet staat ontslag toe vanwege het bereiken van de AOW-leeftijd (zie hoofdstuk 8), dus het zou vreemd zijn als het de werkgever niet zou zijn toegestaan een AOW'er-sollicitant vanwege die leeftijd af te wijzen.

Een veelvoorkomende afwijzingsgrond is dat de sollicitant de VUT- of pensioengerechtigde leeftijd dicht nadert en de werkgever dus nog maar kort van zijn inzet zou kunnen profiteren. De werknemer heeft dan wat men wel noemt een te korte 'functieverblijfstijd'. Over deze afwijzingsgrond is verschillend geoordeeld.[70]

4.4 Ras, nationaliteit

Werving
Advertenties die alleen zijn gericht aan mensen van een bepaald ras, of rechtstreeks mensen op grond van ras uitsluiten, komen zelden voor.[71] Wel ziet men incidenteel 'diversiteitsbeleid' ten gunste van allochtonen. Zulk beleid kan vallen binnen de wettelijke uitzonderingen.[72] Heeft de werkgever een voorkeursbeleid ten gunste van etnische minderheden, dan moet hij dit wel toepassen, anders discrimineert hij door (potentiële) kandidaten gelijk te behandelen.[73]

68. CGB 2006-31; CGB 2006-34; CGB 2007-3; CRM 2015-122.
69. CGB 2009-16; CGB 2009-110; CRM 2015-65. Anders: CRM 2018-16.
70. CGB 2008-3; CGB 2010-59 en Hof Leeuwarden 5 juni 2012, JAR 2012/182; CRM 2014-60; CRvB 2 maart 2017, CRVB:864, TAR 2017/86. Zie tevens, eerder aangehaald, HvJ EU 12 januari 2010, C-229/08 (*Wolf*), JAR 2010/51; HvJ EU 13 november 2014, C-416/13 (*Vital Pérez*), JAR 2015/16; HvJ EU 15 november 2016, C-258/15 (*Salaberria Sorondo*), JAR 2016/305.
71. Voorbeelden: CRM 2014-19; CRM 2014-43.
72. Voorbeelden: CGB 1997-121; CGB 2008-143.
73. CGB 2007-55.

Het is niet zonder meer verboden om sollicitanten naar hun nationaliteit te vragen, zelfs wanneer nationaliteit geen relevante functie-eis is.[74] De werkgever die dit doet, moet echter wel, desgevraagd, aannemelijk maken dat hetzij het hebben van de Nederlandse nationaliteit werkelijk noodzakelijk is, hetzij nationaliteit geen rol speelde bij afwijzing.[75]

Een personeelsadvertentie mag niet een functie-eis stellen, of suggereren dat een functie-eis van toepassing is, als die eis mensen met een migratieachtergrond zou kunnen ontmoedigen om op de advertentie te reflecteren, zoals de eis dat de kandidaat (in oplopende gradaties van intensiteit:) verstaanbaar, goed, foutloos, vloeiend of accentloos Nederlands spreekt en/of schrijft, of dat hij 'communicatief vaardig' is. Een dergelijke eis maakt indirect onderscheid op grond van ras en/of nationaliteit, omdat verhoudingsgewijs vaak buitenlanders en mensen met een migratieachtergrond er niet aan kunnen voldoen. Uiteraard mag een werkgever wel een taaleis stellen als dit noodzakelijk is voor een behoorlijke uitoefening van de betrokken functie. Dan is het onderscheid gerechtvaardigd.[76]

Ook de eis dat kandidaten over een bepaald diploma beschikken, kan indirect discrimineren op grond van nationaliteit. Buitenlandse diploma's mogen niet zonder goede grond anders worden gewaardeerd dan Nederlandse.[77]

Selectie

Het aan een sollicitant stellen van een vraag over afkomst is riskant, maar het hoeft niet te leiden tot een vermoeden van discriminatie.[78] Vragen over nationaliteit zijn eerder toelaatbaar. Alleen al het feit dat een werkgever niet alle buitenlanders zonder werkvergunning mag aannemen, rechtvaardigt dit. Wanneer de functie het spreken van andere talen dan Nederlands vereist, mag ook naar kennis van die talen worden gevraagd.[79]

Het selecteren van kandidaten aan de hand van hun naam levert *direct* onderscheid op grond van nationaliteit en/of ras op en is zonder meer verboden.[80] Nu is niet eenvoudig bewijsbaar dat een werkgever dit doet. Een methode om het aannemelijk te maken is om onder de echte, buitenlands klinkende naam te solliciteren en om, na zonder gesprek te zijn afgewezen, onder een gefingeerde Neder-

74. Vgl. CRM 2015-115.
75. CRM 2013-37; CRM 2013-49; CRM 2016-60.
76. Voorbeelden: CGB 2011-201; CGB 2012-124; CRM 2015-125; CRM 2016-30. Zie hoofdstuk 7 voor taalvoorschriften tijdens werk.
77. CGB 1998-152. Zie ook Algemene wet erkenning EU-beroepskwalificaties, artikel 1.5h Arbobesluit.
78. CGB 2012-162; CRM 2016-61.
79. CGB 2015-107.
80. CGB 2011-99.

lands klinkende naam, maar met een verder vergelijkbaar cv,[81] opnieuw te solliciteren. Wordt men dan wel voor een sollicitatiegesprek uitgenodigd, dan is een vermoeden van discriminatie gevestigd en zal de werkgever de bewijslast dragen dat naam geen rol speelde bij het niet/wel uitnodigen. Het verweer dat sprake is van toeval, een misverstand, een ongelukkige samenloop van omstandigheden of een andere neutrale omstandigheid slaagt slechts bij uitzondering.[82]

Werkgevers moeten erop bedacht zijn dat, als een afgewezen sollicitant de betrokken werkgever aanklaagt, interne correspondentie en intern gevoerde gesprekken over de kandidaat geopenbaard kunnen worden. Eventueel daarin voorkomende 'niet-functionele' verwijzingen naar iemands ras of nationaliteit kunnen in dat geval bijdragen tot een vermoeden van onderscheid.[83]

Wanneer een bedrijf ondoorzichtige selectiecriteria hanteert, kan een bijkomend feit voldoende zijn voor het vestigen van een vermoeden van onderscheid (zie paragraaf 3.4). Vaak in verband met ras aangevoerde bijkomende feiten zijn:[84]
- Het bedrijf wijst relatief vaak buitenlandse/etnische sollicitanten af.
- Binnen het bedrijf heerst een niet-discriminatievrije werksfeer.
- Minderheden zijn ondervertegenwoordigd.
- De opgegeven reden voor afwijzing is onwaar.

Het College accepteert in een enkel geval dat afwijzing op grond van een niet tevoren gestelde taaleis objectief gerechtvaardigd is.[85] Vaker wordt afwijzing op deze grond veroordeeld.[86] Stelt de personeelsadvertentie een legitieme taaleis, dan mag de sollicitant uiteraard worden afgewezen op de grond dat hij niet aan die eis voldoet.[87]

Afwijzing van een sollicitant met een migratieachtergrond op grond van zijn uiterlijk of kleding is riskant, maar hoeft niet op discriminatie te wijzen.[88]

Aanname
Een bedrijf dat buitenlanders of allochtonen relatief vaker dan autochtonen als oproepkracht of als seizoenskracht aanstelt, handelt – bij gebreke van rechtvaardi-

81. Zie CRM 2015-102 voor een geval waarin de cv's afweken.
82. Voorbeelden: CRM 2015-43; CRM 2015-44; CRM 2015-100; CRM 2015-109; CRM 2015-113; CRM 2018-129.
83. Voorbeelden: CGB 2007-176; CGB 2009-42.
84. Voorbeeld: CGB 1997-26/27.
85. CGB 2010-3; CRM 2018-94.
86. Voorbeelden: CGB 2004-143; CRM 2015-32; CRM 2020-31.
87. CGB 2012-55/56; CRM 2014-15.
88. CGB 2007-207.

ging – in strijd met de wet.[89] In een dergelijk geval zou een rechter het oproep- of seizoenbeding nietig kunnen verklaren.

4.5 Handicap en chronische ziekte

Werving
De werkgever die een kandidaat zoekt voor een functie, mag zijn zoektocht niet beperken tot medisch onbeperkte personen. Er is echter geen verplichting om h/cz'ers actief te benaderen. Waar het om gaat is dat de werkgever niet op voorhand drempels mag opwerpen die h/cz'ers zouden kunnen ontmoedigen om te solliciteren, bijvoorbeeld door het stellen van functie-eisen die deze groep direct of indirect uitsluiten.[90] Dit is de hoofdregel. Ook ten aanzien van deze non-discriminatiegrond bestaan echter uitzonderingen. Eén daarvan is de 'veiligheidsexceptie'. Een werkgever die meent dat het onveilig zou zijn om een blinde persoon aan te stellen als kok of kelner, zou om deze reden kunnen besluiten om 'ziend' als functie-eis te stellen. Voorwaarde is wel dat (in redelijkheid) geen aanpassing kan worden getroffen die het veiligheidsrisico wegneemt.[91] Een tweede uitzondering betreft voorkeursbeleid. Deze wordt naar mijn weten zelden toegepast.[92] De derde, belangrijkste uitzondering is dat functie-eisen zodanig mogen worden geformuleerd dat zij kandidaten uitsluiten die ongeschikt zijn voor de essentiële taken behorend bij de functie (zie hierna).

Selectie
Niet alleen de selectie zelf, ook de selectieprocedure moet rekening houden met een eventuele h/cz van een kandidaat.[93]

De WMK verbiedt het 'keuren' van een sollicitant, tenzij 'aan de functie (...) bijzondere eisen op het punt van medische geschiktheid moeten worden gesteld'. De wettelijke definitie van 'keuring' wijkt sterk af van wat men hier in het spraakgebruik onder verstaat, namelijk: 'vragen over de gezondheidstoestand van de keurling'. Dit betekent dat aan een sollicitant in veruit de meeste gevallen geen 'medische' vragen mogen worden gesteld. Hoe verhoudt zich dit verbod tot de WGBh/cz en het algemene vermogensrecht?

De WGBh/cz verbiedt werkgevers niet met zoveel woorden om een sollicitant te vragen naar eventuele beperkingen. Er staat slechts dat de werkgever geen onder-

89. CGB 2008-127.
90. Een sollicitatieformulier dat vragen over gezondheid, artsenbezoek en lichamelijke beperkingen stelt, kan h/cz'ers ontmoedigen te reageren. Daarmee is het niet alleen in strijd met de WMK, maar discrimineert het bovendien indirect op grond van h/cz: CRM 2014-20.
91. Zie CRM 2016-9.
92. Zeldzaam geval: CGB 2006-61.
93. CRM 2020-32.

scheid op grond van h/cz mag maken. Het stellen van een vraag over beperkingen hoeft niet te betekenen dat het al dan niet hebben van een h/cz een rol speelt bij de selectie. Het wekt echter wel die schijn. Waarom immers een vraag stellen die niet relevant is voor de selectie? Zelfs één verkeerde vraag of opmerking tijdens het sollicitatieproces kan al voldoende zijn om het vermoeden te vestigen dat een sollicitant vanwege een h/cz is afgewezen.[94]

De WGBh/cz staat toe dat een sollicitant wordt gevraagd naar beperkingen die zo ernstig zijn dat hij niet in staat moet worden geacht de 'essentiële' taken behorend bij de geambieerde functie uit te voeren. Dit volgt uit het feit dat de werkgever een dergelijke sollicitant niet in dienst hoeft te nemen (zie hierna). De WMK staat dit echter niet toe, en zij prevaleert in dit opzicht boven de WGBh/cz. Het vorenstaande komt er dus op neer dat de werkgever *helemaal geen* 'medische' vragen mag stellen. Ik wil zelfs verdedigen dat de sollicitant, naar analogie van het 'zwijgen liegrecht' van de zwangere sollicitant, mag ontkennen een – wel bestaande – h/cz-beperking te hebben.

Op grond van het algemene vermogensrecht is in het verleden bij herhaling aangenomen dat op de sollicitant de plicht rust ongevraagd melding te maken van omstandigheden die hem ongeschikt maken voor de geambieerde functie.[95] Hierdoor ontstaat de enigszins merkwaardige situatie dat de werkgever niets mag vragen, terwijl op de sollicitant een proactieve spreekplicht rust.[96] Dat er een spontane spreekplicht bestaat ten aanzien van *essentiële* beperkingen, is duidelijk.[97] Laat de sollicitant na zulke beperkingen te melden, en wordt hij aangenomen, dan kan dit leiden tot vernietiging van de arbeidsovereenkomst op grond van dwaling, tot ontslag en/of tot het onthouden van loon. Dit is ook zo in het geval de ongeschiktheid voortkomt uit een h/cz.[98] Dat de spontane mededelingsplicht niet bestaat ten aanzien van *ondergeschikte* h/cz-beperkingen, lijkt me ook duidelijk. Nalaten van een sollicitant om zulke beperkingen te melden kan later geen reden voor de werkgever zijn om verlies van vertrouwen te stellen.[99]

94. CGB 2007-184.
95. Voorbeelden: Hof Amsterdam 25 augustus 2005, JAR 2005/233; Ktr. Haarlem 15 augustus 2007, JIN 2007/628; Ktr. Heerlen 23 februari 2009, RAR 2009/69.
96. Zie Advies 'Afstemming Wet op de medische keuringen en Wet gelijke behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte', Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen, juni 2009.
97. Rb. Rotterdam 1 april 1999, JAR 1999/99; Hof Arnhem 9 november 2004, JAR 2005/81.
98. Voorbeelden: Ktr. Arnhem 13 september 1999, Pg. 2000, nr. 5401; Ktr. Rotterdam 16 maart 2001, JAR 2001/182.
99. Ktr. Apeldoorn 11 juni 2008, JAR 2008/229.

Ongeschiktheidsexceptie en aanpasplicht
Ten aanzien van selectie spelen twee uitgangspunten een rol. Het eerste is dat werkgevers – uiteraard – niet verplicht zijn sollicitanten aan te nemen die ongeschikt zijn voor de 'essentiële' taken behorend bij de betrokken functie. Kaderrichtlijn 2000/78 drukt dit aldus uit (overweging 17):

> 'Deze richtlijn eist niet dat iemand in dienst genomen, bevorderd, in dienst gehouden of opgeleid wordt die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betreffende functie uit te voeren of om een bepaalde opleiding te volgen, onverminderd de verplichting om in redelijke aanpassingen voor personen met een handicap te voorzien.'

In de praktijk is het bepalen van de grens tussen een 'essentiële' en een minder vitale taak niet eenvoudig. Zie paragraaf 8.4 voor voorbeelden.

Afwijzing van een h/cz-sollicitant moet worden gemotiveerd met meer dan verwijzing naar een algemene functie-eis. De werkgever moet nagaan of de betrokken functie-eis in het concrete, individuele geval een belemmering voor aanname vormt. Dit ervoer Defensie, die een man met diabetes afwees voor een functie in een militaire muziekkapel. De reden was dat iedere militair inzetbaar moet zijn aan het front. Het College vond dit een te algemeen argument.[100]

Het tweede uitgangspunt is dat de wet werkgevers verplicht om 'naargelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen'. Als iemand met een h/cz solliciteert, moet de (beoogde) werkgever dus alle redelijkerwijs van hem te verlangen maatregelen treffen waaraan de sollicitant behoefte heeft om de sollicitatieprocedure goed te kunnen doorlopen. De werkgever hoeft echter niet proactief aanpassingen te plegen voor het geval een h/cz-sollicitant zich in de toekomst zou melden ('generieke' aanpassingen).

Een aanpassing kan alleen worden verlangd voor de functie waarop iemand (extern dan wel intern) solliciteert. Een werknemer kan niet een aanpassing eisen die hem geschikt zou maken voor een andere dan zijn eigen functie.[101]

Een sollicitant mag niet worden afgewezen op de grond dat indienstneming de werkgever zal noodzaken kostbare of anderszins lastige voorzieningen te treffen, tenzij deze *onevenredig* belastend zouden zijn. Bij de beoordeling van de vraag of een aanpassing onevenredig belastend zou zijn, wordt de kans meegewogen dat de

100. CRM 2015-135.
101. Zie hoofdstuk 7.

aanpassing nuttig kan zijn voor toekomstige andere gevallen. Dit aspect speelde onder andere in de volgende zaak:[102]

> Een jonge vrouw solliciteert op een vacature voor een vijf maanden durende stageplek op een bankkantoor. Zij wordt uitgenodigd voor een kennismakingsgesprek. Zij blijkt invalide te zijn. Desgevraagd laat zij weten dat, om stage te kunnen lopen op het kantoor, er een lift en een invalidentoilet zouden moeten komen. Het realiseren van deze voorzieningen, zo al bouwkundig mogelijk, zal vermoedelijk een zeer forse investering vergen. Deze investering staat volgens de bank niet in verhouding tot de beoogde stage van vijf maanden, om welke reden de bank de sollicitatie afwijst. Het College oordeelt: de bank maakte verboden onderscheid, met name doordat zij op basis van een eigen inschatting – dus zonder deskundig onderzoek naar de kosten en subsidiemogelijkheden – de conclusie trok dat de noodzakelijke aanpassingen een onevenredige belasting zouden vormen. Met dit oordeel in de hand vordert de afgewezen stagiaire schadevergoeding bij de kantonrechter. Deze wijst de vordering af, want het is ook zonder raadpleging van een deskundige 'evident' dat de vereiste verbouwing (te) ingrijpend en kostbaar zal zijn.

De combinatie van de beide hiervoor besproken uitgangspunten – geen aannameplicht voor 'essentieel' ongeschikten, maar wel een aanpasplicht – kan het voor werkgevers lastig maken. Volgens het College mag een werkgever weliswaar een sollicitant afwijzen op de grond dat zijn h/cz hem ten enenmale ongeschikt maakt voor de vacante functie, maar mag hij dit pas doen nadat hij deugdelijk heeft onderzocht of de ongeschiktheid kan worden weggenomen door het verrichten van een 'redelijke aanpassing', en de uitkomst van dat onderzoek negatief is. Het vereiste van deugdelijk onderzoek houdt onder andere in dat een werkgever niet mag afgaan op zijn eigen oordeel over de gezondheid van een kandidaat, of op een eigen schatting omtrent toekomstige uitval.[103]

Het *enkele* nalaten van bedoeld deugdelijk onderzoek kan de afwijzing van een h/cz-sollicitant onrechtmatig maken, ook al komt later vast te staan dat deze de functie, ook met aanpassingen, onmogelijk zou hebben kunnen vervullen.[104] Deze doctrine kan werkgevers voor een probleem plaatsen. Stel, bijvoorbeeld, tien sollicitanten komen af op een vacature. Een van hen is vanwege een h/cz niet geschikt voor de functie, maar zou dat misschien na het aanbrengen van een voorziening wel kunnen zijn. Om dit na te gaan moet de werkgever een deskundige raadplegen. Dat kan lang duren. Pas nadat de deskundige verslag heeft uitgebracht, kan de werkgever een selectie uit de tien kandidaten maken. Echter, tegen

102. CRM 2014-154, gevolgd door Ktr. Amsterdam 26 januari 2018, JAR 2018/39.
103. Voorbeeld: CRM 2020-26.
104. CGB 2006-137, JAR 2006/211; CGB 2008-17; CGB 2012-5, JAR 2012/55; CGB 2012-19; CRM 2016-46.

deze tijd zijn sommigen – de kans is groot dat dit de besten zijn – waarschijnlijk al afgehaakt.

Een uitzendbureau dat een kandidaat met een medische beperking op een potentiele werkgever afstuurt, behoort die werkgever van tevoren te wijzen op de mogelijkheid van een doeltreffende aanpassing.[105]

4.6 Godsdienst, levensovertuiging, politieke overtuiging

Werving
Confessionele en politieke instellingen mogen onderscheid op deze gronden maken in gevallen waarin de grond een 'wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd' beroepsvereiste vormt, en het onderscheid niet verder gaat dan passend is.[106] Afgezien hiervan is de gelijkebehandelingswetgeving onverkort van toepassing op het stellen van godsdienstige of politieke functie-eisen.

Selectie
Het stellen van een vraag over de godsdienstige overtuiging van een sollicitant, of naar het dragen van een hoofddoek, is te ontraden. Weliswaar hoeft het niet op onderscheid te wijzen,[107] maar het stellen van zo'n vraag, gevolgd door afwijzing van de sollicitatie, kan al snel leiden tot het vermoeden dat godsdienst een rol speelde bij de afwijzing. Het College is de ene keer mild,[108] andere keren strikt.[109]

De in de rechtspraak meest voorkomende reden om een sollicitant in verband met godsdienst af te wijzen heeft te maken met het dragen van een hoofddoek. Zoals besproken in hoofdstuk 2 kan een verbod op het dragen van een hoofddoek zowel direct als indirect onderscheid maken en is de grens tussen beide situaties weinig scherp. Afwijzing van een sollicitant omdat zij een hoofddoek draagt, maakt direct onderscheid op grond van godsdienst als de werkgever een verband legt met geloof, bijvoorbeeld door te vermelden dat men geen uiting van religie op de werkvloer wenst.[110] De afwijzing maakt slechts indirect onderscheid als de werkgever geen verband legt met geloof, bijvoorbeeld door een hoofddoek af te wijzen vanwege eisen van representativiteit[111] of neutraliteit,[112] of om redenen van com-

105. CRM 2013-75.
106. CGB 2005-222, JAR 2005/274; CRM 2018-102; CRM 2018-110.
107. CGB 2007-83; CGB 2007-143; CGB 2007-213; CGB 2009-103.
108. Voorbeeld: CGB 2007-44.
109. Voorbeeld: CGB 2015-94.
110. Voorbeelden: CGB 2013-101; CRM 2015-145; CRM 2016-69; CRM 2018-24.
111. Voorbeelden: CGB 2007-70; CRM 2014-24; CRM 2015-67; CRM 2016-61.
112. CGB 2001-53; CGB 2007-195; CRM 2016-45.

municatie[113] of fysieke veiligheid.[114] Dat in de organisatie andere werkneemsters wel met hoofddoek mogen werken, of dat mede-sollicitanten met een hoofddoek wel zijn aangenomen, is geen bewijs dat deze ene sollicitant niet op grond van haar hoofddoek is afgewezen.[115] Evenmin een bewijs is dat de werkgeefster in haar bedrijfskledinglijn een hoofddoek heeft opgenomen.[116]

Wat voor hoofddoeken geldt, geldt evenzeer voor andere vormen van geloofsuiting, zoals weigering het andere geslacht een hand te geven,[117] het dragen van een islamitische baard,[118] onvolledige beschikbaarheid in verband met moskee- of kerkbezoek,[119] de eis dat een docent neutrale kleding moet propageren,[120] weigering mee te werken aan bloedtransfusie, abortus of euthanasie,[121] en weigering zich te laten vaccineren.[122]

Bijna alle uitspraken waarnaar het voorgaande refereert, dateren van vóór de in hoofdstuk 7 besproken HvJ-uitspraken in *Achbita* en *Bougnaoui*. Het valt te bezien hoe het College die uitspraken in zijn oordelen verwerkt.

4.7 Arbeids- en contractduur

Het is gebruikelijk dat een personeelsadvertentie vermeldt of de betrokken functie er een is voor voltijd of deeltijd. Dit vormt geen verboden onderscheid op grond van arbeidsduur. Artikel 7:648 BW verbiedt namelijk slechts – behoudens objectieve rechtvaardiging – onderscheid *tussen werknemers*. Het is dus toegestaan om in een vacaturetekst, gericht op externe kandidaten, als functie-eis te stellen dat in deeltijd of juist voltijds wordt gewerkt. Een externe sollicitant is immers niet een werknemer. Gelet hierop is afwijzing van een externe sollicitant, omdat hij laat weten na aanname gebruik te willen maken van de mogelijkheid om korter te gaan werken, niet verboden.

De wet verbiedt niet het afwijzen van een sollicitant omdat hij in vaste en niet in tijdelijke dienst wil werken. Artikel 7:649 BW strekt zich immers slechts uit tot de arbeidsvoorwaarden.[123]

113. CGB 2006-215.
114. CGB 1996-85; CGB 2008-144.
115. Voorbeeld: CGB 2007-137.
116. CGB 2011-24.
117. Voorbeeld: CRM 2017-74.
118. CGB 2010-10; CRM 2014-13.
119. CGB 2010-101/102; CGB 2002-86.
120. CGB 2008-91/92.
121. CGB 1997-46; CGB 2000-13.
122. CGB 2003-10.
123. CGB 2004-74.

4.8 Bevordering

Werven
Er bestaat, met één weinig bekende uitzondering,[124] geen wettelijke[125] verplichting om vacatures intern bekend te maken. Evenmin is er een verplichting om interne kandidaten voorrang te geven boven externe kandidaten.[126] Echter, áls een werkgever intern werft, gelden de in het vorige hoofdstuk besproken principes.

Het gaat bij bevordering niet enkel om bevordering als werknemer. Ook bijvoorbeeld een besluit om een medewerker niet toe te laten tot een maatschap kan discrimineren.[127]

Passeren
Waar een vacature niet intern bekend wordt gemaakt, kan zich de situatie voordoen dat een functie die een werknemer ambieert, aan een ander wordt aangeboden zonder dat er enige werving of selectie aan te pas is gekomen. De werknemer kan zich dan gepasseerd voelen. En terecht, want ook het *niet* aanbieden van een vacature kan 'onderscheid bij de bevordering' opleveren. Neem het volgende voorbeeld:[128]

> In een bedrijf worden alle leidinggevende functies door mannen bezet. Een op de administratie werkzame vrouw laat weten promotie naar de functie van Hoofd Administratie te ambiëren. Op enig moment ontstaat een vacature voor die functie. Zonder de vrouw naar de functie te laten meedingen benoemt de werkgever een mannelijke collega, nota bene iemand die de vrouw zelf heeft opgeleid in het vak. De werkgever licht niet toe waarom dit is gebeurd. De CGB vindt de gevolgde benoemingsprocedure ondoorzichtig. Dit gegeven, gecombineerd met het feit dat het management enkel uit mannen bestond, leidt tot het oordeel dat de werkgever naar geslacht discrimineerde.

In dit voorbeeld had de vrouw belangstelling in de vacature laten blijken. De situatie kan zich ook voordoen dat de werkgever plots iemand aanstelt of bevordert zonder werknemers die voor de functie in aanmerking hadden willen komen de kans te geven belangstelling te tonen. Ook in een dergelijke situatie kan een ondoorzichtige procedure de werkgever parten spelen. Een willekeurig voorbeeld:[129]

---

124. Artikel 8c Waadi: werkgever is gehouden vacatures tijdig en duidelijk bekend te maken bij de in zijn onderneming werkzame uitzendkrachten.
125. Een cao kan wel een dergelijke verplichting bevatten.
126. Met uitzondering van herplaatsingskandidaten.
127. CRM 2018-138.
128. CRM 2013-90. Vgl. CGB 1996-56; CGB 2001-40; CGB 2008-16.
129. CGB 2010-76. Vgl. CGB 1999-80; CGB 2006-94; CRM 2015-19.

> In een bedrijf stroomt gemiddeld 30% van de autochtone orderverzamelaars door naar een minder belastende functie. Van de allochtone orderverzamelaars stroomt slechts 8% door. Dit gegeven, gecombineerd met (1) het feit dat het al dan niet aanbieden van een lichtere functie aan iedere leidinggevende was overgelaten, en (2) het feit dat er geen kenbare procedure was voor het beoordelen van verzoeken om lichter werk, leidde tot een vermoeden van rassenonderscheid. De werkgever wist dit vermoeden niet te weerleggen.

Niet bevorderen: geslacht

Een veelvoorkomende reden om een vrouw niet te bevorderen is dat zij in verband met moederschap of ouderschapsverlof langdurig afwezig is geweest.[130] In sommige gevallen wordt de afwezigheid als zodanig als reden aangevoerd, soms is de reden dat de werkneemster vanwege haar afwezigheid niet kon worden beoordeeld,[131] soms wordt aangevoerd dat de vrouw niet kon deelnemen aan een voor promotie noodzakelijke cursus,[132] en soms wordt de vrouw aangerekend dat zij tijdens haar zwangerschap minder productief was.[133] Daar waar moederschap in het geding is, zal doorgaans sprake zijn van onderscheid op grond van geslacht, meestal zelfs direct. In gevallen waar ouderschap de oorzaak van het missen van een promotie was, kan de werknemer (m/v) een beroep doen op het benadelingsverbod van artikel 6:1a van de Wet arbeid en zorg (Wazo).

Soms is de reden dat een werkneemster een promotie misloopt dat zij tijdens haar moederschaps- of ouderschapsafwezigheid geen anciënniteit heeft opgebouwd, waardoor een mannelijke collega met dezelfde diensttijd meer anciënniteit heeft. Dit is geen geoorloofde reden. Een periode van zulke afwezigheid moet worden meegeteld voor de berekening van de diensttijd die moet zijn doorlopen om voor promotie in aanmerking te komen.[134] Een voorbeeld is de zaak van de advocaatstagiair:[135]

> Advocaten beginnen hun loopbaan als 'stagiair'. Pas na voltooiing van hun stage, doorgaans na drie jaar, zijn zij volwaardig advocaat. De Nederlandse Orde van Advocaten hanteerde destijds[136] het beleid om in geval van ziekte van twee maanden of langer de stageperiode evenzoveel te verlengen als de ziekte langer dan twee maanden duurde. De Orde paste dit beleid ook

130. HvJ EU 7 september 2017, C-174/16 (*H/Land Berlin*), RAR 2017/157.
131. CRM 2018-35 (opschorten periodiek).
132. HvJ EU 6 maart 2014, C-595/12, (*Napoli*), JAR 2014/105.
133. CGB 2012-86; CGB 2015-19.
134. HvJ EG 18 november 2004, C-284/02 (*Brandenburg/Sass*), JAR 2004/292; HvJ EG 18 februari 2006, C-294/04 (*Sarkatzis Herrero*), JAR 2006/68.
135. CGB 1999-75, JAR 1999/179. Zie ook CGB 2001-68; Rb. Groningen 7 juni 2005, RBGRO:AT7761; Rb. Amsterdam 14 juli 2005, RBAMS:AU0651; ARRvS 17 mei 2016, RVS:AX2118 en 2120; CRM 2014-72.
136. Huidige stageverordening (artikel 3.4 lid 2) bepaalt dat stage van rechtswege is opgeschort indien stagiaire de praktijk meer dan drie maanden niet uitoefent, 'tenzij dit het gevolg is van wettelijk zwangerschaps- of bevallingsverlof'.

toe op zwangerschaps- en bevallingsverlof. Door aldus eenzelfde regel op verschillende situaties toe te passen pleegde de Orde onderscheid, aldus de CGB. Aangezien alleen vrouwen zwanger worden, is dit een direct, en dus niet te rechtvaardigen, onderscheid op grond van geslacht. Het zou wel toelaatbaar zijn geweest om, per geval van langdurige afwezigheid door zwangerschap, aan de hand van een examen op geschiktheid te toetsen, maar dat vond de Orde te bewerkelijk.

Enkele jaren later keurde de CGB wel goed dat een advocatenstage werd verlengd op de grond dat de stagiair – vanwege de zorg voor jonge kinderen – in deeltijd had gewerkt.[137] Deze verlenging maakte onderscheid naar arbeidsduur, en onderscheid op deze grond kan – anders dan direct geslachtsonderscheid – objectief worden gerechtvaardigd, wat in dit geval ook gebeurde. Het verschil in uitkomst tussen de beide zaken valt op: kortere opleiding in verband met moederschapsverlof mag niet leiden tot stageverlenging, kortere opleiding in verband met in deeltijd werken vanwege zorgtaken wél.

Een klacht die wel wordt gehoord is dat men, om te kunnen promoveren naar een leidinggevende functie, moet hebben bewezen bereid en in staat te zijn veel over te werken en/of geregeld buiten de normale kantooruren inzetbaar te zijn. Dit criterium zou vooral werknemers met zorgtaken (lees: voornamelijk vrouwen) benadelen. Als dat zo is, dan zou denkbaar zijn dat een rechter het onthouden van een promotie op deze grond veroordeelt met het argument dat het doel van het criterium weliswaar legitiem is, en het middel om dat doel te bereiken passend, maar dat – als dat inderdaad zo is – veel overwerk en geregelde beschikbaarheid buiten de gebruikelijke werktijden niet noodzakelijk zijn voor de geambieerde functie.[138]

Niet bevorderen: leeftijd

Leeftijd is de grootste showstopper waar het gaat om promotie, zo wijst onderzoek uit.[139] Toch is hier in Nederland, anders dan bijvoorbeeld in de Verenigde Staten, geen rechtspraak over.

De krijgsmacht overwoog om, in het kader van een 'up or out'-beleid, een bevorderingssysteem in te voeren gebaseerd op loopbaandoorloopsnelheid. Wie niet vóór een bepaalde leeftijd was doorgestroomd naar een hogere rang, zou volgens dit systeem moeten afvloeien. De CGB veroordeelde het systeem als strijdig met het verbod op leeftijdsdiscriminatie.[140]

137. CGB 2001-68.
138. CGB 2005-146 wees een dergelijke klacht af omdat zij niet was onderbouwd.
139. The Workforce View in Europe 2019, uitgave van ADP.
140. CGB 2011-86.

Niet bevorderen: ras en nationaliteit

Wat voor de grond geslacht geldt, is evenzeer van toepassing op de gronden ras en nationaliteit. Een voorbeeld uit vele betreft een man van Surinaamse afkomst die niet werd benoemd in een hogere functie omdat zijn werkgever hem daarvoor niet geschikt vond. Ook in dit geval brak gebrek aan transparantie de werkgever op:[141]

> 'De beoordelingen van de wederpartij bevatten geen criteria die enig inzicht kunnen geven over de leidinggevende capaciteiten van verzoeker. Ook uit de overige overgelegde stukken blijkt evenmin welke objectieve criteria de wederpartij heeft gehanteerd om te beoordelen dat verzoeker niet en de collega wel beschikt over voldoende leidinggevende capaciteiten voor de functie van Celleider. De Commissie is derhalve van oordeel dat de selectieprocedure van de wederpartij niet voldoet aan de hiervoor genoemde criteria [inzichtelijk, systematisch en controleerbaar uitgevoerde procedure; PCVN]. De selectieprocedure is daardoor niet controleerbaar. Dit brengt het risico mee dat hierdoor onderscheid op grond van ras wordt gemaakt. Het ligt onder de gegeven omstandigheden op de weg van de wederpartij aannemelijk te maken dat zulks niet het geval is geweest.'

Niet bevorderen: h/cz

Het is begrijpelijk dat een werkgever terughoudend kan zijn bij het aanbieden van een promotie aan een werknemer die naar verwachting langdurig arbeidsongeschikt zal blijven. Wanneer die ongeschiktheid, zoals meestal het geval zal zijn, verband houdt met een h/cz, ontstaat eenzelfde situatie als wanneer een externe h/cz-kandidaat op een vacature solliciteert (zie hiervoor). Een dergelijke situatie deed zich in het volgende geval voor:[142]

> Een secretaresse valt uit met kanker. Op enig moment hervat zij gedeeltelijk het werk, maar zij moet nog aanvullende operaties ondergaan. Ondertussen reorganiseert de werkgever. Hij creëert een nieuwe – hogere – functie. Deze functie wordt zonder overleg aan een collega aangeboden. De reden dat bevordering naar de nieuwe functie niet wordt aangeboden aan verzoekster: 'Er wacht haar nog een ziekenhuisopname, waardoor zij zeker langere tijd niet in staat zal zijn om op het kantoor aanwezig te zijn.' De CGB merkt haar situatie aan als een chronische ziekte. Dus maakt de werkgever rechtstreeks onderscheid naar h/cz door de nieuwe functie niet ook aan verzoekster aan te bieden.

Niet bevorderen: arbeidsduur en contractduur

Afwijzing van een externe sollicitant omdat hij laat weten na aanname gebruik te willen maken van de mogelijkheid om korter te gaan werken, is niet verboden (zie paragraaf 4.7). Gaat het om een interne sollicitant, dan ligt dit anders. Een interne sollicitant kan namelijk, in tegenstelling tot een externe kandidaat, een beroep doen

141. CGB 1999-80.
142. CGB 2008-16. Vgl. CRM 2017-108; CRM 2019-55.

op artikel 7:648 BW. Denk bijvoorbeeld aan een herplaatsingskandidaat in het kader van een reorganisatie, of aan een werknemer die op een promotievacature solliciteert. Een beslissing om een dergelijke werknemer niet te herplaatsen, of niet in aanmerking te brengen voor de promotieplaats, omdat hij in deeltijd of juist niet in deeltijd werkt of wil werken, maakt namelijk (al dan niet te rechtvaardigen) onderscheid naar arbeidsduur 'in de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan'.[143]

Voltijders maken in veel organisaties gemiddeld meer kans op promotie dan deeltijders. Voor een deel zit hier een zekere logica in, om twee redenen. Ten eerste: voor bevordering naar een hogere functie stellen werkgevers doorgaans als eis dat de werknemer zich in zijn huidige functie heeft bewezen en daarin een minimale hoeveelheid ervaring heeft opgedaan. Een deeltijder doet per jaar gemiddeld minder ervaring op dan een voltijder. Dit argument kwam onder andere aan de orde in de zaken *Nimz*[144] en *Gerster*.[145] In deze zaken ging het om regelingen waarbij voor bevordering naar een hogere ambtelijke rang onder andere rekening werd gehouden met anciënniteit, en waarbij deeltijdperioden (een situatie die zich vooral bij vrouwen voordeed) slechts gedeeltelijk meetelden voor de anciënniteitsbepaling. In beide zaken betoogde de werkgever dat voltijders sneller dan deeltijders voor hun functie relevante bekwaamheden en vaardigheden verwerven. Het HvJ accepteerde dat dit een relevant argument kan zijn dat de regeling rechtvaardigt, maar niet dan na te hebben overwogen:

> 'dat de zienswijze dat er een specifiek verband bestaat tussen de duur van een beroepsactiviteit en het verwerven van een bepaald niveau van kennis of ervaring, niet meer is dan een generaliserende uitspraak over bepaalde categorieën werknemers, waaruit geen objectieve criteria kunnen worden afgeleid, buiten elke discriminatie om. Ook al gaan anciënniteit en beroepservaring hand in hand, en is een ervaren werknemer beter toegerust voor de hem opgedragen werkzaamheden, toch hangt het objectieve karakter van een dergelijk criterium af van alle omstandigheden van het individuele geval en met name van het verband tussen de aard van de uitgeoefende functie en de ervaring die de uitoefening van deze functie na een bepaald aantal arbeidsuren verschaft.'

De tweede reden dat voltijders soms eerder promoveren heeft te maken met beoordeling. In veel organisaties zorgt deeltijdwerk voor extra uitdagingen: de klant die belt op de vrije dag van de deeltijder wil meteen geholpen worden, en dan moet

143. Voorbeeld: CGB 2004-53.
144. HvJ EG 7 februari 1991, C-184/89 (*Nimz*), NJ 1993/171, bevestigd in HvJ EU 10 maart 2005, C-196/02 (*Nikoloudi*), JAR 2005/101 en HvJ EU 3 oktober 2019, C-274/18 (*Schuch*: maximale duur opvolgende contracten voor voltijders korter dan voor deeltijders), JAR 2019/275.
145. HvJ EG 2 oktober 1997, C-1/95 (*Gerster/Freistaat Bayern*), NJ 1998/807.

een ander voor de deeltijder invallen. De invaller zal relatief vaak een voltijder zijn. Voltijdarbeid is voor veel werkgevers nu eenmaal makkelijker dan deeltijd.[146]

Wanneer diensttijd mede bepalend is voor het recht op bevordering moet diensttijd doorgebracht als tijdelijke werknemer op dezelfde wijze meetellen als diensttijd in een vaste aanstelling.[147]

146. Voorbeeld: CGB 2005-68.
147. HvJ EU 8 september 2011, C-177/10 (*Rosada Santana*).

5 Beloning

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk ligt het accent op de grond geslacht. Dit is omdat er al wetgeving met betrekking tot gelijke beloning m/v was lang voordat gelijke beloning op andere gronden wettelijk was geregeld. Daarom ook betreft verreweg de meeste jurisprudentie over gelijke beloning de grond geslacht. Echter, wat voor die grond geldt, is grotendeels ook van toepassing op de andere gronden.

5.2 Geslacht

Inleiding

In Nederland verdienen vrouwen gemiddeld minder dan mannen voor hetzelfde werk. Eind 2019 stelde het European Committee of Social Rights (ECSR) vast dat Nederland zich onvoldoende inspant om deze 'loonkloof' te dichten en daarmee verdragsverplichtingen schendt.[1] Een jaar later werd een wetsvoorstel ingediend dat de loonkloof moet bestrijden. Grote (250+) werkgevers zullen volgens dit voorstel een – om de drie jaar te vernieuwen – certificaat moeten hebben dat zij geslachtsgelijk belonen. Ontbreekt zo'n certificaat, dan draagt de werkgever de bewijslast dat hij niet in strijd met de WGBm/v handelt. Kleinere werkgevers (50-250) zullen hun ondernemingsraad van specifiekere informatie moeten voorzien dan nu het geval is. Verder zullen de meeste werkgevers gedetailleerdere gegevens over gelijke beloning m/v in hun jaarverslag moeten opnemen.[2]

De basis onder de gelijkebeloningswetgeving m/v is artikel 157 VWEU. Het draagt de lidstaten op het beginsel van gelijke beloning m/v voor gelijk(waardig) werk toe te passen. Het werkt rechtstreeks en horizontaal.[3] Dit houdt in dat iedere werknemer in de EU er een beroep op kan doen in een procedure tegen zijn werkgever.

---

1. ECSR 6 december 2019, JAR 2020/290.
2. Wetsvoorstel 35157. Zie Veldman in TRA 2020/11, nr. 80.
3. HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75 (*Defrenne II*).

Gelijke beloning m/v versus gelijke behandeling m/v
Er is iets wat het onderwerp ongelijke beloning op grond van geslacht compliceert, naar mijn mening onnodig. Het gaat om een complicatie die zich niet voordoet bij de andere discriminatiegronden. De complicatie is ontstaan doordat de regels over geslachtsdiscriminatie uiteenvallen in twee groepen:
- regels over gelijke *beloning*; en
- regels over gelijke *behandeling*.

Deze tweedeling doet zich zowel op EU- als op nationaal niveau voor. Het HvJ heeft bij herhaling geoordeeld dat een vordering met betrekking tot ongelijke beloning m/v alleen kan worden gebaseerd op artikel 157 VWEU over gelijk loon, en dat een vordering met betrekking tot gelijke behandeling m/v alleen kan stoelen op de gelijkebehandelingsbepalingen. Anders gezegd: de regels met betrekking tot gelijke beloning m/v en gelijke behandeling m/v sluiten elkaar uit. De Nederlandse wetgeving op het gebied van geslachtsdiscriminatie volgt de Europese tweedeling. Zij bevat speciale regels voor ongelijke m/v-*beloning*. Het gaat om de artikelen 7 tot en met 9 WGBm/v. Daarnaast bevat de Nederlandse wetgeving regels over gelijke *behandeling* m/v, waaronder artikelen 7:646 en 7:647 BW.

Maatmanmethode, inleiding
Artikelen 7-9 WGB beschrijven de zogeheten 'maatmanmethode' om vast te stellen of een werkgever het gelijk loon principe naleeft. Hiertoe doorloopt men drie stappen:
1. Degene die zich benadeelt voelt, wijst een 'maatman' aan.
2. Hij/zij gaat na of de maatman méér verdient.
3. Zo ja: komt dit door het hanteren van 'ongelijkwaardige maatstaven'?

Stap 1: aanwijzen maatman
Degene die stelt benadeeld te zijn ('de klager'), moet iemand van het andere geslacht, werkzaam (geweest) in dezelfde onderneming, aanwijzen die meer dan hij/zij pleegt te ontvangen 'voor arbeid van gelijke waarde dan wel, bij gebreke daarvan, voor arbeid van nagenoeg gelijke waarde'. Zo'n collega van het andere geslacht noemt men een 'maatman' of – neutraler – 'maatpersoon'.

Hoe kan men vaststellen of door verschillende personen verrichte arbeid dezelfde 'waarde' heeft? Een eerste vereiste is dat er een deugdelijk beloningssysteem is.

Beloningssystemen
Er zijn oneindig veel beloningssystemen. In het meest voorkomende geval van werknemers met een vast maandsalaris is het meest gebruikelijke systeem om dat salaris in te passen in een 'salarisgebouw', bestaande uit functiegroepen en salarisschalen. Iedere werknemer wordt afhankelijk van functieniveau ingedeeld in een

van die schalen. Iedere schaal omvat een aantal 'treden'.[4] Een sterk vereenvoudigd fictief voorbeeld:

	Schaal I	Schaal II	Schaal III
trede 7	160	195	232
trede 6	150	185	222
trede 5	140	175	212
trede 4	130	165	202
trede 3	120	155	192
trede 2	110	145	182
trede 1	100	135	172

Een veelvoorkomend beloningssysteem houdt in dat de werknemer bij indiensttreding in beginsel wordt geplaatst onderaan de op hem toepasselijke salarisschaal en om de zoveel tijd, bijvoorbeeld jaarlijks, één trede op die schaal klimt, totdat hij de top van de schaal heeft bereikt. Men drukt dit ook wel zo uit dat hij er om de zoveel tijd één 'periodiek' bij krijgt. De ratio achter dit systeem is dat de werknemer dankzij toegenomen ervaring meer waard wordt. In vorenstaand voorbeeld is de gedachte dat de werknemer na het zevende jaar maximaal ervaren is in de betrokken functie. Zijn waarde voor de organisatie neemt daarna niet verder toe. De enige manier om méér te gaan verdienen is een promotie naar een hogere salarisschaal.

Om deugdelijk te zijn moet een functiewaarderingssysteem in hoofdzaak twee dingen doen: het moet *alle* voorkomende functies indelen in functiegroepen en het moet voor iedere functiegroep een verantwoorde salarisschaal vastleggen.

Functiegroepen

Om functies in functiegroepen te kunnen indelen moeten er zijn: (1) een complete lijst van alle voorkomende functies, (2) voor iedere functie een complete en gedetailleerde beschrijving, en (3) een gedocumenteerde methode van waardering.[5] In de tweede plaats moet het functiewaarderingssysteem doorzichtig en consistent zijn.[6] Ten derde moet het systeem periodiek worden getoetst op actualiteit en waar nodig worden aangepast. Een vierde eis is dat het systeem is gebaseerd op criteria die beantwoorden aan de werkelijke behoeften van de onderneming of bedrijfstak.

4. Er zijn veel verschillende termen in omloop, zoals 'volgnummer', 'regelnummer', 'trap', 'anciënniteit', 'salarisregel', 'functiejaar' en 'inpassingsnummer'. Ook wordt gewerkt met systemen zonder treden, waarbij de plaats die men binnen de salarisschaal inneemt, wordt uitgedrukt als een percentage van het verschil tussen de onderkant en de bovenkant van de schaal.
5. Zie CGB 2005-176, punt 5.11.
6. HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88 (*Danfoss*).

Als bijvoorbeeld een bepaalde functie geen lichamelijk uithoudingsvermogen vergt, moet het systeem dat vermogen niet belonen. In de vijfde plaats moet het systeem *alle* relevante eigenschappen belonen.[7]

Er moet dus een systeem zijn dat de waarden van alle in de onderneming voorkomende functies onderling vergelijkbaar maakt, ook al gelden voor die functies totaal verschillende functie-eisen. Als bijvoorbeeld het typen van een brief gelijkwaardig is aan het besturen van een bulldozer, moeten de functies van typiste en bulldozerbestuurder in dezelfde functiegroep zijn ingedeeld, en dus in beginsel in dezelfde salarisschaal. Als een functiegroep een 'mannelijke' functie omvat (bijvoorbeeld vrachtwagenchauffeur), moet het systeem, zo veel als redelijkerwijs mogelijk is, ook 'vrouwelijke' functies met eenzelfde 'waarde' (bijvoorbeeld secretaresse) omvatten. Er moeten dus, voor zover doenlijk, niet afzonderlijke loonschalen voor administratief en technisch personeel zijn; er moet één geheel zijn waarbinnen alle voorkomende functies worden gewaardeerd. Om alle functies van gelijke waarde vergelijkbaar te maken moet een systeem 'analytisch' zijn. Dit houdt in dat het alle in dezelfde functiegroep op te nemen functies op alle voorkomende functie-eisen, zoals omvang takenpakket, verantwoordelijkheid en moeilijkheid, vergelijkt.

Of een specifieke functie in de ene of de andere functiegroep behoort, wordt idealiter bepaald door een deskundige aan de hand van een erkend functiewaarderingssysteem (fuwa-systeem). Een dergelijk systeem waardeert functies door voor iedere functie de relevante 'gezichtspunten' te identificeren, en voor ieder gezichtspunt een maximale score vast te stellen.

Functiewaardering

Eén manier om na te gaan of een functiewaarderingssysteem deugdelijk is, is om het systeem als geheel te analyseren, zoals de CGB deed met betrekking tot het in ziekenhuizen toegepaste FWG-systeem.[8] Een andere manier is om, bij wijze van steekproef, binnen een onderneming 'maatman'-vergelijkingen te maken. Een voorbeeld is de zaak *Sierex*:[9]

> Sierex had een zelfbedacht systeem van functiegroepen. Iedere functie had een eigen salarisschaal. FNV Bondgenoten constateerde dat opvallend veel vrouwen en werknemers van Turkse afkomst in de lager betaalde functies waren ingedeeld. Zij vroeg de CGB een onderzoek in te stellen. De CGB stelde vast dat het 'functiehuis' van Sierex niet was gebaseerd op een deugdelijk stelsel van functiewaardering.[10] De CGB maakte een steekproef van veertien maatvrouwen

7. HvJ EG 1 juli 1986, zaak 237/85 (*Rummler*).
8. CGB 1998-55.
9. CGB 2000-9.
10. Ondanks het feit dat een fuwa-deskundige het beloningssysteem van Sierex had goedgekeurd!

en acht maatmannen. Zij deelde deze maatpersonen in volgens een functiewaarderingssysteem dat in haar ogen deugdelijker was, waarbij iedere functie werd gewogen op basis van een zestal criteria (verantwoordelijkheid, kennis, probleemoplossing, communicatie, speciale vaardigheden en inconveniënten). Daaruit kwam naar voren dat het systeem van Sierex vrouwen en werknemers van Turkse afkomst benadeelde.

Het kan voorkomen dat binnen één organisatie twee of meer functiewaarderingssystemen worden gehanteerd die beide deugdelijk zijn, maar niet op elkaar aansluiten. Een voorbeeld is dat binnen Defensie afzonderlijke salarisschalen gelden voor militair personeel, waar de rang bepalend is, en voor burgerpersoneel, waar de aard van het werk het salaris bepaalt. Dit kan tot problemen leiden wanneer een militair en een burger (van het andere geslacht) hetzelfde of gelijkwaardig werk verrichten. In dat geval zal het loon van de laagstbetaalde moeten worden opgetrokken.[11] Zelfs wanneer de afzonderlijke beloningssystemen in aparte cao's zijn neergelegd, kan dit niet beletten dat een werknemer zich vergelijkt met een maatman waar dan ook in de organisatie.[12]

Het begrip 'gelijke arbeid' in het VWEU heeft uitsluitend betrekking op de *aard* van de betrokken werkzaamheden.[13] Men moet dus, bij het bepalen van de 'waarde' van een functie, niet kijken naar haar waarde in economische zin, maar naar de intrinsieke zwaarte van de functie. Vraag en aanbod op de arbeidsmarkt spelen hierbij in principe geen rol. Dus als er bijvoorbeeld een overvloed is aan pas afgestudeerde artsen en een schreeuwend tekort aan verpleegkundigen, moeten toch de artsen (van wie het werk moeilijker is) in een hogere functie worden ingedeeld. Eventueel mag aan de verpleegsters een tijdelijke schaarstetoeslag worden toegekend, maar zij moeten lager worden ingedeeld in het functiegebouw.

Bij de vraag naar de zwaarte van een functie kijkt men niet alleen naar de feitelijke werkzaamheden. Ook zaken als formele bevoegdheden spelen een rol.[14] Omgekeerd is de functiebeschrijving niet doorslaggevend, maar moet ook naar de feitelijke werkzaamheden worden gekeken.[15]

Een man en een vrouw die gelijkwaardig werk doen, behoren, als gezegd, in dezelfde functie- en salarisgroep te worden ingedeeld. Een man en een vrouw die in dezelfde salarisgroep zijn ingedeeld, hoeven echter niet in alle gevallen het-

11. CGB 2004-47. Vgl. CGB 2001-73 t/m 81.
12. HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92 (*Enderby*), JAR 1993/248.
13. HvJ EG 27 maart 1980, zaak 129/79 (*Macarthys/Wendy Smith*), herhaald in HvJ EG 26 juni 2001, C-381/99 (*Brunnhofer*), JAR 2001/159.
14. HvJ EG 11 mei 1999, C-309/97, JAR 1999/132 (*Wiener Gebietskrankenkasse*). Vgl. HvJ EU 28 februari 2013, C-427/11 (*Kenny*), met noot in NJ 2013/349. Zie echter CGB 2004-47, die de nadruk legt op de feitelijke werkzaamheden.
15. Voorbeeld: Bulgaarse Hoge Raad 24 juni 2019, EELC 2020/3, nr. 31.

zelfde te verdienen. Er kunnen legitieme redenen zijn om hen verschillend te belonen, zelfs wanneer zij op dezelfde trede van dezelfde salarisschaal staan, aldus het HvJ EG in de zaak *Brunnhofer*:[16]

> Mevrouw Brunnhofer treedt in dienst van een Oostenrijkse bank en wordt conform de cao ingedeeld in een functiegroep/salarisschaal. Bovenop dit salaris wordt haar een individuele toelage toegekend. Een jaar later wordt een man in dezelfde functiegroep aangenomen. Hij krijgt hetzelfde basissalaris (zelfde salarisschaal, zelfde trede), maar een hogere individuele toelage. De bank rechtvaardigt dit met het argument dat de man verplicht is regelmatig over te werken, belangrijkere klanten onder zijn hoede krijgt en (daarom) procuratiebevoegdheid heeft. Bovendien was al vóór aanname van de man het functioneren van mevrouw Brunnhofer negatief beoordeeld. Grof vertaald: de man presteerde beter. Het HvJ oordeelt: het enkele feit dat mevrouw Brunnhofer en haar collega in dezelfde cao-functiegroep zijn ingedeeld, is niet doorslaggevend. Ondanks die gelijke indeling kan het werk van de een ongelijk(waardig) zijn aan dat van de ander.

De maatman moet iemand van het andere geslacht zijn. Wat dit betekent, laat de volgende zaak zien:[17]

> Een werkneemster en drie mannelijke collega's, alle vier ingedeeld in functie 40, verrichten (nagenoeg) gelijk(waardig) werk als een man in functie 46. De werkneemster kan op grond van artikel 157 VWEU aanspraak maken op het bij functie 46 behorende loon, haar mannelijke collega's niet. Een gevolg zou echter wel kunnen zijn dat, wanneer eenmaal de werkneemster alsnog in functie 46 is ingedeeld, vervolgens die collega's zich op ongelijke beloning beroepen ('haasje over'). De einduitkomst is *levelling up*.

Wanneer een werknemer een collega van het andere geslacht aanwijst van wie het werk *niet* gelijkwaardig is, dan is dat het einde van het verhaal. Er is dan geen sprake van ongelijke beloning m/v. Het is alles of niets. Stel, bijvoorbeeld, dat het werk van A een waarde heeft gelijk aan 90% van die van maatman B, maar dat zij slechts 80% verdient, dan valt daar – op basis van het gelijkebehandelingsrecht – niets tegen te doen. Beloning m/v hoeft niet evenredig te zijn aan de waarde van het betrokken werk.[18]

Een maatman hoeft niet iemand te zijn die hetzelfde soort werk doet als de klager. Voldoende is dat hij werk verricht van gelijke of nagenoeg gelijke 'waarde'. Zo werd, om enkele voorbeelden uit de jurisprudentie aan te halen:

16. HvJ EG 26 juni 2001, C-381/99, JAR 2001/159 (*Brunnhofer/Postsparkasse*).
17. Hof 's-Gravenhage 17 februari 2006, JAR 2006/97.
18. CGB 2001-132 onderzoekt of het salarisverschil tussen twee ongelijkwaardige functies te groot is.

- het werk van een medewerker huishoudelijke dienst geacht te zijn van (nagenoeg) gelijke waarde als dat van een schoonmaker;[19]
- het werk van een wijkverpleegkundige van (nagenoeg) gelijke waarde geoordeeld als dat van een administrateur;[20]
- het werk van een typiste van (nagenoeg) gelijke waarde geoordeeld als dat van een vorkheftruckchauffeur;[21]
- het werk van een logopediste van (nagenoeg) gelijke waarde geoordeeld als dat van een apotheker;[22]
- het werk van centralisten niet van gelijke waarde geoordeeld als dat van telefonistes;[23]
- het werk van kantinedames van gelijke waarde geoordeeld als dat van straatvegers en medewerkers plantsoenendienst.[24]

De maatman moet in dezelfde onderneming werkzaam zijn (geweest). Ten aanzien van het begrip 'onderneming' sloot de wetgever destijds aan bij hetzelfde begrip in de Wet op de ondernemingsraden (zie paragraaf 2.5). Dit betekent enerzijds dat, onder omstandigheden, een geheel van verschillende rechtspersonen dat naar buiten als een eenheid optreedt als één onderneming kan worden gezien.[25] Anderzijds kunnen, afhankelijk van een aantal factoren, de verschillende vestigingen van één rechtspersoon als afzonderlijke 'ondernemingen' worden gezien.

Artikel 7 WGB stelt niet als eis dat de klager en de maatman gelijktijdig werk van gelijke waarde verrichten. De maatman kan bijvoorbeeld iemand zijn die eerder in dezelfde functie werkte.[26]

Volgens de bewoording van artikel 7 WGB geldt het gelijkebeloningsbeginsel slechts wanneer sprake is van gelijkwaardige arbeid. Dit zou bij letterlijke lezing betekenen dat als bijvoorbeeld een vrouw minder verdient dan een man terwijl zij werk van *hogere* waarde verricht, zij zich niet op het beginsel zou kunnen beroepen. Dit zou een onzinnige uitleg zijn, die het HvJ dan ook verwerpt.[27]

19. HR 13 november 1987, NJ 1989/698 (*St. Bavo/Gielen*).
20. Ktr. Venlo 28 november 1990, RN 1991/180.
21. CGBm/v 381-93-27.
22. HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92, JAR 1993/248 (*Enderby/Frenchay Health Authority*).
23. CGB 2001-132 t/m 135.
24. (Verenigd Koninkrijk) House of Lords 6 juli 1995 in *Ratcliffe v North Yorkshire County Council*, [1995] IRLR 439.
25. CGB 2001-94; CGB 2005-146.
26. HvJ EG 27 maart 1980, C-129/79 (*Macarthys*).
27. HvJ EG 4 februari 1988, C-157/86 (*Murphy*).

Salarisschalen
Zijn eenmaal alle in een organisatie voorkomende functies ingedeeld in een geheel van functiegroepen, dan is het zaak om aan iedere functiegroep een salarisschaal te 'hangen' die het verschil in functiezwaarte weerspiegelt. Dit houdt in dat werknemers met dezelfde functie in beginsel in dezelfde salarisschaal zijn ingedeeld. Als een werknemer – bijvoorbeeld – langer dan zijn collega in dienst is, of over meer ervaring beschikt, of beter presteert, kan dat een legitieme reden zijn om hem binnen die salarisschaal op een hogere trede te plaatsen of om hem een toeslag toe te kennen. Echter, dergelijke individuele verschillen behoren niet te leiden tot plaatsing op een hogere salarisschaal.

Vaak kent een beloningssysteem 'aanloopschalen' en/of 'uitloopschalen'. Wie volgens een aanloopschaal wordt beloond, ontvangt minder salaris dan bij de betrokken functie hoort omdat hij nog maar kort in die functie werkzaam is en het nog niet zeker is of hij aan de functie-eisen voldoet. Het is niet de bedoeling dat iemand langdurig in een aanloopschaal blijft; na verloop van tijd moet hij óf in functie worden teruggezet (als hij niet aan de functie-eisen kan voldoen), óf promoveren naar de 'functieschaal' (als hij wel voldoet).[28] Uitloopschalen zijn er om werknemers die langdurig aan de top van hun salarisschaal zitten toch nog in salaris te kunnen laten doorgroeien.

Beloning omvat volgens het HvJ 'alle huidige of toekomstige voordelen in geld of natura, mits deze, zij het indirect, door de werkgever aan de werknemer uit hoofde van zijn dienstbetrekking worden betaald'.[29] Voorbeelden:
- het voordeel van privégebruik van een 'auto van de zaak';
- toekomstige voordelen, zoals pensioen- en verzekeringsuitkeringen;[30]
- voorwaardelijk loon;
- onkostenvergoedingen voor zover zij de werkelijk gemaakte kosten overtreffen;[31]
- het recht op doorbetaling tijdens ziekte, vakantie en andere verhinderingen;
- het recht op bevordering naar een hogere salarisschaal;[32]
- het recht op een eventueel door de rechter toe te kennen ontslagvergoeding.[33]

28. CGB 2003-151, punt 4.7, doet twijfelen aan deze stelling.
29. HvJ EG 25 mei 1971, zaak 80/70 (*Defrenne I*). Zie ook HvJ EG 11 maart 1981, zaak 69/80 (*Worringham*), NJ 1982/418 (pensioenpremie); HvJ EG 9 februari 1982, zaak 12/81 (*Garland*), NJ 1983/454 (reisfaciliteiten).
30. Een aanspraak op pensioenuitkering vormt 'beloning', maar de wijze waarop de werkgever deze aanspraak financiert niet: HvJ EG 22 december 1993, C-152/91 (*Neath*), JAR 1994/77, punt 31, zie volgende hoofdstuk.
31. Een vergoeding die alleen werkelijke kosten dekt, is geen beloning: CGB 2002-188.
32. HvJ EG 7 februari 1991 C-184/89 (*Nimz*), NJ 1993/171.
33. HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97 (*Seymour-Smith*), JAR 1999/75. Eerder: HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88 (*Barber*: vergoeding in sociaal plan), NJ 1992/436; HvJ EG 27 juni 1990, C-33/89 (*Kowalska*: transitievergoeding), NJ 1992/742.

Aanspraken op sociale uitkeringen, zoals AOW, vallen niet onder het beloningsbegrip, want de werknemer ontvangt deze uitkeringen niet uit hoofde van zijn dienstbetrekking.[34] Een voordeel vormt alleen 'beloning' als het een 'contractuele oorsprong' heeft.[35]

Om te kwalificeren als beloning is voldoende dat een voordeel 'verband houdt met' door de werknemer verricht of te verrichten arbeid.[36] Een discretionaire betaling – denk aan zaken als bonus en optie – vormt dus 'beloning' in de zin van artikel 157 VWEU, ook al is zij bedoeld als stimulans voor *toekomstige* arbeid en/of als middel om de werknemer aan het bedrijf te binden, en al wordt zij betaald onder het voorbehoud dat de werknemer op een later tijdstip nog in dienst is. Sommige faciliteiten op het werk worden door de werknemer – en misschien ook door de Belastingdienst – gezien als een voordeel uit arbeid, maar vormen desondanks geen tegenprestatie voor de geleverde arbeid. Een voorbeeld is gesubsidieerde kinderopvang.[37]

Stap 2: verdient de maatman méér?
Heeft men een maatman gevonden, dan komt men toe aan de tweede stap: verdient de maatman (bruto)[38] méér dan de klager?

Werknemers hebben naast salaris verschillende arbeidsvoorwaarden, zoals pensioen, auto van de zaak en vakantierechten. Dit kan het lastig maken om werknemers met elkaar te vergelijken op het punt van beloning. Een werknemer kan bijvoorbeeld een lager salaris hebben dan zijn collega omdat hij in tegenstelling tot die collega een auto van de zaak heeft. Er kan dan per saldo sprake zijn van gelijke beloning. Echter, wanneer een werknemer een beloningsverschil wijt aan discriminatie, geldt als beginsel dat 'pakketvergelijking' niet is toegestaan.[39]

Uiteraard wordt, wanneer klager en maatman een verschillende arbeidsomvang hebben, geprorateerd. Als de klager halve dagen en de maatman hele dagen werkt, moet de klager de helft verdienen van wat de maatman verdient, niet meer en niet minder.

---

34. Een bijdrage van de werkgever in het werknemersdeel van de AOW-premie, of overname door de werkgever van de premieverplichting van de werknemer, vormt uiteraard wel beloning: HvJ EG 18 september 1984, zaak 23/83 (*Liefting*).
35. HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84 (*Bilka*). Zie voor de afbakening tussen 'beloning'- en 'niet-beloning'-uitkeringen HvJ EU 19 september 2018, C-312/17 (*Bedi*).
36. HvJ EG 21 oktober 1999, C-333/97 (*Lewen*), JAR 1999/278 (discretionaire kerstgratificatie).
37. HvJ EG 19 maart 2002, C-476/99 (*Lommers*), JAR 2002/119.
38. CGBm/v 429-93-06, JAR 1993/34 (*Dienstenbond FNV/Randstad*).
39. HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88 (*Barber*), NJ 1992/436, punt 34; HvJ EG 30 maart 2000, C-236/98 (*JämO*), JAR 2000/123; HvJ EG 26 juni 2001, C-381/99 (*Brunnhofer*), JAR 2001/159; HvJ EG 27 mei 2004, C-285/02 (*Elsner-Lakeberg*), JAR 2004/150. Anders: Hof Amsterdam 18 december 2003, JAR 2004/27; CGB 2005-219; CGB 2013-123, punt 3.11.

Stap 3: gelijkwaardige maatstaven
Blijkt de maatman (stap 1) meer te verdienen dan de klager (stap 2), dan gaat men over tot stap 3: komt het beloningsverschil door toepassing van gelijke of ongelijkwaardige maatstaven? Het vereiste 'gelijkwaardige maatstaven' houdt in dat de maatstaven op grond waarvan het loon van de klager is berekend, 'gelijkwaardig' zijn aan de maatstaven waarmee het loon van de maatman is berekend. De maatstaven hoeven niet gelijk te zijn, gelijkwaardig is voldoende. Ook hier geldt dat als de maatstaven niet inzichtelijk, controleerbaar en systematisch uitgevoerd zijn, al snel tot ongelijkwaardigheid zal worden geconcludeerd.

Wanneer zijn maatstaven 'gelijkwaardig'? Er kunnen veel redenen zijn waarom twee werknemers die hetzelfde werk doen verschillende salarissen verdienen, zoals stukloon, anciënniteit, diploma's, ervaring, leeftijd en verworven rechten. Op zichzelf zijn dit legitieme gronden voor salarisverschillen, zoals in het navolgende zal blijken. Hierna volgt een bespreking van de meest voorkomende beloningsmaatstaven ten aanzien van werknemers met een naar tijd bepaald loon. De gelijkebeloningsregels gelden echter evenzeer voor stukloon. Het enige verschil is in dat geval dat men niet de criteria vergelijkt die de hoogte van het tijdloon bepalen, maar de eenheden die bepalen hoeveel het stukloon bedraagt.[40]

Beloningsmaatstaven
Onder andere de volgende beloningsmaatstaven kunnen onderscheid naar geslacht rechtvaardigen:
- anciënniteit;
- ervaring;
- opleiding, diploma's;
- inconveniënten;
- arbeidsmarktschaarste;
- laatst genoten salaris;
- onderhandelvaardigheid;
- bedrijfstrouw;
- financiële overwegingen;
- verworven rechten;
- persoonlijke eigenschappen en functioneren.

De werkgever die zich op een van deze maatstaven beroept om een man hoger te belonen dan een vrouw in een gelijkwaardige functie, of omgekeerd, zal moeten onderbouwen *welk gedeelte* van de beloning van de maatpersoon die maatstaf beloont. Een voorbeeld:[41]

40. HvJ EG 31 mei 1995, C-400/93, JAR 1995/198 (*Royal Copenhagen*).
41. CRM 2020-21.

> Een werkneemster promoveert naar de functie van trainer. Gelijktijdig neemt het bedrijf een man aan als trainer. De vrouw komt er een jaar later achter dat de man € 1200 per maand meer verdient dan zij en stapt naar het College. De werkgever beroept zich er onder andere[42] op dat de man bij indiensttreding beschikte over jarenlange trainingservaring en vakkennis, die de vrouw niet had. Op zichzelf had dit een goede reden voor het beloningsverschil kunnen zijn. Echter, de werkgever kan niet aantonen *welk deel* van het salaris van de man afhankelijk was van zijn ervaring en vakkennis. *Dus* ontbreekt een gelijkwaardige maatstaf.

Het College merkt sommige maatstaven – bijvoorbeeld onderhandelvaardigheid – aan als 'niet neutraal' en verbindt daaraan de conclusie dat zij indirect onderscheid naar geslacht maken. Ik ben het niet eens met deze conclusie. Het College zegt niet dat mannen gemiddeld beter onderhandelen dan vrouwen. 'Niet neutraal' betekent hier dus niet: onderhandelvaardigheid als beloningsmaatstaf maakt onderscheid naar geslacht, maar: deze maatstaf is niet relevant voor de functie. Niet relevant is echter iets anders dan sekse-gerelateerd.[43]

Anciënniteit

De meeste werkgevers die volgens een objectief systeem belonen, doen dat aan de hand van salarisschalen met treden. Naarmate men langer in de functie werkt, klimt men hoger op de schaal, totdat de top is bereikt (eventueel met 'uitloop'-treden). Dit is in principe toelaatbaar.[44] Het HvJ maakte echter de kanttekening[45]

> 'dat de zienswijze dat er een specifiek verband bestaat tussen de duur van een beroepsactiviteit en het verwerven van een bepaald niveau van kennis of ervaring, niet meer is dan een generaliserende uitspraak. (...) Ook al gaan anciënniteit en beroepservaring hand in hand, en is een ervaren werknemer beter toegerust voor de hem opgedragen werkzaamheden, toch hangt het objectieve karakter van een dergelijk criterium af van alle omstandigheden van het individuele geval en met name van het verband tussen de aard van de uitgeoefende functie en de ervaring die de uitoefening van deze functie na een bepaald aantal arbeidsuren verschaft.'

Het laatste zinsdeel van dit citaat heeft betrekking op de lengte van loonschalen. In sommige functies neemt de geschiktheid van iemand jarenlang toe. In andere functies bereikt de werknemer al na korte tijd zijn maximale geschiktheid. Een rechter zal na tien jaar in het algemeen geschikter voor zijn werk zijn dan na vijf jaar. Een schoonmaker is na drie jaar doorgaans niet geschikter voor zijn werk dan na twee jaar.

---

42. Voornaamste reden beloningsverschil was dat de man in zijn vorige baan méér verdiende en er niet in salaris op achteruit wilde gaan.
43. Zie Dekker en Vas Nunes, Reeks VvA 44, p. 233; Rb. Utrecht 3 maart 1993, JAR 1993/91; Rb. Utrecht 4 augustus 1999, RN 2000/1165. Voorbeeld waar College het – na een valse start in punt 3.10 – juist doet: CRM 2013-130, punt 3.18.
44. HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88 (*Danfoss*).
45. HvJ EG 7 februari 1991, C-184/89 (*Nimz*).

Het HvJ verwoordde zijn huidige visie op anciënniteit in *Cadman*:[46]

> '(...) wanneer de werknemer gegevens verschaft op grond waarvan ernstig kan worden betwijfeld, of toepassing van het criterium beroepservaring in het betrokken geval geschikt is ter bereiking van genoemd doel [om factoren als beroepservaring te belonen]. Het is dan aan de werkgever om aan te tonen dat wat in de regel het geval is, te weten dat anciënniteit hand in hand gaat met ervaring en dat deze de werknemer in staat stelt zijn werkzaamheden beter te verrichten, ook geldt voor de betrokken functie. (...) Wanneer het met de toepassing van het criterium anciënniteit nagestreefde doel erin bestaat, beroepservaring te erkennen, hoeft derhalve in het kader van een dergelijk systeem niet te worden aangetoond dat een werknemer, individueel beschouwd, gedurende de relevante periode ervaring heeft opgedaan die hem in staat heeft gesteld zijn werkzaamheden beter te verrichten.'

Conclusie: anciënniteit *als zodanig* is een min of meer neutraal criterium. Daarmee is niets gezegd over de vraag *welke* anciënniteit relevant is. Het HvJ heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag hoe anciënniteit moet worden gemeten. Gaat het bijvoorbeeld alleen om anciënniteit in de betrokken functie, of mag ook anciënniteit in een eerdere functie meewegen? Gaat het uitsluitend om anciënniteit bij dezelfde werkgever?

Ervaring
Bij toepassing van de beloningsmaatstaf 'ervaring' kan het (ook) gaan om:

a. relevante ervaring opgedaan bij een andere werkgever of in een eerdere werkomgeving; dit doet zich voor wanneer een nieuwe medewerker in dienst treedt;
b. ervaring opgedaan bij dezelfde werkgever in een andere functie; dit doet zich vooral voor na een promotie;
c. ervaring opgedaan bij dezelfde werkgever tijdens een eerder dienstverband; dit doet zich vooral voor bij 'herintreders';
d. 'levenservaring'.

In alle situaties spelen twee vragen: in welke salarisschaal wordt de werknemer geplaatst en op welk niveau binnen die schaal?

Ad a: Ervaring mag niet leiden tot plaatsing op een te hoge salarisschaal.[47] Had een nieuw aangenomen werknemer bij zijn vorige werkgever dezelfde functie, dan ligt het voor de hand om hem in te schalen op het niveau dat hij zou hebben bereikt als zijn diensttijd bij de vorige werkgever bij de nieuwe werkgever was doorgebracht.

46. HvJ EG 3 oktober 2006, C-17/05 (*Cadman*), JAR 2006/267.
47. CGB 2004-97.

Ad b: Gangbaar is dat bij bevordering naar een hogere functie de werknemer wordt ingedeeld in de bij die functie behorende salarisschaal, en wel op het niveau dat overeenkomt met (of net iets hoger is dan) zijn laatstverdiende salaris.
Ad c en d: Herintreders zijn meestal vrouwen die hun loopbaan onderbraken in verband met zorgtaken. Zij nemen bij herintreding ervaring mee. Welke waarde die ervaring voor de werkgever heeft, hangt af van een combinatie van (1) de mate waarin de vóór de onderbreking opgedane werkervaring nog actueel is, en (2) de waarde van de ervaring opgedaan tijdens de loopbaanonderbreking. In sommige beroepen verliest opgedane ervaring snel waarde, hetzij vanwege veranderingen in de stand van de wetenschap, hetzij omdat vaardigheden verloren gaan. Hier staat tegenover dat tijdens de onderbreking waardevolle nieuwe ervaring kan zijn opgedaan. Een kleuterleidster die kinderen krijgt en deze een tijd lang verzorgt en opvoedt, doet 'levenservaring' op die waarde heeft wanneer zij opnieuw als kleuterleidster gaat werken. Mocht zij na haar loopbaanonderbreking als automonteur aan de slag gaan, dan zal deze toegenomen levenservaring weinig waarde vertegenwoordigen.

Het niet of niet volledig meetellen van ervaring, opgedaan vóór onderbreking van de loopbaan, kan indirect onderscheid op grond van geslacht opleveren.[48] Het is echter één ding om vast te stellen *dat* indirect onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt door bij inschaling geen rekening te houden met eerdere ervaring. Iets anders is *hoe* zulke ervaring te waarderen. Eén manier is om ieder jaar met relevante werkervaring in beginsel met één periodiek te waarderen, maar om daarop een korting toe te passen vanwege de veroudering van die eerdere ervaring.[49] Een andere methode is om het lang geleden verdiende salaris als basis te nemen en het om te rekenen naar een fictief huidig salaris, bijvoorbeeld aan de hand van inflatie of algemene loonontwikkeling.[50] Een eenvoudige manier om 'levenservaring' te waarderen is forfaitair.[51] Dit gebeurde vroeger ten aanzien van herintreders in het onderwijs door voor elke periode van vier jaar waarin de werkneemster haar loopbaan had onderbroken één extra periodiek toe te kennen.[52] Deze forfaitaire methode is verschillende keren goedgekeurd, onder andere ten aanzien van 'stand-by' stewardessen.[53]

De 'herintreedsterjurisprudentie' heeft een keerzijde. Zo is er een oordeel van de CGB dat was uitgelokt door een vrouw die na de geboorte van haar kinderen

48. HR 25 november 1988, NJ 1989/730 (*SCOZ/Pot*). Vgl. CGB 1995-17; CGB 1996-8; CGB 1997-93; CGB 2001-20; CGB 2001-106.
49. Voorbeeld: CGB 2000-22.
50. Voorbeeld: CGB 1998-102.
51. Voorbeeld: CGBm/v 358-92-65.
52. Rb. Amsterdam 24 november 1999, JAR 2000/25.
53. CGB 1997-05, JAR 1997/23 en Ktr. Amsterdam 15 juli 1998 en 12 maart 1999, JAR 1999/78; Hof Amsterdam 8 mei 2008, JAR 2009/179.

'gewoon had doorgewerkt'.[54] Zij vond het onrechtvaardig dat een collega-herintreedster die niet had doorgewerkt en daardoor minder 'echte' dienstjaren had dan zijzelf, een verhoogd salaris verdiende vanwege het meetellen van 'verzorgingsjaren'. De CGB verklaarde haar niet-ontvankelijk in haar klacht, omdat zij zich vergeleek met iemand van hetzelfde geslacht. Dit lokte de volgende verzuchting van de CGB op:

> 'Zo wordt een situatie, waarin vrouwen enkele jaren stoppen met werken om voor hun kinderen te zorgen, feitelijk bevestigd en gehonoreerd, terwijl ontwikkelingen in de richting van een zorgvriendelijkere en sekseneutralere arbeidsmarkt niet worden gestimuleerd.'

Opleiding, diploma's

Als het behaald hebben van een zeker diploma een functievereiste is, dan is dat vereiste in de betrokken salarisschaal verdisconteerd.[55] Als het geen functievereiste is, behoort het niet beloond te worden. Dit sluit niet uit dat de werkgever in dat geval toeslagen betaalt voor het voltooien van opleidingen die zinvol zijn om de functie naar behoren uit te oefenen of meerwaarde bieden (denk aan EHBO- of bhv-diploma's).

Inconveniënten

Brengt een functie bovengemiddeld ongemak ('inconveniëntie') met zich, zoals het moeten draaien van nacht-, ploegen-, beschikbaarheids- of anderszins onregelmatige diensten, of het werken onder zware omstandigheden, dan kan dat een reden zijn om de functie onder te brengen in een hogere functiegroep, en dus in een hogere salarisschaal, dan zonder het ongemak het geval zou zijn geweest. Of dit zo is, hangt onder meer af van de mate van ongemak. Is deze beperkt, dan behoort het ongemak niet te leiden tot indeling in een hogere salarisschaal, maar tot toekenning van een toeslag.[56]

Arbeidsmarkt

Arbeidsmarktschaarste voor een bepaalde functie is geen goede grond voor een hoger salaris dan bij de functie hoort, wel voor een toeslag.[57] De werkgever moet in dit geval nauwkeurig kunnen vaststellen welk gedeelte van de beloning vanwege

54. P. 39 van 'Het verschil gemaakt' (tweede evaluatie Awgb), bijlage bij Kamerstukken 28481, nr. 3.
55. Vgl. HvJ EG 11 mei 1999, C-309/97 (*Wiener Gebietskrankenkasse*), JAR 1999/132.
56. CGB 2000-5.
57. Dat bij FC Barcelona Lionel Messi meer verdient dan Lieke Martens is omdat hij een hogere marktwaarde heeft: hij bezorgt de club meer inkomsten. Nu heeft deze werkgever vermoedelijk geen salarisschalen voor zijn voetballers, maar zou het verschil in marktwaarde tussen zijn mannelijke en vrouwelijke voetballers een gelijkebehandelingstoets doorstaan?

schaarste op de arbeidsmarkt wordt toegekend. Dat kan alleen door middel van een specifieke (dus niet met andere factoren gecombineerde) toeslag.[58]

Wie tijdens een ruime arbeidsmarkt werd aangenomen en doorwerkt nadat de arbeidsmarkt is aangetrokken, is iemand die destijds weliswaar niet schaars was, maar dat inmiddels wel is geworden. Zijn salaris zou dus moeten worden opgetrokken. De omgekeerde situatie is dat iemand tijdens schaarste was aangenomen, waarna de arbeidsmarkt verruimt. Wanneer dit zich voordoet, moet zijn arbeidsmarkttoeslag vervallen (of verminderen). Is destijds het schaarste-element niet tot uiting gebracht in de vorm van een specifieke toeslag, maar onderdeel geworden van zijn salaris, dan zal het moeilijk zo niet onmogelijk zijn dat element te laten vervallen. Salaris kan immers in beginsel niet eenzijdig door de werkgever worden verlaagd.

Laatst genoten salaris
Sollicitanten willen nog wel eens een hoger salaris bedingen dan overeenkomt met de functie die hun wordt aangeboden, met het argument dat zij in hun huidige baan meer verdienen en er niet op achteruit willen gaan. Dit argument wordt niet aanvaard als het ertoe leidt dat de sollicitant hoger wordt beloond dan collega's van het andere geslacht.[59] Aansluiting bij het laatst verdiende salaris kan ook onterecht zijn wanneer dat salaris te laag was. In die situatie moet de werkgever juist niet bij dat salaris aansluiten.

Onderhandelen
Het salaris dat een werknemer verdient, is niet zelden mede het gevolg van onderhandeling. Dit geldt zowel voor het aanvangssalaris als voor verhogingen daarvan. Nu kan de ene werknemer beter onderhandelen dan de andere. Mag dit van invloed zijn? Het College vindt onderhandelvaardigheid een 'niet-normale beloningsmaatstaf'.[60]

Bedrijfstrouw
Iemand die lang in dezelfde functie werkt, bereikt de top van zijn salarisschaal. Het salaris neemt dan niet meer toe, anders dan als gevolg van 'algemene loonrondes' of inflatiecorrectie. Dit kan demotiverend werken. Om deze reden kan het voor werkgevers verleidelijk zijn om 'oude trouwe' werknemers een extra perio-

58. Zie HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92 (*Enderby*), JAR 1993/248, punt 26; CGB 2011-25; CGB 2011-54; CRM 2012-142.
59. HR 25 november 1988, NJ 1989/730 (*SCOZ/Pot*); Rb. Amsterdam 10 december 1997, JAR 1998/13; CGB 2011-54.
60. CGB 2011-54; CGB 2011-202; CGB 2012-142. Anders: Rb. Breda 4 juli 2012, Oordelenbundel 2013, p. 67 (vervolg op CGB 2010-64).

diek toe te kennen, al dan niet op basis van een 'uitloopschaal'. Het gevolg is dat de werknemer hoger wordt beloond dan overeenkomt met zijn functiezwaarte.

Financiële overwegingen
Een werkgever kan financiële redenen hebben om de ene werknemer beter te belonen dan de andere. Zulke redenen worden zelden als rechtvaardiging aanvaard.[61]

Verworven rechten
Er kunnen zich tal van situaties voordoen waarin een werknemer hoger wordt beloond dan collega's omdat hij in het verleden meer verdiende en de werkgever zijn salaris niet kan of wil verlagen. Deze situatie kan zich onder andere voordoen:
- wanneer iemand, bijvoorbeeld na een reorganisatie, is herplaatst in een lagere functie;
- wanneer iemands functie in het kader van functieherwaardering omlaag is gewaardeerd;
- bij overgang van ploegendienst naar dagdienst;
- bij re-integratie in een lagere functie na langdurige ziekte;
- als na een fusie afdelingen, ieder met een eigen beloningsbeleid, worden samengevoegd;
- als gevolg van een vergissing.

Deze situaties hebben vooral twee aspecten. Het eerste betreft de salarisschaal. Een werknemer met een te hoog salaris behoort omlaag te gaan naar de salarisschaal behorend bij zijn (nieuwe) functie. Eventueel kan hem een toeslag worden gegeven, zodanig dat zijn beloning (voorlopig) op het oude niveau blijft. In principe moet die toeslag worden bevroren, zodat hij in omvang afneemt naarmate het nieuwe functieloon stijgt. Tenzij het arbeidsrechtelijk niet anders kan, behoort het oude 'salarisperspectief' niet te worden gehandhaafd wanneer dat tot ongelijke beloning m/v zou leiden. Dit is althans de theorie. In de praktijk gebeurt schaalverlaging in deze situatie zelden, en zelfs de CGB lijkt zich hier soms bij neer te leggen.[62] De rechter vindt al snel dat een werknemer die op goede grond werk op een iets lager niveau is gaan doen, zich niet bevindt in een vergelijkbare positie als een collega die hetzelfde werk bleef doen. Een voorbeeld:[63]

> Een lerares in een B-functie vergeleek zich met verschillende individuele leraren in de beter betaalde C-functie. Een van hen ('collega 6') was in het kader van leeftijdsbewust personeelsbeleid ontheven van een aantal taken. Daardoor functioneerde hij op B-niveau, terwijl hij nog steeds een C-salaris toucheerde. Een eenvoudige maatmanvergelijking leidde de CGB tot het

61. Zie CGB 2008-20, niet gevolgd in Hof 's-Gravenhage 21 december 2010, JAR 2011/71.
62. Voorbeeld: CRM 2014-48.
63. CGB 2008-20; Hof 's-Gravenhage 21 december 2010, JAR 2011/71.

> oordeel dat de school direct onderscheid op grond van geslacht had gemaakt. De rechter zag dit anders:
> 'Bij gezondheidsredenen en leeftijdsbewust personeelsbeleid wordt als zodanig geen onderscheid gemaakt naar geslacht, maar is de gezondheid respectievelijk leeftijd bepalend voor het verschil in behandeling.'

Het tweede aspect is dat zelfs een toeslag niet tot in lengte van jaren behoort te leiden tot een geslachtsbepaald beloningsverschil. Zo kan het na een fusie voorkomen dat werknemers van verschillend geslacht maar met gelijkwaardig werk verschillend worden beloond omdat zij eerder bij verschillende werkgevers in dienst waren, die ieder een ander beloningssysteem hanteerden.[64] Het College accepteert dat de werkgever het beloningsverschil niet spoorslags opheft (dat kan arbeidsrechtelijk meestal ook niet), maar eist wel om in een dergelijk geval de beloningen binnen een redelijke termijn gelijk te trekken door middel van enerzijds salarisverhoging en anderzijds bevriezing of zelfs afbouw van salarissen.

Het gaat bij artikel 7 WGB niet om wat één specifieke maatman ontvangt, maar om wat iemand van het andere geslacht in een vergelijkbare functie *pleegt* te ontvangen. Dit houdt in dat uitzonderlijke gevallen buiten de vergelijking worden gehouden. Illustratief is de volgende zaak:[65]

> Een vrouw – eiseres – verdient méér dan haar mannelijke collega's, op één na. Die ene mannelijke collega verdient méér dan de eiseres. Zij verlangt optrekking van haar salaris tot het niveau van die ene man. De CGB past een een-op-een vergelijking toe en oordeelt dat de werkgever in strijd handelt met de wet. De rechtbank redeneert echter dat de eiseres relatief hoog is ingeschaald ten opzichte van haar mannelijke collega's en dat daarom die ene méér verdienende collega geen juiste maatman is.

Onjuist lijkt me dan ook een oordeel dat een per ongeluk te hoog ingeschaalde man als maatman kan worden gebruikt.[66] Natuurlijk moet het dan wel gaan om echt 'per ongeluk'.

Persoonlijke eigenschappen en functioneren

Mag een werkgever beloning (mede) laten afhangen van (zijn beoordeling van) functioneren? Het antwoord is: ja, maar met twee kanttekeningen. De eerste betreft het begrip 'functioneren'. Hieronder worden vaak verschillende dingen begrepen.

---

64. CGB 2005-98.
65. Rb. Alkmaar 13 oktober 2011 (vervolg op CGB 2009-67), uitkomst hoger beroep niet bekend, met kritiek in Oordelenbundel 2011, p. 100.
66. CGB m/v 458-93-35 (alleen anders als het gaat om een volstrekt uniek incident). Anders: Hof Leeuwarden 17 januari 2009, PJ 2009/51, JIN 2009/178 (St. Maartenscollege) in afwijking van CGB 2004-27; Hof 's-Hertogenbosch 13 november 2012, JAR 2013/13 en 5 maart 2013, JAR 2013/106.

Gaat het om de kwaliteit van het werk – snelheid, accuratesse, creativiteit, klanttevredenheid en dergelijke –, dan is er niets aan de hand. Men kan immers niet in zijn algemeenheid zeggen dat mannen hun werk beter doen dan vrouwen, of omgekeerd. Kwaliteit van het werk is in zoverre een geslachtsneutrale maatstaf. Leidt toepassing ervan tot stelselmatig lagere beloning van één geslacht, dan kan dat slechts komen doordat de werkgever de maatstaf oneigenlijk toepast. Soms echter verstaan werkgevers onder 'functioneren' eigenschappen die, gelet op de maatschappelijke context, niet geslachtsneutraal zijn, zoals 'het vermogen zich aan te passen aan variabele werktijden en arbeidsplaatsen'. Een beloningssysteem dat hiermee rekening houdt kan, in de woorden van het HvJ, 'in het nadeel werken van vrouwelijke werknemers, die, vanwege de veelal op hen rustende huishoudelijke taken en gezinsverplichtingen, hun werktijden minder gemakkelijk kunnen aanpassen dan mannelijke werknemers'. Het belonen van zulke flexibiliteit maakt indirect onderscheid m/v en zal dus gerechtvaardigd moeten worden.[67] Hoewel de geciteerde overweging anno 2020 in mindere mate opgaat dan in 1989, en bovendien rolbevestigend is, heeft zij vermoedelijk nog wel enige gelding.

De tweede kanttekening betreft het onderscheid tussen vast en variabel salaris. Hierover ging het in het hiervoor al aangehaalde arrest *Brunnhofer*.[68] Het HvJ wees erop dat het begrip 'gelijkwaardige arbeid' 'is gedefinieerd aan de hand van objectieve criteria, waartoe niet behoort een in wezen subjectieve en variabele factor als het persoonlijk rendement van iedere werknemer'. Dit betekent dat functioneren eventueel een rol mag spelen bij de toekenning van een tijdelijke toeslag, een periodiek of andere variabele beloningscomponent, maar niet bij de bepaling van het *vaste* basissalaris. Zeker niet wanneer de werknemer voor het eerst wordt 'ingeschaald'; de werkgever kan dan immers niet weten hoe de werknemer zal functioneren, hij gaat dan af op een (subjectieve, wellicht door vooroordeel beïnvloede) verwachting omtrent de toekomst.

Gelijkwaardige maatstaven

Wat als de klager (m/v) voor hetzelfde werk als de maatman (v/m) minder verdient zonder dat daar een goede reden voor is? Het antwoord vindt men in artikel 9 WGB:

> 'Voor de toepassing van artikel 7 wordt het loon van de belanghebbende werknemer geacht gelijk te zijn aan het loon dat een werknemer van de andere kunne voor arbeid van gelijke waarde pleegt te ontvangen, indien het is berekend op grondslag van gelijkwaardige maatstaven.'

67. HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88 (*Danfoss*). Vgl. CGB 2004-135 (disfunctioneren niet bewezen); CGB 2008-53 (loonverschil 40% met maatman in verband met onder andere kwaliteiten en hogere toekomstverwachting disproportioneel).
68. HvJ EG 26 juni 2001, C-381/99 (*Brunnhofer*), JAR 2001/159.

Wat dit betekent, kan het best worden toegelicht aan de hand van een voorbeeld. Vrouw V doet hetzelfde werk als maatman M, maar verdient minder. Dit is terecht, want de werkgever hanteert een deugdelijk, op anciënniteit gebaseerd beloningssysteem, en V is korter in dienst dan M; daarom zit zij op een lagere trede van de loonschaal. Haar loon is met andere woorden berekend 'op grondslag van gelijkwaardige maatstaven'. Dus wordt haar loon 'geacht gelijk te zijn' aan dat van M. 'Gelijk' betekent hier iets anders dan 'hetzelfde'. Het betekent dat V en M gelijk worden behandeld. Omgekeerd, als de lonen van V en M op basis van ongelijkwaardige maatstaven zijn berekend, worden zij ongelijk behandeld, ook al zijn de lonen in euro's hetzelfde.

Mijn uitleg van artikel 9 WGB is dat het niet meer is dan een bewijsregel. De regels van artikelen 7-9 WGB vormen een verbijzondering van de algemene regel omtrent gelijke beloning m/v zoals geformuleerd in artikel 7:646 BW. Zou iemand met een beroep op uitsluitend dat artikel loonsverhoging vorderen, dan zou hij of zij aannemelijk moeten maken dat zijn of haar loon lager is dan dat van anderen om een reden die direct of indirect met zijn of haar geslacht verband houdt. Het criterium 'arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde' zou daar dan niet aan te pas moeten komen. Wie daarentegen loonsverhoging vordert op basis van artikelen 7-9 WGB, hoeft niet te stellen dat zijn of haar lagere loon met geslacht verband houdt. Hij of zij hoeft slechts een méér verdienende maatman aan te wijzen en dan zal de werkgever moeten aantonen dat het beloningsverschil het gevolg is van de toepassing van een gelijkwaardige maatstaf. Lukt dit de werkgever niet, dan wordt het loonverschil geacht vanwege geslacht, dus discriminerend, te zijn.

Privacy

Openbaarheid van beloning ligt gevoelig. Bovendien willen werkgevers zich nog wel eens achter de privacy van hun personeel verschuilen wanneer een werknemer klaagt dat hij of zij op grond van geslacht of een ander beschermd kenmerk minder dan een collega verdient. Geheel zonder grond is een dergelijke houding overigens niet.[69]

In een College-procedure over ongelijke beloning is het onvermijdelijk dat de werkgever wordt gevraagd inzicht te verschaffen in individuele salarisgegevens. De werkgever mag dit niet zonder meer weigeren. De wet verplicht iedereen van

69. Zie HvJ EU 21 juli 2011, C-104/10 JAR 2012/152 (*Kelly*).

wie het College gegevens of stukken opvraagt, die te verstrekken.[70] Werkgevers in geschillen voor een rechterlijk college hebben dezelfde verplichting.[71]

Verandering van beloningssysteem
Beloningssystemen veranderen. Bijvoorbeeld in verband met functieherwaardering, harmonisatie van arbeidsvoorwaarden na fusie of overname, versobering van arbeidsvoorwaarden, modernisering van het beloningsbeleid, introductie van een nieuwe arbeidsvoorwaarde of reparatie van verboden onderscheid. In zulke situaties past de werkgever vanaf een zekere datum andere arbeidsvoorwaarden toe dan daarvoor.

Achteruitgang in beloning botst met het leerstuk van 'verkregen rechten'. Meestal worden verkregen rechten gerespecteerd. Dat kan op verschillende manieren. Een manier is om aan iemand wiens functie neerwaarts is geherwaardeerd, en die daardoor in een lagere salarisschaal belandt, een persoonlijke toeslag toe te kennen waardoor zijn salaris niet of minder achteruitgaat. Hij verdient dan meer dan overeenkomt met zijn functie, en meer dan zijn collega's in dezelfde lagere salarisschaal. Door de toeslag te bevriezen, of zelfs af te bouwen, neemt het beloningsverschil met die collega's geleidelijk af. Een andere manier om bestaande rechten te respecteren is om alleen nieuw personeel op de aangepaste voorwaarden aan te nemen. Het 'zittende' personeel laat men dan ongemoeid. In deze constructie ontstaan – binnen één 'bron' – twee of meer groepen werknemers. Wanneer de samenstelling van de ene groep wat betreft geslacht, afkomst of leeftijd afwijkt van die van de andere groep, kan al snel sprake zijn van indirect onderscheid op een non-discriminatiegrond. In zo'n geval moet een eventuele overgangsregeling objectief worden gerechtvaardigd. Is het respecteren van verkregen rechten daarvoor voldoende? De Hoge Raad kreeg in 1992 met deze vraag te maken in de zaak *Bouma/KLM*:[72]

> KLM voerde in 1977 lagere salarisschalen voor cabinepersoneel in. Waar de cao voorheen één salarisschaal kende, kwamen er nu twee: schaal 2a voor cabinepersoneel dat al vóór 1977 in dienst was (waaronder het zogenaamde 'kernkorps'), en schaal 2b, met minder doorgroeimogelijkheden, voor het overige cabinepersoneel. Nu was het zo dat het kernkorps uitsluitend uit mannen bestond en dat de groep van overig cabinepersoneel uitsluitend vrouwen omvatte, onder wie mevrouw Bouma. Zij vergeleek zich met een mannelijke collega die in 1985 tegelijk met haar purser was geworden. Bouma wilde net als deze collega volgens schaal 2a worden

70. Artikel 6 WCRM. Zie CRM 1996-70.
71. Artikel 22 lid 1 Rv: 'De rechter kan (...) partijen (...) bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde (...) bescheiden over te leggen.' Lid 2: 'Partijen kunnen dit, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, weigeren of de rechter mededelen dat uitsluitend hij kennis zal mogen nemen (...).' Zie Ktr. Amsterdam 28 oktober 2011, JAR 2012/159.
72. HR 24 april 1992, JAR 1992/14 (*Bouma/KLM*).

beloond. De rechtbank zag in de getalsmatige verhouding m/v en het salarisverschil een aanwijzing voor onderscheid m/v, dat zij echter objectief gerechtvaardigd vond door de wens van KLM om rekening te houden met de verkregen rechten van het kernkorps. De Hoge Raad vond het onderscheid niet gerechtvaardigd:
'De omstandigheid dat het salarisniveau van het "kernkorps" te hoog was, kan evenwel, ook in het kader van de noodzakelijke bezuinigingen, bezwaarlijk wettigen dat niveau uitsluitend voor het per 1 jan. 1977 in dienst zijnde mannelijke cabinepersoneel tot in lengte van jaren te handhaven (...). Daarbij weegt mede dat dit onderscheid, voorzienbaar, van zeer lange duur is (...).'

De CGB verwees naar dit arrest toen zij oordeelde over de zaken van de 'na-HOS'ers':[73]

Op 1 april 1985 ging een bezuinigingsmaatregel in het onderwijs in, genaamd Herstructurering Onderwijs Salarissen (HOS). De overheid verkortte de salarisschalen van onderwijsgevenden. Bij wijze van overgangsmaatregel kregen degenen die reeds vóór 1 april 1985 in het onderwijs werkten (de 'HOS'ers') de garantie dat zij konden doorgroeien volgens het oude systeem. Dit leidde na verloop van tijd tot enorme beloningsverschillen tussen de HOS'ers en degenen die op of na 1 april 1985 waren aangenomen (de na-HOS'ers). Onder de HOS'ers waren de mannen oververtegenwoordigd, onder de na-HOS'ers de vrouwen. Een vrouwelijke na-HOS'er stelde het onderscheid voor-/na-HOS aan de kaak. De overheid voerde aan 'dat het in casu om overgangsrecht gaat en dat in dat verband geen sprake kan zijn van ongelijke behandeling op grond van geslacht, aangezien slechts de – toevallige – samenstelling van het personeelsbestand en de leeftijd op dat moment bepalend was voor de verhouding tussen mannen en vrouwen. Er waren nu eenmaal in 1985 minder vrouwen dan mannen werkzaam in het onderwijs en ze waren gemiddeld ook jonger.' De Commissie verwierp dit argument. Zij stelde vast:
'dat de toetsing van indirect onderscheid op grond van geslacht in het kader van de wetgeving gelijke behandeling ziet op iedere neutrale maatregel en derhalve ook op een overgangsmaatregel, alsmede op de criteria die in het kader van overgangsrecht worden toegepast en die voor bepaalde groepen werknemers verworven rechten opleveren.'
HOS maakte dus indirect onderscheid op grond van geslacht. Was dit onderscheid objectief gerechtvaardigd? Het antwoord was ontkennend. Het doel ervan, om nieuwe salarisschalen te introduceren onder eerbiediging van verworven rechten, was weliswaar legitiem, maar er was geen noodzaak om het onderscheid zo lang te laten voortduren.

73. CGB 2000-98 t/m 100, waarin wederpartijen waren respectievelijk de school, het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (zie ook CGB 2001-125/126) en de partijen bij de cao Voortgezet Onderwijs. Na de eerste serie HOS-oordelen uit 2000 volgde in 2002 een tweede serie (CGB 2002-165 t/m 174) en in 2003 een derde, kleinere serie. Die laatste serie betrof onder andere een aanpassing in een van de onderwijs-cao's, op grond waarvan de ten onrechte ontstane beloningsverschillen konden worden ingehaald. Een herintreedster die ziek was geweest, kon hier niet van profiteren: zie CGB 2003-87 t/m 101. Dit maakte de cao op dit punt verboden. Zie ook CRvB 30 maart 2006, CRVB:AW1840 en CGB 2008-20 voor andere HOS-naslepen.

We zullen in hoofdstuk 6 zien dat het College, in een zaak van Shell, met betrekking tot de grond leeftijd een vergelijkbare redenering toepaste waar het ging om invoering van een nieuwe pensioenregeling. Ook in die zaak vergeleek het College de *huidige* situatie van het nieuw aangenomen personeel (nieuwe pensioenregeling) met de situatie *nu* van de groep die op grond van 'verkregen recht' de oude regeling (oude pensioenregeling) had behouden. Een momentopnameredenering dus. Hoe verhoudt die redenering zich tot het arrest *Horgan en Keegan* (zie paragraaf 2.5)? In die zaak vergeleek het HvJ de leeftijd van degenen die kort na invoering van de nieuwe salarisregeling werden aangenomen met de leeftijd van de overige werknemers *ten tijde van hun aanstelling*. Beide groepen bestonden op de onderscheiden tijdstippen uit jongeren, er was dus geen leeftijdsonderscheid.

Loon bij moederschap, Unierecht
Het Unierecht gaat uit van twee basisprincipes. Het eerste: een zwangere of pas bevallen werkneemster bevindt zich 'in een specifieke situatie die bijzondere bescherming verlangt, doch niet kan worden gelijkgesteld met de situatie van een man of met die van een vrouw die haar arbeid daadwerkelijk verricht'.[74] Evenmin kan zwangerschap worden vergeleken met 'een toestand van ziekte'.[75] Dus is verzuim in verband met zwangerschaps- en bevallingsverlof (tezamen: moederschapsverlof) niet vergelijkbaar met afwezigheid om een andere reden, zoals ziekte.

Een tweede basisprincipe is dat het beginsel van gelijkheid m/v niet belet dat een lidstaat, in de woorden van artikel 157 lid 4 VWEU, 'maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren'. Bij zulke 'specifieke voordelen' moet men in de eerste plaats denken aan inkomensbehoud tijdens moederschapsverlof.

Aangezien moederschapsverlof onvergelijkbaar is met ziekte, is het niet in strijd met het *gelijkebehandelings*-recht om werknemers tijdens ziekte wel en tijdens moederschapsverlof niet door te betalen.[76] Echter, naast gelijke behandeling is er het aspect arbeidsomstandigheden (arbo). Van belang op dit gebied is de Zwangerschapsrichtlijn 92/85. Zij verplicht de werkgever om de risico's van het werken tij-

74. HvJ EG 13 februari 1996, C-342/93 (*Gillespie*), JAR 1996/97, punt 17.
75. HvJ EG 14 juli 1994, C-32/93 (*Webb*), JAR 1994/169, punt 25.
76. Zie echter het hierna te bespreken arrest HvJ EG 29 oktober 1999, C-333/97, JAR 1999/278 (*Lewen*), punt 41: tijdvakken van zwangerschapsverlof 'moeten op één lijn worden gesteld met gewerkte tijdvakken'. Bovendien bestaat wel recht op algemeen geldende arbeidsvoorwaarden die losstaan van het verlof, zoals een algemene loonsverhoging voor het hele personeel, zie HvJ EG 13 februari 1996, C-342/93 (*Gillespie*), JAR 1996/97; HvJ EG 30 maart 2004, C-147/02 (*Alabaster*), JAR 2004/101.

dens zwangerschap, in de periode direct na de bevalling en tijdens het geven van borstvoeding te evalueren. Als blijkt dat er aan het moederschap gerelateerde risico's zijn, moet de werkgever de arbeidsomstandigheden aanpassen en zo nodig de werkneemster overplaatsen of zelfs tijdelijk naar huis sturen. Verder geeft de richtlijn zwangere werkneemsters recht op verlof en ontslagbescherming. Artikel 11 van de richtlijn regelt het inkomen waarop de werkneemster tijdens moederschapsverlof minimaal recht heeft, te weten:[77]

b. 'een bezoldiging en/of het genot van een adequate uitkering'; en
a. de andere dan de in punt b bedoelde rechten.

Onder 'bezoldiging' en 'uitkering' wordt verstaan het voordeel dat tot doel heeft de werkneemster tijdens haar verlof van inkomen te verzekeren. Arbeidsvoorwaarden die niet op deze periode betrekking hebben, vallen onder 'andere rechten'.

De werkneemster heeft tijdens het verlof slechts recht op 'een' bezoldiging of 'een adequate' uitkering.[78] 'Adequaat' betekent dat de bezoldiging minder mag zijn dan het laatst genoten loon. Voldoende is dat zij de bescherming van moeder en kind waarborgt. De moeder moet niet vanwege zorg over onvoldoende inkomen in de verleiding komen haar zwangerschap af te breken. Volgens lid 3 van artikel 11 is de bezoldiging adequaat als zij (ten minste) gelijk is aan wat een zieke werknemer ontvangt.

De 'andere rechten' moeten tijdens het verlof *volledig* worden doorbetaald. Een voorbeeld is kerstgratificatie. Deze is immers 'niet bedoeld om de vrouwelijke werknemer tijdens haar zwangerschapsverlof van een bepaalde inkomenshoogte te verzekeren'.[79] Mij lijkt het recht op pensioenopbouw en op gebruik van een leaseauto eveneens een 'ander' recht waarop de werkneemster tijdens haar verlof aanspraak behoudt.

Dat afwezigheid *tijdens* moederschapsverlof niet vergelijkbaar is met ziekteverzuim, wil niet zeggen dat afwezigheid buiten de verlofperiode maar in verband met *arbeidsongeschiktheid als gevolg van* moederschap onvergelijkbaar zou zijn met afwezigheid wegens ziekte. Hierbij valt te differentiëren tussen twee situaties:

- De werkneemster is al vóór aanvang van het verlof arbeidsongeschikt en die ongeschiktheid houdt verband met haar zwangerschap (hierna: zwangerschapsongeschikt).
- Zij is na afloop van het verlof arbeidsongeschikt en die ongeschiktheid heeft te maken met haar zwangerschap of bevalling (hierna: bevallingsongeschikt).

77. Ik draai de volgorde ter wille van de begrijpelijkheid om.
78. HvJ EG 27 oktober 1998, C-411/96, JAR 1999/14 (*Boyle*), punt 34.
79. HvJ EG 29 oktober 1999, C-333/97, JAR 1999/278 (*Lewen*), punt 23.

De periode van *zwangerschaps*-ongeschiktheid is niet vergelijkbaar met ziekte. Toch geldt dat als de werkgever tijdens ziekte het loon volledig doorbetaalt, hij dat ook tijdens zwangerschapsongeschiktheid moet doen.[80] Als hij tijdens ziekte minder dan het volle loon betaalt, hoeft hij tijdens zwangerschapsongeschiktheid niet méér te betalen.[81]

De periode van *bevallings*-ongeschiktheid is wél vergelijkbaar met ziekte. Immers, na afloop van het moederschapsverlof bevindt de werkneemster (in tegenstelling tot een zwangere of verlof genietende collega) zich in een situatie die vergelijkbaar is met die van een zieke werknemer.[82] Het HvJ behandelt zwangerschapsongeschiktheid dus anders dan bevallingsongeschiktheid. In het eerste geval is de werkneemster niet vergelijkbaar met een zieke man, in het tweede geval wel.

Samengevat:
- Tijdens moederschapsverlof is er slechts recht op 'adequate' bezoldiging.
- Tijdens zwangerschapsongeschiktheid heeft de werkneemster recht op ten minste wat een zieke man krijgt, niet omdat beide situaties vergelijkbaar zouden zijn (dat zijn zij juist niet), maar op grond van de noodzaak moederschap te beschermen.
- Tijdens bevallingsongeschiktheid heeft de werkneemster recht op hetzelfde loon als een zieke man, niet vanwege bescherming, maar omdat beide situaties vergelijkbaar zijn.

Uiteraard heeft de zwangere of pas bevallen vrouw recht op salaris gedurende de periode waarin zij werkt. Maar wat als zij werkt met beperkingen verbonden aan haar toestand? De richtlijn laat aan de lidstaten over hoe de omvang van dit salaris te bepalen. In de zaak *Parviainen* gaf het HvJ hierover een aanwijzing:[83]

> Mevrouw Parviainen was purser bij Finnair. Haar beloning bestond voor gemiddeld circa 40% uit toelagen, waaronder toelagen voor leidinggeven, nachtwerk, zondagswerk, overwerk en tijdverschillen. Tijdens haar zwangerschap mocht zij om veiligheidsredenen niet vliegen. Zij werd tijdelijk overgeplaatst naar een grondfunctie. Zij ontving in deze periode slechts een deel van haar pursertoelagen. Zij eiste doorbetaling van haar volledige (gemiddelde) toelagen. Het HvJ besliste: een werkneemster als mevrouw Parviainen heeft gedurende haar aangepaste werk volgens de richtlijn recht op ten minste: (1) het bij dat werk behorende vaste salaris, en (2) die toelagen, zoals voor leidinggeven en anciënniteit, die niet beogen ongemakken tijdens het vlie-

80. HvJ EG 19 november 1998, C-66/96 (*Hoj Pedersen*).
81. HvJ EG 8 september 2005, C-191/03 (*McKenna*), JAR 2005/236.
82. HvJ EG 8 november 1990, C-179/88 (*Hertz*), NJ 1993/162, punten 16-17; HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96 (*Brown*), JAR 1998/198, punt 26.
83. HvJ EU 1 juli 2010, C-471/08 (*Parviainen*), JAR 2010/201. Zie ook HvJ EU 1 juli 2010, C-194/08 (*Gassmayr*), JAR 2010/200.

gen te compenseren. De richtlijn geeft haar geen recht op toelagen voor zaken als overwerk en compensatie voor het ondergaan van tijdverschillen.

Loon bij moederschap, Nederlandse recht
De Nederlandse wet biedt de zwangere en pas bevallen werkneemster verdergaande bescherming dan het Unierecht. Zij heeft sterkere ontslagbescherming en recht op royaler inkomensbehoud. Zo heeft zij recht op (1) verlof gedurende 16[84] in plaats van 14 weken en, in de meeste gevallen, (2) doorbetaling van haar volledige salaris, dus niet slechts een adequate bezoldiging, en wel (3) gedurende zowel het verlof als perioden van zwangerschaps- en bevallingsongeschiktheid. De relevante wetsbepalingen staan in het Burgerlijk Wetboek (BW), de Wet arbeid en zorg (Wazo) en de Ziektewet (ZW). Kort samengevat en ontdaan van bijzonderheden en uitzonderingen, volgt uit het samenstel van deze bepalingen het volgende.

De hoofdregel van artikel 7:629 BW vindt men in lid 1: wie verhinderd is te werken in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte, zwangerschap of bevalling, heeft gedurende maximaal 104 weken recht op doorbetaling van (ten minste 70% van het) loon. De positie van de zwangere werknemer is in dit opzicht gelijk aan die van de zieke werknemer.

Lid 4 doet de hoofdregel grotendeels teniet: wie recht heeft op moederschapsverlof overeenkomstig de Wazo heeft *géén* recht op doorbetaling van loon. De combinatie van lid 1 en lid 4 komt er in vrijwel alle gevallen op neer dat er geen recht op loon is gedurende het moederschapsverlof. De reden is dat de werkneemster gedurende deze periode recht heeft op een uitkering van het UWV op grond van de Wazo. Voor veruit de meeste werkneemsters is deze uitkering gelijk aan het loon. Aangezien de Wazo-uitkering bijna altijd over de werkgever loopt, komt het voorgaande er in de praktijk op neer dat gedurende het moederschapsverlof het loon feitelijk tóch wordt doorbetaald. Dit kan anders liggen in de gevallen waarin het loon meer bedraagt dan het maximumdagloon. In die gevallen kan de werkneemster er gedurende het moederschapsverlof op achteruitgaan.

Tijdens zowel zwangerschaps- als bevallingsongeschiktheid keert de Ziektewet het volledige loon (met genoemd maximum) uit.[85] Aangezien ook deze uitkering doorgaans via de werkgever loopt, geldt voor zulke perioden van arbeidsongeschiktheid hetzelfde als voor de periode van 16 weken.

84. In geval van een meerling: 20 weken.
85. Artikel 29a ZW, lid 1 (zwangerschapsongeschiktheid) en lid 4 (bevallingsongeschiktheid).

Moederschap behoort geen invloed te hebben op de hoogte van het salaris. Bij een beloningssysteem dat met 'periodieken' werkt, moet moederschapsafwezigheid dus gelijkgesteld worden aan aanwezigheid.[86]

De Wazo en de Ziektewet keren een bedrag uit gelijk aan het (gemaximeerde) loon, vermeerderd met 8% vakantiegeld. Zij bieden dus geen vergoeding voor zaken als vakantiedagenopbouw, bonus en pensioen, laat staan voor de kosten die de werkgever eventueel maakt voor vervanging. Daarmee is moederschap voor de werkgever, ondanks de Wazo en de Ziektewet, allesbehalve kosteloos.

De Wazo keert ook uit aan zelfstandigen die vanwege moederschapsverlof niet werken. Deze 'ZEZ-uitkering' is maximaal gelijk aan het minimumloon. Er is veel geprocedeerd over arbeidsongeschiktheidsverzekeringen van zelfstandigen in verband met moederschap. De CGB vond dat zulke verzekeringen moederschapsverlof en -ongeschiktheid moeten dekken zonder extra voorwaarden te stellen.[87] In 2008 oordeelde de Hoge Raad echter anders.[88]

Samenloop moederschap en ziekte
Wat als de periode waarin de werkgever ziekengeld doorbetaalt (de 'wachttijd') samenvalt met zwangerschapsverlof? In dit geval wordt de duur van het zwangerschapsverlof, met eventueel daaraan voorafgaande zwangerschapsongeschiktheid, niet meegeteld als wachttijd.[89] Ter verduidelijking het voorbeeld van een werkneemster die achtereenvolgens verzuimt gedurende de volgende aaneengesloten periode:

'gewoon' ziek	10 weken
aansluitend zwangerschapsongeschikt	8 weken
aansluitend zwangerschaps- en bevallingsverlof	16 weken
aansluitend bevallingsongeschikt	5 weken
aansluitend 'gewoon' ziek	6 weken

Voor de berekening van de loondoorbetalingsverplichting van maximaal 104 weken tellen alleen mee: 10 + 5 + 6 = 21 weken. De overige 8 + 16 = 24 weken tellen niet mee, met het gevolg dat de loondoorbetalingsverplichting pas 104 + 24 = 128 weken na de eerste ziektedag eindigt.

86. Hof Den Haag 22 februari 2008, JAR 2008/90.
87. Zie CGB 1995-4; CGB 1997-87; CGB 2004-44.
88. HR 11 juli 2008, HR:BD1850 (*M/Movir*). Vgl. Rb. Utrecht 2 april 2008, RBUTR:BC8320.
89. Dit volgt uit artikel 7:629 lid 10, al staat het er niet. Als een zwangere werkneemster zich ziek meldt moet de werkgever er in beginsel van uitgaan dat de ziekte zwangerschap-gerelateerd is: CRM 2016-1; CRM 2017-69; CRM 2018-38.

De werkneemster die na afloop van de wachttijd nog altijd arbeidsongeschikt is, komt – mits aan zekere voorwaarden is voldaan – in aanmerking voor een uitkering in het kader van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA). Voor de WIA telt ook de periode van 5 weken uit vorenstaand voorbeeld niet mee.[90]

Variabel loon

Hoe verhouden de EU- en Nederlandse regelgeving zich tot variabel inkomen? Denk bijvoorbeeld aan provisie en omzetbonus. Tot 19 mei 2011 redeneerde de CGB als volgt:[91] het niet (geheel) betalen van een bonus vanwege *afwezigheid door* moederschap (of door daarmee verband houdende arbeidsongeschiktheid, of door borstvoeding/kolven[92]) staat gelijk aan het niet betalen vanwege zwangerschap/bevalling; het maakt dus rechtstreeks onderscheid op grond van geslacht in de arbeidsvoorwaarden. Deze wijze van redeneren berust op het beginsel van gelijke behandeling, maar spoort ook met Richtlijn 92/85. Een omzetbonus is immers niet bedoeld om de werkneemster tijdens haar verlof van een zeker inkomensniveau te verzekeren.

Na 19 mei 2011 voelde de CGB – terecht of niet – zich genoodzaakt dit standpunt te verlaten. Deze wending hield verband met een uitspraak van het Arnhemse gerechtshof van het jaar tevoren.[93] De uitspraak maakt onderscheid tussen (1) afwezigheid tijdens het moederschapsverlof en (2) afwezigheid wegens zwangerschapsongeschiktheid. Ten aanzien van punt 1 oordeelt het hof dat een bonus 'loon' is als bedoeld in artikel 7:629 BW. Lid 4 van deze bepaling sluit de werkneemster die met zwangerschaps-/bevallingsverlof is uit van het recht op loondoorbetaling. Weliswaar behandelt de wet hiermee zwangerschapsverzuim anders dan ziekteverzuim, maar dat is geoorloofd, nu zwangerschap en ziekte onvergelijkbaar zijn. Ten aanzien van punt 2 overweegt het hof dat het gemeenschapsrecht geen verplichting kent tot doorbetaling van het volledige loon tijdens zwangerschapsongeschiktheid. Tijdens die periode hoeft niet méér te worden betaald dan datgene waarop recht bestaat tijdens ziekte. Deze uitspraak is niet zonder kritiek gebleven. Onder andere is het de vraag of zij strookt met het Unierecht.[94]

Na de uitspraak van het Arnhemse gerechtshof zag de CGB zich gedwongen de door dat hof uitgezette lijn te volgen. Als een bonus moet worden aangemerkt als 'loon' in de betekenis van artikel 7:629/628 BW, staat – volgens die lijn – het gelijkebehandelingsrecht niet in de weg aan een bonusregeling die moederschaps-

90. Artikel 23 lid 5 onder a jo. lid 3 onderdeel a onder 2 WIA.
91. Voorbeeld: CGB 2007-188. Zie echter ook CGB 2008-142.
92. CGB 2008-142.
93. Hof Amsterdam (nzp Arnhem) 27 april 2010, JAR 2010/142. Zie ook Ktr. Utrecht 14 oktober 2009, JAR 2009/296.
94. Hierbij wordt onder andere gewezen op HvJ EG 29 oktober 1999, C-333/97, JAR 1999/278 (*Lewen*).

verzuim benadeelt.[95] Is de bonus daarentegen niet te zien als loon, bijvoorbeeld omdat hij niet-ziek melden beloont, dan mag de bonus niet worden geweigerd op de grond dat een werkneemster afwezig was in verband met moederschapsverlof.[96]

5.3 Handicap en chronische ziekte

Direct onderscheid

Het salaris van een werknemer met een handicap of chronische ziekte (een 'h/cz'er') mag niet *vanwege* die beperking lager zijn dan dat van een vergelijkbare niet-h/cz'er. Problematisch hierbij is dat het werk van de eerste juist vanwege zijn beperking minder waarde kan hebben. De volgende zaak laat dit goed zien:[97]

> Een constructiebankwerker valt uit bij zijn vorige werkgever. Hij krijgt een gedeeltelijke (15-25%) WAO-uitkering en is h/cz. Hij aanvaardt werk bij een installatiebedrijf. Dit neemt hem aan als 'aankomend onderhoudsmonteur', tegen een salaris dat lager is dan dat van onderhoudsmonteur. Na tien maanden wil hij loonsverhoging. Hij vergelijkt zich met zijn collega-monteurs. De werkgever verweert zich: de man verricht weliswaar hetzelfde soort werk als zijn collega's, maar in een lager tempo, waarbij hij bovendien alleen de meer eenvoudige installaties onderhoudt. De CGB honoreert dit verweer en oordeelt dat er geen sprake is van arbeid van gelijke of nagenoeg gelijke waarde.

In deze zaak aanvaardde de CGB in feite dat aan een h/cz'er met arbeidsbeperkingen een lager salaris wordt betaald vanwege zijn lagere 'loonwaarde'. Drie jaar later kwam de CGB hierop terug:[98]

> Een monteur valt uit met een chronische ziekte. Hij wordt voor 50% afgekeurd. Voor de overige 50% werkt hij vanwege zijn chronische ziekte met beperkingen. Vanwege deze beperkingen, die voor de bedrijfsvoering belastend zijn, laat zijn werkgever hem niet doorgroeien naar de laatste twee treden op zijn salarisschaal. De man eist te worden beloond volgens het bij zijn functie behorende eindsalaris. Een functiewaarderingsdeskundige schat dat zijn 'loonwaarde' minder is dan dat van een volledig inzetbare monteur, maar stelt wel vast dat hij op het niveau van zijn functie werkt. De CGB oordeelt dat 'het principe van de berekening van de loonwaarde niet overeen komt met de systematiek van de WGBH/CZ. De WGBH/CZ gaat er namelijk van uit dat, wanneer een werknemer geschikt is voor een functie, voor hem dezelfde arbeidsvoorwaarden gelden als voor de overige werknemers. Dat betekent dat hij ook het volledige salaris betaald dient te krijgen dat bij die functie hoort. Een werknemer is geschikt voor een functie als hij, al dan niet na het verrichten van doeltreffende aanpassingen, de essentiële functietaken kan

95. CGB 2011-79, JAR 2011/155; CGB 2011-81.
96. CGB 2011-80.
97. CGB 2007-115.
98. CGB 2010-103.

uitvoeren.' Nu de man op zijn functieniveau werkt, heeft hij recht op doorgroei tot het einde van zijn salarisschaal. Dat de aanpassingen die de werkgever heeft gepleegd om de man in staat te stellen ondanks zijn h/cz te werken de organisatie belasten, maakt dit niet anders, want de WGBh/cz 'laat geen ruimte om eventuele organisatorische dan wel financiële belasting als gevolg van het treffen van doeltreffende aanpassingen af te wentelen op een werknemer met beperkingen'.

De beide hiervoor weergegeven oordelen betreffen gevallen van rechtstreeks onderscheid. In beide gevallen kende de werkgever geen loonsverhoging toe *vanwege* een h/cz. Rechtstreeks onderscheid op deze grond is (behoudens zeldzame uitzonderingen) altijd verboden. Het kan niet worden gerechtvaardigd. De enige manier om te ontsnappen aan de conclusie dat evenveel loon moet worden betaald voor arbeidsprestaties met sterk verschillende waarde is om de 'niet vergelijkbaar-kaart' te trekken. Dit is wat de CGB in het eerste geval deed.

Kortom: een h/cz'er heeft recht op het volledige bij zijn functie behorende loon als hij, al dan niet na voor de werkgever belastende aanpassingen, de *essentiële taken* behorend bij zijn functie uitvoert, ook al is zijn 'loonwaarde' minder dan dat van een niet-beperkte collega.

Deeltijd door h/cz: welke maatman?
Een arbeidsvoorwaarde die deeltijders anders dan voltijders behandelt, kan indirect h/cz'ers benadelen. Dit doet zich onder andere voor daar waar een voltijder als gevolg van een h/cz gedeeltelijk arbeidsongeschikt raakt. Na meestal 104 weken wordt zijn salaris verlaagd naar rato van zijn deeltijd. De vraag is wat er met de overige arbeidsvoorwaarden moet gebeuren, zoals bijvoorbeeld een bijdrage in de zorgkosten. Deze vraag hangt weer samen met een andere vraag: met wie kan een gedeeltelijk arbeidsongeschikte h/cz'er zich vergelijken om te betogen dat hij vanwege zijn beperking wordt benadeeld: met een voltijd werkende collega (zoals hij zelf eerder was) of met een 'gezonde' deeltijder? Intuïtief zou mijn antwoord zijn geweest: met de deeltijder. De CGB dacht hier in ten minste één zaak anders over.[99]

'Niet ziek'-bonus
In sommige organisaties komen werknemers die in enige periode niet of slechts weinig hebben verzuimd in aanmerking voor een bonus. Dit speelde in een zaak waarin de werkgever slechts een halve dertiende maand uitkeerde aan een werknemer die in het afgelopen jaar, in verband met zijn h/cz, voor 50% had verzuimd. De werkgever betoogde: een collega die vanwege een 'gewone' ziekte evenveel verzuimt heeft pech, waarom zou ik deze werknemer anders behande-

99. CGB 2005-21.

len? De CGB verwierp dit betoog, opvallend genoeg met een 'aristotelische' redenering:[100]

> 'Het gelijkheidsbeginsel houdt echter niet alleen in dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld, maar ook dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld, naar de mate van hun ongelijkheid. Er moet rekening worden gehouden met relevante verschillen, te meer omdat de WGBH/CZ tot doel heeft gehandicapten of chronische zieken te beschermen tegen benadeling. In dit geval is relevant dat het ziekteverzuim van verzoeker samenhangt met zijn handicap of chronische ziekte. Verzoeker loopt niet alleen – net als anderen – het risico te verzuimen vanwege ziekte, maar loopt ook een extra risico nu in zijn geval een verband bestaat tussen zijn handicap of chronische ziekte en het ziekteverzuim. Verweerster trekt automatisch een verband tussen afwezigheid en het niet toekennen van de dertiende maand zonder rekening te houden met het feit dat het verzuim van verzoeker samenhangt met zijn handicap of chronische ziekte. Dit leidt tot benadeling van verzoeker. De Commissie concludeert, gelet op het percentage van het ziekteverzuim en de halvering van de eindejaarsuitkering, dat verweerster jegens verzoeker indirect onderscheid heeft gemaakt op grond van chronische ziekte. (...).'

De CGB vond het doel van de regeling (het stimuleren van aanwezigheid op het werk) legitiem en het middel om dat doel te bereiken (variabele dertiende maand) geschikt. Dat middel was in haar ogen echter niet noodzakelijk om het doel te bereiken, nu er een minder discriminatoir alternatief was.[101]

In het voorgaande voorbeeld hield het ziekteverzuim blijkbaar *volledig* verband met de h/cz van de werknemer. In een ander geval was het ziekteverzuim van een werkneemster in de relevante periode 'voor een belangrijk deel' het gevolg van haar chronische ziekte.[102] Nu is het voor een werkgever, en zelfs voor een bedrijfsarts, niet eenvoudig na te gaan welk gedeelte van het verzuim van een werknemer verband houdt met diens h/cz. Mogelijk moet men redeneren dat als verzuim 'voor een belangrijk deel' h/cz-gerelateerd is, het *gehele* verzuim moet worden weggedacht, en dat in andere gevallen h/cz geen rol speelt.

5.4 Ras en nationaliteit

Direct onderscheid

De Awgb vermeldt niet hoe een klacht over onderbetaling op grond van ras moet worden getoetst. De CGB past het toetsmodel van de WGBm/v – de maatmanmethode – naar analogie toe.[103] Wanneer een maatman ontbreekt, kan ongelijke belo-

100. CGB 2007-145 (tussenoordeel) en 2008-8 (eindoordeel).
101. De CGB legt niet uit wat dat alternatief was.
102. CGB 2005-176.
103. Voorbeelden: CGB 1998-129; CGB 2000-3; CGB 2000-9; CGB 2001-51 (tussenoordeel); CGB 2001-52; CGB 2001-73.

ning worden blootgelegd aan de hand van een 'loonlijnenonderzoek'. Hierbij vergelijkt het College over een reeks van jaren de 'geschoonde' salarissen van een groep werknemers, uitgesplitst naar autochtonen en allochtonen. 'Geschoond' wil zeggen dat het College anciënniteitsaanwas en prijscompensatie elimineert. Als uit dit onderzoek naar voren komt dat allochtonen gemiddeld minder verdienen dan hun autochtone collega's, is er een vermoeden van direct beloningsonderscheid op grond van ras en/of nationaliteit.[104]

Bij de vraag of onderscheid op grond van ras of nationaliteit vermoed kan worden, speelt het vereiste dat procedures 'inzichtelijk, systematisch en controleerbaar uitgevoerd' zijn vaak een rol. Een werkgever die, bij ontbreken van een transparant beloningssysteem, geen overtuigende verklaring geeft waarom hij een werknemer met een migratieachtergrond lager beloont dan behorend bij diens functie, zal al snel vermoed worden op grond van ras/nationaliteit te discrimineren.[105]

Indirect onderscheid
Een voorbeeld van indirect beloningsonderscheid op grond van ras/nationaliteit is dat seizoenarbeiders (overwegend Polen) per uur minder verdienen dan (overwegend Nederlandse) vaste medewerkers.[106] Een ander voorbeeld is dat een werkgever die bij inschaling geen rekening houdt met in het buitenland opgedane ervaring, (indirect) discrimineert naar nationaliteit.[107]

Het verschillend belonen van expats en gewone werknemers levert geen (indirect) onderscheid naar nationaliteit op.[108]

5.5 Leeftijd

Jongeren
Jongeren ontvangen in sommige branches minder salaris dan behorend bij hun functie. Dit heeft vooral te maken met de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. Deze wet maakt – nu nog[109] – onderscheid door werkgevers toe te staan jongeren minder dan het reguliere minimumloon te betalen. Het komt ook voor

104. CGB 1999-70.
105. CGB 2003-151.
106. CGB 2008-127 (tussenoordeel); CGB 2010-36 (eindoordeel).
107. HvJ EU 10 oktober 2019, C-703/17 (*Krah*); HvJ EU 23 april 2020, C-710/18 (*WN/Niedersachsen*), JAR 2020/129; CGB 2005-207.
108. Ktr. Assen 21 februari 2012, JAR 2012/119. Vgl. CGB 2011-134.
109. Jongeren onder de 15 hebben geen recht op minimumloon: HR 10 november 2006, JAR 2006/306 (*Staat/FNV en CNV*). De bedoeling is dat het minimumjeugdloon te zijner tijd verdwijnt. Wetsvoorstel 35 335 wil een uniform uurtarief invoeren.

dat jongeren stelselmatig in een 'aanloopschaal' worden geplaatst, wat op gespannen voet met gelijke beloning staat.[110]

Aanpassen beloningssysteem

In de situatie dat een arbeidsvoorwaarde wordt versoberd, moeten (BW) respectievelijk mogen (WGBL) de 'verworven' rechten en verwachtingen van het 'zittende personeel' worden gerespecteerd. Voorwaarde is wel dat het onderscheid dat hierbij ontstaat tussen deze 'oudgedienden' en de 'nieuwkomers' binnen redelijke tijd wordt weggewerkt (zie hiervoor). Een voorbeeld is de zaak *Hennigs*:[111]

> De Duitse deelstaat Berlijn en de Duitse Spoorwegen hanteerden een beloningssysteem waarbij het salaris mede werd bepaald door leeftijd. Dit discrimineerde naar leeftijd. Het kon immers voorkomen dat twee op dezelfde dag aangenomen werknemers in dezelfde functie verschillend werden beloond alleen omdat de een op latere leeftijd dan de ander in dienst trad. Om de discriminatie weg te nemen werd het beloningssysteem vervangen door een nieuw systeem dat geen onderscheid naar leeftijd maakte. Om te voorkomen dat de zittende werknemers er op achteruit zouden gaan, werden zij zodanig ingeschaald in het nieuwe stelsel dat zij er niet in salaris op achteruitgingen. Hiermee werd de bestaande – rechtstreekse – leeftijdsdiscriminatie bestendigd. De vraag was of deze overgangsmaatregel objectief gerechtvaardigd was. Het beroep op rechtvaardiging had bij het HvJ succes, waarbij de tijdelijkheid van de overgangsmaatregel doorslaggevend was.

In *Hennigs* ging het om reparatie van een verboden beloningsregeling, en wel voor de toekomst. De zaak betrof niet de vraag hoe het vóór de reparatie ontstane nadeel recht te trekken. Die vraag speelde wel in de zaak *Specht*.[112] Het HvJ herhaalde zijn leer dat, daar waar er twee groepen van personen zijn die in strijd met EU-recht verschillend worden behandeld, het beginsel van gelijke behandeling alleen tot zijn recht kan komen door de voordelen van de bevoorrechte groep ook aan de andere groep toe te kennen ('levelling up'). Echter, daar waar er niet twee duidelijk afgebakende groepen zijn, zoals het geval was in de zaak *Specht* (in beide groepen zaten werknemers van verschillende leeftijden), kan dit niet.

110. Vgl. HvJ EG 18 juni 2009, C-88/08 (*Hütter*), JAR 2009/185, met vervolg in HvJ EU 28 januari 2015, C-417/13 (*Starjakob*), JAR 2015/58 en HvJ EU 14 maart 2018, C-482/16, JAR 2018/112 (*Stollwitzer*).
111. HvJ EU 8 september 2011, C-297 en 298/10 (*Hennigs*), JAR 2011/278.
112. HvJ EU 19 juni 2014, C-501/12 (*Specht*), JAR 2014/195. Vergelijkbaar: HvJ EU 9 september 2015, C-20/13 (*Unland*), JAR 2015/259. Vervolg in HvJ EU 27 februari 2020, C-773/18 (*TK*), JAR 2020/91.

5.6 Arbeidsduur

Inleiding
Wie in deeltijd werkt, heeft recht op een deeltijd-evenredig gedeelte van de beloning die hij zou hebben gehad als hij voltijds had gewerkt. Dit volgt uit artikel 7:648 BW, dat moet worden uitgelegd in samenhang met de Raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid behorend bij Richtlijn 97/81. Clausule 4 van de raamovereenkomst luidt:

> '1. Met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden worden deeltijdwerkers niet minder gunstig behandeld dan vergelijkbare voltijdwerkers louter op grond van het feit dat zij in deeltijd werkzaam zijn, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is.
> 2. Wanneer zulks passend is, wordt het "pro rata temporis"-beginsel toegepast.'

Dit klinkt eenvoudiger dan het is. De uitzondering ten aanzien van 'objectieve redenen' en de woorden 'wanneer zulks passend is' laten immers uitzonderingen toe. De 'aard en strekking' van een arbeidsvoorwaarde kan namelijk meebrengen dat zij anders dan deeltijd-evenredig mag of moet worden toegekend.

Wat hierna volgt, geldt voor deeltijders die een min of meer vast aantal uren per week werken. Het is niet zonder meer toe te passen op oproepkrachten. Hun situatie wordt namelijk – soms, niet altijd – onvergelijkbaar geacht met die van een 'vaste' deeltijder.

Uurloon
Een werknemer die naast zijn eigen functie aanvullende taken vervult, kan daarvoor een toelage krijgen. Een dergelijke toelage mag niet worden uitgedrukt als een percentage van het salaris. Het moet in een absoluut geldbedrag zijn uitgedrukt. Anders zou de deeltijder voor dezelfde aanvullende taken, die ook door anderen worden verricht, een lagere vergoeding ontvangen. Voorbeeld:[113] een voltijdse onderwijzer verdient 100 per week, een collega die drie dagen per week werkt, verdient dus 60. Voor het houden van toezicht tijdens het speelkwartier krijgt men een toeslag. Als deze toeslag 10% van het salaris bedraagt, verdienen de vol- en deeltijder respectievelijk 110 en 66. Als de toeslag 10 bedraagt, is de verhouding 110:70, wat juister is.

Periodieken
Veel werkgevers kennen een beloningssysteem waarbij de werknemer ieder jaar, automatisch of bijna automatisch, één trede op zijn salarisschaal stijgt. Heeft een werknemer die bijvoorbeeld maar één dag per week werkt ook recht op zo'n jaar-

113. CGB 2004-09.

lijkse 'periodiek'? Men kan op verschillende manieren redeneren. Eén reden waarom het salaris jaarlijks wordt verhoogd, is dat de werknemer meer ervaring heeft opgedaan en daardoor waardevoller voor de werkgever is geworden. Iemand die slechts één dag per week werkt, doet per jaar vijf keer minder ervaring op dan een voltijder. Zou de duur tussen iedere periodiek in zijn geval daarom niet vijf jaar moeten bedragen? Hier kan men tegenover stellen dat de salarisverhoging die een periodiek voor deze deeltijder vertegenwoordigt slechts een vijfde bedraagt van de verhoging die zijn voltijdse collega krijgt. Bovendien worden periodieken niet alleen vanwege toenemende ervaring toegekend. Per saldo zou mijn conclusie zijn dat deeltijders in hetzelfde tempo als voltijders op de salarisladder moeten stijgen.[114]

Overwerk/meerwerk

De meeste cao's en bedrijfsreglementen bevatten een regeling met betrekking tot overwerk. Hierbij is de positie van deeltijders niet altijd geregeld. In veel gevallen komen zij pas in aanmerking voor een overwerkvergoeding als zij in één week langer dan voltijds werken. Uren gewerkt tussen hun contractuele arbeidstijd en voltijd – zogeheten meeruren – worden dan niet tegen het overwerktarief, maar tegen het normale uurtarief vergoed. Is dit redelijk? De eenvoudigste manier om de problematiek inzichtelijk te maken is aan de hand van een fictief voorbeeld, met de volgende gegevens:

- voltijd: 40 uur per week;
- deeltijd: 3 dagen (24 uur) per week;
- overwerk: elk uur in enige week gewerkt boven 40 uur;
- overwerktarief: 150%.

In een bedrijf waarin de deeltijders allen vrouw en de voltijders overwegend man zijn, werkt een deeltijder in een bepaalde week 29 uur. Moeten haar 5 meeruren tegen 100% of tegen 150% worden vergoed? Een voltijdcollega kan als volgt redeneren: 40 uur per week is het maximum dat een werknemer lang kan volhouden: zie de Arbeidstijdenwet. Werk boven dit maximum is extra belastend en wordt daarom extra beloond. Iemand die minder dan 40 uur per week werkt, wordt niet bovenmatig belast. Als meerwerk volgens het overwerktarief zou worden beloond, zouden deeltijders die gelijktijdig met mij werken voor de betrokken uren beter worden beloond voor hetzelfde werk. Dat voelt niet eerlijk. De deeltijder zal daarentegen redeneren: ik heb mijn leven (zorgtaken, vrijwilligerswerk, studie, andere baan, enzovoort) ingericht uitgaande van drie werkdagen per week. Anders gezegd: de uren waarop ik niet (voor deze werkgever) werk, zijn niet

114. HvJ EG 7 februari 1991 C-184/89 (*Nimz*), NJ 1993/171; HvJ EG 2 oktober 1997, C-1/95 (*Gerster*), NJ 1998/807; HvJ EG 10 maart 2005, C-196/02 (*Nikoloudi*), JAR 2005/101. Voor complicaties door verandering van deeltijdpercentage, zie HvJ EG 17 juni 1998, C-243/95 (*Hill and Stapleton*), JAR 1998/170.

noodzakelijk 'vrije' uren. Mijn 25ste uur is even belastend als het 41ste uur van de voltijder voor hem is. Het moet extra beloond worden.

Aanvankelijk vond de CGB dat ieder meerwerkuur moest worden beloond op basis van het overwerktarief. Zij oordeelde dat een overwerkregeling als in vorenstaand voorbeeld vooral vrouwen benadeelt, en dus indirect onderscheid op grond van geslacht maakt, zonder dat daarvoor een rechtvaardiging is. In 1994 bleek het HvJ in de zaak *Helmig* anders over dit vraagstuk te denken.[115] Het nam het uurloon tot uitgangspunt. Het uurloon van een deeltijder moet deeltijd-evenredig (*pro rata*) zijn aan dat van de voltijder. Een deeltijder die in enige week bijvoorbeeld 29 uur werkt, terwijl voltijd 40 uur is, moet in die week 29/40ste verdienen van wat de voltijder verdient. Hun uurloon is dan gelijk. Dit betekent dat de deeltijder, anders dan de CGB eerder had beslist, geen recht op het overwerktarief heeft voor meeruren, maar slechts voor 'echte' overwerkuren (in dit voorbeeld dus: vanaf het 41ste uur in enige week). Vermoedelijk betekent het ook dat – behoudens objectieve rechtvaardiging – meerwerk niet eens *mag* worden beloond volgens het overwerktarief. Anders zouden voltijders minder dan pro rata worden beloond.

Helmig is op veel kritiek gestuit. Volgens sommigen zou het HvJ op *Helmig* zijn teruggekomen.[116] Hoe dit zij, sinds *Helmig* oordeelt de CGB, zij het niet zonder tegenzin, dat voor meeruren niet het overwerktarief hoeft te worden betaald.[117]

De meest gebruikelijke definitie van overwerk gaat uit van een tijdseenheid van een week. Wie in een week langer werkt dan de wekelijkse voltijd, heeft recht op een hoger tarief voor dat meerdere. Nergens is echter vastgelegd dat een week het uitgangspunt moet zijn. Zo zou een personeelsreglement bijvoorbeeld kunnen bepalen dat een dag (stel 8 uur) of een maand (stel 173 uur) het uitgangspunt is. In dat geval komt een werknemer al, respectievelijk pas, voor het hogere uurtarief in aanmerking als hij op een dag langer dan 8 uur of in een maand langer dan 173 uur heeft gewerkt. De CGB keurt dergelijke kortere of langere tijdseenheden af.[118]

Het voorgaande is al lastig, maar er is méér. Laten we weer het voorbeeld nemen van de voltijder die 40 uur en de 24-uurs-deeltijder die in enige week 29 uur werkt. De voltijder verdient voor de uren tussen 29 en 40 niet alleen zijn basissalaris. Hij verwerft ook aanspraak op vakantietoeslag, betaalde vakantie, misschien ook een

115. HvJ EG 15 december 1994, C-399/92 (*Lengerich/Helmig*), JAR 1995/36, bevestigd in HvJ EG 6 december 2007, C-300/06 (*Voss/Land Berlin*), JAR 2008/19.
116. Zij baseren zich op HvJ EG 27 mei 2004, C-285/02 (*Elsner-Lakeberg*), JAR 2004/150. In HvJ EG 6 december 2007, C-300/06 (*Voss/Land Berlin*), JAR 2008/19, lijkt het HvJ zich bewust te zijn van spanning tussen *Helmig* en *Elsner-Lakeberg*. Het lijkt erop dat het HvJ het verschil in aanpak tussen *Helmig* en *Elsner-Lakeberg* toeschrijft aan het verschil tussen de feitelijke situaties.
117. Zie bijvoorbeeld CGB 1997-72; CGB 2007-186/187.
118. CGB 2001-82.

dertiende maand, eindejaarsuitkering of andere vaste vergoeding, hij bouwt pensioen op, en tijdens ziekte wordt zijn voltijdse salaris geheel of gedeeltelijk doorbetaald. Om een gelijk uurloon te ontvangen moet de deeltijder in dit voorbeeld voor zijn meeruren dus niet alleen een gelijk uurloon ontvangen, hij moet voor die meeruren ook aanspraak verwerven op deze overige arbeidsvoorwaarden, en als hij ziek wordt moeten de (gemiddelde) meeruren meetellen voor ziekengeld.[119] Dankzij deze vaststelling is het verschil tussen de aanpak die de CGB voorstaat en *Helmig* gering.

Nu is het voor een werkgever lastig om over elk meeruur te berekenen hoeveel extra vakantie-uren, vakantietoeslag en dergelijke dit oplevert, en om dit te administreren. Voor pensioenopbouw is het al helemaal ondoenlijk. Vandaar dat veel werkgevers ervoor kiezen om voor ieder meeruur het standaarduurloon te betalen, verhoogd met een vaste opslag ter compensatie van het gemis aan genoemde arbeidsvoorwaarden. De opslag kan al snel oplopen tot 30-40% of nog hoger.[120] Met een opslag in deze orde van grootte gaat meerwerk toch weer op overwerk lijken. Het tijdens ziekte verschuldigde loon moet zijn gebaseerd op het daadwerkelijk (dus inclusief meeruren) verdiende loon over een representatieve periode.[121] Daarbij gaat men meestal uit van een periode van 13 weken voorafgaand aan de eerste ziektedag.

Inconveniënten
Hebben hulpkrachten, zoals zaterdaghulpen, invallers en 'kleine deeltijders', recht op onregelmatigheids-, inconveniënten-, consignatie-, beschikbaarheids- en soortgelijke toeslagen? Er wordt wel verdedigd dat hulpkrachten zich niet kunnen vergelijken met voltijdwerknemers en 'grote deeltijders', ook al verrichten zij min of meer hetzelfde werk, en dat het niet betalen van deze toeslagen aan hulpkrachten, en wel aan overige werknemers, dus geen onderscheid op grond van contractduur maakt. De CGB deelt deze opvatting echter niet,[122] behalve waar het gaat om oproepkrachten die oproepen mogen weigeren. In hun geval kan het objectief gerechtvaardigd zijn om hun een onregelmatigheidstoeslag te onthouden die wel aan vaste werknemers wordt betaald.[123]

119. CGB 1997-72; CGB 1997-111; Ktr. Amsterdam 19 februari 1999, JAR 1999/76, bevestigd in Rb. Amsterdam 4 oktober 2000, JAR 2000/232; CGB 2001-05; CGB 2003-7/8; CGB 2006-92; CRM 2014-73.
120. Vas Nunes in AR 2001/10, nr. 49, reactie in nr. 61. Zie CGB 2000-97; CGB 2003-155; CGB 2006-252; CGB 2012-83.
121. Voorbeeld: CGB 2000-97. Vgl. Ktr. Amsterdam 26 juni 2018, ARUpdates 2018-1024.
122. CGB 1998-43/44; CGB 1998-106; CGB 2006-119; CGB 2012-134.
123. CGB 2012-135/136.

Incidentele beloningen
Er is in principe geen goede reden om, zoals een enkele cao doet, kleine deeltijders, oproepkrachten, uitzendkrachten en dergelijke uit te sluiten van het recht op incidentele uitkeringen zoals dertiende maand, eindejaarsuitkering, diensttijdjubileum en bonus.[124] Het argument dat betaling van de bonus pro rata aan dergelijke personen een onevenredig zware administratieve last zou betekenen, wordt niet snel aanvaard.[125]

Daar waar het recht op een bonus afhankelijk is van het behalen van een doelstelling, moet deze voor deeltijders pro rata zijn. Stel, bijvoorbeeld, dat een voltijder bij het behalen van een eigen jaaromzet van € 500.000 recht heeft op een bonus van € 1000. Het lijkt logisch te veronderstellen dat de omzetdoelstelling voor iemand die twee dagen per week werkt in beginsel € 200.000 moet zijn.[126] In beginsel, want tussen een voltijder en een deeltijder in dezelfde functie kunnen verschillen bestaan die van invloed zijn op het vermogen om bonusdoelstellingen te behalen. Zo kan het zijn dat voltijders taken hebben die niet rechtstreeks productief zijn (denk bijvoorbeeld aan administratie, overleg en begeleiding), die deeltijders niet hebben, waardoor deze laatsten zich volledig op rechtstreeks productief werk kunnen storten. Een dergelijk verschil zou een onderscheid in bonusdoelstelling kunnen rechtvaardigen, maar dat zal dan wel goed moeten worden onderbouwd.[127]

5.7 Contractduur

Artikel 7:649 lid 1 BW:

> 'De werkgever mag geen onderscheid maken tussen werknemers in de arbeidsvoorwaarden op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst, tenzij een dergelijk onderscheid objectief is gerechtvaardigd.'

Elk beding in strijd met dit verbod is nietig.

Om artikel 7:649 BW te kunnen toepassen moeten klager (degene met het tijdelijke contract) en maatman (de vaste werknemer) zich in een vergelijkbare positie bevinden.[128] Uitzendkrachten bevinden zich niet in een vergelijkbare positie, oproepkrachten wel.[129] Het volgende is vooral voor hen van belang.

124. CGB 2004-54; CGB 2006-126, JAR 2006/156; Ktr. Heerlen 28 december 2016, JAR 2017/23.
125. CGB 2012-135.
126. CGB 2001-72.
127. CGB 2007-74.
128. Zie onder andere HvJ EU 14 september 2016, C-596/14 (*De Diego Porras*), JAR 2016/251, punten 40-44.
129. CGB 2004-14 (impliciet).

Anders dan de meeste non-discriminatiegronden kan ook *rechtstreeks* onderscheid op grond van contractduur objectief gerechtvaardigd zijn. Een voorbeeld is dat het gerechtvaardigd kan zijn om werknemers met een tijdelijk contract uit te zonderen van een bonusregeling. Of dit zo is, hangt onder andere af van het doel van de bonus en van de reden dat werknemers op een tijdelijk contract worden aangenomen. Het doel van een bonus is meestal (a) om werknemers aan het bedrijf te binden en/of (b) om werknemers te belonen voor hun inzet in het afgelopen jaar. De reden om een werknemer niet in vaste dienst te nemen kan zijn (c) dat de werkgever hem eerst wil kunnen beoordelen alvorens hem al dan niet in vaste dienst te nemen, of (d) dat de werkgever niet de bedoeling heeft om de werknemer voor langere duur aan zich te binden. In een geval waarin a en c zich voordoen, kan het redelijk zijn om tijdelijke werknemers uit te sluiten van de bonusregeling. Bij de combinatie b en d is dit zeker niet redelijk. De moeilijkheid is dat vaak niet valt te zeggen wat het doel is van een bonusregeling, of dat het doel gemengd is, en dat vaak ook het aannamebeleid van een werkgever niet transparant is. In zulke gevallen zal het College al snel onderscheid aanwezig achten.[130]

Een veelvoorkomend obstakel waar werknemers met een tijdelijk contract tegenaan lopen is dat regelingen soms een peildatum hanteren. Dit houdt in dat men, om recht te hebben op een bepaald voordeel, bijvoorbeeld een eindejaarsuitkering, op zekere datum, bijvoorbeeld 31 december, in dienst moet zijn. Werknemers met een tijdelijk contract zullen vaker dan vaste krachten niet aan deze eis voldoen. Een peildatum maakt daarmee indirect onderscheid op grond van contractduur. Is een peildatum objectief gerechtvaardigd? Het College geeft geen eenduidig antwoord. In ten minste één geval vond het een peildatum zonder meer niet gerechtvaardigd.[131] In andere gevallen ging het na of de peildatum significant vaker werknemers met een tijdelijk contract benadeelde dan hun vaste collega's; zo niet, dan is er geen onderscheid.[132]

Iets anders dan een peildatum is een wachttijd. Deze komt vooral voor in optieregelingen. Meestal houdt een optieregeling in dat de werknemer jaarlijks een aantal voorwaardelijke optierechten krijgt toegekend, de voorwaarde zijnde dat men na zekere tijd – vaak drie jaar – nog in dienst is. Werknemers met een tijdelijk contract zullen in de regel minder vaak dan vaste medewerkers aan deze voorwaarde kunnen voldoen.

130. CGB 2004-64.
131. CGB 2005-95.
132. CGB 2004-127. Vgl. CGB 2009-39.

5.8 Burgerlijke staat

Wil een beroep op deze non-discriminatiegrond slagen, dan moet sprake zijn van vergelijkbare situaties. Debat over de vraag of hiervan sprake is, heeft zich onder andere voorgedaan ten aanzien van werknemers die naar het buitenland worden uitgezonden. Samenwonenden (relatief vaak gehuwden) ontvingen in de berechte gevallen een hogere buitenlandtoelage dan alleenstaanden (relatief vaak ongehuwden), met als argument hun hogere kosten van levensonderhoud. De CGB vindt dit indirecte onderscheid op grond van burgerlijke staat niet in strijd met de wet, omdat samenwonenden vanwege hun hogere kosten niet in een vergelijkbare positie als alleenstaanden verkeren. Het gaat om ongelijke gevallen, die dus ongelijk moeten worden behandeld.[133]

5.9 Ter beschikking gestelden

Voor payrollarbeid geldt sinds 1 januari 2020 een aparte regeling (artikelen 7:692 en 7:692a BW, artikel 8a Waadi), waardoor de payrollwerknemer recht heeft op nagenoeg[134] alle arbeidsvoorwaarden waarop hij recht zou hebben gehad ware hij in dienst van de inlener. Voor overige ter beschikking gestelden – het gaat vooral om uitzendkrachten – bevat de Waadi in artikel 8 lid 1 een gelijkloonvoorschrift: de ter beschikking gestelde arbeidskracht heeft, behoudens afwijkende cao, recht op 'ten minste dezelfde arbeidsvoorwaarden als die welke gelden voor werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de [inlener]' met betrekking tot, onder andere, het loon en overige vergoedingen. Heeft de inlener geen eigen werknemers in een gelijk(waardig)e functie, dan geldt wat in de sector de norm is. Wat voor loon en arbeidstijden geldt, is ook van toepassing op moederschapsvoorschriften, op antidiscriminatiemaatregelen en op bedrijfsvoorzieningen zoals kantine en kinderopvang- en vervoersfaciliteiten.

133. CGB 2000-12, bevestigd in CRvB 4 november 2004, CRVB:2004:AR5650; CGB 2002-188; CGB 2003-47.
134. Pensioenregeling hoeft slechts 'adequaat' te zijn: artikel 8a lid 4 Waadi en artikel 1a:1 Besluit WAADI zoals dat met ingang van 2021 luidt (Stb. 2019, 487).

6 Secundaire arbeidsvoorwaarden

6.1 Vakantie en arbeidsduurverkorting

Vakantie en arbeidsduurverkorting
Naast vakantie bestaan er allerlei vormen van betaalde vrije tijd. Een bijzondere vorm is arbeidsduurverkorting (adv).[1] Adv is in beginsel geen vakantie.[2] Dit heeft te maken met het doel ervan. Terwijl het doel van vakantie, in de woorden van het HvJ, 'recuperatie' is, is (althans was) het doel van adv het scheppen van banen voor werkzoekenden. Een regeling met een dergelijk doel is niet zonder meer aan te merken als een 'arbeidsvoorwaarde'. Echter, in de loop der jaren is de grens tussen vakantie en adv vervaagd.[3]

Deeltijders en oproepkrachten
Arbeidsvoorwaarden moeten daar waar mogelijk *pro rata temporis* worden toegekend. Deeltijders hebben dus recht op een hoeveelheid betaalde vakantie dat overeenkomt met hun deeltijdpercentage. Voor adv ligt dit genuanceerder.[4]

Heeft de deeltijder ook recht op geprorateerde 'seniorendagen', dat wil zeggen extra vrije tijd bedoeld om ouderen te ontlasten? Het antwoord hangt af van de mate waarin de werkbelasting toeneemt in verhouding tot de lengte van de werkweek. Neemt de werkbelasting bij toename van de wekelijkse arbeidsduur meer dan evenredig toe, dan kan dat een legitieme reden zijn om aan deeltijders het voordeel van een 'ontlastings–regeling' te onthouden. De CGB vond het echter niet gerechtvaardigd om deeltijders uit te sluiten van het recht om vanaf de leeftijd van 55 jaar tegen gunstige voorwaarden minder te gaan werken, omdat de werkbelasting van een oudere voltijder (32 uur per week) niet noodzakelijk groter is dan die van een oudere deeltijder.[5]

---

1. Veelgebruikte synoniemen: arbeidstijdverkorting (atv) en 'roostervrije uren'.
2. HR 6 februari 1998, JAR 1998/83.
3. CGB 1998-131 en Ktr. Helmond 26 november 1999, JAR 2000/53; CGB 1999-12; CGB 2013-155.
4. Zie bijvoorbeeld CGB 1999-78 en Ktr. Utrecht 14 februari 2001, JAR 2001/51.
5. Zie CGB 1995-44; CGB 56-60; CGB 1996-117; CGB 1997-111; CGB 1997-144; CGB 1998-96; CGB 2002-7; CGB 2002-116; CGB 2003-37.

Ook de beloning voor het meedraaien in bijzondere diensten moet pro rata zijn. Een voorbeeld is de 'uitslaapregeling' van de ziekenhuis-cao:[6] wie een beschikbaarheidsdienst had gedraaid, kreeg de volgende ochtend vrijaf. Een OK-assistente die op dinsdag en donderdag werkte, had hier niets aan. De regeling maakte in haar geval onderscheid naar arbeidsduur doordat zij omgerekend per uur minder betaling ontving dan haar voltijdse collega's.

Oproepkrachten werken vrijwel altijd minder dan voltijders, en vaak tevens op basis van een tijdelijk contract. In dat geval maakt een maatregel die oproepers anders behandelt dan vaste krachten onderscheid naar arbeidsduur en/of contractduur. Zo is een cao-bepaling die adv toekent aan werknemers met een vast contract en niet aan bepaaldetijders, nietig.[7]

Anders behandelen hoeft overigens niet nadelig te zijn voor oproepers. Zo is het gebruik om – strikt genomen in strijd met de wet[8] – oproepers in supermarkten geen betaalde vakantiedagen toe te kennen, maar in plaats daarvan hun een toeslag op het uurloon te betalen. Dat vinden de oproepers zelf best en het scheelt hun werkgevers administratief werk. Het HvJ en de CGB keuren het echter af, het HvJ vanwege strijd met Richtlijn 99/70,[9] de CGB vanwege ongelijke behandeling op grond van arbeidsduur.[10]

Geslacht en moederschap

De werknemer verwerft recht op vakantie tijdens iedere dag waarover hij recht op loon heeft, dus wel tijdens ziekte, maar niet tijdens (onbetaald) ouderschapsverlof.[11] Dit is de hoofdregel. Een van de uitzonderingen is dat de vakantiedagenopbouw doorgaat tijdens zwangerschaps- en bevallingsverlof, ook al is er dan geen recht op loon.[12] Hetzelfde geldt tijdens onbetaald langdurig zorgverlof.[13] Moederschap kan ook niet leiden tot verlies van adv.[14]

Er zijn allerlei manieren waarop een vakantieregeling indirect onderscheid kan maken op grond van geslacht. Zo komt men cao's tegen die méér vakantie-uren per jaar toekennen aan werknemers in de hogere functiegroepen dan aan lager betaalden. Als vrouwen oververtegenwoordigd zijn in de groep lager betaalden,

6. CGB 2006-125.
7. Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2007, JAR 2007/127.
8. Artikel 7:640 verbiedt afstand van vakantie.
9. HvJ EG 16 maart 2006, C-131/04 en C-257/04 (*Robinson-Steele*), JAR 2006/84: als desondanks all-in loon wordt betaald, mag werkgever gedeelte loon dat hij ter vervanging van betaalde vakantie betaalde verrekenen, mits dat gedeelte 'op transparante en begrijpelijke wijze' is geoormerkt.
10. CGB 2004-14.
11. HvJ EU 4 oktober 2018, C-12/17 (*Dicu*), JAR 2018/281.
12. Artikel 7:635 lid 2 BW.
13. Artikel 7:635 lid 1 onder f BW.
14. CGB 1998-131; Ktr. Helmond 26 november 1999, JAR 2000/53.

wat vaak voorkomt, maakt een dergelijk verschil indirect onderscheid op grond van geslacht.[15]

Bedrijfssluiting en schoolvakantie
Sommige bedrijven gaan tijdens de zomer één of enkele weken dicht. De betreffende periode wordt dan aangemerkt als vakantie. Bij sommige andere werkgevers worden enkele dagen per jaar, vooral tussen kerst en nieuwjaar, aangewezen als collectieve vakantiedagen. Dit is legitiem, mits een uitzondering wordt gemaakt voor moederschap. Het als vakantie aanmerken van dagen waarop de werkneemster moederschapsverlof geniet, is in strijd met het Unierecht.[16] Zulke dagen mogen dus niet worden afgeboekt van het vakantietegoed. Het logische gevolg hiervan is dat de werkneemster die tijdens een bedrijfssluiting met verlof is, haar vakantietegoed buiten de sluitingsperiode mag opnemen.

Deze rechtspraak moet – anders dan lang werd aangenomen – ook worden toegepast op werkneemsters in het onderwijs van wie het moederschapsverlof geheel of gedeeltelijk samenvalt met de – lange – schoolvakanties.[17]

Seniorenregelingen
Vroeger was het vrij gebruikelijk dat het aantal vakantiedagen waarop een werknemer jaarlijks aanspraak heeft, vanaf zekere leeftijd of na een zekere dienstijd toeneemt. Dankzij de WGBL is dit sterk teruggedrongen. Toch kennen nog altijd sommige cao's en reglementen zogenoemde 'seniorenregelingen'. Aanvankelijk keurde de CGB dit soort regelingen zonder meer af.[18] Hetzelfde dreigde te gebeuren ten aanzien van andere 'seniorenregelingen', zoals vrijstelling van ouderen van nachtdiensten. Dit veroorzaakte onrust. In 2006 nuanceerde de CGB haar opvatting:[19]

> 'Waar het toekennen van een beperkt aantal vakantiedagen wordt gemotiveerd met een beroep op het verminderen van de belasting en het verhogen van de belastbaarheid, zal de maatregel op zichzelf genomen moeilijk passend en/of noodzakelijk kunnen worden geacht. Indien deze maatregel onderdeel is van een breder leeftijds- of leeftijdsfasebewust personeelsbeleid, dan is er minder snel aanleiding verboden leeftijdsonderscheid aan te nemen, omdat de maatregel dan niet langer op zichzelf staat maar onderdeel is van een aantal maatregelen die bij elkaar wél kunnen bijdragen aan het gestelde doel. Men denke aan de combinatie van maatregelen die

15. CGB 2001-83 (tussenoordeel); eindoordeel in CGB 2002-161.
16. HvJ EG 18 maart 2004, C-342/01, JAR 2004/86 (*Gomez/Continental*). Zie Vas Nunes in TAC 2021/1 p. 35.
17. HR 6 november 2020, HR:2020:1748.
18. CGB 2004-118, JAR 2004/223; Ktr. Rotterdam 15 juni 2005, RBROT:AT7822. Genuanceerder: CGB 2005-110 (tussenoordeel).
19. Advies CGB 30 maart 2006, nr. 2006/04 'Seniorenregelingen als onderdeel van leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid'.

> gericht zijn op het reduceren van de nadelen die verbonden zijn aan belastende functiekenmerken, zoals een gezondheidsbeleid, sociaal-medische begeleiding, het faciliteren van job-rotation, taakverbreding en taakverrijking, scholing gericht op blijvende inzetbaarheid en zo meer. Dan past een beoordeling van regelingen binnen de context van het brede beleid.'

Er volgde een aantal oordelen over wat inmiddels was gaan heten 'leeftijds(fase)bewust beleid'. Eén oordeel betrof een werkgever met productiemedewerkers en kantoorpersoneel. Het bedrijf had in goed overleg met zijn personeel verschillende maatregelen getroffen om uitval van oudere werknemers te voorkomen, waaronder toekenning van 3 à 4 extra verlofdagen aan 50-plussers. Het bedrijf wist de CGB ervan te overtuigen dat de productiemedewerkers zulk fysiek zwaar werk verrichtten dat er een reële noodzaak bestond om hun belasting te verlagen. De CGB was daarom bereid tot een 'contextuele' beoordeling als bedoeld in vorenstaand citaat. Nu het bedrijf een heel pakket aan maatregelen had getroffen, gericht op afname van de belasting van de oudere productiemedewerkers en het waarborgen van hun blijvende inzetbaarheid, kwam de CGB tot de conclusie dat de extra verlofdagen, gelet op deze bredere context, gerechtvaardigd waren. Dit gold niet voor het kantoorpersoneel.[20] Rechters lijken de zienswijze van de CGB op dit punt te volgen.[21] In één geval leidde dit ertoe dat de ouderen in een onderneming hun recht op extra vakantie kwijtraakten, een sprekend voorbeeld van 'levelling down'.[22]

Een regeling die het recht op seniorendagen en dergelijke beperkt tot voltijders en 'grote deeltijders' maakt indirect onderscheid, niet alleen op grond van deeltijd, maar ook op andere non-discriminatiegronden, waaronder h/cz. H/cz'ers verkeren namelijk relatief vaak in de situatie dat zij na uitval gedeeltelijk deeltijd hervatten.[23]

Voorrang bij vakantieopname

Het komt voor dat ouders van leerplichtige kinderen eerste keus krijgen bij het vaststellen van de zomervakantieperiode. Een dergelijke 'voorrangregeling' maakt onderscheid op grond van woon- en leefvorm, maar onderscheid op die grond is niet verboden. Verschillende werknemers zonder leerplichtige kinderen hebben

20. CGB 2007-97, JAR 2007/165, zie ook nrs 98 en 99. Vgl. CGB 2008-37; Ktr. Harderwijk 23 december 2009, AR 2010-0006; CGB 2012-60; CRM 2013-16; CRM 2015-86; Ktr. Leeuwarden 15 augustus 2017, JAR 2017/263, op dit punt bekrachtigd door Hof Leeuwarden 24 september 2019, JAR 2019/269.
21. Ktr. Amsterdam 4 april 2008, JAR 2008/133; Ktr. Utrecht 27 juli 2011, JAR 2011/272; Hof Leeuwarden 18 december 2012, JAR 2013/53; Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2018, JAR 2018/124.
22. Hof Arnhem 27 april 2010, JAR 2010/143. Vgl. Ktr. Groningen 13 juli 2011, JAR 2011/266; Hof Arnhem 22 oktober 2013, GHARL:7886; Ktr. 's-Hertogenbosch 19 september 2019, RBOBR:5295.
23. Ktr. Eindhoven 18 januari 2018, RBOBR:5005 (tussenvonnis) en 4 oktober 2018, RBOBR:5006 (eindvonnis), beide in JAR 2018/266.

betoogd dat een voorrangregeling indirect onderscheid naar burgerlijke staat oplevert. Dit kan het geval zijn, maar dan moet wel de benadeling in de verhouding gehuwd/ongehuwd voldoende groot zijn om te concluderen tot onderscheid, en dat is niet snel het geval.[24] Als er al indirect onderscheid is, zal dit doorgaans gerechtvaardigd zijn.[25]

6.2 Feestdagen

Werknemers hebben geen wettelijk recht op vrijaf op 'nationale' en 'algemeen erkende' feestdagen, laat staan recht op loon over een niet-gewerkte feestdag. Wel bevatten de meeste cao's een regeling voor feestdagen. Ook mogen werkgevers niet discrimineren, bijvoorbeeld door bepaalde groepen wel en andere niet vrijaf op een feestdag te geven.[26]

Soms valt een feestdag op een werkdag waarop een deeltijder toch al vrij had. Dit geldt vooral voor wie niet op maandag werkt. Zo'n deeltijder mist het voordeel van betaald vrijaf op tweede paasdag en tweede pinksterdag, die altijd op een maandag vallen (naast andere, soms op een maandag vallende feestdagen en collectieve adv-dagen). De werkgever kan dit nadeel opheffen door te werken met een 'jaaruren'-systeem.[27] Dit houdt in dat jaarlijks per werknemer wordt vastgesteld hoeveel uren hij werkt.

Organisaties waarin ook op feestdagen moet worden gewerkt, hanteren soms een systeem waarbij de werknemer met extra verlof wordt gecompenseerd. De vraag is hoeveel extra verlof deeltijders in dat geval verdienen.[28]

De werkgever moet rekening houden met de wens van sommige (aspirant-)werknemers om op bepaalde dagen of tijden vrijaf te hebben, bijvoorbeeld in verband met een religieuze feestdag of met kerk- of moskeebezoek.[29] Weigering hiermee rekening te houden maakt onderscheid op grond van godsdienst.

Een beleid om oproepkrachten niet op te roepen tijdens feestdagen, ook niet wanneer deze vallen op voor hen min of meer gebruikelijke werkdagen, terwijl vaste medewerkers die dagen wel doorbetaald krijgen, maakt indirect onderscheid op grond van contractduur. Dat onderscheid zal niet snel gerechtvaardigd zijn.[30] In

24. CGB 1997-45; CGB 1999-28/29.
25. CGB 2004-29.
26. Zie HvJ EU 22 januari 2019, C-193/17 (*Cresco*), JAR 2019/58; CGB 2010-160.
27. Zie onder andere CGB 2011-127, JAR 2011/264; CGB 2012-75.
28. Zie CRM 1999-7.
29. HR 30 maart 1984, NJ 1985/350 (*De Venhorst/Inan*); CRvB 17 november 1994, AB 1995/322; CGB 1999-49; Rb. 's-Gravenhage 19 januari 2000, JAR 2000/97; CRM 2016-7.
30. CGB 2004-14.

veel gevallen zal de werkgever zijn 'vaste' oproepkrachten dan ook moeten betalen voor de niet-gewerkte feestdag.

6.3 Bijzonder verlof

De wet kent een regeling voor 'calamiteiten en ander kort verzuimverlof'.[31] Hieronder valt in de eerste plaats verlof voor 'zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden', zoals bevalling van de partner en overlijden van naasten. De meeste cao's breiden de wettelijke lijst van omstandigheden uit met zaken als ondertrouw, huwelijk, huwelijk van aanverwanten, jubilea, verjaardagen, verhuizing, rouwverwerking enzovoort. Zulke regelingen kunnen op gespannen voet staan met het verbod van onderscheid op grond van burgerlijke staat,[32] seksuele gerichtheid,[33] godsdienst, arbeidsduur en contractduur.

Daarnaast verleent de wet de werknemer het recht om met behoud van loon 'voor een korte, naar billijkheid te berekenen tijd' te verzuimen wegens, onder andere, (a) 'onvoorziene omstandigheden die een onmiddellijke onderbreking van de arbeid vergen', en (b) 'zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden'. Daarvan is sprake bij 'spoedeisend, onvoorzien of redelijkerwijze niet buiten werktijd om te plannen arts- of ziekenhuisbezoek door de werknemer of de noodzakelijke begeleiding daarbij van [naasten]', kortweg 'calamiteiten'.

Deze rechten zijn vooral van belang voor werknemers die voltijds werken. Deeltijders hebben meer mogelijkheden om privézaken buiten werktijd te regelen. Mag daarom van deeltijders worden verlangd dat zij vaker dan voltijders privézaken in hun eigen tijd regelen? Denk bijvoorbeeld aan tandartsbezoek. Sommigen redeneren dat de tijd gelegen tussen vol- en deeltijd vrij besteedbare tijd is, waarin deeltijders eventuele privézaken kunnen plannen. Het College ziet dit genuanceerder:[34]

> '(...) dat de privé-tijd van deeltijdwerkers niet zonder meer beschouwd kan worden als vrij in te vullen tijd. Dat hangt van de persoonlijke omstandigheden af van de deeltijdwerker. Zo kan deze nog een baan elders hebben of werk met zorgtaken of vrijwilligerswerk combineren. Ook hangt het van het persoonlijk gestel af in hoeverre de compensatie van tijd een (extra) zware belasting vormt.'

Oproepkrachten komen er vaak nog bekaaider van af dan deeltijders. In de eerste plaats hebben zij te maken met regelingen die het recht op bijzonder verlof

31. Artikel 4:1 Wazo, nu nog gebaseerd op Richtlijn 2010/18, vanaf 2 augustus 2022 op Richtlijn 2019/1158.
32. CGB 2007-15.
33. CGB 1999-13.
34. CGB 1998-36; CGB 2005-98; CGB 2007-140.

beperken tot werknemers met een vast dienstverband of tot werknemers met een zekere minimale onafgebroken diensttijd. Zulke regelingen staan op gespannen voet met het verbod op onderscheid op grond van contractduur.[35] Zij benadelen namelijk vooral bepaaldetijders.

Werknemers met familie op afstand – en dat zijn relatief vaak buitenlandse werknemers – hebben in veel gevallen behoefte aan extra verlof. Aan de ene kant kan dit een reden zijn om hen in dit opzicht te bevoordelen boven hun 'gewone' collega's, aan de andere kant is het begrijpelijk dat werkgevers in ruil voor deze bevoordeling aanvullende voorwaarden stellen. Zulke voorwaarden mogen niet discrimineren.[36]

6.4 Pensioen

6.4.1 Inleiding

De gelijkebehandelingswetgeving is vooral relevant voor het tussen werkgever en werknemer overeengekomen 'tweede-pijler'-pensioen. Het 'eerste-pijler'-pensioen (AOW en Algemene nabestaandenwet (Anw)) vormt namelijk geen 'beloning' voor verrichte arbeid, en bij 'derde-pijler'-pensioen (denk aan vrijwillige WIA-hiaat- en -excedentverzekeringen) komt er meestal geen werkgeversbijdrage aan te pas, zodat ook daar geen sprake is van 'beloning'.

Tweede-pijlerpensioen kan zijn:
- ouderdomspensioen (OP);
- nabestaandenpensioen (NP);
- arbeidsongeschiktheids- of invaliditeitspensioen.

Nederland heeft een van de beste tweede-pijlerpensioenstelsels ter wereld. Toch kent het stelsel kwetsbaarheden. Bijna alle politieke partijen zijn het erover eens dat het stelsel aan aanpassing toe is. Jarenlange discussie mondde in juni 2019 uit in een 'pensioenakkoord' dat volgens plan in 2022 moet uitmonden in een nieuwe Pensioenwet.[37]

Fiscaal kader
Tweede-pijlerpensioen is vooral interessant vanwege de zogenoemde 'omkeerregel'. Deze houdt in (1) dat de waarde van de pensioenaanspraken die de werknemer tijdens het dienstverband verwerft geen belast voordeel vormt, en (2)

35. HvJ EU 20 december 2017, C-158/16 (*Vega González*); CGB 2003-102; CGB 2004-14.
36. Zie HR 19 april 2001, NJ 1991/453 (*Namroudi/Cemsto*).
37. SER-advies 19/05 'Naar een nieuw pensioenstelsel'; Hoofdlijnennotitie uitwerking pensioenakkoord 22 juni 2020, Kamerstuk 32043, nr. AC.

dat de eventuele eigen bijdrage van de werknemer aan de pensioenpremie een aftrekpost is voor de loonheffing. Uiteraard is de keerzijde dat, wanneer het pensioen ingaat, de uitkeringen zijn belast. De omkeerregel verlaagt de belastingopbrengst. Vandaar dat de wet beperkingen stelt aan de hoeveelheid pensioen die de werknemer mag verwerven. Het gaat vooral om vier beperkingen: de pensioenrichtleeftijd, het maximale opbouwpercentage, de AOW-franchise en het maximale pensioengevend loon.

De pensioenrichtleeftijd is, simpel gezegd, de leeftijd waarop het ouderdomspensioen normaal gesproken ingaat. Net als de AOW stijgt ook deze leeftijd in stappen. Hij mag op dit ogenblik niet lager zijn 68 jaar.[38] Het is wel mogelijk eerder 'met pensioen' te gaan, maar dan moet de uitkering navenant lager zijn.

Op dit ogenblik bedraagt de maximale jaarlijkse opbouw in de meest voorkomende pensioenregeling 1,875% van de pensioengrondslag.[39] In een dergelijke regeling verwerft de deelnemer na 40 dienstjaren een levenslang jaarlijks ouderdomspensioen van 40 × 1,875% = 75% van het salaris dat hij in de loop van zijn dienstverband gemiddeld verdiende.[40]

De AOW-franchise voorkomt dat het ouderdomspension tezamen met de AOW-uitkering meer bedraagt dan een zeker percentage van het salaris. Dit wordt bereikt door het fiscale voorschrift dat de aanspraak op AOW moet zijn 'ingebouwd' in de pensioenovereenkomst. Dit inbouwen gebeurt door het salaris waarop het ouderdomspensioen is gebaseerd (het 'pensioengevend salaris') te verminderen met een 'franchise'. In 2021 bedraagt deze franchise voor een voltijder in de meeste gevallen (er zijn verschillende soorten franchises) ten minste € 14.544 per jaar. Een voorbeeld (alle bedragen bruto en op jaarbasis):

pensioengevend salaris	€ 80.000
af: AOW-franchise	€ 14.544
pensioengrondslag	€ 65.456

Salaris boven een bepaald bedrag (in 2021: € 112.189 bruto per jaar) kan niet profiteren van de omkeerregel. Wie (over de periode vanaf 2015) ouderdomspensioen wil opbouwen over salaris dat boven dit maximum uitgaat, kan dat nog wel doen, maar alleen in de vorm van een (fiscaal minder interessante) 'nettopensioenregeling'. Dit houdt in dat de werkgeversbijdrage aan de premie belast is en dat een eventuele eigen bijdrage van de werknemer uit diens nettosalaris moet komen. Er

38. Is hij toch lager, dan is de maximale jaarlijkse opbouw evenredig lager. In 2021 blijft de leeftijd 68 jaar, maar hij stijgt te zijner tijd mee met de AOW-leeftijd.
39. Het gaat om een pensioenregeling van het type 'gemiddeld loon'.
40. Dit is exclusief eventuele voor- en/of na-indexering.

wordt dan niet geprofiteerd van de omkeerregel.[41] Natuurlijk is de keerzijde hiervan dat het te zijner tijd uit te keren pensioen onbelast is.

Ouderdomspensioen
De Pensioenwet (PW) benoemt drie soorten overeenkomsten met betrekking tot ouderdom:
- uitkeringsovereenkomst;
- kapitaalovereenkomst;
- premieovereenkomst.

Bij een uitkeringsovereenkomst ontvangt de werknemer vanaf zijn pensionering een levenslange, meestal maandelijkse, uitkering ('het pensioen'). De hoogte ervan wordt al bij opname in de pensioenregeling (dus meestal: bij indiensttreding) vastgelegd. Dit gebeurt aan de hand van een formule, bijvoorbeeld: jaarlijks ouderdomspensioen = 1,875% pensioengrondslag × dienstjaren. In dit voorbeeld is de hoogte van het pensioen het product van salaris en volbrachte diensttijd. De hoogte van het pensioen hangt in deze variant niet af van de betaalde premie. De werkgever of pensioenuitvoerder draagt het risico dat de premie achteraf te laag blijkt te zijn berekend (en hij oogst het voordeel van een te conservatief berekende premie). Dit risico bestaat voornamelijk uit twee onderdelen: (1) de werknemer leeft langer dan was geschat bij de berekening van de premie (het 'langlevenrisico'), en (2) de premies brengen een lager rendement op dan was geschat (het 'beleggingsrisico').

Binnen de categorie van salaris/diensttijdregelingen bestaan tal van subcategorieën. De tegenwoordig meest voorkomende is de 'middelloonregeling'. Deze houdt in dat de deelnemer elk jaar aan OP-aanspraak een percentage opbouwt van zijn pensioengrondslag in *dat* jaar. De opbouw varieert dus van jaar tot jaar, afhankelijk van het salaris. Een variant die vroeger veel voorkwam, zelfs jarenlang de dominante variant was, is de 'eindloonregeling'. In een dergelijke regeling verwerft de deelnemer jaarlijks pensioenaanspraken die gerelateerd zijn aan het salaris dat hij aan het einde van zijn dienstbetrekking zal blijken te verdienen. Aangezien dat salaris bijna altijd hoger is dan het beginsalaris, moet iedere keer dat de werknemer loonsverhoging krijgt de premie worden herberekend. Bijna altijd blijkt dan dat in het verleden te weinig premie is betaald. Dit tekort – de zogenoemde 'backservice' – moet dan worden gerepareerd met een 'backservicepremie'.

41. Een netto pensioenregeling is in zoverre wel fiscaal gefaciliteerd dat het pensioenvermogen is vrijgesteld van vermogensrendementsheffing.

Kapitaalovereenkomsten komen vooral voor in de vorm van een 'streefregeling'. Hierbij verwerft de werknemer in principe een pensioen volgens een salaris/diensttijdregeling, maar met afwijkende financiering en een andere risicoverdeling.

Bij een premieovereenkomst komen werkgever en werknemer overeen dat de werkgever periodiek een bepaalde premie aan de pensioenuitvoerder betaalt. Meestal is dit bedrag een percentage van de pensioengrondslag. De pensioenuitvoerder belegt de premies. Op de pensioendatum koopt de werknemer van het zodoende gespaarde kapitaal een levenslange periodieke uitkering. Hoeveel het kapitaal bedraagt, is niet op voorhand te zeggen, want dit hangt af van het behaalde rendement op de ingelegde premies. Hoeveel de met het kapitaal aan te schaffen periodieke uitkering bedraagt, is evenmin op voorhand te zeggen, want dit hangt af van de rentestand op dat moment. In deze variant liggen alle risico's bij de werknemer: zowel het beleggingsrisico als het renterisico en – indirect – het langlevenrisico.

Bij de uitkeringsovereenkomst en de kapitaalovereenkomst is de volgorde: eerst stellen we vast wat de werknemer op de pensioendatum krijgt en dan zien we wel hoeveel dat aan premie kost. Vandaar dat deze regelingen bekendstaan als *defined benefit* of DB-regelingen. De *benefit* is gedefinieerd; wat het kost om haar aan te schaffen zal blijken. Bij premieregelingen is de volgorde andersom: eerst stellen we vast hoeveel we periodiek betalen, later zien we wel welk pensioen dat oplevert. Vandaar de term *defined contribution* of DC-regeling.

De meeste pensioenregelingen bevatten een bepaling die voorziet in de situatie dat de werknemer langer dan twee jaar volledig arbeidsongeschikt is. In dit geval gaat hij kosteloos door met het verwerven van pensioenaanspraken zolang hij volledig arbeidsongeschikt blijft, tot aan zijn normale pensioendatum. De verdere pensioenopbouw is dan 'kosteloos', zowel voor de werkgever (die geen premie meer betaalt) als voor de werknemer (die geen eigen bijdrage meer betaalt). Men duidt de betrokken bepaling vaak aan als 'pvi' (premievrijstelling bij invaliditeit). Bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid loopt de pensioenopbouw gedeeltelijk door.

Ongeacht het soort pensioenovereenkomst kan sprake zijn van 'toeslagverlening', meestal aangeduid als 'indexering'. Hierbij moet worden onderscheiden tussen enerzijds het periodiek verhogen van het ingegane pensioen (ook wel: 'na-indexering') en anderzijds het bij een middelloonsysteem periodiek verhogen van de opgebouwde aanspraken tijdens het dienstverband (ook wel: 'voor-indexering'). Tegenwoordig is de aanspraak op indexering vrijwel altijd voorwaardelijk.

Nabestaandenpensioen
Behalve ouderdomspensioen voorzien de meeste pensioenregelingen in nabestaandenpensioen (NP). Dit is een verzamelterm voor de uitkering aan de eventuele partner van een overleden werknemer (partnerpensioen) en de uitkering aan zijn minderjarige of nog studerende kinderen (wezenpensioen). Het wettelijke begrip 'partner' omvat de echtgenoot en de geregistreerd partner van de deelnemer of gewezen deelnemer. De meeste pensioenregelingen kennen een ruimer partnerbegrip, bijvoorbeeld degene met wie de deelnemer duurzaam een gemeenschappelijke huishouding voert. Het wezenpensioen is in kwantitatief opzicht van beperkt belang en blijft hierna onbesproken. Ook het 'bijzonder partnerpensioen' (tussen gescheiden partners) blijft buiten beschouwing.

Er is partnerpensioen dat wordt opgebouwd en partnerpensioen op risicobasis. Een voorbeeld van de opbouwvariant zou kunnen zijn dat de deelnemer voor elk dienstjaar een NP-aanspraak verwerft gelijk aan 70% van de OP-aanspraak die hij in dat jaar opbouwt. Die aanspraak heeft een geldswaarde. Ongeacht wanneer de deelnemer overlijdt (tijdens of na zijn dienstverband, voor of na zijn partner), de aanspraak blijft bestaan en kan verzilverd worden. Dit is in een risicoregeling anders. De partner komt dan alleen voor een partnerpensioen in aanmerking als de werknemer tijdens zijn dienstverband overlijdt. Doet hij dat niet (bijvoorbeeld omdat hij uit dienst treedt), dan is er geen aanspraak. Dan is de premie, achteraf bezien, voor niets betaald.

Pensioen is belonging
De uitkering die de werknemer vanaf zijn pensionering ontvangt, vormt 'beloning' in de zin van artikel 157 VWEU, mits zij een 'contractuele oorsprong' heeft.[42] Dit begrip is ruim; voldoende is dat dat er verband is met een (bestaand of voormalig) dienstverband.[43] Een uitkering met contractuele oorsprong kan bijvoorbeeld een uitkering op basis van een sociaal plan zijn.[44]

Een 'derde-pijler'-pensioenvoorziening, die een werknemer *buiten zijn werkgever om* bij een verzekeringsmaatschappij of bank aanschaft, is niet onderworpen aan de arbeidsrechtelijke gelijkebehandelingswetgeving.[45] Vrijwillige en uitsluitend uit eigen bijdragen van de werknemer gefinancierde verzekeringen die *via de werk-*

42. HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84 (*Von Hartz/Bilka-Kaufhaus*).
43. Zie HvJ EG 9 februari 1982, zaak 12/81 (*Garland*); HvJ EG 6 oktober 1993, zaak 109/91 (*Ten Oever*); HvJ EG 28 september 1994, zaak 7/93, JAR 1994/252 (*Beune*); HvJ EG 29 november 2001, zaak 366/99, PJ 2002/26 (*Griesmar*); HvJ EG 12 september 2002, C-351/00 (*Niemi*), PJ 2002/103 (*Fins militair pensioen*).
44. HvJ EG 13 juli 2000, C-166/99 (*Defreyn/Sabena*), JAR 2000/209.
45. Wel aan artikel 7 Awgb, dat onderscheid verbiedt bij het aanbieden van goederen en diensten, voor zover niet uitgezonderd krachtens artikel 2.

gever lopen, liggen op de grens.[46] Het gaat hierbij vooral om collectieve WIA-hiaat- en Anw-hiaatverzekeringen en om collectieve regelingen die het ouderdomspensioen en/of nabestaandenpensioen ophogen.

De manier waarop de werkgever zijn pensioenverplichtingen verzekert, en daarmee de wijze waarop de premie wordt berekend, valt niet onder artikel 157 VWEU.[47] De werkgever mag dus, moet soms zelfs, onderscheid maken waar het de premie betreft. Dit wordt hierna uitgewerkt.

Groepsdifferentiatie
Er zijn tal van pensioenregelingen die, binnen één organisatie, voor sommige maar niet voor alle werknemers openstaan. Zo ziet men vaak dat voor leidinggevend personeel een andere regeling geldt dan voor het overige personeel, of dat alleen de leidinggevenden naast het basispensioen aanvullend pensioen opbouwen. In hoeverre verdraagt zich zulke differentiatie met de gelijkebehandelingswetgeving? Helaas bestaat hierover verwarring, onder andere door het arrest *Souverijn* uit 2002.[48] Het ging om administratief personeel in een drukkerij – overwegend vrouwen – dat was uitgesloten van deelname aan een pensioenregeling. De rechtbank nam geen ongelijke behandeling aan, omdat het administratief personeel geen arbeid van gelijke waarde als die van de drukkers verrichtte, en de Hoge Raad bekrachtigde dat oordeel. Het arrest wordt wel aangehaald wanneer het gaat om uitsluiting van een groep werknemers van deelname aan een pensioenregeling.

Naar mijn mening betekent *Souverijn* niet dat groepsdifferentiatie onbeperkt toelaatbaar zou zijn. Stel, een advocatenkantoor beloont zijn advocaten beter dan de secretaresses. Het salaris van de secretaresses is lager, en bovendien nemen zij deel aan een minder gunstige pensioenregeling. In principe is het verschillend belonen van groepen geoorloofd. Maar wat als de advocaten overwegend man en de secretaresses allen vrouw zijn? Het werk van de advocaten heeft een andere 'waarde' dan dat van de secretaresses. Men zou, met *Souverijn* in de hand en de maatmanmethode in gedachte, kunnen menen dat dus geen sprake is van ongelijke behandeling. Hier kan men, groepsvergelijkend, tegenover stellen dat de secretaresses en de advocaten (indirect) ongelijk worden behandeld op grond van

46. Zulke vrijwillige voorzieningen vormen geen beloning in de zin van artikel 157 VWEU. Echter, de definitie van 'pensioenvoorziening' in artikel 12a WGBm/v dekt ook vrijwillige voorzieningen. Aanvankelijk vond de CGB daarom dat vrijwillige WAO-hiaatverzekeringen vallen onder het begrip 'arbeidsvoorwaarde': zie CGB 2000-26 en 2001-62/63. Het College oordeelt nu anders: CGB 2007-159/160; CRM 2018-27/28.
47. HvJ EG 22 december 1993, C-152/91 (*Neath*), JAR 1994/77, punt 31.
48. HR 12 april 2002, JAR 2002/101 (*Souverijn/Wouters*).

geslacht. Zo denkt in ieder geval het College erover. De werkgever zal, volgens het College, de uitsluiting van de secretaresses moeten rechtvaardigen.[49]

Los van het gelijkebehandelingsrecht kan een uitgesloten werknemer een beroep doen op het bewijsvermoeden van artikel 7 lid 4 PW: geldt voor een 'groep van werknemers' een pensioenregeling, dan wordt iedere tot die groep behorende werknemer geacht deel te nemen aan die regeling, tenzij het tegendeel expliciet is medegedeeld.[50] Om een werknemer die tot een groep behoort uit te sluiten van deelname aan een pensioenregeling, is een uitdrukkelijke, schriftelijke mededeling van de werkgever of een expliciete afstandsverklaring vereist.[51]

Actoren

Het discriminatieverbod richt zich, wat pensioen betreft, tot iedereen die bij de vaststelling en uitvoering van pensioen is betrokken. Behalve werkgevers zijn dit pensioenuitvoerders, sociale partners en de overheid.[52] Pensioenuitvoerders moeten er dus op toezien dat hun opdrachtgevers niet discrimineren. Dit houdt onder andere in dat zij 'hun' werkgevers tijdig en duidelijk informeren over eventuele discriminerende bepalingen in hun pensioenreglementen, en met enige aandrang insisteren op aanpassing. Pensioenuitvoerders hoeven echter niet proactief onderzoek te doen naar eventuele discriminaties die niet uit de betrokken pensioenreglementen, of uit andere hun bekende stukken, blijken.[53] Verder mogen zij afgaan op een aannemelijk oordeel van sociale partners dat een regeling niet discrimineert.[54] Personen en instanties die geen zeggenschap hebben over de wijze van uitvoering, zoals administrateurs en verzekeringstussenpersonen, of die slechts adviseren over pensioen, kunnen niet worden aangesproken op ongelijke behandeling, ook al hebben zij de mogelijkheid hun opdracht neer te leggen.[55]

Het is meermaals voorgekomen dat een discriminerende pensioenregeling moest worden 'gerepareerd', al dan niet met terugwerkende kracht. In zo'n geval heeft de pensioenuitvoerder een zelfstandige verplichting erop toe te zien dat de werkgever inderdaad repareert.[56]

---

49. Zie onder andere CGB 1996-15 en -86 (de zaak *Souverijn*); CGB 2003-106/107 (vooral punt 5.19); CGB 2004-81; Ktr. Amsterdam 24 april 1998, PJ 1998/60.
50. Toegepast in Ktr. 's-Hertogenbosch 5 juli 2001, PJ 2001/81; Ktr. Roermond 15 december 2009, JAR 2010/29.
51. Vgl. HvJ EG 27 oktober 1993, C-337/91, NJ 1994/418 (*Van Gemert-Derks*), punt 27.
52. HvJ EG 28 september 1994, C-200/91 (*Coloroll*), JAR 1994/235, punt 23; HvJ EG 28 september 1994, C-128/93 (*Fisscher*), JAR 1994/216, punt 31; HvJ EG 9 oktober 2001, C-379/99 (*Menauer*), punt 29.
53. CGB 2003-107 punt 5.10; zie echter CGB 2004-17.
54. CRM 2017-3.
55. CGB 2009-53, punt 3.6.
56. Zie CGB 2003-166.

Veranderingen

De pensioenwetgeving is al jaren in beweging. Onder andere zijn de pensioenrichtleeftijd en de fiscaal maximale pensioenopbouw meermalen respectievelijk verhoogd en verlaagd. Bovendien hebben pensioenuitvoerders sinds geruime tijd te maken met tegenvallend beleggingsrendement. Verder willen werkgevers grotere voorspelbaarheid van de kosten van hun pensioenregeling. Als gevolg van dit alles zijn werkgevers massaal afgestapt van de eindloonregelingen die vroeger de norm waren. Zij gingen eerst over naar middelloonregelingen,[57] en inmiddels gaan zij toenemend over op beschikbarepremieregelingen. Volgens het pensioenakkoord worden premieregelingen zelfs de norm. Voor werknemers betekent een en ander in de regel achteruitgang. Er is en wordt dan ook veel geprocedeerd over versobering van pensioenregelingen. Daarbij wordt vooral getoetst aan het reguliere pensioen- en arbeidsrecht, maar ook het gelijkebehandelingsrecht speelt een rol.

Eenmaal opgebouwd pensioen kan niet worden ontnomen. Wanneer een pensioenregeling wordt gewijzigd, is het alleen al om deze reden gebruikelijk om overgangsbepalingen op te nemen. Die zijn er in allerlei soorten. Eén variant is dat wie al vóór de verandering in dienst was, zijn oude regeling behoudt, terwijl nieuw personeel aan een soberdere regeling gaat deelnemen. Een andere variant is dat ook de oudgedienden minder pensioen opbouwen, zij het alleen voor de toekomst. Overgangsregelingen kunnen ingewikkeld zijn.[58]

Uit een oogpunt van gelijke behandeling is het niet zonder meer verboden om bijvoorbeeld nieuw personeel een minder gunstige pensioenregeling aan te bieden dan het zittende personeel. In veel gevallen zal dit weliswaar indirect benadelen op een beschermde grond, zoals leeftijd of geslacht, maar zulk onderscheid kan worden gerechtvaardigd. Daarbij weegt mee of het onderscheid, in de woorden van het arrest *Bouma/KLM*,[59] van 'voorzienbaar lange duur' zal zijn.

Wordt een pensioenregeling aangepast om ongelijke behandeling te elimineren, dan hoeft dat niet in alle gevallen te leiden tot verbetering van de regeling voor de minder bedeelden (*levelling up*); het kan ook versobering van de regeling voor de beter bedeelden (*levelling down*) tot gevolg hebben.[60]

57. Al dan niet met een collectief gemaximeerde premie (zogenoemde CDC-regelingen).
58. Voorbeeld: Ktr. Amsterdam10 februari 2020, PJ 2020/48, na CRM 2018-84.
59. HR 24 april 1992, NJ 1992/689 (*Bouma/KLM*).
60. Zie HvJ EG 28 september 1994, C-200/91 (*Coloroll*), r.o. 36.

6.4.2 Geslacht

Moederschapsverlof
De WGBm/v verbiedt onderbreking van pensioenopbouw en -dekking tijdens moederschapsverlof.[61] Het Unierecht verbiedt daarnaast onderbreking tijdens ouderschapsverlof, door de werkgever betaald 'verlof om gezinsredenen' en, vanaf 22 augustus 2022, vaderschaps- en zorgverlof.[62] De 'kale' loonkosten van de werkneemster komen tijdens het verlof in de meeste gevallen grotendeels ten laste van het UWV. De pensioenpremie, die doorloopt, blijft voor rekening van de werkgever.

Levensverwachting
Vrouwen leven gemiddeld langer dan mannen. Dit gegeven komt tot uiting in verschillende overlevingstabellen (voorheen: 'sterftetabellen'). Als pensioenpremies en -aanspraken op individueel kostendekkende actuariële basis zouden worden berekend, zou dat vergaande gevolgen hebben. Voor het ouderdomspensioen zou het in een DC-regeling betekenen dat vrouwen op maandbasis[63] minder ontvangen dan hun mannelijke collega's. In een DB-regeling zou het gevolg zijn dat de werkgever, voor eenzelfde maandelijkse uitkering, voor vrouwen meer premie moet betalen dan voor mannen. Voor nabestaandenpensioen geldt het omgekeerde: een weduwnaar leeft gemiddeld korter dan een weduwe.

Dit roept de vraag op wat gelijk moet zijn: de periodieke pensioenuitkering of de pensioenpremie? Richtlijn 2006/54 laat lidstaten en werkgevers de keuze tussen twee systemen:
- de werkgever betaalt voor mannen en vrouwen (in verhouding tot hun pensioengrondslag) dezelfde premie; of:
- de werkgever betaalt, voor zover actuarieel nodig, verschillende premies.

In beide gevallen mag er geen m/v-verschil zijn in een eventuele eigen bijdrage van de werknemer. Die bijdrage is immers loon.

De Nederlandse wetgever laat werkgevers geen keus. Pensioen*uitkeringen* moeten voor beide geslachten gelijk zijn. Vrouwen moeten – bij gelijk salaris en gelijke diensttijd – eenzelfde jaarlijkse OP-uitkering als mannen ontvangen. Gaat het om een uitkeringsovereenkomst (*defined benefit*), dan *mag* de premie actuarieel verschil-

61. Artikel 12b lid 2 WGBm/v.
62. Respectievelijk artikel 9 lid 1 onder g Richtlijn 2006/54, clausule 5 bijlage Richtlijn 2010/18 en artikel 10 lid 1 Richtlijn 2019/1158.
63. Gemeten over hun hele leven vanaf de pensioendatum zouden de vrouwen gemiddeld evenveel als de mannen ontvangen.

lend zijn, maar dit gebeurt niet, want in Nederland plegen zogenoemde uniseks-premietarieven en sekseneutrale overlevingstafels te worden gehanteerd.

Uitsluiting van deelname
Pensioenregelingen die vrouwen *als zodanig* uitsluiten van deelname komen niet meer voor. Pensioenregelingen die *indirect* op grond van geslacht uitsluiten bestaan nog wel. Denk bijvoorbeeld aan pensioenregelingen die niet openstaan voor (kleine) deeltijders, oproepkrachten of 'vrouwelijke' functies.[64]

Discriminerende inhoud pensioenregeling
Vaak bepaalt een pensioenreglement dat het nabestaandenpensioen wordt verlaagd wanneer de nabestaande aanzienlijk (bijvoorbeeld meer dan tien jaar) jonger is dan de overleden deelnemer. Dit wordt gedaan deels omdat anders een (te) groot beroep zou worden gedaan op de solidariteit van de deelnemers, deels ter voorkoming van 'sterfbedhuwelijken'. Een dergelijke bepaling levert indirecte ongelijke behandeling op grond van geslacht op en moet daarom kritisch worden getoetst aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.[65] Vallen de kosten van afschaffing van de leeftijdskorting in het niet vergeleken bij de omvang van het pensioenfonds, wat veelal het geval is, dan is niet aan deze eis voldaan.

6.4.3 *Burgerlijke staat*

De Awgb laat onderscheid op grond van burgerlijke staat toe ten aanzien van nabestaandenpensioen. Dit betekent onder andere dat alleenstaanden kunnen worden verplicht deel te nemen (en, eventueel, mee te betalen) aan een risico-NP waar zij, als zij alleenstaand blijven, niets aan hebben.[66]

Het verbod van onderscheid op grond van burgerlijke staat geldt niet voor de sociale verzekering, waaronder de AOW. Deze wet maakt (nog altijd) onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden en, binnen de groep gehuwden, tussen paren waarvan slechts één partner inkomen uit arbeid heeft (de 'kostwinner') en paren die beiden inkomen uit arbeid hebben ('tweeverdieners'). Dit onderscheid werkt door in de verhouding werkgever-werknemer. De fiscale wetgeving vereist namelijk dat bij het op te bouwen aanvullende ouderdomspensioen – via een AOW-franchise – rekening wordt gehouden met de AOW-aanspraak van de

64. CGB 1999-20; CGB 2001-59; CGB 2001-145/146.
65. HR 18 december 2015, (cassatie in belang der wet), JAR 2016/41. Zie ook conclusie A-G in HvJ EG 23 september 2008, C-427/06 (*Bartsch*).
66. Zie antwoord Donner 17 november 2008, Aanhangsel Kamerstukken II 2008/09, nr. 466; brief Klijnsma 24 mei 2017, Kamerstukken II 2016/17, niet-dossierstuk, daar 2017D14496.

werknemer. Er is veel geschreven en geprocedeerd[67] over de vraag of een franchise daardoor discrimineert.

6.4.4 *Handicap en chronische ziekte*

Het is een werkgever of pensioenuitvoerder niet toegestaan iemand uit te sluiten van deelname aan een ouderdoms- of nabestaandenpensioenregeling, of aanvullende voorwaarden voor deelname te stellen, op de grond dat hij lijdt aan een handicap of chronische ziekte (h/cz).[68] Dit ligt anders waar het gaat om dekking tegen het risico van inkomensverlies door arbeidsongeschiktheid, om premieplicht tijdens arbeidsongeschiktheid, of om WIA-hiaat- of -excedentdekking.[69] Hier speelt de 'brandend huis'-problematiek uit het verzekeringsrecht. De pensioenuitvoerder hoeft geen arbeidsongeschiktheidsdekking te bieden aan een werknemer die al ziek was vóór zijn eerste werkdag. Dankzij het 'Van Leeuwen-convenant' is het voorkomen van onverzekerde werknemers sterk teruggedrongen,[70] maar helemaal verdwenen is de problematiek niet. Zij speelt onder andere ten aanzien van het recht, dat de meeste pensioenregelingen toekennen, op premievrije pensioenopbouw tijdens langdurige arbeidsongeschiktheid (premievrijstelling bij invaliditeit). Het is begrijpelijk dat pensioenuitvoerders werknemers die al bij aanvang van hun deelname aan de pensioenregeling arbeidsongeschikt waren ('zieke intreders'), van dit recht uitsluiten. Is hier sprake van ongelijke behandeling op grond van h/cz? De CGB vond uitsluiting in één geval niet,[71] in een ander geval wel[72] gerechtvaardigd. Er doen zich ten aanzien van premievrijstelling bij invaliditeit lastige gelijkebehandelingsvragen voor.[73]

Een bekend discussiepunt betreft samenloop van pensioen en uitkering op grond van arbeidsongeschiktheid. Een werknemer die volledig arbeidsongeschikt raakt – een h/cz'er –, komt in de regel in aanmerking voor een WIA-uitkering en vaak tevens voor een aanvullende uitkering van het pensioenfonds. Daarnaast loopt zijn pensioenopbouw meestal premievrij door. Bereikt hij de vroegpensioenleeftijd, dan wordt zijn pensioen veelal verminderd met de arbeidsongeschiktheidsuitkering. Zulke anticumulatie geeft aanleiding tot allerhande vragen, zoals: (1) discrimineert de anticumulatie op grond van h/cz, (2) zo nee, *hoe* brengt men de WIA-

67. HvJ EG 28 september 1994, C-7/93 (*Beune*), JAR 1994/252; CGB 2004-30 t/m 35; CGB 2004-172; CGB 2005-118; CGB 2005-212, in weerwil van Ktr. Heerlen 6 juli 2005, bekrachtigd in Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2007, JAR 2007/265; Ktr. Groningen 8 mei 2018, RBNNE:1868.
68. Artikelen 3 en 4 WMK verbieden bovendien keuring voor deelname aan pensioenregeling.
69. Ktr. Den Haag 3 mei 2018, PJ 2018/6, nr. 106.
70. Convenant van 11 november 2009 tussen Verbond van Verzekeraars en belangenorganisaties en convenant van 23 januari 2013 tussen Verbond van Verzekeraars en Pensioen Federatie.
71. CGB 2007-217. Vgl. CGB 2005-186/187.
72. CGB 2010-81.
73. Voorbeeld: moet in een DC-regeling de pensioenopbouw doorlopen volgens de staffel of mag zij worden bevroren? Zie CGB 2007-118.

uitkering in mindering op het wegens doorwerken verhoogde vroegpensioen,[74] en (3) kan de gepensioneerde verrekening voorkomen door het ingaan van vroegpensioen uit te stellen tot zijn AOW-leeftijd? Het antwoord op vragen 1 en 3 is: nee, want een arbeidsongeschikte is in dit opzicht niet te vergelijken met iemand die werkt.[75] De situatie ligt anders wanneer een werknemer naast een gedeeltelijke arbeidsongeschiktheidsuitkering voor zijn resterende arbeidscapaciteit doorwerkt. Uitsluiting van de mogelijkheid om voor dat resterende gedeelte zijn vroegpensioen uit te stellen maakt onderscheid naar h/cz en is niet gerechtvaardigd.[76]

6.4.5 Leeftijd

Toetredings- en ingangsleeftijden
Een werknemer mag niet worden uitgesloten van deelname aan een pensioenregeling op de grond dat hij een bepaalde leeftijd nog niet heeft bereikt. Dit is de hoofdregel. Bij wijze van uitzondering is een toetredingsdrempel van 21 jaar wel toegestaan. Verder mag een ouderdomspensioenregeling een drempel- of wachttijdbepaling van ten hoogste twee maanden bevatten. Drempels en wachttijden zijn verboden voor nabestaandenpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioen.

Het verbod van leeftijdsonderscheid is niet van toepassing op 'pensioengerechtigde leeftijden'. Een pensioenregeling mag dus (volgens de WGBL[77]) iedere willekeurige leeftijd vaststellen waarop het ouderdomspensioen verplicht ingaat, mits die leeftijd gelijk is voor alle deelnemers.[78] Het gros van de pensioenregelingen voorziet in een 'pensioenrichtleeftijd' of 'spilleeftijd' (thans in beginsel 68 jaar), met dien verstande dat men binnen zekere grenzen (meestal met een bandbreedte van 2 × 5 jaar) de ingangsleeftijd kan vervroegen of uitstellen. De fiscale wetgeving laat uitstel alleen toe op voorwaarde dat het pensioen uiterlijk vijf jaar na de AOW-leeftijd ingaat.[79]

Staffels
De eenvoudigste premieregeling is dat de werkgever voor alle werknemers een premie betaalt gelijk aan eenzelfde percentage van hun pensioengrondslag. Vanuit het oogpunt van gelijke behandeling is zo'n 'vlakke staffel' niet problematisch.[80]

74. CGB 2008-96; Hof Amsterdam 25 januari 2011, GHAMS:BP2931.
75. CGB 2006-150; CGB 2006-190; CRM 2018-22, bevestigd in Ktr. Utrecht 28 augustus 2019, RBMNE: 4028.
76. CGB 2012-73.
77. Niet volgens de fiscale wetgeving.
78. De pensioeningangsleeftijd mag dus niet bijvoorbeeld zijn de AOW-leeftijd, want deze is voor de verschillende leeftijdscohorten binnen een onderneming verschillend.
79. Artikel 18a lid 4 Wet op de loonbelasting 1964.
80. Een vlakke staffel maakt wellicht indirect onderscheid naar geslacht en leeftijd doordat mannen en ouderen gemiddeld meer dan anderen verdienen. Zie Lutjens in TVP 2020/5 p. 20, naar aanleiding van het Pensioenakkoord.

Vlakke staffels komen in de Nederlandse praktijk – nu nog[81] – nauwelijks voor. Vrijwel alle premieregelingen gaan uit van het principe dat de jaarlijkse inleg ten behoeve van iedere werknemer zodanig moet zijn dat zij te zijner tijd eenzelfde hoeveelheid jaarlijkse ouderdomspensioen/nabestaandenpensioen opbrengt. Dus verschilt de premie al naar gelang de leeftijd van de werknemer. Dit gebeurt door middel van 'staffels'. Het Premiestaffelbesluit[82] geeft werkgevers de keuze uit verschillende staffels. Een veelgebruikte[83] ziet er zo uit:

Leeftijdsklasse	Premiepercentage
15 t/m 19	8
20 t/m 24	9,1
25 t/m 29	10,6
30 t/m 34	12,1
35 t/m 39	13
40 t/m 44	16
45 t/m 49	18,4
50 t/m 54	21,3
55 t/m 59	24,5
60 t/m 64	28,1
65 t/m 67	31,3

De werkgever die deze staffel hanteert, betaalt voor een 19-jarige werknemer slechts een kwart van wat hij voor diens 65-jarige collega betaalt. Dit mag volgens artikel 8 lid 3 WGBL, want het gaat om 'actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden'.[84] Voorwaarde is wel dat iedere werknemer eenzelfde pensioenuitkering kan inkopen; een 'afgetopte' of 'afgevlakte' staffel is dus verboden.[85]

De werkgever die zijn personeel de keuze geeft tussen de staffel of een lagere pensioenopbouw met een navenant hoger nettosalaris, kan zich niet op artikel 8 lid 3 WGBL beroepen, want de salarisverhoging varieert dan naar leeftijd.[86]

---

81. Het plan is om in het beoogde nieuwe pensioenstelsel (zie hiervoor) de doorsneesystematiek af te schaffen en te werken met leeftijdsonafhankelijke premie en degressieve pensioenopbouw.
82. De huidige versie is het Staffelbesluit 2020 (Stcrt. 27 december 2019, 66203), dat de oudere versies vervangt.
83. Bijlage 4, tabel 1.
84. Zie advies Lutjens 31 augustus 2004, bijlage bij CGB 2004-174. Het zonder meer, dat wil zeggen zonder rechtvaardigingstoets, toelaten van staffels is in strijd met Richtlijn 2000/78. Staffels kunnen wel gerechtvaardigd worden aan de hand van de algemene objectieve rechtvaardigingstoets. Zie HvJ EU 26 september 2013, C-476/11 (*Kristensen/Experian*), JAR 2013/284 en Aanhangsel Kamerstukken II 2016/17, nr. 2195.
85. CGB 2004-102; CGB 2004-142; CGB 2005-157; CGB 2006-140; CRM 2019-96.
86. CRM 2019-96.

Een premieregeling kan indirect onderscheid maken. Een voorbeeld is dat de premie stijgt, niet met leeftijd, maar met anciënniteit,[87] of dat een regeling differentieert naar functiegroep of naar salarishoogte.[88]

Eigen bijdrage
Wanneer de werknemer een percentage van de premie zelf bijdraagt – bijvoorbeeld één derde –, dan is zijn eigen bijdrage hoger naarmate hij ouder is. Er is dan sprake van leeftijdsonderscheid. Dit onderscheid is niet gedekt door de uitzondering van artikel 8 lid 3 WGBL.[89] De eigen bijdrage dient gerelateerd te zijn aan de grondslag. De uitvoeringskosten van een staffel-premiepensioenregeling daarentegen mogen niet aan de deelnemers worden doorberekend als percentage van de grondslag (want dat benadeelt ouderen), wel als percentage van de premie.[90]

Wijzigen pensioenregeling
De belastingwetgeving dwingt de meeste werkgevers hun pensioenregeling aan te passen iedere keer dat de wetgever het fiscale kader bijstelt. De wetswijziging die aanleiding gaf tot de meeste geschillen is de zogeheten VPL-wet, die op 1 januari 2006 inging.[91] Zij deed VUT- en prepensioenregelingen in de ban, een zowel juridisch als maatschappelijk ingrijpende operatie. Recentere voorbeelden zijn de stapsgewijze verhoging van de AOW-leeftijd en, in aansluiting daarop, de verhoging van de normpensioenleeftijd, eerst naar 67 jaar, toen naar 68 jaar.

Ook de komende wijzigingen als uitvloeisel van het Pensioenakkoord[92] zullen werkgevers noodzaken hun pensioenregelingen – in veel gevallen: drastisch – aan te passen.

De werkgever die zijn pensioenregeling wil aanpassen, moet rekening houden met het leerstuk van verworven rechten. Een arbeidsovereenkomst is een wederkerige overeenkomst die in beginsel niet door een van de partijen eenzijdig kan worden gewijzigd. Het eenzijdig naar beneden bijstellen van een arbeidsvoorwaarde, zoals pensioen, is dan ook niet zonder meer mogelijk. Dit betekent dat in veel gevallen twee groepen werknemers zijn betrokken bij een versobering: het zittende personeel en nieuwe werknemers. Dit onderscheid doet zich in allerlei varianten voor. De eenvoudigste is dat het zittende personeel blijft deelnemen aan de oude, gunstige pensioenregeling, en dat een minder gunstige regeling gaat gelden voor

87. CGB 2004-141.
88. CGB 2006-140, PJ 06/95. Vgl. CGB 2006-123, JAR 2006/193.
89. Volgt uit HvJ EU 26 september 2013, C-476/11 (*Kristensen/Experian*), JAR 2013/284.
90. Advies CGB 2008-09.
91. Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en introductie levensloopregeling (VPL-wet), Stb. 2005, 115, Kamerstukken 29760.
92. SER-advies 19/05 'Naar een nieuw pensioenstelsel'; Hoofdlijnennotitie uitwerking pensioenakkoord 22 juni 2020, bijlage bij kamerstuk 32 043 nr AC.

nieuw aangenomen medewerkers. Er ontstaat dan een onderscheid op basis van 'datum in dienst'.

Werknemers die na de invoering van de nieuwe pensioenregeling in dienst treden zullen in de regel gemiddeld jonger zijn dan hun eerder in dienst getreden collega's. Na verloop van tijd neemt het gemiddelde leeftijdsverschil toe. Is dan sprake van indirect leeftijdsonderscheid? Paragraaf 2.5 bespreekt het arrest *Horgan en Keenan*. Daarin oordeelde het HvJ dat een verschil in behandeling op grond van aanstellingsdatum geen met leeftijd verband houdend feit is. Over de betekenis van die uitspraak kan men twisten. Feit is dat het College in geschillen over versobering van een pensioenregeling wel degelijk indirect leeftijdsonderscheid ziet.[93] Een voorbeeld betreft de pensioenregeling(en) van Shell:[94]

> Werknemers van Shell namen deel aan een pensioenregeling van het type middelloon. Shell wilde af van de volatiliteit die inherent is aan een dergelijke pensioenregeling. Vandaar dat zij op 1 juli 2013 een nieuwe pensioenregeling invoerde, een premieregeling. Gemiddeld was deze regeling niet goedkoper voor Shell.
> Iedereen die vanaf 1 juli 2013 bij Shell in dienst trad, ging deelnemen aan de nieuwe regeling. Het zittende personeel bleef aan de oude regeling deelnemen. Een vakbond kwam hiertegen op. Hij stelde dat de premieregeling nadeliger was dan de oude middelloonregeling en dat de invoering ervan indirect onderscheid op grond van leeftijd maakte. Shell verweerde zich volgens een klassiek patroon:
> - Er is geen sprake van gelijke gevallen. Het zittende personeel kan zich immers met een beroep op verkregen recht juridisch verzetten tegen overgang naar een nieuwe regeling, het nieuwe personeel beschikt niet over een dergelijk rechtsmiddel.
> - Er is geen nadeel. De premieregeling hoeft immers niet tot een lager pensioen te leiden, sterker nog, zij kan bij gunstig beleggingsresultaat méér pensioen opleveren dan de middelloonregeling.
> - Er is geen significant leeftijdsonderscheid tussen de beide groepen werknemers.
> - Als er al sprake is van indirect leeftijdsonderscheid, dan is dit objectief gerechtvaardigd.
>
> Het College ziet geen relevant verschil tussen de beide groepen, die zich dus wel degelijk in een vergelijkbare situatie bevinden. Het verwerpt ook het tweede verweer, nu het potentiële voordeel van een gunstig beleggingsresultaat niet opweegt tegen het ontbreken van een gegarandeerde minimumdekking. Het derde verweer wordt eveneens verworpen, nu het gemiddelde leeftijdsverschil tussen de beide groepen na verloop van tijd wel degelijk significant wordt.[95] De conclusie is dat Shell indirect onderscheid naar leeftijd maakt. Dus moet worden onderzocht of dat onderscheid gerechtvaardigd is. Hoewel het doel van het onderscheid – terugdringen van

93. Ook kan onderscheid op basis van ingangsdatum van een regeling strijden met goed werkgeverschap: Ktr. Haarlem 29 juni 2005, RAR 2005/94.
94. CRM 2016-101, PJ 2016/153.
95. Voorbeeld waar dit niet zo was: CGB 2011-124.

> volatiliteit zonder verworven rechten aan te tasten – een financieel-economisch doel is, wat normaal niet tot rechtvaardiging leidt, acht het College het legitiem. Het middel om dat doel te bereiken is passend en noodzakelijk. Hierbij speelt een belangrijke rol dat de premieregeling ongebruikelijk royaal is.

Conclusie: Shell handelde in overeenstemming met de wet. Zou het doel van de invoering van de nieuwe pensioenregeling kostenbesparing zijn geweest, of zou de premieregeling minder royaal zijn geweest, dan was de zaak vermoedelijk anders afgelopen. De meeste pensioenversoberingen hebben wél kostenbesparing als doel.

Ik weet niet of het College nu, gelet op *Horgan en Keenan*, weer zo zou oordelen.

6.4.6 Arbeidsduur

Werkgevers kunnen zich afvragen of het werkelijk nodig is om ook kleine deeltijders en oproepkrachten in hun pensioenregeling op te nemen. Dat kost een hoop administratie. Bovendien hebben deze werknemers er zelf niet altijd behoefte aan. Het zou voor sommige werkgevers dus wel praktisch kunnen zijn om kleine deeltijders en oproepkrachten van de pensioenregeling uit te sluiten. Dit mag echter niet,[96] ook niet in ruil voor een salarisverhoging.

Een eventuele salarisgrens voor deelname aan een pensioenregeling moet voor deeltijders evenredig lager zijn.

Pensioenaanspraken – dit geldt ook voor invaliditeitspensioen – moeten naar evenredigheid van arbeidsduur worden verleend.[97] Dit is relatief eenvoudig toe te passen in relatie tot een werknemer die zijn of haar hele diensttijd in dezelfde deeltijd heeft gewerkt. Het wordt lastiger wanneer iemand in wisselende omvang heeft gewerkt. In een dergelijke situatie wordt vaak het gewogen gemiddelde deeltijdpercentage aangehouden.

Een franchise, uitgedrukt in een vast bedrag of berekend volgens een vaste formule, betekent dat deeltijders minder pensioen opbouwen dan met hun deeltijdpercentage overeenkomt. Het kan zelfs zo zijn dat iemand minder dan de franchise verdient, in welk geval hij helemaal geen pensioen opbouwt. Dit is in strijd met artikel 7:648 BW. De franchise moet voor deeltijders worden verlaagd naar evenredigheid van hun deeltijdpercentage.[98]

---

96. Artikel 8 PW en artikel 7:648 BW.
97. Zie HvJ EU 22 november 2012, C-385/11 (*Elbar Moreno*); HvJ EU 8 mei 2019, C-161/18 (*Villar Láiz*).
98. CGB 1995-39. Hoe dit te doen is uitgelegd in HvJ EU 13 juli 2017, C-354/16 (*Kleinsteuber*), JAR 2017/207. Het gevolg kan wel zijn dat de eigen bijdrage van de deeltijder relatief hoger is: zie CGB 1998-11.

6.4.7 Contractduur

Moet – bijvoorbeeld – een invalkracht die is aangenomen voor de duur van twee weken deelnemen aan de pensioenregeling van zijn werkgever? Een bevestigend antwoord betekent dat de werkgever hem moet aanmelden bij de pensioenuitvoerder en na twee weken weer moet afmelden. Voor werkgever en pensioenuitvoerder leidt dit tot een administratieve last. Voor de invalkracht staat daar weinig tegenover. De omvang van het door hem op te bouwen ouderdomspensioen is immers verwaarloosbaar. Ergens ligt een grens tussen het bevorderen van gelijke behandeling en het voorkomen van zinloze last. Die grens wordt getrokken door artikel 14 lid 2 PW. Een pensioenregeling mag voor het ouderdomspensioen een wacht- of drempeltijd bevatten van maximaal twee maanden (voor uitzendkrachten: 26 weken). Een eventueel nabestaanden- en arbeidsongeschiktheidspensioen moet echter meteen bij indiensttreding ingaan. Ook een tijdelijke kracht kan immers overlijden of arbeidsongeschikt raken. Uitsluiting van een tijdelijke werker is dan ook niet toegestaan, zelfs niet in ruil voor een toeslag gelijk aan het werkgeversaandeel in de pensioenpremie.[99]

Nog nadeliger dan wacht- en drempeltijden zijn pensioenregelingen die alleen voor werknemers met een vast contract gelden. De Pensioenwet verbiedt dit niet, maar een dergelijk onderscheid zal niet snel gerechtvaardigd worden in het kader van artikel 7:649 BW.[100] Iets anders dan een wacht- of drempeltijd is een regeling waarbij een werknemer die slechts kort in dienst is geweest, pas na uitdiensttreding in het pensioenfonds wordt opgenomen. Dit benadeelt de werknemer niet en levert dus geen ongelijke behandeling op.[101]

Een regeling waarbij het werkgeversaandeel in de premie stijgt naarmate de werknemer langer in dienst is, benadeelt bepaaldetijders en moet dus objectief gerechtvaardigd kunnen worden.[102]
Iemand die in het verleden verschillende tijdelijke contracten heeft gehad, maar ten onrechte niet in een pensioenregeling werd opgenomen, kan in sommige gevallen nog jaren later een vordering instellen.[103]

6.4.8 Ras en nationaliteit

De partnertoeslagregeling in de AOW is volgens de CGB in strijd met het verbod op onderscheid wegens ras, omdat de toeslag wordt gekort wanneer de partner in

99. CGB 2004-16; CGB 2004-81, PJ 2004/118; CGB 2007-73, PJ 2007/133.
100. CGB 2004-81; CGB 2004-139 t/m 141, PJ 2005/54.
101. Voorbeeld: CGB 2006-216.
102. CGB 2004-139, PJ 2005/54.
103. Zie HvJ EG 16 mei 2000, C-78/98 (*Preston*), JAR 2000/153.

het buitenland heeft gewoond, en dit treft in het bijzonder personen van niet-Nederlandse afkomst.[104]

6.4.9 Seksualiteit

De invoering van het geregistreerd partnerschap in 1998 maakte het mogelijk voor homoparen om nabestaandenpensioen voor elkaar te verwerven. Een vraag die in dit verband opkwam, was hoe de premie daarvoor te berekenen. Een man leeft immers gemiddeld korter dan een vrouw. Dit betekent volgens de CGB dat de NP-premie in het geval van een man met een (geregistreerde) mannelijke partner lager moet zijn dan die voor een man getrouwd met een vrouw.[105]

6.5 Reis- en verhuiskostenvergoeding

Een reiskostenvergoeding voor woon-werkverkeer is een voorbeeld van een arbeidsvoorwaarde die niet noodzakelijk pro rata moet worden toegepast. Iemand die bijvoorbeeld vijf halve dagen per week op kantoor werkt, reist net als een voltijder vijf keer per week naar werk en terug. Er is geen reden om deze vergoeding te prorateren. Voor iemand die twee dagen per week op kantoor werkt, ligt dit anders; die heeft slechts recht op 2/5de van de voltijdse woon-werkvergoeding.[106]

Wanneer werkgevers verhuiskosten van hun personeel vergoeden, verbinden zij daar in de regel voorwaarden aan, zoals dat de werknemer gedurende een zekere minimale duur geen ontslag neemt of dat hij gedurende zekere tijd niet weer verhuist. Het is voor een bepaaldetijder relatief moeilijk om aan zulke voorwaarden te voldoen. De CGB veroordeelde dan ook een werkgever – het Rijk – die het recht op een verhuiskostenvergoeding beperkte tot ambtenaren met een vaste aanstelling.[107]

Een verhuiskostenvergoeding mag voor een werknemer met een eigen huishouding hoger zijn dan voor, bijvoorbeeld, een werknemer die nog bij zijn ouders woont. Dit verschil maakt geen onderscheid op grond van burgerlijke staat, nu het tegenwoordig niet zo is dat ongehuwden vaak nog thuis wonen. Het maakt wel indirect leeftijdsonderscheid.[108]

104. CGB 2012-47, PJ 2012/125.
105. CGB 1999-08; CGB 2006-56.
106. Zie CGB 1997-111; CGB 1997-146.
107. CGB 2006-186.
108. CRM 2020-84.

6.6 Auto

Recht op auto

Wanneer we het hebben over de arbeidsvoorwaarde 'auto', doelen we meestal op het recht van een werknemer om voor woon-werkverkeer, en meestal ook in privé, gebruik te maken van een door de werkgever beschikbaar gestelde auto, waarvan de werkgever alle kosten (onderhoud, verzekering, brandstof en dergelijke) draagt, al dan niet met een eigen bijdrage van de werknemer. Een auto die alleen voor het werk mag worden gebruikt, is geen arbeidsvoorwaarde.

Het is begrijpelijk dat werkgevers zich bij de vraag wie wel en wie niet de beschikking over een bedrijfsauto krijgt, mede laten leiden door zaken als functie, functieniveau en aantal zakelijke kilometers per jaar. Het College moest in 2006 oordelen over de volgende regeling:[109]

> Een bedrijf hanteerde de regel dat inspecteurs die jaarlijks meer dan 17.000 zakelijke kilometers reden, de beschikking kregen over een auto waarvan de werkgever alle kosten (inclusief brandstof) droeg, en die onbeperkt en zonder eigen bijdrage privé mocht worden gebruikt. Werknemers met een lager zakelijk gebruik werden geacht hun eigen auto te gebruiken voor zakelijke ritten. Zij ontvingen daarvoor de fiscaal maximaal toegestane kilometervergoeding. Twee deeltijdwerkneemsters voelden zich ongelijk behandeld. Zij ontlokten aan de CGB het volgende oordeel:
>
> '(...) dat deze arbeidsvoorwaarde niet naar rato van de omvang van het dienstverband kan worden verstrekt. Er kan immers geen halve of een kwart dienstauto worden verstrekt bij een deeltijddienstverband. (...) Vanwege de (ondeelbare) aard van de lease-auto en de dubbele strekking van deze arbeidsvoorwaarde (deels facilitair en deels als vorm van beloning), kan niet een exacte maatstaf worden vastgesteld bij welke omvang van het dienstverband een lease-auto verstrekt dient te worden, afgezet tegen de zakelijke gereden kilometers. Er is immers sprake van variabele kosten voor de werkgever (afhankelijk van de mate van het zakelijk verkeer, kosten lease-auto, hoogte eigen bijdrage, etcetera), alsmede variabele voordelen voor de werknemer (afhankelijk van de mate van het privégebruik). Noch de voordelen voor de werknemer van het gebruik van de lease-auto, noch de lasten voor de werkgever, kunnen dan ook "tot op de cent nauwkeurig" worden vastgesteld. Uitgangspunt voor een vergelijking tussen een kilometervergoeding en een lease-auto dient naar het oordeel van de Commissie te zijn dat er sprake is van een gelijkwaardig alternatief.
> In de kilometervergoeding is de afschrijving van de auto, verzekeringen, belastingen, onderhoud en dergelijke verdisconteerd. De Commissie stelt vast dat deze vergoeding derhalve ook een zekere bijdrage biedt in de kosten van het privégebruik van de eigen auto. Gelet op de berekeningen van verzoeksters en de privé voordelen van de collega's met een lease-auto conclu-

109. CGB 2006-12.

deert de Commissie echter dat sprake is van benadeling. Het voorgaande en het feit dat geen regeling is getroffen om de ongunstigere situatie te compenseren, leidt tot het oordeel dat verweerster jegens verzoeksters onderscheid heeft gemaakt op grond van hun arbeidsduur.
(...) Verweerster heeft als doel naar voren gebracht dat het pas vanaf een bepaald omslagpunt aantrekkelijk is om een medewerker voor de gereden zakelijke kilometers een lease-auto aan te bieden. Dat omslagpunt ligt voor verweerster bij ongeveer 17.000 kilometer. Het is voor verweerster financieel niet haalbaar om medewerkers die minder zakelijke kilometers rijden ook een lease-auto aan te bieden. (...) Nu verweerster geen andere doelstelling heeft dan kostenbesparing, oordeelt de Commissie dat er geen sprake is van een objectieve rechtvaardiging en dat verweerster in strijd handelt met de gelijke-behandelingswetgeving. Ten overvloede overweegt de Commissie nog het volgende. Het verbod op onderscheid op grond van deeltijd wil geenszins zeggen dat alle deeltijders altijd een lease-auto aangeboden moet worden. Het is namelijk denkbaar dat deeltijders naar rato gecompenseerd worden voor het privé-voordeel dat voltijders met een lease-auto hebben, zodat wordt voldaan aan het wettelijke vereiste dat voltijders en deeltijders per gewerkt uur gelijk worden beloond.'

Aan het slot van dit citaat suggereert het College als oplossing dat deeltijders die geen leaseauto krijgen, worden gecompenseerd. Hoe dat moet, laat het College in het midden.[110]

Eigen bijdrage
Een alternatief voor compensatie van de werknemers zonder auto is om de werknemers met auto een eigen bijdrage te laten betalen, zodanig dat dit het voordeel van privégebruik van de auto neutraliseert. Er zijn verschillende manieren om dit te doen. Men kan bijvoorbeeld de leaseprijs van de auto als uitgangspunt nemen en de werknemer een gedeelte van deze prijs laten betalen. Een andere methode is om de waarde van het privégebruik van de auto als uitgangspunt te nemen. In beide gevallen is de eigen bijdrage van de deeltijder *hoger* dan die van de voltijder. Zo keurde de CGB een regeling goed, inhoudende dat de voor voltijders verschuldigde eigen bijdrage in het geval van deeltijd wordt verhoogd met 12,5% voor iedere 5 procentpunten waarmee de deeltijdfactor minder is dan één. Wie bijvoorbeeld een dienstverband van 50% heeft, moet dus een eigen bijdrage betalen van $100 + (10 \times 12{,}5) = 225\%$ van wat de voltijder betaalt.[111]

Moederschaps- en ouderschapsverlof
De meeste autoreglementen bevatten een bepaling op grond waarvan een 'auto van de zaak' moet worden ingeleverd bij langdurige arbeidsongeschiktheid. De

110. Zie CGB 1999-101.
111. CGB 1998-15. Vgl. Ktr. Utrecht 8 juni en 3 juli 2001, JAR 2001/194; CGB 2002-119; CGB 2004-18; CGB 2004-69; CGB 2011-94.

vraag rijst hoe zich een dergelijke bepaling verhoudt tot moederschapsverlof. De CGB heeft hier meermalen over geoordeeld, onder andere in de volgende zaak:[112]

> Een arbeidscontract bepaalt dat de werkneemster haar leaseauto – die zij ook privé mag gebruiken – moet inleveren wanneer:
> a. zij voor de uitoefening van de functie geen auto meer nodig heeft;
> b. zij arbeidsongeschikt is.
>
> De werkneemster raakt zwangerschapsongeschikt, gaat aansluitend met moederschapsverlof. Haar wordt verzocht de auto in te leveren. Dat weigert zij, waarop de werkgever inhoudingen op haar salaris pleegt. De CGB redeneert als volgt: het privégebruik van de auto vertegenwoordigt een arbeidsvoorwaarde; het toepassen van dezelfde regel op verschillende situaties is ongelijk behandelen; arbeidsongeschiktheid als gevolg van zwangerschap en arbeidsongeschiktheid vanwege ziekte zijn ongelijke gevallen; dus is sprake van rechtstreeks onderscheid op grond van zwangerschap en daarmee op grond van geslacht. De CGB vervolgt:
> 'De wederpartij heeft terecht gesteld dat ook mannen die een langere periode arbeidsongeschikt zijn de auto, evenals verzoekster, dienen in te leveren. Indien verzoekster als niet-zwangere arbeidsongeschikt zou zijn geweest, zou inderdaad geen sprake zijn van enig onderscheid (...). Nu echter haar arbeidsongeschiktheid voortvloeit uit haar zwangerschap leidt het om die reden inleveren van de auto tot een benadeling waartegen de wetgeving gelijke behandeling zich keert aangezien uitsluitend vrouwen zwanger kunnen raken. Het verweer van de wederpartij dat ook arbeidsongeschikte mannen worden benadeeld, kan derhalve niet slagen.'

De werkgever mag de eigenbijdrageregeling die hij op deeltijders toepast, op gelijke wijze toepassen op voltijdse werknemers die in verband met ouderschapsverlof tijdelijk korter werken.[113]

6.7 Opleiding

Er zijn, grof gezegd, en onder erkenning dat de scheidslijn vloeiend is, twee soorten aan het werk gerelateerde cursussen:
1. (min of meer) verplichte cursussen;
2. (min of meer) onverplichte cursussen.

De kosten gemoeid met het volgen van deze cursussen vallen uiteen in twee onderdelen:
a. lesgeld, leermiddelen, reis- en verblijfskosten en andere 'externe' kosten;
b. verloren werktijd en bestede privétijd.

112. CGB 1999-110. Vgl. CGB 2001-92.
113. CGB 2004-69 (artikel 7:648 BW is niet van toepassing, nu de contractuele arbeidsduur onveranderd blijft en er dus geen sprake is van deeltijd).

Het accent ligt in de discussies over dit onderwerp vaak op a, terwijl de grootste kostenpost voor de werkgever vaker b betreft.

Situatie 1a (verplichte cursus, externe kosten): Deze situatie roept weinig vragen op. Als het volgen van een cursus noodzakelijk is voor een goede uitoefening van de functie, heeft de deeltijder het recht om de cursus op kosten van de werkgever te volgen, ongeacht de omvang van zijn contract. De CGB breidt deze regel uit tot opleidingen die weliswaar niet verplicht, maar wel 'relevant' zijn voor de functie.[114] Ten aanzien van vergoedingen voor vakliteratuur geldt hetzelfde.[115]

Situatie 2a (onverplichte cursus, externe kosten): Is een opleiding niet noodzakelijk voor een goede functie-uitoefening, dan geldt als hoofdregel dat de deeltijder recht heeft op een deeltijd-evenredig gedeelte van de kosten die zijn voltijdcollega voor dezelfde cursus zou ontvangen.

Situatie 1b (verplichte cursus, tijd): Stel, een verplichte cursus duurt een hele dag. Mag de deeltijder die alleen 's ochtends werkt de hele cursus volgen en de volgende dag vrijaf nemen? Zo ja, dan kan dit voor de werkgever kostbaar zijn. Ter toelichting een fictief voorbeeld:

> Een voltijder werkt 5 × 8 = 40 uur per week. Een cursus wordt 13 weken lang gedurende een hele dag per week gegeven. De voltijder besteedt hier dus 20% van zijn werktijd aan. Iemand die twee dagen per week werkt, besteedt de helft van zijn werktijd aan de cursus.

Het standpunt van het College komt erop neer dat de deeltijder die alleen in de ochtend werkt, extra vrijaf moet worden gegeven – of anderszins schadeloos gesteld – om te compenseren dat hij een middag van zijn vrije tijd aan de verplichte cursus heeft besteed.[116] Dit gaat vermoedelijk niet zo ver dat hij overwerkcompensatie kan eisen voor de gewerkte middag.

Situatie 2b (onverplichte cursus, tijd): als de werkgever de aan een onverplichte cursus bestede tijd geheel of gedeeltelijk als werktijd aanmerkt, heeft de deeltijder recht op ten minste een deeltijd-evenredig gedeelte van dit voordeel. 'Ten minste', want in sommige gevallen zal de werkgever ook deeltijders volledig moeten compenseren voor hun aan de cursus gewijde tijd.[117]

Sommige organisaties kennen een regeling waarbij een werknemer zijn werk tijdelijk met behoud van salaris kan combineren met stage- of studieverlof. Het is

114. CGB 1998-18.
115. Ktr. Zwolle 9 juli 2008, JAR 2008/216.
116. CGB 2003-52; CGB 2011-100.
117. CGB 1998-36. Vgl. CGB 1998-49.

begrijpelijk dat deze organisaties als voorwaarde stellen dat de werknemer gedurende ten minste een aantal uren per week zijn gewone werk blijft doen. Zodoende blijft een band met de eigen werkplek bestaan. Echter, een dergelijke voorwaarde is relatief nadelig voor deeltijders en dient dan ook goed gemotiveerd te worden.[118]

Bepaaldetijders en ouderen
Opleidingen die de werkgever nodig acht voor het uitoefenen van de functie, moeten in beginsel ook aan bepaaldetijders worden aangeboden, ook al is de kans groot dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn eindigt. In dat geval heeft de werkgever de investering voor niets gedaan. Slechts in enkele gevallen zal het gerechtvaardigd zijn om een opleiding die aan alle werknemers in een bepaalde functie wordt aangeboden, niet aan een bepaaldetijder aan te bieden. Denk hierbij aan de situatie dat vaststaat dat de arbeidsovereenkomst eerdaags zal eindigen.

Werkgevers voelen er begrijpelijk weinig voor om opleidingsfaciliteiten aan te bieden aan werknemers die eerdaags met pensioen zullen vertrekken. Afwijzing van een opleidingsaanvraag op deze grond zal wel objectief gerechtvaardigd moeten worden.[119]

Studiekostenbeding
Werkgevers stellen vaak als voorwaarde voor het bekostigen van een opleiding dat de werknemer een zogenoemd 'studiekostenbeding' tekent. Dit beding houdt in dat als de werknemer binnen zekere tijd na voltooiing van de door de werkgever bekostigde opleiding vertrekt, of als hij de opleiding niet binnen zekere tijd met succes afrondt, hij de werkgever een zekere vergoeding (voor externe kosten en/of voor loon over aan de opleiding bestede werktijd) is verschuldigd. Een studiekostenbeding is in principe geldig, mits is voldaan aan drie voorwaarden: (1) het beding is op schrift gesteld en de werknemer is zich ervan bewust wat het inhoudt, (2) de werking ervan is in duur beperkt, bijvoorbeeld tot drie jaar na afronding van de opleiding, en (3) als de werknemer binnen die periode vertrekt, is hij slechts een gedeelte van de kosten verschuldigd, afhankelijk van de periode waarin de werkgever geacht kan worden profijt van de opleiding te hebben gehad (het beding bevat dus een 'glijdende schaal').[120]

Een bepaaldetijder loopt, gemiddeld genomen, een groter risico dan iemand in vaste dienst om te worden geconfronteerd met een vordering tot terugbetaling van studiekosten uit hoofde van een studiekostenbeding. Een dergelijk beding kan

118. CGB 1998-151.
119. CRM 2020-3.
120. HR 10 juni 1983, NJ 1983/796 (*Muller Zeesleepdienst/Van Opzeeland*), bevestigd in HR 1 november 2013, JAR 2013/299 (*Wolfs/Van Hoof*).

daarmee indirect onderscheid naar contractduur maken. Of dit in een concreet geval ook zo is, hangt er onder andere van af of de terugbetalingsregeling een hardheidsclausule bevat, en of die regeling en de hardheidsclausule, inzichtelijk, controleerbaar en systematisch worden toegepast.[121]

6.8 Schadeverzekeringen

Een verzekeraar of werkgever mag niet op grond van een beschermde hoedanigheid differentiëren op het punt van premie of uitkeringsvoorwaarden. Zo mocht een verzekeraar niet een hogere premie voor vrouwen dan voor mannen in rekening brengen voor een vrijwillige collectieve WAO-hiaatverzekering, met als argument dat vrouwen een hogere WAO-instroomkans hebben.[122]

Een collectieve verzekeringsregeling, zoals een zorgverzekering, moet ook voor deeltijders openstaan. Een voorbeeld van een werkgever die dit niet deed, was een bedrijf dat een collectieve zorgverzekering aanbood aan zijn personeel waaraan alleen werknemers met een dienstverband van ten minste 50% mochten deelnemen. De deeltijders moesten zich individueel, en dus duurder, verzekeren. Deze regeling maakte direct onderscheid op grond van arbeidsduur. De CGB vond het onderscheid niet gerechtvaardigd.[123]

Mag de werkgever zijn tegemoetkoming in de zorgpremie van zijn deeltijdpersoneel prorateren? De CGB vond van niet, maar de Centrale Raad van Beroep (CRvB) oordeelde dat het mag.[124] Dit laatste kan anders liggen wanneer het werken in deeltijd het gevolg is van een h/cz.[125]

Ouderen hebben gemiddeld hogere zorgkosten dan jongeren. Normaal zou dit leiden tot een hogere premie voor ouderen. Verzekeraars mogen echter geen leeftijdsafhankelijke premie in rekening brengen voor de basiszorgverzekering. Ook de werkgever mag niet een basisziektekostenverzekering aan zijn personeel aanbieden met een leeftijdsafhankelijke premie.[126] Voor aanvullende polissen mag dit wel. Het leeftijdsonderscheid is in dat geval gerechtvaardigd.[127]

---

121. CGB 2006-129.
122. CGB 2000-26; CGB 2001-62/63.
123. CGB 1997-140 t/m 143; CGB 1998-88/89; CGB 2004-162.
124. CGB 1997-142; CRvB 25 november 1999, TAR 2000/12, bevestigd in CRvB 30 maart 2006, AW 1940, JIN 2006/269. Gevolgd door CGB 2003-109.
125. CGB 2005-21.
126. CGB 2004-144.
127. CGB 2006-192.

7 Arbeidsomstandigheden

7.1 Inleiding

Het is de werkgever die – in beginsel eenzijdig – bepaalt hoe en onder welke omstandigheden het werk wordt gedaan. Artikel 7:660 BW bekleedt hem met het zogenoemde 'instructierecht'. Dit recht is echter begrensd, onder andere door grondrechten en het goed werkgeverschap, en verder in de Arbeidstijdenwet, de Arbeidsomstandighedenwet en de daarop gebaseerde wetgeving. Zo schrijft de Arbeidsomstandighedenwet voor dat werkgevers beleid voeren gericht op voorkoming en, als dat niet mogelijk is, beperking van psychosociale arbeidsbelasting (psa). Hieronder wordt verstaan 'de factoren direct of indirect onderscheid met inbegrip van seksuele intimidatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk, in de arbeidssituatie die stress teweeg brengen'. Met dit voorschrift legt de Nederlandse wetgever verband tussen gelijke behandeling en arbeidsomstandigheden.

7.2 Plaats van de arbeid

Een werknemer die aan minimale voorwaarden voldoet, kan zijn werkgever verzoeken om aanpassing van – onder andere – zijn arbeidsplaats, duurzaam of tijdelijk.[1] Het gaat weliswaar slechts om een verzoek, maar de werkgever is verplicht het serieus te behandelen en moet afwijzing schriftelijk motiveren. Daarbij mag geen van de non-discriminatiegronden een rol spelen. Zo zou een werkneemster wellicht kunnen betogen dat een beleid om thuiswerkverzoeken af te wijzen vooral vrouwen treft en dus objectief gerechtvaardigd moet worden.

Een besluit om een werknemer – al dan niet – over te plaatsen maakt *rechtstreeks* onderscheid als het berust op een vooroordeel, bijvoorbeeld over geslacht:[2]

---

1. Wet flexibel werken. Wetsvoorstel 35 714 (Wet werken waar je wilt) van januari 2021 wil dit recht versterken.
2. Ktr. Haarlem 30 september 1997, JAR 1997/222.

Tijdens het bevallingsverlof van een afdelingshoofd wordt besloten haar afdeling te verhuizen van Amsterdam naar België. Haar wordt niet gevraagd of zij belangstelling heeft om met behoud van haar functie naar België te verhuizen. In plaats daarvan wordt haar een andere functie in Amsterdam aangeboden. De reden is dat de leiding ervan uitging dat de werkneemster, gelet op het feit dat haar man een baan in Nederland had, toch niet naar België zou willen verhuizen. Het feit dat zij aldus werd gepasseerd, en daarmee op grond van haar geslacht werd benadeeld, kwam de werkgever op een verhoogde ontslagvergoeding te staan.

Een overplaatsingsbesluit kan ook *indirect* onderscheid maken. Een voorbeeld:[3]

Een aan PTSS lijdende ambtenaar die geen rijbewijs heeft, en vanwege haar handicap niet met het openbaar vervoer durft te reizen, wordt in het kader van een reorganisatie overgeplaatst naar een verder van haar woonplaats gelegen locatie. Dit overplaatsingsbesluit maakt indirect onderscheid op grond van h/cz. Overplaatsing treft h/cz'ers namelijk gemiddeld harder dan niet-beperkten. Het onderscheid is niet gerechtvaardigd, onder andere omdat de werkgeefster niet bereid is taxivervoer voor haar rekening te nemen.

7.3 Werktijden

Recht op deeltijd

De Wet flexibel werken (Wfw) geeft vrijwel alle[4] werknemers in Nederland een 'in-beginselrecht' om hun contractuele arbeidsomvang eenzijdig aan te passen. Afwijzing van een aanpassingsverzoek is slechts mogelijk op de grond dat 'zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich ertegen verzetten'. Aangezien de rechter niet snel aanvaardt dat aan deze voorwaarde is voldaan, komt het er bijna op neer dat de werknemer zijn contractuele arbeidsomvang eenzijdig kan wijzigen. Van het aanpassingsrecht wordt vooral gebruikgemaakt door werknemers die een kortere werkweek ambiëren, bijvoorbeeld na afloop van moederschaps- of ouderschapsverlof.

Recht op andere werktijden

Behalve het percentage van voltijd dat een deeltijder werkt, is ook de spreiding van dat percentage over de tijd een arbeidsvoorwaarde. De Wfw geeft werknemers ook hierop een 'in-beginselrecht'. Voor iemand die bijvoorbeeld 20 uur per week in dienst is, maakt het in de regel veel uit of hij deze 20 uur verspreid over drie, vier of vijf dagen in de week moet leveren. De meeste deeltijders concentreren hun werk bij voorkeur op zo weinig mogelijk dagen per week en volgens een zo vast mogelijk patroon. Zodoende zijn zij verhoudingsgewijs het minste tijd en geld kwijt aan woon-werkverkeer, kinderopvang enzovoort, en beperken zij versnippe-

3. CGB 2011-178. Voorbeeld leeftijdsonderscheid: CGB 2008-3. Voorbeeld onderscheid naar arbeidsduur: CGB 2002-60.
4. Onder andere AOW'ers zijn uitgezonderd van het in-beginselrecht om korter of langer te werken.

ring van hun vrije tijd. Er zijn echter ook deeltijders die liever rusttijden willen tussen gewerkte dagen.

Dankzij de Wfw zal een geschil over werktijdaanpassing tegenwoordig meestal worden beslecht op basis van die wet, niet op basis van het gelijkebehandelingsrecht. Dit neemt niet weg dat er een relatie is tussen werktijden en gelijke behandeling. Zo oordeelde de CGB dat weigering om in te stemmen met een verzoek van een werknemer om op andere tijden te gaan werken vaker vrouwen dan mannen benadeelt, en dus is verboden als de weigering niet objectief wordt gerechtvaardigd.[5]

Recht op vergadertijd
Een cao gaf docenten met een aanstelling van ten minste 0,5 fte recht om tot maximaal 10% van hun arbeidstijd te besteden aan algemene taken, zoals het bijwonen van vergaderingen. Docenten met een geringere aanstelling hadden dit recht niet. Voor zover zij een niet-verplichte vergadering bijwoonden, deden zij dat in 'eigen tijd'. De CGB oordeelde dat ook docenten met een kleinere aanstelling belang hebben bij het bijwonen van vergaderingen, ook onverplichte vergaderingen. De school maakte dus, ten nadele van een docent met een aanstelling van 0,413 fte, onderscheid op grond van arbeidsduur door aanwezigheid op zulke vergaderingen niet te vergoeden. De CGB vond dit onderscheid niet gerechtvaardigd, zij het met de kanttekening:[6]

> 'dat hoewel elke grens in zekere zin een arbitraire is, een aanstelling als die van verzoekster van 0,413 een redelijk omvangrijke is, mede gelet op de onderwijssoort. (...) Dit betekent niet dat de Commissie van oordeel is dat de wederpartij alle docenten, ongeacht de arbeidsomvang, via de jaartaakbelasting in de gelegenheid zou moeten stellen om alle vergaderingen bij te wonen. De wederpartij zou in overleg met elke docent met een arbeidsomvang van 0,5 fte of minder kunnen bepalen, welke niet-verplichte vergaderingen van belang zijn voor een goede functievervulling (...).'

Aanpassing rooster
Een roosteraanpassing kan werknemers benadelen, in die zin dat hun nieuwe werkschema grotere inbreuk maakt op hun privéleven dan voorheen, of het voor hen moeilijker maakt hun werk met zorg- of andere bezigheden te combineren. Als een dergelijke benadeling zich beperkt tot het individuele niveau van één of enkele werknemers, komt het gelijkebehandelingsrecht er niet aan te pas. Anders ligt het wanneer een roosterwijziging een hele categorie van werknemers, bijvoorbeeld vrouwen of deeltijders, gemiddeld relatief hard treft. Dit gebeurde in een geval

5. CGB 1998-109 (tussenoordeel) en 126 (eindoordeel).
6. CGB 2002-12.

waarin een zorginstelling – in overleg met haar ondernemingsraad – besloot over te schakelen van 8- op 5-uursdiensten.[7] Het gevolg was dat vooral deeltijders op meer dagen per week werden ingeroosterd. In dit specifieke geval vond de CGB het onderscheid op grond van arbeidsduur gerechtvaardigd vanwege het grote financieel-economische belang van de zorginstelling. Als dat belang minder groot was geweest, zou het oordeel vermoedelijk anders zijn uitgevallen.[8]

Een werkgever die aan duobaners de eis stelt dat zij verantwoordelijk zijn voor het oplossen van inroosteringsproblemen, en die eis niet stelt aan werknemers met een grotere deeltijdfactor, stelt zwaardere eisen op grond van deeltijd. Dit vergt objectieve rechtvaardiging.[9]

Diensten

Het is in beginsel niet toegestaan deeltijders uit te zonderen van werk buiten reguliere tijden, zoals nacht-, weekend-, wissel- en beschikbaarheidsdiensten.[10] Zij moeten pro rata meedraaien. Dit houdt enerzijds in dat zij hun aandeel in deze diensten moeten leveren, anderzijds dat hun verplichting niet verder gaat dan pro rata. Een verplichting van alle werknemers, ongeacht arbeidsduur, om zes dagen per week beschikbaar te zijn voor inroostering, levert dus ongelijke behandeling op ten nadele van deeltijders.[11]

'Ontzie'-maatregelen ten gunste van ouderen, zoals vrijstelling van diensten, zijn slechts toegestaan in het kader van een ééromvattend 'leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid' (zie paragraaf 6.1).

7.4 Werkinhoud

De inhoud van een functie is een arbeidsomstandigheid. Een werknemer die degradatie/demotie naar een lagere functie of feitelijke verlaging of uitholling van zijn functie wil aanvechten, zal dat in de regel doen met een beroep op zijn arbeidscontract of het principe van goed werkgeverschap. Ook de gelijkebehandelingswetgeving kan hem echter helpen. Een demotie kan namelijk direct of indirect

7. CGB 2010-151. Ook gerechtvaardigd: CGB 1999-22; CGB 2000-35; CGB 2004-111; CGB 2010-117.
8. Vgl. CGB 1998-132; CGB 1999-24.
9. CGB 2005-26/27.
10. CGB 2001-36.
11. CGB 2011-143.

onderscheid maken, bijvoorbeeld op grond van geslacht,[12] leeftijd,[13] h/cz,[14] arbeidsduur[15] of het opnemen van ouderschapsverlof.[16]

Zelfs wanneer een demotie op zichzelf niet discrimineert, kan de opstelling van de werkgever die erop volgt dat wel doen, getuige het volgende voorbeeld:[17]

> In een groot bedrijf wordt een taak verricht door een in voltijd werkende man en een in deeltijd werkende vrouw. De werkgever besluit dat deze taak voortaan door alleen de man zal worden uitgevoerd. De vrouw krijgt werk op een beduidend lager niveau. Zij solliciteert tevergeefs naar andere functies op haar eigen niveau. Geen van de afdelingshoofden wil haar overnemen. Zij hebben geen behoefte aan een deeltijder. De directie spant zich nauwelijks in om de vrouw te helpen aan een passende functie. Hoewel de demotie als zodanig naar het oordeel van de CGB geen onderscheid op grond van geslacht maakte, doet de gang van zaken erna – het gebrek aan inspanning bij het zoeken van een andere functie – de CGB vermoeden dat de werkgever indirect onderscheid op grond van geslacht maakt, welk vermoeden de werkgever niet weet te weerleggen. Nu de werkgever geen rechtvaardiging aandraagt, heeft hij gediscrimineerd.

Een medewerker die na uitval geleidelijk re-integreert kan ergernis oproepen bij leiding en collega's, vooral in de situatie dat hij om medische redenen lichter of aangenamer werk doet dan zijn collega's. Legt de leiding niet goed uit waarom de betrokken werknemer wordt ontzien, dan kan dit aanleiding geven tot wrijving en incidenten met collega's. Wanneer de re-integrerende werknemer lijdt aan een (echte of vermeende) h/cz, kan gelijke behandeling al snel een rol spelen. De houding van de leiding kan dan zelfs als intimidatie worden gezien, zoals in het volgende Belgische voorbeeld:[18]

> Supermarktmedewerker V kreeg last van zijn hart. Na enige tijd werd hij geschikt verklaard om in deeltijd lichte arbeid te verrichten. Hij kreeg aangepast kassawerk. Zijn collega's beklaagden zich bij de leiding over het feit dat V niet op zaterdag, de drukste dag van de week, werkte en dat hij op de dagen dat hij wel werkte het zwaardere werk aan hen overliet. Zij beschuldigden V van 'profitariaat'. De leiding deed niets tegen de opstelling van de collega's. Integendeel, zij reageerde door V een vertrekvoorstel te doen. V stapte naar de rechter, stellend dat zijn werkgever hem had geïntimideerd op grond van zijn handicap. De rechter onderschreef de stelling en kende de werknemer een forse schadevergoeding toe.

12. Voorbeelden: CGB 2008-19; CGB 2009-128.
13. CGB 2007-148. Vgl. CRM 2018-21.
14. CRM 2017-73; CRM 2018-42.
15. CGB 2001-143.
16. CRvB 23 november 2017, CRVB:4067.
17. CGB 2005-68. Vgl. CRM 2001-143; CRM 2002-60.
18. Arbeidshof Brussel 17 november 2015, EELC 2016/2, nr. 21.

7.5 Werkomgeving

Fysieke werkomgeving
De ruimten waarin wordt gewerkt, behoren geschikt te zijn voor beide geslachten (waar toepasselijk, ook voor transgenders[19]) en voor h/cz'ers. Afwezigheid van een voldoende aantal naar geslacht gescheiden wc's, kleedruimten en een geschikte kolfruimte is niet alleen in strijd met de arbowetgeving, maar maakt tevens onderscheid naar geslacht.[20] De verplichting tot het doen van doeltreffende aanpassingen brengt mee dat de werkomgeving toegankelijk moet zijn voor gehandicapten, zo veel als redelijkerwijs mogelijk is. Een werkgever die niet voldoet aan zijn arboverplichtingen, maakt onderscheid als dit vooral h/cz-werknemers benadeelt. Zo werd een werkgever die een rookverbod niet handhaafde, veroordeeld wegens overtreding van de WGBh/cz omdat dit gedrag de astmatische collega's van de overtreders onevenredig sterk trof.[21]

Discriminatievrije werkomgeving, inleiding[22]
De werkgever moet zorgen voor een discriminatievrije werkomgeving. Hij moet erop toezien dat zijn medewerkers (leidinggevenden en collega's) elkaar of anderen niet discrimineren, of door derden (klanten, patiënten enzovoort) worden gediscrimineerd, en ingrijpen wanneer dit toch gebeurt.[23] Hij moet zijn personeel voorlichten over de risico's en het voorkomen van psychosociale arbeidsbelasting.[24] Zo nodig moet hij actief werken aan cultuurverandering[25] en anticiperen op toekomstig gedrag.[26] Hij moet discriminatie adequaat sanctioneren, zo nodig door de dader te berispen, over te plaatsen of te ontslaan, of door excuses te eisen.[27] Uiteraard mag hij iemand die over discriminatie klaagt niet om die reden benadelen, ook al is de wijze waarop het slachtoffer klaagt onredelijk en irritant.[28]

De werkgever dient erop bedacht te zijn dat klachten te maken kunnen hebben met gedrag dat bedoeld was als grap. Medewerkers met een migratieachtergrond, homoseksuelen, vrouwen, gelovigen en gehandicapten kunnen ten aanzien van bepaalde humor een andere beleving hebben dan de gemiddelde, heteroseksuele,

19. CRM 2018-48.
20. CGB 2006-161.
21. CGB 2005-231, zie Oordelenbundel 2005, p. 119, en Jaarverslag 2005 p. 12.
22. Deze paragraaf gaat niet over intimidatie, want dat onderwerp is al in paragraaf 2.4 behandeld. Hierbij zij aangetekend dat intimidatie en discriminatie elkaar overlappen. Intimidatie kan discrimineren, en discriminatie kan intimideren.
23. Willekeurige voorbeelden: CGB 1997-82; CGB 2003-12; CGB 2010-135.
24. Artikel 2.15 lid 2 Arbobesluit.
25. CGB 1999-48.
26. CGB 2002-39.
27. CRM 2019-117.
28. CGB 2003-15.

niet-gehandicapte, christelijke of ongelovige witte man.[29] Probleem hierbij is dat het doelwit van de grap er om kan lachen en er zelfs in kan meegaan, terwijl hij dit in werkelijkheid slechts doet om zich een 'veilige houding' te geven. Zo overwoog de CGB in een zaak waarin een werkneemster over seksuele intimidatie klaagde, terwijl zij zelf seksueel getinte onderwerpen aankaartte, 'dat in een omgeving met hoofdzakelijk mannen, waar een cultuur heerst zoals hiervoor beschreven, op de weinige vrouwen een grote druk ligt om de rol van "one of the guys" op zich te nemen'.[30] Mocht het later komen tot een klacht, dan kunnen deze 'grappen' de werkgever alsnog worden tegengeworpen.

De verplichting te zorgen voor een discriminatievrije werkomgeving is een zorgplicht; de werkgever heeft geen resultaatsverplichting. Werkgevers kunnen immers nu eenmaal niet onder alle omstandigheden voorkomen dat hun medewerkers, klanten en relaties discrimineren, ook al is al het redelijke gedaan om dat te voorkomen.[31]

Ook anderen dan de werkgever hebben een zorgplicht. Hierbij moet vooral worden gedacht aan de inlener van een uitzend- of gedetacheerde werknemer, en aan degene die diensten inhuurt van zzp'ers en van personeel van aannemers en opdrachtnemers. Omgekeerd moeten uitzendbureaus en andere uitleners van personeel erop toezien dat de inlener niet discrimineert.

Vrouwonvriendelijke omgeving
Als in een onderneming een vrouwonvriendelijke omgeving heerst, kan de werkgever daarop worden aangesproken. Leidinggevenden dienen duidelijk zichtbaar afstand te nemen van intimiderende omgangsvormen en daartegen op te treden.[32]

Een vrouwonvriendelijke omgeving kan erin resulteren dat vrouwen – vooral in hogere posities – zich tegen 'het glazen plafond' stoten.[33]

In een geval waarin een werkneemster haar mindere prestaties terecht aan een vrouwonvriendelijke omgeving weet, handelde de werkgever in strijd met de wet door haar slecht te beoordelen en op die grond te willen terugplaatsen naar een lagere functie.[34]

29. CGB 2007-193.
30. CGB 2006-65.
31. CRM 2013-41.
32. CGB 2003-68. Vgl. CGB 2011-148.
33. CGB 2010-108.
34. CGBm/v 521-93-53.

Een vrouwonvriendelijke werkomgeving kan er ook in bestaan dat de werkgever een 'schoonheidsnorm' oplegt.[35] In Nederland is hier, anders dan in sommige andere landen, nog niet veel over te doen. In Engeland kreeg dit onderwerp publicitaire aandacht toen een werkneemster naar huis werd gestuurd omdat zij geen hoge hakken droeg. Zij startte een internetpetitie, die uitmondde in een debat in het Lagerhuis, een rapport en een formele reactie van de regering.[36]

Een discriminatievrije werkomgeving houdt ten aanzien van transseksuele werknemers in dat de werkgever rekening houdt met hun bijzondere situatie.[37]

Godsdienst en politieke gezindheid

De werkgever moet erop toezien dat zijn personeel zich niet geïntimideerd of gekwetst voelt – terecht of niet – door gedrag en opmerkingen die direct of indirect naar godsdienst verwijzen, zoals over hoofddoeken, varkensvlees of terroristische aanslagen.[38] Verder moet de werkgever tot op zekere hoogte 'afwijkend' gedrag tolereren dat religieus is gemotiveerd. Denk hierbij aan:

- de wens om tijdens het werk te bidden;[39]
- de weigering om alcohol te schenken;[40]
- de weigering om homoparen te trouwen;[41]
- de weigering om personen van het andere geslacht een hand te geven;[42]
- proselitisme;[43]
- extreme persoonlijke opvattingen, zoals over voedsel, seksualiteit en religieuze hallucinerende middelen.[44]

De vrijheid van godsdienst brengt niet mee dat werkgevers of de overheid godsdienstige manifestatie zouden moeten faciliteren, bijvoorbeeld door het inrichten

35. Zie CGB 2002-132, JAR 2002/209.
36. Rapport 'High Heels and Workplace Dress Codes' van 25 januari 2017 gaat ook in op eisen aan onder andere make-up, haardracht, kousen, roklengte en decolleté.
37. CRM 2018-61.
38. CGB 2005-75; CGB 2012-45; CRM 2016-130.
39. CGB 1997-23; CGB 1999-49; CGB 2003-146; CGB 2004-49; CRM 2014-66.
40. CGB 2000-75.
41. In de politiek is langdurig en principieel debat gevoerd over de vraag hoe om te gaan met 'weigerambtenaren'. Voor de achtergrond, zie onder andere CGB 2008-40. In 2014 hakte de wetgever de knoop door: zie Stb. 2014, 260, Kamerstukken 33344 en Stb. 2015, 200, Kamerstukken 32476. Hierdoor heeft dit onderwerp in Nederland zijn praktische belang verloren. Zie verder EHRM 15 januari 2013, zaken 35167/10 (*Ladele*) en, 36516/10 (*McFarlane*), JAR 2013/55.
42. CRvB 7 mei 2009, JAR 2009/146; Hof 's-Gravenhage 10 april 2012, JAR 2012/130. Selectie uit oordelen CRM: CRM 2014-93; CRM 2015-76; CRM 2016-73; CRM 2016-142; CRM 2017-74; CRM 2018-140; CRM 2019-31; CRM 2019-97; CRM 2020-96.
43. CGB 1996-59; CGB 1997-148, met vervolg in Ktr. Hoorn 19 januari 1998, JAR 1998/68.
44. CGB 2005-67; CRM 2016-57.

van gebedsruimten, maar als een werkgever onverplicht een dergelijke ruimte inricht, moet deze ruimte wel voor alle werknemers toegankelijk zijn.[45]

Uitspraken over discriminatie op grond van politieke gezindheid zijn zeldzaam.[46]

Ras en nationaliteit
Een bijzondere categorie zaken betreft de eis dat op het werk uitsluitend Nederlands wordt gesproken. Deze 'taaleis' discrimineert niet rechtstreeks, want hij richt zich op alle werknemers, ongeacht nationale of etnische afstamming. De eis maakt wel indirect onderscheid op grond van ras en nationaliteit.[47] Onder omstandigheden kan een taaleis echter worden gerechtvaardigd (of zelfs wettelijk verplicht zijn gesteld[48]).

Leeftijd
In Nederland zijn er (nog?) niet veel zaken geweest over wat in het Engels 'ageism' wordt genoemd, en al helemaal niet op het punt van arbeidsomstandigheden. In onder andere het Verenigd Koninkrijk is dit anders. Bekend werd de zaak van een televisiepresentatrice die jarenlang een populair televisieprogramma presenteerde, maar op haar 51ste van dat programma werd afgehaald om plaats te maken voor een jonger team.[49]

Een Nederlands geval betreft een 53-jarige docente aan een basisschool die dreigde te worden overgeplaatst naar een andere basisschool op grond van het criterium 'evenwichtige leeftijdsopbouw'.[50] Het bestuur van de betrokken onderwijsgroep wilde een aantrekkelijke werkgever zijn en meer dynamiek uitstralen door per school een meer naar leeftijd gemengd team te creëren. In gemengde teams zouden jongeren kunnen worden opgeleid door ouderen, en zouden ouderen worden gestimuleerd door jongeren. De CGB vond dit geen legitiem doel.

7.6 Kleding en uiterlijk

Het College beschouwt kledingvoorschriften vanouds als arbeidsvoorwaarden én arbeidsomstandigheden. De werkgever mag op grond van artikel 7:660 BW ordevoorschriften geven, onder andere met betrekking tot kleding, maar hij moet zich hierbij onthouden van discriminatie.

45. Zie CGB 2000-51.
46. CGB 2012-172, JAR 2013/1. Vgl. CGB 2011-82.
47. CGB 2000-15, JAR 2000/87; CRM 2018-98.
48. Artikel 1.5 ha Arbobesluit.
49. Employment Tribunal 10 januari 2011, zaak 2200423/2010 (*O'Reilly v BBC*).
50. CGB 2007-58.

Geslacht
De meeste geschillen over kleding in verband met geslacht betreffen werkgevers die verschillende kleding of haardracht voorschreven voor mannen en vrouwen. In deze gevallen is sprake van rechtstreeks onderscheid, zodat objectieve rechtvaardiging er in beginsel niet aan te pas komt.[51] Als men de wettekst, dat mannen en vrouwen niet 'op een andere wijze' mogen worden behandeld, letterlijk neemt, is de conclusie dat mannen in vrouwenkleding naar het werk mogen komen, en omgekeerd. Deze conclusie had niet getrokken hoeven worden als Nederland het EU-voorbeeld en dat van andere landen had gevolgd om direct onderscheid te definiëren in termen van benadeling, in plaats van het 'op andere wijze' behandelen als uitgangspunt te nemen.

Godsdienst en levensovertuiging
Er is veel geprocedeerd over religieuze attributen als hoofddoeken en crucifixen, onder andere bij het EHRM[52] en het HvJ. Van het HvJ zijn vooral van belang zijn uitspraken in *Achbita*[53] en *Bougnaoui*.[54]

In *Achbita* overwoog het HvJ als volgt. Het is legitiem voor een ondernemer om in zijn relaties met klanten blijk te willen geven van een beleid van politieke, filosofische en religieuze neutraliteit. Dit volgt uit de in het Handvest erkende vrijheid van ondernemerschap. Het opleggen van een verbod aan werknemers om tekens van politieke, filosofische of religieuze overtuiging zichtbaar te dragen is een geschikt middel om de goede toepassing van een beleid van neutraliteit te waarborgen, mits dat beleid daadwerkelijk coherent en systematisch wordt nagestreefd. Als het verbod wordt beperkt tot werknemers met zichtbaar klantencontact, is het middel in principe ook noodzakelijk. Echter, als de werkgever in staat is om zonder al te veel moeite een door zijn beleid getroffen werknemer over te plaatsen naar een arbeidsplaats zonder zichtbaar klantencontact, moet hij dat aanbieden, anders is niet voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste.

Volgens *Bougnaoui* is sprake van *direct* onderscheid op grond van godsdienst wanneer een werkgever een hoofddoek verbiedt om tegemoet te komen aan de wens van een klant. In dat geval is ook geen sprake van een *objectief* wezenlijk en bepalend beroepsvereiste.

51. CGB 1998-82; CGB 2004-154; CGB 2005-242; CGB 2006-73/74; CGB 2006-78; CGB 2006-87; CGB 2007-18; CGB 2010-80; CGB 2010-147; CRM 2013-78 en Ktr. Utrecht 10 juli 2013, RBMNE:3559.
52. EHRM 10 november 2005, appl. 44774/98 (*Sahin*), NJ 2006/170; EHRM 15 januari 2013, (gevoegde zaken *Eweida, Chaplin, Ladele* en *McFarlane*), JAR 2013/55; EHRM 26 november 2015, appl. 64846/11 (*Ebrahimian*), JAR 2015/319; EHRM 18 september 2018, appl. 3413/09 (*Lachiri*).
53. HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15 (*Achbita*), JAR 2017/96.
54. HvJ EU 14 maart 2017, C-188/15 (*Bougnaoui*), JAR 2017/97.

In *Achbita* was sprake van een verbod op zichtbaar gedragen kleding dat niet alleen voor alle religieuze tekens gold (islamitische hoofddoek, joods keppeltje, christelijke crucifix, sikh-tulband enzovoort), maar tevens voor niet-religieuze tekens met een politieke of filosofische connotatie. Zou de uitspraak gelijk zijn geweest als het verbod in die zaak enkel alle vormen van *religieuze* tekens, niet ook politieke en filosofische tekens had omvat?[55]

De werkgever die geen islamitisch personeel wil, kan, zeker na *Achbita*, in de verleiding komen om te doen alsof hij alle vormen van non-neutraliteit wil weren, terwijl het hem in werkelijkheid slechts om de islam te doen is. Het is misschien om deze reden dat het HvJ in *Achbita* overwoog dat een kledingvoorschrift een passend middel kan zijn om een neutraliteitsbeleid te waarborgen 'mits dat beleid daadwerkelijk coherent en systematisch wordt nagestreefd' en het beleid al vóór de bestreden maatregel was vastgesteld.

Het gros van de Nederlandse uitspraken over religieuze kledij dateert van vóór *Achbita/Bougnaoui*. Het is niet zeker of die rechtspraak nog maatgevend is. In het pre-Achbita-tijdperk sprak het College tientallen, zo niet honderden oordelen uit over hoofddoeken, vooral in verband met werving en selectie en ontslag, maar soms ook in verband met arbeidsomstandigheden.[56] Ook rechters moesten zich hierover veelvuldig uitspreken.[57]

In het 'hoofddoekdebat' wordt wel onderscheid gemaakt tussen 'publieke' en private functies. Tot de eerste categorie behoren rechters, griffiers,[58] politiemedewerkers,[59] IND-medewerkers,[60] deurwaarders[61] en docenten.[62] In de private sector spelen vooral islamitische kledingregels, zoals het bedekt houden van het lichaam (lange mouwen,[63] gezichtsbedekkende chador, boerka of nikab[64]) of het dragen

55. Eind 2018 en begin 2019 stelden Duitse rechters hierover prejudiciële vragen aan het HvJ, alwaar zaken C-804/18 (*WABE*) en C-341/19 (MH *Müller*) aanhangig zijn. Zie conclusie A-G Rantos 25 februari 2021.
56. Een selectie: CGB 2002-123 t/m 126; CGB 2003-157; CGB 2006-30; CGB 2006-215; CGB 2006-217; CGB 2007-104.
57. Ktr. Amsterdam 22 maart 1996, JAR 1996/91; Ktr. Tiel 1 september 2004, Pg. 2005, nr. 16.
58. CGB 2001-53. Reactie regering 30 augustus 2001, antwoord op Kamervraag 2000/01, nr. 1652. Zie ook CRM 2016-45.
59. Zie CGB-advies 2007-8 'Pluriform uniform?'; CRM 2017-135, JAR 2017/296, welk oordeel de politie niet overneemt.
60. Zie CGB 2007-195.
61. Zie CRM 2013-28.
62. Confessionele scholen hebben meer vrijheid om hoofddoeken en dergelijke te weren: zie CGB 2003-112. Vgl. CGB 1999-18.
63. Ktr. 's-Hertogenbosch 13 juli 2009, JAR 2009/209; Ktr. Rotterdam 24 januari 2014, RAR 2014/95; CRM 2014-152; CRM 2018-40.
64. CGB 2000-63; CGB 2003-40; CGB 2006-239; CGB 2009-36.

van een baard[65] of lange jurk (door mannen). Hiervoor geldt in principe hetzelfde als voor hoofddoeken. Op 1 augustus 2019 trad na jarenlange discussie een, vooralsnog nauwelijks gehandhaafd, verbod in werking – met enkele uitzonderingen – op het dragen van gezichtsbedekkende kleding in het onderwijs, het openbaar vervoer, overheidsgebouwen en de zorg.[66]

De christelijke tegenhanger van de hoofddoek is de zichtbaar gedragen crucifix.[67]

Ook buiten de islam en het christendom zijn er geloven die, volgens hun aanhangers of sommigen van hen, bepaalde kledij of haardracht voorschrijven, zoals sikhs (tulband),[68] aanhangers van de Bhagwanbeweging (oranje jurk)[69] en rastafarians (dreadlocks).[70] Een kledingeis gebaseerd op een niet serieus te nemen 'geloof' hoeft niet te worden gehonoreerd.[71]

Levensovertuiging is ruimer dan godsdienst. Een werknemer die op zijn uiterlijk wordt aangesproken en die geen beroep kan doen op de gelijkebehandelingswetgeving, kan in sommige gevallen een grondrecht inroepen, zoals het recht van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 8 EVRM, artikel 10 Grondwet) of dat van onaantastbaarheid van lichaam (artikel 11 Gw). Dit gebeurde onder andere in geschillen over haardracht,[72] baarden,[73] piercings,[74] tatoeages,[75] oorbellen[76] en kleding.[77]

65. Zie CGB 2007-8; CGB 2010-10; CRvB 13 maart 2012, Usz 2012/103.
66. Wet gedeeltelijk verbod gezichtsbedekkende kleding van 27 juni 2018, Stb. 2018, 222, Kamerstukken 34349, in werking 1 augustus 2019 (Stb. 165). België had al op 1 juni 2011 een vergelijkbaar verbod ingevoerd; EHRM 11 juli 2017, zaak 37798/13 (*Belcacemi*) achtte dit verbod een gerechtvaardigde inbreuk op artikelen 8 en 9 EVRM.
67. Ktr. Amsterdam 14 december 2009, JAR 2010/3, in hoger beroep: Hof Amsterdam 15 juni 2010, JAR 2010/179.
68. CGB 1997-24 en pres. Rb. Haarlem 18 maart 1997, JAR 1997/85.
69. CRvB 23 april 1985, AB 1986/37.
70. CGB 2005-162; GEA St. Maarten 23 september 2016, NJF 2016/455.
71. CRM 2017-145 en RvS 15 augustus 2018, RVS:2715.
72. EHRM 22 februari 1984, nr. 8209/78 (*Sutter/Zwitserland*); CRvB 4 juni 1986, RSV 1986/278; CRvB 25 april 2002, AE2857; CRM 2005-162; CRvB 24 december 2009, BK 8782; Ktr. Haarlem 24 september 2010. JAR 2010/283; Hof Amsterdam 19 november 2019, JAR 2020/9 (r.o. 3.9).
73. Ktr. Delft 18 september 1969, Pg. 1970, nr. 646; Ktr. Amsterdam 28 mei 1991, Pg. 1991, nr. 3582; Ktr. Rotterdam 21 juni 1991, Pg. 1991, nr. 3555.
74. Ktr. Arnhem 20 maart 2000, JAR 2000/138; CRvB 7 april 2005, TAR 2005/88.
75. Ktr. Breda 6 oktober 1993, JAR 1994/6 (impliciet); Ktr. Rotterdam 18 september 2020, JAR 2020/262 (verbod niet onredelijk).
76. CGB 1998-65 en Rb. 's-Gravenhage 6 juli 1999, AN6439; Ktr. Rotterdam 3 augustus 1994, JAR 1994/206; Ktr. Amersfoort 26 juni 2007, JAR 2008/94; CGB 2011-126.
77. Ktr. Amsterdam 3 januari 1974, Pg. 1974, nr. 919; CRM 2018-120.

Een aparte problematiek betreft de verplichting een uniform te dragen, vooral in het geval de werkgever een uniformplicht invoert of aanscherpt en het al in dienst zijnde personeel daar – anders dan om religieuze redenen – bezwaar tegen heeft.[78]

Direct of indirect onderscheid?
Het is begrijpelijk dat hoofddoekverboden soms tot het oordeel direct onderscheid en soms tot het oordeel (slechts) indirect onderscheid leidden, want er is een glijdende schaal. 'Wij willen geen islamitische hoofddoek' is duidelijk direct onderscheidend. 'Wij willen geen kleding die naar een geloof verwijst' is al minder direct. Nog indirecter is: 'Wij willen geen kleding of andere zichtbare tekens op het werk die verwijzen naar een godsdienst, politieke of andere levensovertuiging.' Helemaal indirect is: 'Wij willen geen hoofddeksels.' De toets die het College aanlegt om te bepalen of het onderscheid direct is, is of het betrokken criterium 'rechtstreeks naar godsdienst verwijst'. Meestal wordt tot indirect onderscheid geconcludeerd wanneer de hoofddoek is afgewezen omdat hij niet 'representatief' wordt gevonden.

7.7 Medezeggenschap

De Wet op de ondernemingsraden (WOR) geeft leden van de ondernemingsraad het recht om tijdens werktijd, en dus met behoud van salaris, te vergaderen, opleidingen te volgen, achterbanberaad te plegen, enzovoort. Nu kan het gebeuren dat de ondernemingsraad vergadert op een dag of dagdeel waarop een van zijn leden niet werkt, bijvoorbeeld omdat dat lid in deeltijd werkt. De WOR kent geen bepaling op grond waarvan buiten de eigen werktijd verricht OR-werk wordt vergoed. Volgens het gelijkebehandelingsrecht kan echter wél een verplichting bestaan om in 'eigen tijd' verricht OR-werk te vergoeden. Een ondernemer die geen salaris betaalt voor buiten werktijd verricht OR-werk, maakt namelijk onderscheid op basis van arbeidsduur. Het voltijds werkzame OR-lid ontvangt immers voor hetzelfde werk meer loon dan het in deeltijd werkzame lid. Het HvJ kwam al tot deze conclusie voordat de Raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid er was, toen via de omweg van indirecte ongelijke behandeling m/v.[79] De vraag is vervolgens tegen welk tarief zulk in eigen tijd verricht OR-werk moet worden vergoed. Het gaat om meeruren, dus vergoeding van het kale uurloon is onvoldoende.[80]

78. Ktr. Alkmaar 12 februari 1986, Pg. 1986, nr. 2522; CRvB 11 mei 1988, RSV 1989/13; Ktr. 's-Gravenhage 18 augustus 2005, JAR 2005/212.
79. HvJ EG 4 juni 1992, C-360/90 (*Bötel/Stadt Berlin*), JAR 1992/43; HvJ EG 6 februari 1996, C-457/93, NJ 1997/79 (*Lewark*); HvJ EG 7 maart 1996, C-278/93 (*Freers*).
80. Zie de arresten *Helmig* en *Elsner-Lakeberg* (hiervoor besproken in paragraaf 5.6); CGB 1998-4; Ktr. Groenlo 5 juli 1999, JAR 1999/165.

7.8 Terugkeer na verlof

Terugkeer na bevallingsverlof
Tijdens moederschapsverlof kan de arbeidsorganisatie veranderen. Denk bijvoorbeeld aan een reorganisatie, functieaanpassing of verhuizing. Het gevolg kan zijn dat de van verlof terugkerende werkneemster ervaart dat het werk dat zij vóór aanvang van haar verlof deed, er niet meer, of niet in ongewijzigde vorm, is. De gelijkebehandelingswetgeving geeft haar in dit opzicht niet een verdergaand recht dan anderen om zich aan zulke veranderingen te onttrekken.[81] Deze situatie wordt geregeld in artikel 15 van Richtlijn 2006/54. Volgens deze bepaling heeft de vrouw na afloop van haar bevallingsverlof 'het recht om onder voor haar niet minder gunstige voorwaarden en omstandigheden naar haar baan of naar een gelijkwaardige functie terug te keren en te profiteren van elke verbetering van de arbeidsvoorwaarden waarop zij tijdens haar afwezigheid aanspraak had kunnen maken'. De terugkerende werkneemster heeft niet zonder meer recht op terugkeer in een *identieke* functie. Zij kan slechts een *gelijkwaardige* functie verlangen.

Moederschapsverlof kan gevolgen hebben voor de rechtspositie van de werkneemster, zoals ten aanzien van anciënniteitsberekening.[82] Zulke gevolgen kunnen ingrijpend zijn, zoals in de zaak *Napoli*:[83]

> Mevrouw Napoli was in dienst bij de Italiaanse politie. Zij werd toegelaten tot een twaalf maanden durende en met een examen af te ronden opleiding voor een hogere rang. Op het moment dat de opleiding begon, was mevrouw Napoli met moederschapsverlof. Zij kreeg de toezegging dat zij zou mogen deelnemen aan de eerstvolgende opleiding. Hiermee nam zij geen genoegen. Zij eiste om na afloop van haar verlof in te stromen in de opleiding, ook al zou deze tegen die tijd al een week of tien zijn gevorderd. Zij beriep zich onder andere op artikel 15 van Richtlijn 2006/54. Haar werkgever meende dat artikel 15 niet was overtreden, nu mevrouw Napoli bij terugkeer van verlof weer in haar eigen functie kon werken en bovendien de toezegging had dat zij later alsnog de opleiding zou kunnen volgen. Het HvJ erkende dit, maar stelde tegelijk vast dat de uitsluiting van mevrouw Napoli van de lopende opleiding haar loopbaan ongunstig beïnvloedde. Tegenover dit nadeel stond het openbaar belang dat aan het afrondende examen alleen wordt deelgenomen door kandidaten die passend zijn voorbereid op de uitoefening van hun nieuwe rang. Alles tegen elkaar afwegende vond het HvJ dat van Italië had mogen worden verlangd om voor mevrouw Napoli bij haar terugkeer van verlof parallelle inhaallessen te verzorgen, teneinde haar in staat te stellen om op gelijke voet als de overige cursisten deel te nemen aan het afrondende examen.

81. Ktr. Haarlem 15 februari 2002, JAR 2002/54; CGB 2011-68; CGB 2012-118; CRM 2018-92; CRM 2018-106.
82. HvJ EG 16 februari 2006, C-294/04, JAR 2006/68 (*Sarkatzis Herrero*).
83. HvJ EU 6 maart 2014, C-595/12, JAR 2014/105 (*Napoli*).

Terugkeer na ouderschapsverlof
Ogenschijnlijk is ouderschapsverlof genderneutraal. De werkelijkheid is anders. Vrijwel altijd is het de minst verdienende ouder die het verlof neemt, en dat is in het gros van de gevallen de moeder. Benadeling van een werknemer in verband met het feit dat deze ouderschapsverlof opneemt, of wil opnemen,[84] of zich op de wet beroept[85] – denk bijvoorbeeld aan het niet-voortzetten van een tijdelijk contract – maakt dan ook indirect onderscheid op grond van geslacht. Benadeling ligt op de loer, want de ervaring leert dat hoe langer een werknemer afwezig is van het werk, hoe zwakker zijn binding met de werkgever wordt (en hoe sterker de binding van zijn eventuele vervanger).

Net als Richtlijn 2006/54 accepteert de Raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof (Richtlijn 2010/18) dat er situaties kunnen zijn waarin het niet mogelijk is de van ouderschapsverlof terugkerende werknemer in zijn of haar oude functie terug te laten keren, bijvoorbeeld omdat die functie tijdens het verlof is vervallen of aangepast.[86] Voor terugkeer na (volledig) ouderschapsverlof gelden dan ook dezelfde principes als voor terugkeer na moederschapsverlof.[87] Een verschil tussen beide vormen van verlof is wel dat, waar overtreding van de regels over terugkeer na moederschapsverlof alleen vrouwen treft, en dus direct onderscheid op grond van geslacht oplevert, overtreding van de regels over terugkeer na ouderschapsverlof zowel mannen als vrouwen treft, en dus 'slechts' indirect onderscheid maakt, en dus gerechtvaardigd kan worden. Een ander verschil is dat ouderschapsverlof in deeltijd kan worden opgenomen. Ook in dat geval heeft de werknemer – behoudens objectieve rechtvaardiging – recht op behoud van de eigen functie, zowel tijdens als na afloop van het verlof.

Vóór ingang van het verlof bestaande rechten kunnen in beginsel niet worden aangetast. Dit geldt ook voor 'rechten in wording', zoals een (voorwaardelijk) recht op promotie.[88]

Frictie na terugkeer
In de situatie dat een werknemer na langdurige afwezigheid terugkeert, is het risico op fricties extra groot, zeker als de omstandigheden tijdens de afwezigheid zijn veranderd. De werknemer die verband ziet met het opgenomen moeder-

84. Voorbeeld: CRM 2018-105.
85. Artikel 6:1a Wazo. Voorbeeld toepassing: CRvB 23 november 2017, JAR 2017/310.
86. HvJ EU 20 juni 2013, C-7/12 (*Riezniece*), JAR 2013/200.
87. Ktr. Rotterdam 21 juli 1995, JAR 1996/17; Ktr. Nijmegen 6 december 1996, JAR 1997/4; Ktr. Breda 30 maart 2001, JAR 2001/85; Ktr. Hilversum 8 november 2004, JAR 2005/18.
88. HvJ EU 7 september 2017, C-174/16 (*H/Land Berlin*), JAR 2017/257.

schaps- en/of ouderschapsverlof zal dat verband aannemelijk moeten maken. Bij gebreke van verband is er geen onderscheid.[89]

7.9 Extra bescherming moeders

Onder bepaalde omstandigheden mogen en/of moeten overheden en werkgevers onderscheid op grond van geslacht maken. Zij mogen/moeten vrouwen namelijk gunstiger dan mannen behandelen, met name wanneer dat nodig is om hen te beschermen in verband met moederschap.[90] Maatregelen ten gunste van vrouwen die verder gaan dan nodig is ter bescherming van moederschap of opheffing van feitelijke ongelijkheid, zijn echter verboden.[91]

Het werk van zwangere, pas bevallen en borstvoeding gevende (lacterende) werkneemsters moet zo zijn ingericht dat er geen risico is op benadeling van hun gezondheid of die van hun kind. Daar waar zich een specifiek risico zou kunnen voordoen, moet het al dan niet aanwezig zijn van dit risico worden vastgesteld aan de hand van een risico-evaluatie. Zijn er risico's, dan moet de werkgever de arbeidsomstandigheden aanpassen of, als dat niet kan, de werkneemster tijdelijk naar een andere functie overplaatsen of, als ook dat niet kan, de werkneemster tijdelijk met betaald verlof naar huis sturen. Deze verplichting geldt tijdens de hele periode vanaf het begin van de zwangerschap tot aan het einde van de periode van borstvoeding. Ten aanzien van de vraag wanneer een aanpassing aangewezen is, en waaruit de aanpassing moet bestaan, zal de werkgever mogen, en in veel gevallen moeten, afgaan op zijn bedrijfsarts of desnoods het UWV.[92]

Werkende werkneemsters die borstvoeding geven en hun werkgever daarvan op de hoogte hebben gesteld, hebben recht op een voedings-/kolfruimte die aan bepaalde eisen voldoet (privacy, bed of rustbank, klimaat, koelkast, wasbak enzovoort),[93] en zij mogen zo lang als nodig hun werk onderbreken om hun kind daar (of thuis) te voeden of om te kolven, met een maximum van een kwart van hun arbeidstijd.[94] De werkneemster mag geen nadeel ondervinden van het gebruik van dit recht.[95] Zo mag lagere productiviteit die is veroorzaakt door aan kolven bestede

89. Ktr. 's-Gravenhage 30 juni 2006, JAR 2006/196; Ktr. Haarlem 15 februari 2002, JAR 2002/54; CGB 2012-59, met vervolg in Vzr. Utrecht 10 mei 2012, Oordelenbundel 2012, p. 80.
90. HvJ EG 12 juli 1984, 184/83 (*Hofmann*).
91. HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84 (*Johnston*); HvJ EG 30 juni 1988, C-318/86 (*Commissie/Frankrijk*); HvJ EG 25 juli 1991, C-345/89 (*Stoeckel*); HvJ EG 5 mei 1994, C-421/92 (*Habermann-Beltermann*); CGB 2008-52; HvJ EU 12 december 2019, C-450/18 (*WA/INSS*); HvJ EU 18 november 2020, C-463/19 (*Syndicat CFTC*).
92. CRM 2015-14; HvJ EU 19 oktober 2017, C-531/15, JAR 2017/292 (*Otero Ramos*); HvJ EU 19 september 2018, C-41/17 (*González Castro*), JAR 2018/260.
93. Artikel 3:48 Arbeidsomstandighedenbesluit.
94. Artikel 4:8 Arbeidstijdenwet.
95. CRM 2020-7.

tijd niet meewegen bij een beoordeling.[96] Het kolfrecht geldt tot negen maanden na de geboorte van het kind. Na het verstrijken van deze termijn moet de werkgever nog altijd die voorzieningen treffen die nodig zijn om het voor een vrouwelijke werknemer mogelijk te maken borstvoeding te geven, zo nodig door ander werk te laten doen of, als dat niet kan, met behoud van salaris vrij te stellen van werk.[97] Problemen doen zich relatief vaak voor ten aanzien van uitzendkrachten. Zo kan het zijn dat een inlener geen kolfruimte heeft en op die grond geen kolvende uitzendkracht wil aannemen of een dergelijke uitzendkracht wegstuurt.[98] Ook kan onduidelijkheid ontstaan over de vraag of het uitzendbureau de aan kolven bestede tijd aan de inlener mag doorberekenen. De werkneemster mag niet de dupe worden van zulke onduidelijkheid.[99] Ook zzp'ers hebben recht op borstvoedings- en kolfvoorzieningen. Ik betwijfel echter of zij aanspraak kunnen maken op 'doorbetaling' van hun tarief voor de door borstvoeding of kolven verloren werktijd.

Zorg voor een jong kind is als zodanig geen beschermde hoedanigheid. Ontslag van een werkneemster die vanwege opvangperikelen weigert mee te werken aan een roosterwijziging is dan ook geen ontslag vanwege moederschap.[100]

7.10 Extra bescherming h/cz'ers

Doeltreffende aanpassing
Als er één wet is die de aristotelische norm omarmt, het de WGBh/cz. Artikel 2 lid 1:

> 'Het verbod van onderscheid houdt mede in dat degene tot wie dit verbod zich richt, gehouden is naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen.'

De wet verplicht de werkgever dus om, in bepaalde omstandigheden, h/cz'ers *ongelijk* te behandelen. Deze verplichting is onderdeel van het discriminatieverbod. Een werkgever die zonder goede reden weigert, of nalaat, een doeltreffende aanpassing te verrichten, discrimineert (en pleegt een strafbaar feit[101]). Ongelijke gevallen moeten immers ongelijk worden behandeld.[102]

96. CGB 2008-7; CGB 2012-86.
97. Artikel 1:42 Arbeidsomstandighedenbesluit.
98. CGB 2012-90.
99. CRM 2015-92; CRM 2016-122.
100. Arbeidshof Brussel 10 september 2019, EELC 2020/3, nr. 33.
101. Artikel 429 quater lid 2 Sr.
102. Zie EHRM 23 februari 2016, nr. 51500/08 (*Cam*); EHRM 30 januari 2018, nr. 23065/12 (*Enver Sahin*).

De werknemer draagt de bewijslast (van het vermoeden) dat de werkgever heeft nagelaten een doeltreffende aanpassing te plegen.[103]

De aanpasplicht van de WGBh/cz is in veel gevallen niet meer dan een aanvulling op de re-integratieverplichting die de werkgever jegens arbeidsongeschikt personeel heeft op grond van artikel 7:658a BW. Deze verplichting gaat in menig opzicht verder dan de aanpasplicht van de WGBh/cz. Het College beoordeelt niet of de werkgever zijn re-integratieverplichting naleeft (dat is aan de burgerlijke rechter), wel of – áls de werkgever andere arbeid aanbiedt – hij zich voldoende inspant de passendheid van die arbeid en/of de geschiktheid van de werknemer voor die arbeid te onderzoeken.[104]

Doeltreffend naargelang de behoefte
Aanpassingen ingevolge de WGBh/cz moeten 'naargelang de behoefte doeltreffend' zijn. Doeltreffend houdt in dat de aanpassing tijdig[105] wordt aangebracht en dat zij geschikt en noodzakelijk is. Wat houdt 'geschikt' in? Is een aanpassing geschikt als zij een werknemer weliswaar in staat stelt zijn essentiële functietaken uit te voeren, maar slechts met onaanvaardbare beperkingen, zoals een zeer laag tempo of een hoog foutenpercentage (terwijl een verdere aanpassing niet mogelijk is)? De wetsgeschiedenis biedt geen houvast. Het antwoord hangt, dunkt me, af van de uitleg die men geeft van de ongeschiktheidsexceptie (zie paragraaf 4.5).

Het moet bij doeltreffende aanpassingen gaan om arbeidsgerelateerde aanpassingen. Aanpassingen op het vlak van persoonlijke verzorging en alledaagse levensverrichtingen zoals toiletgang worden dan ook niet van de werkgever gevergd.[106]

Een aanpassing is niet noodzakelijk als de h/cz-werknemer zijn functie zonder aanpassing kan uitoefenen of met een minder ingrijpende voorziening hetzelfde doel bereikt kan worden.[107] Zo kan, bijvoorbeeld, een werknemer die met enige moeite met het openbaar vervoer kan reizen, niet zonder meer een gereserveerde parkeerplek bij de ingang van zijn kantoor verlangen.

'Naargelang de behoefte' betekent dat de werkgever niet verplicht is om op voorhand, en rekening houdend met een toekomstige reeks van handicaps of chronische ziektes die zich kunnen voordoen, aanpassingen te verrichten. Het moet gaan om een in een concrete situatie benodigde aanpassing.

---

103. CRM 2020-119/110.
104. CRM 2013-127; CRM 2018-133.
105. Kamerstukken 28169, nr. 5, p. 13 ('binnen een redelijke termijn').
106. CGB 2006-59.
107. Kamerstukken 28169, nr. 3, p. 25.

Volgens de CGB geldt de aanpasplicht alleen voor zover de aanpassing geschikt en noodzakelijk is om de werknemer in staat te stellen zijn *eigen* functie te vervullen.[108] De werknemer zou dus niet op grond van de WGBh/cz recht hebben op een doeltreffende aanpassing teneinde hem in staat te stellen een andere functie bij zijn werkgever, laat staan een functie bij een andere werkgever, te vervullen. Van een *andere* functie is onder andere sprake wanneer de werknemer zou worden ontheven van een voor de eigen functie *essentiële* taak.[109] Ik twijfel aan deze opvatting, waarover in het buitenland anders wordt gedacht. Zij wijkt in ieder geval af van de verplichting van de werkgever ingevolge de Wet Poortwachter om ander passend werk, indien voorhanden, aan te bieden (eventueel zelfs bij een andere werkgever), en om in dat verband te onderzoeken of doeltreffende aanpassingen mogelijk zijn. Bovendien kan men twisten over de vraag wanneer aanpassingen zo ingrijpend zijn dat gesproken moet worden van een *andere* functie. Deze vraag speelde in de Ierse zaak *Nano Nagle v Daly*:[110]

> Mevrouw Daly was een onderwijsassistent op een school voor gehandicapten. Een ongeval maakte haar rolstoelafhankelijk. Na revalidatie wilde zij terugkeren in aangepast werk. De school liet deskundigen analyseren welke onderdelen van haar functie mevrouw Daly – al dan niet na aanpassing – nog aankon. Haar functie omvatte zestien taken. Daarvan kon zij er nog negen (geheel of gedeeltelijk) uitvoeren. Op basis van deze analyse concludeerde de school dat mevrouw Daly niet geschikt was voor haar functie, en liet haar niet toe tot het werk. De rechter in eerste aanleg vond dat de school de taken van de overige onderwijsassistenten zou kunnen herverdelen, zodanig dat mevrouw Daly zich zou kunnen beperken tot de negen taken waartoe zij in staat was. In hoger beroep oordeelde de rechter dat van een werkgever wel kan worden verlangd 'niet-essentiële' taken te herverdelen, maar dat dit niet opgaat voor (essentiële) kerntaken. Dan ontstaat namelijk een *andere* functie. Het Supreme Court vond dit onderscheid tussen essentiële en niet-essentiële taken gekunsteld. De vraag of de school gehouden was de taken van mevrouw Daly en haar collega's te herverdelen kan slechts worden beantwoord aan de hand van de 'onevenredige belasting'-uitzondering.

Kan van de werkgever worden verlangd dat hij een aanpassing verstrekt in verband met de h/cz van een derde met wie een werknemer een bijzondere band heeft? We zagen in paragraaf 2.2 dat het HvJ in de zaak *Coleman* het concept van 'associatieve discriminatie' aanvaardde. Mevrouw Coleman mocht niet ongunstiger dan haar collega's worden behandeld op grond van de handicap van haar zoontje. Kan men deze doctrine doortrekken naar de aanpasverplichting? Het College lijkt hier geen moeite mee te hebben.[111] De nogal algemeen geformuleerde

108. CGB 2011-170; CRM 2013-47; CRM 2014-29; CRM 2018-78.
109. CRM 2013-139; CRM 202-109/110.
110. (Ierland) Supreme Court 31 juli 2019, [2019] IESC 63 (*Nano Nagle v Daly*), te raadplegen op supremecourt.ie.
111. CRM 2015-144; CRM 2017-109.

tekst van artikel 2 WGBh/cz staat een dergelijk doortrekken niet in de weg. Zo zou bijvoorbeeld denkbaar zijn dat een vervoerbeperkte werknemer een gereserveerde parkeerplaats kan verlangen ten behoeve van zijn begeleider.

Aard aanpassing
De werknemer die meent een aanpassing nodig te hebben, moet dit melden. De werkgever moet weten dat de aanpassing nodig is.[112] Zolang hij dat niet weet, of redelijkerwijs zou moeten begrijpen, rust op hem geen aanpasplicht. Zodra de werkgever bekend is met een aanpaswens (bijvoorbeeld door een advies van de bedrijfsarts) rust op hem een onderzoeksplicht. Hij moet dan in overleg met de werknemer zoeken naar een oplossing.[113]

Bij doeltreffende aanpassingen moet men niet alleen denken aan fysieke hulpmiddelen op de werkplek, maar ook aan zaken als korter werken,[114] interne overplaatsing, ander werk,[115] taakherschikking, veranderde werktijden,[116] werken onder begeleiding, assistentie door collega's,[117] aanstelling van iemand om de werknemer tijdelijk te vervangen,[118] rustiger werkplek, seriële in plaats van parallelle taken, schriftelijke communicatie, vermijden hectische werkomgeving, ontheffing van deadlines,[119] en thuis werken.[120] Dit gaat echter niet zo ver dat de werkgever moet toestaan dat een werknemer die in verband met een h/cz niet in het normale tempo kan werken en niet alle bij zijn functie behorende werkzaamheden kan verrichten, in zijn eigen tempo werkt en zelf bepaalt welke taken hij wel en niet verricht.[121] Het milder beoordelen van functioneren is geen noodzakelijke en geschikte aanpassing, want het is er niet op gericht de werknemer in staat te stellen zijn wezenlijke functie-eisen te vervullen.[122]

Onevenredige belasting
De hoofdregel is dat als aanpassingen geschikt en noodzakelijk zijn, de werkgever ze pleegt. De uitzondering is dat de aanpassingen voor de werkgever een 'onevenredige belasting' vormen. Wanneer dit het geval is, hangt af van tal van factoren, waaronder de technische mogelijkheden, de kosten, de tijd die nodig is om de aan-

112. CGB 2010-121/122; CRM 2020-32.
113. CRM 2019-102.
114. HvJ EU 11 april 2013, C-335/11 en 337/11 (*Ring en Werge*), ook bekend als *HK Danmark*, JAR 2013/142.
115. CRM 2018-2 (vervolg op CGB 2012-19).
116. CGB 2010-103.
117. HR 26 oktober 2001, JAR 2001/238 (*Bons/Ranzijn*).
118. CRM 2012-5, JAR 2012/55.
119. CGB 2012-19 (vervolg in CRM 2018-2).
120. Ktr. Utrecht 12 juni 2012, JAR 2012/178 (anders: CGB 2012-110); CGB 2012-17. Sinds 2016 kan thuis werken ook via de Wfw worden gevorderd.
121. Hof 's-Hertogenbosch 15 maart 2011, JAR 2011/107.
122. CRM 2018-78.

passingen aan te brengen, de omvang en draagkracht van de werkgever, eventuele subsidiemogelijkheden, de aard en verwachte duur van de beoogde arbeidsverhouding en de kans dat in de toekomst anderen baat zullen hebben bij de aanpassingen. Zo was het College het eens met het ministerie van Financiën dat een kostenpost van € 300.000 voor een voorziening die het mogelijk zou maken voor een ernstig obese werknemer om de draaideur bij de ingang voor hem geschikt te maken, een onevenredige belasting vormde.[123] De CGB verwierp de stelling van een vanwege diabetes afgewezen sollicitant op de functie van stewardess dat een doeltreffende aanpassing zou zijn om haar bovenformatief te laten meevliegen.[124] Een rechter daarentegen vond dat het installeren van een traplift (kosten na aftrek subsidie: circa € 6000 ofwel zeven à acht maandsalarissen) ten behoeve van een in deeltijd (16 uur per week) werkende caissière geen 'onevenredige belasting'.[125]

7.11 Klachtenbehandeling

De zorgplicht voor een discriminatievrije werkomgeving houdt onder andere in dat de werkgever een adequate klachtenprocedure in stand houdt en serieus ingaat op klachten. Hierbij gaat het niet enkel om schriftelijke klachten. Een klacht hoeft zelfs niet met zoveel woorden te worden uitgesproken. Iedere uiting van een werknemer waaruit de werkgever redelijkerwijs zou moeten opmaken dat de werknemer meent gediscrimineerd te zijn of te worden, moet worden gezien als een 'klacht'. De werkgever die te hoge eisen stelt aan een discriminatieklacht discrimineert bij de arbeidsomstandigheden.[126] Verder kan hij niet in alle gevallen volstaan met wachten totdat er een klacht komt. Krijgt hij in de gaten, of zou hij redelijkerwijs kunnen vermoeden, dat een werknemer wordt gediscrimineerd, dan behoort hij proactief onderzoek te doen.

De werkgever behoort ervoor te zorgen dat er een – bij voorkeur op schrift gestelde – klachtenprocedure is, die bekend is bij iedereen in de organisatie, ook bij uitzendkrachten en ingehuurde zzp'ers. Verder moet het personeel voor hulp en bijstand terechtkunnen bij een daartoe opgeleide vertrouwenspersoon. Het enkele feit dat de werkgever geen vertrouwenspersoon heeft aangesteld en geen klachtenprocedure heeft, kan al leiden tot zijn aansprakelijkheid voor de (psychische) schade die een werknemer lijdt als gevolg van intimidatie door een medewerknemer, zelfs al is deze buiten werktijd gepleegd.[127]

123. CRM 2016-18. Vgl. CRM 2015-154 en Ktr. Amsterdam 26 januari 2018, JAR 2018/39 (verbouwing ten behoeve van stage van vijf maanden onevenredig belastend).
124. CGB 2011-194.
125. Ktr. 's-Hertogenbosch 24 mei 2012, JAR 2012/199. Vgl. CGB 2011-191.
126. CGB 2010-126.
127. Vzr. Amsterdam 22 februari 2001, RN-kort 2001, 1319.

De werkgever moet iedere enigszins concrete[128] klacht meteen,[129] deugdelijk, voortvarend en onafhankelijk onderzoeken of laten onderzoeken.[130] Bij voorkeur gebeurt dit door een onafhankelijke externe deskundige,[131] en wel doordat deze praat met alle betrokkenen, zowel individueel als, waar nodig, gezamenlijk, de uitkomst naar hen terugkoppelt en het verdere proces bewaakt.[132] De werkgever mag (moet?) in eerste instantie afgaan op de lezing van de klager.[133] Het is onvoldoende om naar aanleiding van een klacht te informeren bij de leidinggevenden en/of het overige personeel wat er waar is van de klacht; de werkgever moet zo nodig medewerkers apart nemen en doorvragen.[134] De werkgever is verantwoordelijk voor proceduregebreken, ook al wordt de klacht onderzocht door een commissie.[135] Uiteraard moet een dergelijke commissie zodanig zijn samengesteld dat zij niet alleen onafhankelijk is, maar dat ook in de beleving van de klager en aangeklaagde is.[136] Het enkele feit dat de werkgever een klacht over discriminatie onvoldoende serieus behandelt, kan al overtreding van de gelijkebehandelingswetgeving opleveren, ook al is de klacht onterecht.

De werkgever behoort na afhandeling van een klacht na te gaan of het probleem is verholpen.[137] Serieus behandelen van een klacht betekent dat als de klacht gegrond is, de dader adequaat wordt gestraft. De vraag is gesteld, maar nog niet afdoende beantwoord, of het slachtoffer van discriminatie op de werkvloer recht heeft te weten welke sanctie de werkgever jegens de dader – in veel gevallen een collega – heeft getroffen.[138] De klager heeft recht op inzage van het complete dossier van het onderzoek naar zijn klacht.[139]

Hoewel de werkgever alert op iedere klacht moet reageren, moet hij ervoor waken te overreageren. Een klacht kan onterecht blijken te zijn. Het is riskant om vooruitlopend op het onderzoek maatregelen te nemen tegen de aangeklaagde.[140] Overreageren kan de werkgever duur komen te staan. In één geval moest een onderwijsinstelling de volledige inkomensschade van een 53-jarige docent tot aan zijn pensioenleeftijd vergoeden omdat zij in reactie op klachten van leerlingen over

128. Voorbeeld: CGB 2011-57.
129. CRM 2019-39.
130. Voorbeeld: CGB 2002-39.
131. Ktr. Amsterdam 8 maart 2005, JAR 2005/122; Ktr. Haarlem 17 mei 2006, JAR 2006/147.
132. CGB 2010-52; CGB 2011-115; CGB 2011-119.
133. Ktr. Middelburg 24 februari 1997, JAR 1997/93.
134. CGB 2000-34.
135. Ktr. Alkmaar 19 augustus 1998, JAR 1998/191.
136. CGB 2011-47; vervolg: Ktr. Zwolle 20 april 2011, JAR 2011/145.
137. CGB 2011-156.
138. CGB 2005-112; CRM 2014-53.
139. Ktr. Alkmaar 20 mei 2020, JAR 2020/153.
140. Ktr. Alkmaar 19 augustus 1998, JAR 1998/191.

seksuele intimidatie de docent direct schorste, aangifte bij de politie deed en ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht.[141]

Klachten over discriminatie kunnen gevoelig liggen. Dit geldt in het bijzonder voor klachten over seksuele intimidatie. Een complicatie is dat slachtoffers vaak alleen willen verklaren tegenover een vertrouwenspersoon of een klachtencommissie, die hun verklaringen anonimiseert, terwijl de rechter zulke verklaringen in beginsel niet als bewijs accepteert. Hoe vervelend het voor slachtoffers van seksuele intimidatie ook is, zij moeten bereid zijn om in persoon en in het bijzijn van de intimideerder te getuigen, willen hun verklaringen bewijskracht hebben.[142]

141. Ktr. Sittard 8 december 2004, JAR 2005/21. Vgl. Hof Leeuwarden 20 december 2018, GHARL: 11149.

142. Zie HR 26 september 2014, JAR 2014/261; Ktr. Sittard 8 december 2004, JAR 2005/21; Ktr. Amsterdam 8 maart 2005, JAR 2005/122; Ktr. Haarlem 17 mei 2006, JAR 2006/147; Ktr. Roermond 28 december 2016, RBLIM:11651.

8 Einde dienstverband

8.1 Algemeen

8.1.1 Inleiding

Deze inleiding gaat in op de vier voornaamste manieren waarop een arbeidsverhouding kan eindigen:
- van rechtswege;
- vrijwillig;
- doordat de werkgever opzegt;
- door ontbinding.

Dit hoofdstuk is geschreven met het oog op de civiele arbeidsovereenkomst. Het op 'artikel 3-ambtenaren' toepasselijke recht werkt met andere begrippen en een andere ontslagsystematiek dan het civiele ontslagrecht. Echter, vanuit het oogpunt van gelijke behandeling is de uitkomst van deze systematiek vergelijkbaar met die van het Burgerlijk Wetboek.

Behalve werknemers kunnen ook andere werkers zoals zzp'ers een beroep doen op de gelijkebehandelingswetgeving: zie paragraaf 1.4.[1] Soms ook vrije beroepers. Stel, een vrije beroeper heeft gedurende enige tijd regelmatig opdrachten gekregen van dezelfde opdrachtgever, van wie hij afhankelijk is, en deze geeft hem ineens geen opdrachten meer, en wel om een discriminerende reden. Artikel 6 Awgb verbiedt onderscheid 'in de voorwaarden voor of de toegang tot het vrije beroep en de mogelijkheden tot uitoefening van en ontplooiing binnen het vrije beroep'. Als de vrije beroeper in dit voorbeeld niet (in hoge mate) afhankelijk is van de betrokken opdrachtgever, bijvoorbeeld omdat hij voldoende andere (potentiële) opdrachten heeft, wordt hem niet de toegang tot zijn beroep belet en wordt hij niet (voldoende) beperkt in de mogelijkheden tot uitoefening van zijn beroep. Is hij wel in hoge

1. Voorbeeld: CRM 2019-82.

mate afhankelijk, dan kan hij artikel 6 Awgb inroepen. Oordelen op dit punt zijn echter schaars.[2]

Een van de dingen die bespreking van gelijke behandeling in verband met ontslag bemoeilijkt, is dat het ontslagrecht in 2015 en opnieuw in 2020 ingrijpend veranderde door, respectievelijk, de Wet werk en zekerheid (Wwz)[3] en de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB).[4] Dit maakt de rechtspraak van vóór en na 2015/2020 soms minder goed vergelijkbaar. Verder is de kans groot dat het ontslagrecht opnieuw gaat veranderen.[5]

8.1.2 Vast versus tijdelijk

Het Nederlandse ontslagrecht kent totaal verschillende regels, al naar gelang sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ('vast contract') of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ('tijdelijk contract'). De werknemer met een vast contract is vergaand beschermd tegen onvrijwillig verlies van zijn baan. Hoe anders is de situatie van iemand met een tijdelijk contract. Een tijdelijk contract eindigt 'van rechtswege' op het afgesproken tijdstip, zonder dat het UWV of een rechter er aan te pas komt, en zonder opzegging of andere handeling. Iemand die voor de duur van een kalenderjaar is aangenomen, kan op 31 december te horen krijgen dat die dag zijn laatste werkdag is.[6] Zijn 'ontslag' is geldig, ook al is hij chronisch ziek of is zij zwanger, ook al zou de werkgever geen goede grond of zelfs helemaal geen grond hebben om hem niet in dienst te houden, en ook al zouden er volop herplaatsingsmogelijkheden zijn. In het normale geval staat de 'bepaaldetijder' zonder rechtsmiddel en zonder ontslagvergoeding van betekenis op straat. Opeenvolgende regeringen wilden en willen iets doen aan deze tweedeling tussen de goed beschermde vaste werknemers en hun min of meer aan willekeur overgeleverde tijdelijke collega's, temeer nu (1) de laatsten meer dan evenredig bestaan uit toch al kwetsbare mensen met een migratieachtergrond en lager opgeleide jongeren, en (2) het aantal werkenden met een tijdelijke baan blijft toenemen.

Dogmatische verschillen

Er is een principieel en fundamenteel verschil tussen, aan de ene kant, het van rechtswege eindigen van een arbeidsovereenkomst en, aan de andere kant, het ein-

2. CGB 2007-198; CGB 2009-105; CRM 2016-54; CRM 2019-118.
3. Wet van 26 november 2014, Stb. 504, in werking deels 1 januari 2015 (Stb. 2014, 504), deels 1 juli 2015 (Stb. 2014, 516), Kamerstukken 33818.
4. Wet van 29 mei 2019, Stb. 219, in werking 1 januari 2020 (Stb. 266), Kamerstukken 35074.
5. Zie rapport Commissie regulering werk 'In wat voor land willen wij werken?', Kamerstuk 29544, nr. 970.
6. Wel heeft hij recht op een 'aanzegtermijn' van een maand, op straffe van een vergoeding van maximaal één maandsalaris.

digen ervan met wederzijds goedvinden, door opzegging of door ontbinding. Ook tussen die andere wijzen van eindigen onderling bestaat groot verschil. Bij wederzijds goedvinden gaat het om een tweezijdige rechtshandeling, bij opzeggen gaat het om een eenzijdige handeling van de werkgever of de werknemer, en bij ontbinding gaat het om een beslissing van een derde, de rechter. In het 'gewone' ontslagrecht wordt iedere wijze van eindigen beheerst door verschillende regels. In het gelijkebehandelingsrecht is dit niet, of in veel mindere mate, het geval. De werkgever die een tijdelijk contract niet verlengt, de werkgever die de inhuur van een uitzendkracht beëindigt, de werkgever die een werknemer ontslaat, en de werkgever die de rechter verzoekt een arbeidsovereenkomst te ontbinden, doen vanuit gelijkebehandelingsoptiek hetzelfde: zij 'beëindigen' een 'arbeidsverhouding'. Dit hoofdstuk gebruikt dan ook soms de term 'ontslag' daar waar het minder relevant is op welke wijze de arbeidsverhouding eindigt. Dit woordgebruik is onzuiver, maar sluit aan bij het spraakgebruik.

Twee situaties

Een arbeidsovereenkomst kan bepalen dat zij op zeker moment van rechtswege eindigt. Een dergelijke 'van rechtswege'-bepaling doet de arbeidsovereenkomst op het overeengekomen tijdstip of bij de overeengekomen (non-)gebeurtenis eindigen. Dit kan anders liggen als er discriminatie in het spel is. Hierbij moeten twee geheel verschillende situaties worden onderscheiden:

- het beding discrimineert en is dus nietig;
- het beding is geldig, maar de reden dat de werkgever zich erop beroept discrimineert.

Een fraaie illustratie van de eerste situatie levert de zaak *Beets/Van Lanschot*:[7]

> Vera Beets is directiesecretaresse bij Van Lanschot. Haar arbeidsovereenkomst incorporeert een pensioenreglement dat, zoals destijds niet ongebruikelijk, de pensioenleeftijd voor mannen op 65 jaar en voor vrouwen op 60 jaar stelt. Wanneer mevrouw Beets 60 is, stelt Van Lanschot dat haar arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd. Mevrouw Beets is het hier niet mee eens en vordert toelating tot het werk. Rechtbank en gerechtshof wijzen haar vordering af. De Hoge Raad legt een vraag voor aan het HvJ over de uitleg van Richtlijn 76/207. Het HvJ antwoordt dat we hier te maken hebben met een 'ontslag' als bedoeld in artikel 5 lid 1 van die richtlijn. Conclusie: het betrokken beding in het pensioenreglement maakt rechtstreeks onderscheid op grond van geslacht, is dus nietig. Vervolgens rijst de vraag wat het gevolg is van die nietigheid. De Hoge Raad oordeelt dat 'de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat in de leemte ontstaan door de nietigheid van het desbetreffende beding wordt voorzien door overneming van hetgeen op dit punt geldt voor mannelijke werknemers van Van Lanschot, te weten

7. HR 2 november 1984, (tussenarrest); HvJ EG 26 februari 1986, C-262/84; HR 21 november 1986, (eindarrest), alles in NJ 1987/351 (*Beets-Proper/Van Lanschot Bankiers*).

dat de dienstbetrekking een einde neemt op de eerste van de maand volgend op die waarin de 65-jarige leeftijd wordt bereikt (...)'.

Een voorbeeld van de tweede situatie is dat een werkgever een tijdelijk contract niet verlengt omdat de werkneemster zwanger of pas bevallen is, of omdat zij een hoofddoek draagt.

Nietige bepaalde-tijdclausule
De clausule in de arbeidsovereenkomst van mevrouw Beets, op grond waarvan die overeenkomst op haar 60ste verjaardag had moeten eindigen, was nietig omdat de contracten van haar mannelijke collega's geen soortgelijke clausule bevatten. Een dergelijke vorm van rechtstreeks onderscheid naar geslacht zal tegenwoordig niet meer voorkomen. Andere vormen van onderscheid zijn nog wel denkbaar. Zo zou een werkgever het beleid kunnen voeren om sollicitanten in beginsel meteen vast aan te nemen, maar daarop een uitzondering te maken voor enkele categorieën, die op een jaarcontract worden aangenomen, zoals jonge vrouwen (zij zouden zwanger kunnen worden), 55-plussers (zij zouden langdurig kunnen uitvallen), mensen met een chronische ziekte ('zulke mensen melden zich vaker ziek') en mensen met een migratieachtergrond ('eerst kijken of zij in het team passen'). In dergelijke gevallen kan sprake zijn van *direct* onderscheid. Dan is de 'bepaalde-tijdclausule' in de arbeidsovereenkomst nietig.[8]

Eenzelfde sanctie treft de bepaalde-tijdclausule in het geval de werkgever *indirect* onderscheid maakt zonder dit te kunnen rechtvaardigen. Een voorbeeld zou kunnen zijn dat een bedrijf productiepersoneel op een tijdelijk contract aanneemt en administratief personeel een vast contract aanbiedt, waarbij de eerste groep overwegend uit allochtonen (of vrouwen) en de tweede groep overwegend uit autochtonen (of mannen) bestaat.

Sancties op discriminatoir opzeggen en niet verlengen
De werknemer wiens arbeidsovereenkomst discriminatoir is *opgezegd*, kan kiezen tussen twee rechtsmiddelen. Hij kan de rechter vragen de opzegging te vernietigen of, in plaats daarvan, hem een 'billijke vergoeding' toe te kennen. Vernietigt de rechter de opzegging, dan loopt de arbeidsovereenkomst door, en dus in principe ook het recht op loon. De werknemer wiens tijdelijke contract om een discriminerende reden *niet wordt verlengd*, heeft volgens de heersende leer geen keuze. Hij kan slechts proberen geldelijk schadeloos te worden gesteld op de voet van artikel 7:673 lid 9 BW. Deze bepaling geeft de werknemer recht op een 'billijke vergoeding' als het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst 'het gevolg is van

8. Voorbeeld: Ktr. Amsterdam 16 oktober 2019, JAR 2019/279 (slechts korte verlenging vanwege zwangerschap).

ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever'. Het om een discriminerende reden niet verlengen van een tijdelijk contract is per definitie ernstig verwijtbaar.

Hierbij kan de werknemer zich wel geplaatst zien voor een bewijsprobleem. De werkgever hoeft geen reden voor niet-verlenging te geven. Hij hoeft niet eens een reden te *hebben*, laat staan een 'redelijke grond' als bedoeld in artikel 7:669 lid 1 BW.

Geldelijke schadevergoeding
Stel, de werkgever zet een tijdelijk contract om een discriminerende reden niet voort en de werknemer vordert een billijke vergoeding. De rechter zal moeten schatten hoelang de arbeidsovereenkomst zou hebben geduurd als de werkgever niet had gediscrimineerd. De billijke vergoeding is immers – in beginsel – gelijk aan de inkomensderving over die periode. Zeker wanneer voortzetting zou hebben geleid tot een vast contract, kan de vergoeding fors zijn.[9] Hoewel we in Nederland geen *punitive damages* kennen, en het EU-recht de lidstaten niet verplicht om discriminerend gedrag anders dan door volledige schadevergoeding te bestraffen (zie paragraaf 3.6), liet de Hoge Raad een beschikking in stand waarin het gerechtshof een billijke vergoeding van € 25.000 had toegekend als compensatie voor de immateriële schade die de werkneemster had ondervonden door de wijze waarop haar werkgeefster haar had behandeld en als middel om de werkgeefster 'te wijzen op de noodzaak haar gedrag in eventuele volgende gevallen aan te passen'.[10]

Handhaven dienstverband?
Hoewel schadevergoeding in de meeste gevallen de schade voldoende vergoedt, zijn er gevallen waar de werknemer de voorkeur geeft aan handhaving van het dienstverband boven geldelijke schadevergoeding. Zoals gezegd, is de heersende leer dat handhaving van het dienstverband niet mogelijk is. Het niet verlengen van een arbeidsovereenkomst die van rechtswege eindigt is immers geen rechtshandeling. Het is geen opzegging. Het is als het ware een 'non-handeling'. Waar geen rechtshandeling is, valt niets te vernietigen. Hooguit is het wederrechtelijk niet verlengen van een tijdelijk contract onrechtmatig. In dat geval kan het slechts leiden tot schadeplichtigheid van de werkgever.

Toch zijn in de literatuur manieren bedacht waarop een 'niet verlengde' werknemer zou kunnen proberen voortzetting van zijn dienstverband te bewerkstelligen, bijvoorbeeld:
- door te stellen dat niet verlengen gelijk staat aan opzeggen, en vervolgens vernietiging van die 'opzegging' te vorderen; en

9. Ktr. Zwolle 26 april 2016, JAR 2016/143. Vgl. Ktr. Eindhoven 30 januari 2020, RBOBR:507, RAR 2020/69; Ktr. Alkmaar 14 juli 2020, JAR 2020/207.
10. HR 8 juni 2018, JAR 2018/167. Vgl. Ktr. Alkmaar 14 juli 2020, JAR 2020/207.

- door – eventueel in kort geding – te eisen dat de werkgever een verlengingsaanbod doet.[11]

Wat betreft de juridische duiding van niet verlengen zijn er twee scholen. De ene school verdedigt dat het niet verlengen van een tijdelijk contract niets anders is dan het afwijzen van een sollicitatie, ofwel een besluit omtrent het (niet) 'aangaan van een arbeidsverhouding'. De enige sanctie op discriminerende afwijzing van een sollicitatie is een geldelijke. De aanhangers van deze leer wijzen op het arrest *Melgar* uit 2001.[12] De andere school ziet een besluit om een tijdelijk contract niet te verlengen als een vorm van ontslag. De aanhangers van deze leer beroepen zich onder andere op het arrest *Kuso* uit 2013.[13] Daarin ging het – net als in *Beets* – om het van rechtswege eindigen van een arbeidsovereenkomst wegens pensionering. In Oostenrijk, waar de zaak speelde, gold voor vrouwen een lagere pensioenleeftijd (60) dan voor mannen (65). Een verzoek van mevrouw Kuso om na haar 60ste te mogen doorwerken werd afgewezen. Men zou na *Melgar* hebben kunnen verwachten dat het HvJ deze afwijzing gelijk had gesteld aan de afwijzing van een sollicitatie (om opnieuw in dienst te treden), maar dit deed het HvJ niet. Het merkte op 'dat het begrip "ontslag" op het gebied van de gelijkheid van behandeling ruim moet worden opgevat'. Het HvJ vervolgde: de beëindiging van de arbeidsverhouding van mevrouw Kuso 'staat dus gelijk aan een ontslag in de zin van (...) richtlijn 76/207'.

Is het HvJ in *Kuso* teruggekomen op *Melgar*? Of is er geen tegenstelling?[14] Het College houdt ondanks *Kuso* vast aan de Melgar-leer.[15] Ook rechters lijken dit te doen.[16] Als de Melgar-leer de juiste is, is de conclusie: (1) niet verlengen is geen opzegging, en (2) niet verlengen staat, onder omstandigheden, gelijk aan het afwijzen van een sollicitatie. Zou men *Kuso* als de heersende leer moeten zien, dan is het mogelijk een niet verlengen te 'vernietigen', zoals in het ambtenarenrecht.[17]

Ingehuurd personeel

Het gelijkebehandelingsrecht is ook van toepassing op arbeidsverhoudingen die geen arbeidsovereenkomst zijn, zoals die tussen inlener en uitzendkracht. Arbeidsrechtelijk is die verhouding in beginsel niet meer dan een feitelijke verhouding. De

11. Ktr. Den Haag 30 juli 2019, RBDHA:8822.
12. HvJ EG 4 oktober 2001, C-438/99, JAR 2001/219 (*Melgar*). Vgl. CGB 2001-50, met vervolg in Pres. Rb. Haarlem 12 oktober 2001, JAR 2001/221.
13. HvJ EU 12 september 2013, C-614/11 (*Kuso*), JAR 2013/264.
14. F.M. Dekker 2020, Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch, 14 WGBL art. 3, C 9 ziet geen tegenstelling.
15. Willekeurig voorbeeld: CRM 2020-67.
16. Hof Amsterdam 10 november 2015, JAR 2015/309, r.o. 3.5 (gewezen voor invoering artikel 7:673 lid 9 BW); Ktr. Zwolle 26 april 2016, JAR 2016/143.
17. Voorbeeld: CRvB 14 januari 2016, CRVB:133.

inlener die een uitzendkracht wegstuurt, verbreekt geen rechtsverhouding.[18] In het gelijkebehandelingsrecht is dit anders. De inlener die een ingehuurde kracht wegstuurt, beëindigt een arbeidsverhouding in de betekenis van, onder andere, de Awgb.[19]

In veel gevallen bevat de arbeidsovereenkomst tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht een 'uitzendbeding'.[20] Dit heeft volgens de Uitzend-cao tot gevolg dat die arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt doordat – en op het moment dat – de inlener de tewerkstelling van de uitzendkracht – om welke reden ook[21] – beëindigt.

Verjaring en verval
De werknemer die opkomt tegen een discriminerende opzegging, heeft twee maanden de tijd om een verzoekschrift in te dienen bij de rechtbank, gerekend vanaf de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.[22] Ook de werknemer die in reactie op een discriminerende 'niet verleng'-aankondiging ontslag op staande voet neemt, en die vergoeding wil voor de schade die hij daardoor lijdt, heeft slechts twee maanden om die vergoeding in rechte te vorderen.[23] De termijn voor het claimen van een billijke vergoeding wegens non-verlenging bedraagt drie maanden, gerekend vanaf de einddatum van de arbeidsovereenkomst.[24] In al deze gevallen gaat het om een niet verlengbare vervaltermijn. Die is niet te omzeilen met een beroep op onrechtmatige daad of wanprestatie,[25] ook niet met een Collegeoordeel in de hand.[26] De werknemer die zich beroept op nietigheid van de bepaalde-tijdclausule in zijn arbeidsovereenkomst heeft niets te maken met de korte vervaltermijn.

8.1.3 *Ontslagname en wederzijds goedvinden*

De meest voorkomende manier waarop een arbeidsovereenkomst eindigt, is dat de werknemer opzegt of dat partijen in goed overleg ('met wederzijds goedvinden') uit elkaar gaan. In het laatste geval spreekt men meestal van een beëindigings- of vaststellingsovereenkomst (VSO). Deze overeenkomst moet schriftelijk worden aangegaan en moet vermelden dat de werknemer haar binnen twee weken zonder

18. Anders: Hof Amsterdam 14 april 2020, JAR 2020/117 en 118 (inlener moet uitzendkracht terugnemen).
19. Voorbeelden: CRM 2018-15; CRM 2018-37/38.
20. Artikel 7:691 lid 2 BW.
21. Of dit ook zo is bij ziekte valt te betwijfelen: zie Hof Den Haag 17 maart 2020, JAR 2020/102, GHDHA:460.
22. Artikel 7:681 jo. artikel 686a lid 4 onder a BW.
23. Artikel 7:677 lid 2 en 5 onder b jo. artikel 686a lid 4 onder a BW.
24. Artikel 7:673 lid 7 jo. artikel 686a lid 4 onder b BW.
25. Ktr. Alkmaar 2 mei 2018, JAR 2018/135.
26. Anders: Ktr. 's-Hertogenbosch 7 februari 2019, JAR 2019/64 (geen hoger beroep).

opgaaf van reden kan ontbinden (de 'bedenktermijn').[27] Na een geldige VSO is de weg naar het College afgesloten (zie paragraaf 9.1)

Het feit dat een werknemer zelf opzegt, belet hem niet om van het College een oordeel te verkrijgen dat de werkgever hem discrimineerde.[28] De vraag is wat de werknemer met een dergelijk oordeel kan. Heeft hij op staande voet opgezegd, dan kan hij – binnen twee maanden – schadevergoeding vorderen.[29] Heeft hij 'gewoon' opgezegd, dat wil zeggen met inachtneming van de geldende opzegtermijn, dan ligt de zaak ingewikkelder. Dit doet zich bijvoorbeeld voor in de situatie dat de werknemer zo discriminerend wordt behandeld dat hij ontslag neemt zonder een nieuwe baan te hebben gevonden, of dat de nieuwe baan minder gunstig is (lager loon, meer reistijd, minder doorgroeimogelijkheden), of dat de nieuwe baan een proeftijdbeding en/of bepaalde-tijdclausule bevat als gevolg waarvan de werknemer de nieuwe baan al snel weer kwijt is. De werknemer in deze situatie heeft geen wettelijk geregelde mogelijkheid om schadevergoeding (anders dan de transitievergoeding) te vorderen.[30] Wellicht is een onrechtmatigedaadclaim denkbaar.[31]

Een beëindigingsovereenkomst, aangegaan in strijd met een discriminatieverbod, is in beginsel nietig.[32] Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat een werkgever ouderen systematisch onder druk zet om mee te werken aan een vertrekregeling, en dat een aldus vertrokken werknemer er later achter komt dat zijn vertrek onderdeel was van leeftijd-onderscheidend beleid.

8.1.4 Opzeggingdoor werkgever

'Gewone' opzegging

De werkgever kan slechts (met vergunning van het UWV) opzeggen op de zogenoemde a-grond (bedrijfseconomisch ontslag) of de b-grond (langdurige arbeidsongeschiktheid). Voor beëindiging op andere gronden (c tot en met i) is hij aangewezen op ontbinding. Voor enkele categorieën van ambtenaren gelden andere regels.[33] De overheid kan hun aanstelling eenzijdig beëindigen zonder tussenkomst van het UWV of de rechter.

27. Artikel 7:670b BW.
28. Voorbeeld: CGB 1997-14.
29. Artikel 7:677 lid 2 en lid 5 onder b BW.
30. De werknemer zou ontbinding wegens wanprestatie (artikel 7:686 BW) kunnen vorderen. Een andere optie zou zijn om (snel!) ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst te verzoeken, onder toekenning van een billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7: 671c lid 2/3 BW.
31. Ktr. Eindhoven 20 oktober 2020, RBOBR:5073, wijst beroep op goed werkgeverschap af.
32. Artikel 3:40 lid 2 BW. Is de discriminerende overeenkomst een (geldige) vaststellingsovereenkomst, dan is zij mogelijk wel geldig.
33. Het gaat voornamelijk om politie, defensie en rechterlijke macht: zie artikel 3 Ambtenarenwet 2017.

Ontslagselectie
De reorganiserende werkgever die ontslagvergunningen aanvraagt, moet zich houden aan het afspiegelingsbeginsel. Dit beginsel werkt kort gezegd en op hoofdlijnen als volgt. Uitzendkrachten en zzp'ers worden als eersten weggestuurd. Het personeel dat overblijft, wordt ingedeeld in groepen van 'uitwisselbare' functies.[34] Binnen deze groepen worden eerst de pensioengerechtigden en vervolgens de op een nulurencontract werkende werknemers ontslagen. De volgende stap is dat kortlopende tijdelijke contracten niet worden verlengd. Nadat aldus de veelal meest kwetsbaren zijn ontslagen, wordt binnen iedere groep van uitwisselbare functies het overgebleven personeel ingedeeld in de volgende leeftijdsgroepen: tot 25, 25-35, 35-45, 45-55 en 55+. Binnen iedere leeftijdsgroep worden de werknemers met de kortste diensttijd ontslagen.

Ook wanneer men zou aannemen dat het criterium anciënniteit/afspiegeling als zodanig neutraal is,[35] laat dat onverlet dat de *toepassing* ervan kan discrimineren. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de keuze van de op te heffen of in te krimpen functies, de indeling van medewerkers in functies en de criteria om diensttijd te berekenen.[36]

Ooit plachten reorganiserende (grotere) werkgevers meteen na afronding van het verplichte overleg (vakbonden, ondernemingsraad) ontslagvergunningen aan te vragen. Sinds vele jaren is de gangbare methode anders. De werkgever stelt een lijst op van boventalligen. Zij krijgen een zekere periode om ander werk te zoeken. Aan het einde van deze periode zijn de meeste boventalligen vertrokken en ziet het afspiegelingsbeeld er anders uit dan ten tijde van de boventalligverklaring. Zodoende is het zwaartepunt van reorganisaties verplaatst van de ontslagvergunningsprocedure (met wettelijke selectiecriteria) naar de fase van boventalligverklaring (zonder wettelijke criteria).

Wat nu als een werknemer meent dat hij ten onrechte, want op basis van een verboden onderscheid, voor ontslag wordt geselecteerd? Dit kan zich in verschillende stadia voordoen. Het kan zijn dat de werkgever bezig is een boventalligheidslijst samen te stellen. Een stadium verder is dat de werknemer al op zo'n lijst staat. Nog een stadium verder krijgt de werknemer het bericht dat voor hem een ontslagvergunning wordt aangevraagd. Ten slotte is een ontslagaanvraag ingediend en voert de werknemer verweer bij het UWV. In deze laatste fase kan de werknemer niet meer doen dan afwijzing van de ontslagaanvraag bepleiten. Een alternatief is dat hij de voorzieningenrechter of het College om een spoedoordeel

34. Criteria uitwisselbaarheid in artikel 13 Ontslagregeling. Zie HR 15 februari 2019, HR:229.
35. Zie HvJ EG 3 oktober 2006, C-17/05 (*Cadman*), JAR 2006/267.
36. Hof 's-Hertogenbosch (kort geding) 17 april 1984, NJ 1985/202 (*Golfkartonfabriek*); Rb. Rotterdam 27 juli 1990, kenbaar uit HR 20 maart 1992, JAR 1992/11 (*Nedlloyd*).

vraagt en het UWV verzoekt om in afwachting van dat oordeel de ontslagprocedure op te schorten. Oordeelt de rechter of het College dat de werkgever discrimineert, dan zal het UWV de ontslagaanvraag, naar mag worden verwacht, afwijzen.[37] Wijst het UWV desondanks de vergunning toe, en zegt de werkgever vervolgens op, dan kan de werknemer de rechter vragen de opzegging te vernietigen.

In de zojuist geschetste latere stadia kan de werknemer stellig aanvoeren dat de werkgever onderscheid maakt 'bij het beëindigen van een arbeidsverhouding'. Kan hij dit ook al in het stadium dat nog wordt gewerkt aan het samenstellen van de boventalligheidslijst? Ik zou menen van wel, ook al is onzeker of de rechter in dit stadium kan ingrijpen.[38]

Herplaatsing
Zelfs al is een werknemer terecht geselecteerd als boventallige, dan nog is ontslag pas mogelijk als 'herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt'.[39] Op herplaatsing zijn dezelfde gelijkebehandelingsregels van toepassing die ook moeten worden nageleefd bij werving en selectie (zie hoofdstuk 4), met dien verstande dat een herplaatsingskandidaat voorrang heeft boven externe kandidaten.

Proeftijdontslag
Een bijzondere vorm van ontslag is opzegging in de proeftijd. Daar komt geen ontslagvergunning of rechter aan te pas en de opzegverboden zijn niet van toepassing. Dit maakt werknemers in de proeftijd extra kwetsbaar voor ontslag. Vrijwel[40] de enige ontslagbescherming die zij hebben is gelegen in de gelijkebehandelingswetgeving.[41]

Evenals ten aanzien van het niet voortzetten van een tijdelijk contract kan men onderscheiden tussen twee situaties: (1) het proeftijdbeding discrimineert als zodanig en is daarom nietig, en (2) het gebruikmaken van het beding discrimineert en leidt tot een aantastbare of schadeplichtige opzegging.

37. Hof 's-Hertogenbosch (kort geding) 17 april 1984, NJ 1985/202 (*Golfkartonfabriek/Van Dam*); Pres. Rb. Dordrecht 11 februari 1988, KG 1988/139; CGB 1997-1.
38. Kan niet: HR 15 oktober 1999, JAR 1999/275 (*Poldervaart/Smit Havensleepdiensten*). Kan wel: Hof Den Haag 25 september 2018, GHDHA:2555.
39. Artikel 7:669 lid 1 BW. Zie HR 18 januari 2019, HR:2019:64, JAR 2019/54 (*Shell*).
40. Zie HR 10 november 2000, JAR 2000/249 (*Triple P*); Ktr. Arnhem 20 december 2018, JAR 2019/62.
41. Zie HR 13 januari 1999, NJ 1999/430 (*Codfried/ISS*): proeftijdopzegging kan worden getoetst aan artikel 1 Gw en artikel 26 IVBPR.

De werkgever die in de proeftijd opzegt, kan – anders dan bij niet verlengen – worden verplicht de reden van het ontslag schriftelijk te vermelden.[42] Als de werknemer feiten aanvoert die kunnen doen vermoeden dat de opgegeven reden niet de (enige) werkelijke redenen is, kan de bewijslast van de ontslaggrond op de werkgever worden gelegd.[43]

Een discriminatoir proeftijdontslag zal in de meeste gevallen leiden tot een vordering tot schadevergoeding. De ontslagene kan echter ook de nietigheid van zijn ontslag inroepen. In dat geval loopt de arbeidsovereenkomst door.[44]

8.1.5 Ontbinding

De rechter kan slechts ontbinden in de gevallen waarin de wet limitatief voorziet. De voornaamste zijn: disfunctioneren (de 'd-grond'), verwijtbaar handelen (de 'e-grond') en verstoorde arbeidsverhouding (de 'g-grond'), of een combinatie (de 'i-grond').

Hoewel het de rechter is die de arbeidsovereenkomst ontbindt, ligt er aan de ontbinding een gedraging van de werkgever ten grondslag, te weten het indienen van het ontbindingsverzoek. Die gedraging kan aan het gelijkebehandelingsrecht worden getoetst. De werknemer die meent dat die gedraging discrimineert, kan dit in de ontbindingsprocedure als verweer voeren. Hij kan het ook vóór de mondelinge behandeling aankaarten bij het College in een spoedprocedure, en de rechter vragen de behandeling van het verzoek aan te houden totdat het College heeft geoordeeld. Het College kan ook achteraf toetsen, nadat de rechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden. Het oordeel van het College kan dan in een eventuele appèlprocedure worden ingebracht.

De rechter die ontbindt, kan aan de werknemer een 'billijke vergoeding' toekennen in het geval de werkgever 'ernstig verwijtbaar' heeft gehandeld. Omgekeerd kan hij aan de werknemer die ernstig verwijtbaar handelde een transitievergoeding onthouden.

42. Artikel 7:676 lid 2 BW.
43. Voorbeelden: CRM 2012-37 (ras); CRM 2014-139 (geslacht); CRM 2016-113 (h/cz).
44. Vzr. 's-Gravenhage 8 december 2005, JAR 2006/258 (wijst tewerkstelling echter af).

8.2 Geslacht

8.2.1 Niet verlengen tijdelijk contract

Verzwijging van zwangerschap mag nooit een reden zijn om een contract niet – of niet op ten minste dezelfde voorwaarden – te verlengen.[45] Ook (te verwachten) afwezigheid in verband met zwangerschap[46] of toekomstige zorgtaken mag geen reden zijn om contractverlenging te weigeren, of om een contract voor een geringer aantal uren[47] of slechts tot aan de aanvang van het zwangerschapsverlof in plaats van voor de gebruikelijke langere periode te verlengen,[48] of een nieuw contract aan te bieden dat pas na afloop van het bevallingsverlof ingaat.[49]

Nu zal de werkgever zelden zo onverstandig zijn om als reden voor niet-verlenging moederschap te noemen. De meest genoemde redenen zijn:[50]
- afwezigheid;
- functioneren;
- bedrijfsnoodzaak;
- wens korter te werken;
- onvoldoende gelegenheid te beoordelen.

Dat afwezigheid in verband met moederschap *direct* discrimineert, is hiervoor al besproken (zie paragraaf 2.2). Non-verlenging op deze grond is dus ontoelaatbaar.

Er zijn tal van oordelen van het College over zaken waarin de werknemer stelt: mijn contract is niet verlengd/niet in een vast contract omgezet (mede) in verband met zwangerschap, terwijl de werkgever functioneren als reden aanvoert.[51] Hierbij beroept de werknemer zich, om een vermoeden te vestigen, op zaken als: (1) opmerkingen van leidinggevende(n) die op een verband wijzen, (2) een korte tijdspanne tussen het bekendmaken van de zwangerschap en het niet-verlengbesluit, en (3) het ontbreken van een formele beoordeling, of de aanwezigheid van een voldoende beoordeling, of een slechte beoordeling kort na bekendmaking van

45. Ktr. Maastricht 10 oktober 2005, JAR 2005/238; CRM 2014-33.
46. De werkneemster hoeft niet eerder dan drie weken tevoren te vertellen dat zij met zwangerschapsverlof zal gaan: artikel 3:3 lid 1 Wazo.
47. CRM 2018-10.
48. Voorbeelden: CRM 2013-15; Ktr. Amsterdam 16 oktober 2019, JAR 2019/279; CRM 2019-89/90; CRM 2019-128.
49. CGB 2011-149.
50. Andere vaak genoemde redenen: verstoorde arbeidsverhouding (voorbeeld: CGB 1996-106); discontinuïteit (voorbeeld: CRM 2018-127); veelvuldig ziekteverzuim (voorbeeld: CGB 2004-147); aanstaand ouderschapsverlof (voorbeeld: CRM 2013-29); beperkte inzetbaarheid door zorgtaken (voorbeeld: Ktr. Amsterdam 26 oktober 2020, RBAMS:5137).
51. Voorbeelden: CGB 2001-32; Ktr. Roermond 13 december 2017, Pg. 2018, nr. 31; Ktr. Amsterdam 29 juli 2020, RBAMS:3717; CRM 2020-43; CRM 2020-68.

de zwangerschap. Zulke omstandigheden kunnen worden aangemerkt als bijkomende feiten die – in combinatie met een eventueel gebrek aan transparantie met betrekking tot de criteria die de werkgever toepast bij zijn besluitvorming om wel of niet te verlengen – een vermoeden van onderscheid vestigen.

Een andere vaak aangevoerde reden voor niet-verlenging is dat de werkgever om bedrijfseconomische of operationele redenen wil inkrimpen of de functie wil opheffen of aanpassen.[52]

Het is bepaald geen uitzondering dat een zwangere werkneemster na afloop van haar verlof korter en/of minder flexibel ingeroosterd wil werken. Dit kan een legitieme reden zijn om haar contract niet te verlengen. Er is immers geen sprake van direct onderscheid m/v, wel van indirect onderscheid (want het zijn vooral vrouwen die korter willen werken), maar dit valt te rechtvaardigen.[53]

Een variant op het disfunctionerenverweer is dat de werkgever zich erop beroept dat hij de werkneemster niet (voldoende) heeft kunnen beoordelen, bijvoorbeeld omdat zij langdurig ziek of met verlof is geweest. Als het niet beoordelen het gevolg is van moederschapsverlof of ongeschiktheid, maakt niet-verlenging op deze grond rechtstreeks onderscheid op grond van geslacht.[54] In de situatie dat voortzetting van de arbeidsrelatie niet meer mogelijk is zonder dat een vast contract ontstaat, lijkt me twijfel over geschiktheid voor de functie inderdaad een valide reden voor niet verlengen.[55] In de situatie dat contractverlenging nog mogelijk is, gaat dit minder snel op.[56]

8.2.2 Opzegging

Moederschap

Zowel in het Unierecht als onder nationaal recht geldt: zwangerschap is geen ziekte. Zij is daar ook niet mee te vergelijken. Een werkneemster die in verband met zwangerschap verzuimt, bevindt zich dus niet in een situatie vergelijkbaar met die van een zieke man of vrouw.

Ontslag *vanwege* moederschap staat gelijk aan direct onderscheid op grond van geslacht.[57] Ook ontslag vanwege een omstandigheid die nauw verband houdt met moederschap maakt direct onderscheid. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een

52. Voorbeelden: CRM 2014-96 en Hof 's-Hertogenbosch 25 juli 2017, GHSHE:2017:3350; CRM 2018-31; CRM 2018-97; CRM 2018-109; CRM 2018-128; Ktr. Den Haag 21 maart 2018, JAR 2018/96.
53. Gerechtvaardigd: CGB 2007-111. Niet gerechtvaardigd: CGB 2003-51.
54. CRM 2013-88; CRM 2016-40; CRM 2018-35; CRM 2018-124.
55. Voorbeeld: CRM 2020-32.
56. Zie CGB 2004-63.
57. HvJ EG 8 november 1990, C-179/88 (*Hertz*), NJ 1993/162, r.o. 13.

vrouw wordt ontslagen vanwege de financiële gevolgen van zwangerschap,[58] of omdat zij als gevolg van zwangerschap niet 's nachts mag werken,[59] of omdat zij gedurende langere tijd in het geheel niet zal kunnen werken,[60] of omdat zij arbeidsongeschikt is in verband met zwangerschap.[61] Ontslag na afloop van het bevallingsverlof discrimineert niet zonder meer, ook al houdt het verband met een aan zwangerschap of bevalling gerelateerde aandoening.[62]

Anders dan in het Unierecht laat de Nederlandse wet nagenoeg geen uitzondering toe op het verbod van ontslag tijdens moederschap. De periode waarin de werkgever niet mag opzeggen, vangt aan op de eerste dag van zwangerschap[63] en duurt tot zes weken na werkhervatting. Op dit opzegverbod bestaat nagenoeg geen uitzondering. Ontslag tijdens de beschermde periode is dus ook verboden om redenen die niets met moederschap te maken hebben.[64] Wel kan de rechter tijdens moederschap de arbeidsovereenkomst ontbinden als het verzoek daartoe geen verband houdt met moederschap, of als de rechter beëindiging van de arbeidsverhouding in het belang van de werkneemster acht, maar zelfs in die gevallen zijn rechters terughoudend.

De werkgever die tijdens moederschapsverlof 'concrete stappen onderneemt om in haar vervanging te voorzien' wordt geacht de verlofgangster tijdens haar verlof te ontslaan, ook al doet hij dat pas na haar terugkeer.[65]

Ontslagselectie

Een bekend discussiepunt is of het anciënniteits- c.q. afspiegelingsbeginsel indirect onderscheid maakt in het nadeel van vrouwen. Betoogd wordt wel dat zowel het beginsel als zodanig als de wijze waarop het wordt toegepast vrouwen (en andere groepen) indirect kan discrimineren. Zo is er discussie over de wijze waarop diensttijd wordt berekend. Het argument is dat vrouwen vaker dan mannen hun loopbaan onderbreken in verband met zorgtaken. Zij zijn vaker 'herintreders'. In

58. HvJ EG 8 november 1990, C-177/88 (*Dekker*) (naar analogie – arrest betrof afwijzing sollicitatie).
59. HvJ EG 5 mei 1994, C-421/92 (*Habermann-Beltermann*).
60. HvJ EG 14 juli 1994, C-32/93 (*Webb*); HvJ EG 4 oktober 2001, C-109/00 (*Tele Danmark*), JAR 2001/220.
61. HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96 (*Brown*), JAR 1998/198.
62. HvJ EG 8 november 1990, C-179/88 (*Hertz*), NJ 1993/162; bevestigd in HvJ EG 29 mei 1997, C-400/95 (*Larsson*), JAR 1997/153 (Richtlijn 76/207 verzet zich niet tegen ontslag als gevolg van afwezigheid wegens ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap en bevalling, zelfs niet wanneer deze ziekte is opgetreden tijdens zwangerschap en tijdens het zwangerschapsverlof heeft voortgeduurd).
63. Dit is de eerste dag van de laatste menstruatie voor de bevalling. Zie voor de bewijslast omtrent dit tijdstip: HR 9 maart 1990, NJ 1990/561.
64. Werkneemster kan – mits tijdig! – vernietiging opzegging of billijke vergoeding vorderen. Voorbeeld: Hof Den Haag 1 september 2020, JAR 2020/250.
65. HvJ EG 11 oktober 2007, C-460/06, JAR 2007/287 (*Paquay*).

1998 oordeelde de CGB dat het toepassen van het (toenmalige) wettelijke anciënniteitscriterium vrouwen indirect kan benadelen.[66] Vijf jaar later overwoog de CGB dat deze redenering niet langer opgaat.[67]

Proeftijdontslag
Een veelvoorkomende reden die werkgevers voor proeftijdontslag opgeven is dat de werkneemster tijdens de sollicitatie verzweeg dat zij zwanger was. Zij voelen zich bedrogen. Hoewel dat gevoel begrijpelijk kan zijn, is zulk verzwijgen geen goede reden voor ontslag, al was het omdat sollicitanten een 'zwijg- en liegrecht' hebben (zie paragraaf 4.1). Niet alle rechters honoreren echter het liegrecht.[68]

Een andere reden die werkgevers vaak noemen voor proeftijdontslag is dat zij de werkneemster nauwelijks hebben kunnen beoordelen vanwege afwezigheid. Houdt die afwezigheid verband met zwangerschap, dan maakt de werkgever zich schuldig aan direct onderscheid op grond van geslacht. Dat onderscheid valt niet te rechtvaardigen. Een oordeel van deze strekking[69] ontlokte aan een schrijfster het volgende commentaar:[70]

> 'Dit oordeel is een voorbeeld van een uitspraak waarvan je je kunt afvragen of de gelijke behandelingswetgeving, zoals uitgelegd door de Cgb, hier niet zijn doel voorbij schiet. (...) Gaat het niet te ver om dit risico volledig bij de werkgever neer te leggen?'

Uiteraard wordt ook functioneren vaak genoemd als reden voor proeftijdontslag.[71]

8.2.3 *Ontbinding*

De rechter kan tijdens en kort na de zwangerschap de arbeidsovereenkomst ontbinden, mits het ontbindingsverzoek geen verband houdt met de zwangerschap of bevalling. In veel van dit soort gevallen baseert de werkgever het verzoek op reorganisatie[72] of disfunctioneren. Zelfs wanneer de werkneemster bewijsbaar disfunctioneert, kan er echter verband zijn met zwangerschap. Is er reden om dat te vermoeden, dan draagt de werkgever de (meestal lastig te vervullen) bewijslast ten aanzien van zowel het disfunctioneren als het ontbrekende verband met zwangerschap of bevalling.[73]

66. CGB 1998-66. Vgl. Ktr. Dordrecht 30 januari 1997, JAR 1997/65.
67. CGB 2003-110.
68. Ktr. Amsterdam 27 april 1999 en 25 februari 2000, JAR 2000/155.
69. CGB 2001-113.
70. Vegter in RN 2002, nr. 1507.
71. Voorbeelden: CGB 2002-41; CGB 2008-85; CRM 2018-1; Ktr. Rotterdam 30 januari 2020, RBROT: 1001.
72. Ktr. Eindhoven 23 september 2009, RAR 2009/166 (wijst ontbindingsverzoek af).
73. Voorbeelden: CGBm/v 575-93-33, JAR 1993/249; CGB 1997-1.

Ook los van moederschap kan de werknemer zich tegen ontbinding verweren met een beroep op discriminatie m/v. Een voorbeeld betreft een werkneemster die zich tegen het ontbindingsverzoek van haar reorganiserende werkgever verweerde met het argument: er was een vacature die op onduidelijke gronden aan een mannelijke collega is aangeboden. De CGB vond de benoemingsprocedure niet 'inzichtelijk, controleerbaar en systematisch uitgevoerd', wat het vermoeden rechtvaardigde dat de werkgever in strijd met de wet handelde door ontbinding te verzoeken.[74]

De rechter die ontbindt, kan aan de werknemer, als gezegd, een billijke vergoeding toekennen in het geval de werkgever 'ernstig verwijtbaar' heeft gehandeld. Volgens sommigen is seksuele intimidatie, zeker als zij is gepleegd binnen een afhankelijkheidsrelatie, per definitie ernstig verwijtbaar. Zo ver wil de Hoge Raad echter niet gaan.[75]

8.3 Leeftijd

8.3.1 Leeftijdsontslag - plan van behandeling

De discriminatiegrond leeftijd is ingewikkelder dan de grond geslacht. Hiervoor zijn ten minste drie redenen aan te wijzen. Ten eerste: het is niet zeker of de Nederlandse regels over leeftijdsonderscheid (WGBL) in overeenstemming zijn met het Unierecht. Ten tweede: die regels botsen met het arbeidsrecht (BW). Ten slotte: de regels van de WGBL verschillen al naar gelang de arbeidsovereenkomst onvrijwillig eindigt vóór, op of na de pensioenleeftijd. Alsof dit alles niet lastig genoeg is, is er het bijzondere verschijnsel dat bekend staat als het pensioenontslagbeding ('pob'). Een pob is een bepaling in de cao of in het individuele arbeidscontract die tot gevolg heeft dat de arbeidsovereenkomst op zekere leeftijd van rechtswege eindigt (zonder aanzegverplichting en zonder transitievergoeding).[76] Een grote meerderheid van alle werknemers in Nederland heeft te maken met dit verschijnsel.[77]

De meest overzichtelijke manier om het onderwerp 'pensioenontslag' te behandelen is om eerst in te gaan op de (Europese en Nederlandse) gelijkebehandelingsregels op dit gebied, vervolgens op het Nederlandse ontslagrecht en pas daarna op de complicaties die voortkomen uit het feit dat het gelijkebehandelingsrecht en het arbeidsrecht niet zuiver op elkaar aansluiten.

---

74. CGB 2001-110. Vgl. CGB 2006-33.
75. HR 17 juli 2020, JAR 2020/218.
76. Een pob moet expliciet zijn overeengekomen. Verwijzing naar een pensioenreglement is onvoldoende: GEA St. Maarten 29 december 2016, PJ 2017/65.
77. 'Artikel 3-ambtenaren' hebben niet te maken met het pob als zodanig. Hun aanstelling kan echter wel op vergelijkbare manier eindigen.

8.3.2 Discriminatie – Unierecht

Kaderrichtlijn
Het verbod van leeftijdsonderscheid is vervat in Richtlijn 2000/78, de 'Kaderrichtlijn'. Zij is van belang voor de Nederlandse praktijk, omdat de WGBL richtlijnconform moet worden uitgelegd.
De richtlijn bekommert zich niet om het in Nederland zo fundamentele onderscheid tussen het *beëindigen* (opzeggen, ontbinden) van een arbeidsovereenkomst en het van rechtswege *eindigen* ervan. Het niet verlengen of het (laten) ontbinden van een arbeidsovereenkomst kan evenzeer discrimineren als het opzeggen van een arbeidsovereenkomst. Wat hierna volgt, geldt dan ook voor alle manieren waarop een arbeidsovereenkomst tegen de zin van de werknemer eindigt: van rechtswege, door opzegging en door ontbinding.

Leeftijdsontslag jongeren
Wetgevers in de EU hebben tal van manieren bedacht om jeugdwerkloosheid te bestrijden. Een van de meer controversiële manieren is om het makkelijker en/of goedkoper te maken om jongeren te ontslaan of hun salaris te verlagen. Ook Nederland heeft een dergelijke maatregel, overigens zonder aantoonbaar succes, uitgeprobeerd.[78]

In het verleden heeft het HvJ dit soort maatregelen afgekeurd.[79] In 2017 deed het HvJ echter een uitspraak die groen licht lijkt te geven aan benadeling van jongeren als groep in het kader van de strijd tegen jeugdwerkloosheid.[80]

Een bekend voorbeeld van direct leeftijdsontslag betreft bedrijven, zoals supermarkten, die een beleid voeren om jeugdigen aan te nemen op basis van opeenvolgende tijdelijke contracten zonder de intentie hen vast aan te nemen. Dit beleid is niet in strijd met het arbeidsrecht. Het College vindt het echter wel strijdig met de WGBL.[81]

Het is een begrijpelijke gedachte dat bij reorganisaties de jongsten – die de beste positie op de arbeidsmarkt hebben – bij voorrang zouden moeten afvloeien. Het College wil hier niets van weten. Voor ontslagselectie is er nu eenmaal het afspiegelingsbeginsel. Defensie werd dan ook op de vingers getikt toen het bij voorrang

78. Van 9 juli 2010 t/m 31 december 2011 liet artikel 7:668a lid 6 BW toe dat met een jongere onder 27 jaar vier in plaats van maximaal drie opvolgende tijdelijke contracten werden aangegaan. Ktr. Amsterdam 12 juli 2013, JAR 2013/203, bekrachtigd in Hof Amsterdam 5 augustus 2014, JAR 2014/223, vond de wet objectief gerechtvaardigd.
79. Zie HvJ EG 18 juni 2009, C-88/08, JAR 2009/185 (*Hütter*) en HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, JAR 2010/53 (*Kücükdeveci*).
80. HvJ EU 19 juli 2017, C-143/16, JAR 2017/222 (*Abercrombie & Fitch/Bordonaro*).
81. CRM 2015-147. Vgl. CGB 2007-31; CGB 2007-84.

medewerkers onder de leeftijd van 35 jaar (direct onderscheid) en medewerkers met 35 of meer pensioenjaren (indirect onderscheid) ontsloeg.[82] In beide gevallen was het onderscheid niet gerechtvaardigd.

Rechtspraak HvJ over pensioenontslag

Het HvJ heeft een hele serie arresten gewezen over pensioenontslag. Het ging in de betrokken zaken om rechtstreeks leeftijdsonderscheid als bedoeld in artikel 6 lid 1 van de Kaderrichtlijn. Op grond van deze bepaling mogen de lidstaten verschillen in behandeling op grond van leeftijd toestaan:

> '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'.

Een van de bedoelde arresten betreft de Duitse zaak *Rosenbladt*:[83]

> Mevrouw Rosenbladt was een parttime schoonmaakster. Haar arbeidsovereenkomst werd beheerst door een algemeen verbindende cao. Volgens deze cao eindigde haar arbeidsovereenkomst, conform de Duitse wet, van rechtswege op de AOW-leeftijd van 65 jaar. Zij vocht dit aan. Het HvJ onderzocht eerst de richtlijnconformiteit van de wet, en vervolgens die van de betrokken cao-bepaling. Het doel van beide was, onder meer, de verdeling van arbeid over de generaties 'in een context van aanhoudende werkloosheid'. Daarnaast had de wet 'het voordeel dat de werkgevers niet gedwongen worden de werknemers te ontslaan onder het leveren van het bewijs dat zij niet langer in staat zijn de arbeid te verrichten, hetgeen vernederend kan blijken te zijn voor degenen van oudere leeftijd'. De cao-bepaling had bovendien tot doel de personeelsplanning te vergemakkelijken. Dit zijn legitieme doelstellingen. Wat betreft de effectiviteit en de noodzaak van het middel ter bereiking van dit doel – automatisch ontslag – hechtte het HvJ belang aan:
> - het bestaan van aanspraak op pensioenuitkeringen;
> - het feit dat het niet ging om opzegging van de arbeidsovereenkomst, maar om 'een mechanisme, dat verschilt van opzegging en ontslag', en dat 'berust op een contractuele grondslag' (lees: een pob);
> - het feit dat het aan de sociale partners wordt overgelaten om een evenwicht te bepalen tussen de betrokken belangen, wat een niet te verwaarlozen flexibiliteit biedt, aangezien elk van de partijen de cao kan opzeggen;

82. CRM 2013-31, bevestigd in CRvB 3 maart 2016, TAR 2016/87. Vgl. CGB 2007-7.
83. HvJ EU (Grote Kamer) 12 oktober 2010, C-45/09, JAR 2010/279 (*Rosenbladt*). Zie ook HvJ EU 5 juli 2012, C-141/11, JAR 2012/211 (*Hörnfeldt*).

- het feit dat niets de werknemer belet door te werken, hetzij bij de oude werkgever, hetzij bij een andere werkgever. Die werkgever zou een sollicitatie niet op grond van leeftijd mogen afwijzen.[84]

Wie het meerdere mag, mag het mindere, zegt men wel. Als de wet toestaat dat een arbeidsovereenkomst op de normale pensioendatum automatisch eindigt, is het dan niet logisch te veronderstellen dat de werkgever voorwaarden mag stellen aan uitstel van automatisch ontslag? Aanvankelijk vond het HvJ dit niet logisch.[85] In 2018 veranderde het van koers, overigens zonder dit toe te geven. De werknemer die te horen krijgt: je mag na je pensioen nog een jaar doorwerken, maar dan eindigt je contract aan het einde van dat jaar alsnog van rechtswege, lijdt geen nadeel vergeleken met jongere werknemers. Integendeel, hij heeft slechts voordeel, aldus het HvJ in de zaak *John*.[86]

Overgangsregelingen
Uit het voorgaande volgt dat een pob gerechtvaardigd kan zijn. Dat geldt ook voor het wijzigen van de pob-leeftijd. Een voorwaarde is dan wel dat een behoorlijke overgangsregeling wordt getroffen. Verhoging van de pob-leeftijd is – vanuit het perspectief van gelijke behandeling – het minst problematisch.[87] Verlaging van die leeftijd vergt een voldoende lange overgangstermijn en een voorziening om onverwachte terugval in inkomen te beperken.[88]

8.3.3 *Gelijke behandeling – Nederland*

Inleiding
Artikel 7 lid 1 WGBL is de Nederlandse implementatie van twee verschillende richtlijnbepalingen: artikel 2 lid 2 onder b (algemene rechtvaardiging van indirect onderscheid, ongeacht grond) en artikel 6 lid 1 (specifieke rechtvaardiging van indirect *of direct* leeftijdsonderscheid). Het bestaat uit drie onderdelen:
Onderdeel a staat onderscheid toe dat is gebaseerd op wettelijk verankerd werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën.
Onderdeel b staat het beëindigen van een arbeidsverhouding toe wegens het bereiken van de AOW-leeftijd of een overeengekomen hogere leeftijd.

84. Deze overweging (paragrafen 74 en 75) doet vreemd aan. Mevrouw Rosenbladt moet vanwege haar leeftijd plaats maken voor een jongere werkloze. Echter, als zij haar werkgever vraagt door te mogen werken, mag deze dit verzoek niet afwijzen op grond van haar leeftijd. Hij zal een andere reden moeten bedenken, wat juist tot een vernederende situatie kan leiden.
85. HvJ EU 18 november 2010, C-250/09 (*Georgiev*).
86. HvJ EU 28 februari 2018, C-46/17, JAR 2018/91 (*John*).
87. Zie HvJ EG 28 september 1994, C-28/93 (*Van den Akker/Shell Pensioenfonds*).
88. HvJ EU 6 november 2012, C-286/12 (*Commissie/Hongarije*), JAR 2012/315.

Onderdeel c staat leeftijdsontslag toe dat objectief is gerechtvaardigd door een legitiem doel dat met passende en noodzakelijke middelen wordt bereikt (de 'gewone' rechtvaardigingstoets).

Hiermee wijkt het Nederlandse systeem van uitzonderingen op het verbod van leeftijdsonderscheid af van dat van de richtlijn. Daar waar de richtlijn twee rechtvaardigingstoetsen kent, een lichte voor alleen indirect onderscheid (artikel 2) en een ook op direct onderscheid toepasbare zwaardere[89] toets (artikel 6), kent de WGBL één bepaling – artikel 7 – op grond waarvan leeftijdsonderscheid, indirect *en ook direct*, kan worden gerechtvaardigd.

Onderdeel a
Een duidelijk voorbeeld van werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën is het wettelijk minimumjeugdloon. Het lagere loon van jongeren vergroot hun kansen op de arbeidsmarkt. Een ander voorbeeld is het hierna besproken 'voorrangsontslag' van AOW'ers: door hen te ontslaan creëert men werkgelegenheid voor jongeren.

Wat opvalt is dat onderdeel a, anders dan de richtlijn, niet de eis stelt dat het onderscheid objectief is gerechtvaardigd. De wetgever lijkt ervan uit te gaan dat als een onderscheid is gebaseerd op wettelijk werkgelegenheidsbeleid, het per definitie is gerechtvaardigd.

Onderdeel b (de pensioenexceptie)
Onderdeel b zondert van het verbod op onderscheid uit:

> 'het beëindigen van een arbeidsverhouding (...) in verband met het bereiken van de [AOW-] leeftijd of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd'.

De uitdrukking *beëindigen* van een arbeidsverhouding lijkt te wijzen op opzegging. Het is echter duidelijk dat de wetgever aan deze term de ruimere betekenis wilde geven die de richtlijn eraan geeft. Ook het van rechtswege eindigen en het (laten) ontbinden van een arbeidsovereenkomst vallen er onder. Er is debat over de vraag of deze uitzondering b richtlijnconform is.

89. Zie paragraaf 2.9.

In 2012 wees de Hoge Raad het arrest *Van de Pol/KLM*:[90]

> Een krachtens cao geldend pob hield in dat de arbeidsovereenkomst van piloten op hun 56ste verjaardag eindigt. Alle betrokkenen waren het erover eens dat deze bepaling rechtstreeks onderscheid maakte op grond van leeftijd. Het onderscheid diende een drieledig doel: (1) het bereiken van een regelmatige en voorspelbare doorstroming van verkeersvliegers tussen de rangen, (2) kostenbeheersing, en (3) een evenwichtige personeelsopbouw. De Hoge Raad was het met het gerechtshof eens dat deze doelstellingen
> 'voldoen aan werkelijke en zwaarwegende behoeften van KLM, te weten enerzijds het kunnen beschikken over voldoende en voldoende gekwalificeerde verkeersvliegers tegen aanvaardbare loonkosten en anderzijds het kunnen bieden van een loopbaanperspectief aan instromende verkeersvliegers (die daarbij een groot belang hebben vanwege de door hen gemaakte kosten voor de vliegopleiding) met de mogelijkheid van volledige pensioenopbouw. Daarbij heeft het hof in aanmerking genomen dat circa 90% van de vliegers is aangesloten bij VNV en dat het verplichte pensioenontslag een groot draagvlak heeft binnen de KLM-organisatie. Daarmee heeft het hof de (...) doelstellingen kennelijk beoordeeld als doelstellingen van sociaal beleid, met name op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding. Aldus oordelend heeft het hof die doelstellingen niet uitsluitend bezien in het licht van de genoemde behoeften van KLM, maar ook tegen de achtergrond van de bevordering van de werkgelegenheid voor instromende verkeersvliegers en de verdeling van de werkgelegenheid tussen de generaties (...), waarbij het hof de brede consensus die binnen de onderneming van KLM over deze doelstellingen bestaat mede in aanmerking heeft genomen. (...) Weliswaar heeft het HvJEU geoordeeld dat legitieme doelstellingen als bedoeld in art. 6 lid 1 Richtlijn het karakter van een algemeen belang moeten hebben ter onderscheiding van individuele beweegredenen van de werkgever (...), maar daaruit volgt niet dat zij een doel van nationaal overheidsbeleid moeten zijn, noch dat overwegingen als de onderhavige [doorstroming; PCVN] niet zijn aan te merken als een algemeen belang als bedoeld in art. 6 lid 1 Richtlijn. Mede gelet op het oordeel van het hof dat genoemde doelstellingen niet uitsluitend aan de behoeften van KLM tegemoetkomen maar tevens de hiervoor genoemde doelstellingen van sociaal beleid dienen, is het oordeel dat die doelstellingen legitiem zijn niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd.'

Van de Pol/KLM komt erop neer dat een pob *in een cao* in de meeste gevallen het beoogde effect – het automatisch eindigen van de arbeidsovereenkomst – heeft. Treedt dit effect ook op als een pob voorkomt in (uitsluitend) een individueel arbeidscontract? De Hoge Raad lijkt de vraag bevestigend te beantwoorden, maar of hij het ook zo bedoelt staat voor mij niet vast.

90. HR 13 juli 2012, JAR 2012/209 (*Van de Pol e.a./KLM en VNV*). Klacht dat Hoge Raad prejudiciële vraag had moeten stellen, is verworpen in HR 21 december 2018, JAR 2019/35. Zie ook CRM 2016-99 en Ktr. Amsterdam 27 juni 2017, RBAMS:4589, bekrachtigd in Hof Amsterdam 30 april 2019, GHAMS:1512, JAR 2019/141.

Van de Pol/KLM moet mijns inziens worden gelezen tegen de nogal specifieke feitelijke achtergrond van de zaak, waaronder het feit dat het om piloten met grote studieschulden ging en dat het leeftijdsonderscheid was gebaseerd op een algemeen belang, niet op een belang van uitsluitend KLM. Het is dan ook de vraag hoe ruim het bereik van het arrest is. Als het niet om piloten was gegaan maar om cabine- of grondpersoneel, zou de uitspraak vermoedelijk anders zijn uitgevallen. Nota bene enkele maanden na de uitspraak overwoog het Amsterdamse hof met betrekking tot de cao KLM Grondpersoneel:[91]

> 'Louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van een specifieke werkgever voldoen niet als legitieme doelstelling, indien het, zoals hier, niet gaat om een bedrijf dat de nationale markt voor werknemers als de onderhavige (die werkzaam waren in engineering en onderhoud) grotendeels bepaalt. (...) Dit leidt tot de conclusie dat KLM een verboden onderscheid naar leeftijd heeft gemaakt door voor Mahakema c.s. het bereiken van de 63-jarige leeftijd als pensioendatum te hanteren en hun verzoek te mogen doorwerken niet te honoreren. Op grond van het bepaalde in artikel 13 van Wgbl zijn de desbetreffende bedingen nietig.'[92]

Onderdeel c

Onderdeel c vormt een restgroep: het maakt het werkgevers mogelijk alle vormen van leeftijdsonderscheid te rechtvaardigen, zoals ontslag vóór de AOW-leeftijd en ontslag van een werknemer die na de pob-leeftijd doorwerkt. Net als ten aanzien van onderdeel b is het geen uitgemaakte zaak dat dit onderdeel, door ook voor direct leeftijdsonderscheid de lichtere toets van artikel 2 lid 2 van de richtlijn aan te houden, strookt met de richtlijn.

Onderdeel c kan een rol spelen bij reorganisaties. Reorganiserende werkgevers kunnen namelijk in de verleiding komen om vooral 'bijna-AOW'ers' voor ontslag voor te dragen. Enerzijds zien zulke werkgevers nogal eens bedrijfseconomische (hoge loonkosten) en operationele (productiviteit) redenen om vooral deze groep uit te dunnen. Anderzijds leiden ouderen meestal minder financieel nadeel van ontslag dan jongeren, omdat zij niet ver van hun pensioen af zijn of met vroegpensioen kunnen gaan. Deze vorm van rechtstreeks leeftijdsontslag ontmoet doorgaans weinig sympathie van rechter en College.[93] Voorbeelden van indirecte ontslagselectiecriteria die aan onderdeel c moeten worden getoetst, zijn teruglopende productiviteit en groeipotentie.[94] Overigens riskeert de werkgever die vooral oude-

91. Hof Amsterdam 27 november 2012, en 2 juni 2015, JAR 2015/184 (*Mahakena e.a./KLM*). Voor cabinepersoneel: Ktr. Amsterdam 21 februari 2011, JAR 2011/97.
92. De overweging dat de betrokken bedingen 'nietig' (en dus niet: vernietigbaar) waren, was geen vergissing: Hof Amsterdam 2 juni 2015, JAR 2015/184.
93. CGB 2005-73; CGB 2007-10; CGB 2007-42; Ktr. Terneuzen 22 juli 2009, RAR 2009/141; Ktr. Breda 13 november 2009, JAR 2010/4; Ktr. Winschoten 8 december 2009, RAR 2010/43.
94. Ktr. Alphen 11 september 2012, JAR 2012/262.

ren voor ontslag selecteert, behalve een klacht over leeftijdsdiscriminatie, bovendien een fiscale 'RVU-boete' (Regeling vervroegd uittreden).[95]

8.3.4 Ontslagrecht

Pensioengerechtigde leeftijd

De formulering van een pob luistert nauw. Veel arbeidscontracten en cao-bepalingen laten ruimte voor verschillende uitleg. Zo komt men in pob vaak verwijzingen tegen naar 'de pensioengerechtigde leeftijd'. Is dit de AOW-leeftijd of de leeftijd waarop het aanvullend ouderdomspensioen tot uitkering komt? In het eerste geval: is dit de huidige AOW-leeftijd of de AOW-leeftijd ten tijde van het aangaan van het pob?[96] Op dit ogenblik (begin 2021) is de leeftijd waarop een nieuwe AOW-uitkering ingaat 66 jaar en 4 maanden. Deze leeftijd stijgt door tot 67 in 2025, daarna gaat zij omhoog in twee derde van het tempo van de stijgende levensverwachting.[97] Al met al is 'AOW-leeftijd' geen vast en eenduidig begrip meer.

Soms knoopt de rechter aan bij de AOW-leeftijd,[98] soms bij de pensioenrichtleeftijd.[99]

Een pob kan in de loop van het dienstverband wijzigen. Dit is zelfs vrij gebruikelijk. Menig arbeidscontract verwijst voor wat betreft zijn einddatum naar een pensioenreglement. Het afgelopen decennium zijn pensioenreglementen – alleen al vanwege de fiscaliteit – aan voortdurende verandering onderhevig, ook wat betreft de pensioen(richt)datum. Een voorbeeld:[100]

> Een arbeidscontract bevat een pob. Het verwijst naar een pensioenreglement. Dat kent een pensioen(richt)datum van 62 jaar. In 2006 wordt het vervangen door een nieuw reglement, met 65 jaar als pensioen(richt)datum. De werkgever stelt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigde op de 65ste verjaardag. De werknemer redeneert: ik werkte na mijn 62ste door, dus is het pob uitgewerkt en eindigt mijn arbeidsovereenkomst niet meer van rechtswege. De rechter

95. Artikel 32 ba Wet op de loonbelasting 1964. Tijdelijke uitzondering: werkgevers mogen van 2021 t/m 2025 aan vrijwillig uittredende werknemers in maximaal de 36 maanden voor hun AOW-ingangsdatum maandelijks € 1767 (= AOW-niveau) betalen zonder dat daarover een RVU-boete wordt geheven: Wet bedrag ineens, RVU en verlofsparen, Stb. 2021, 20 en 21, Kamerstukken 35555.
96. Ktr. Amsterdam 3 december 2019, RBAMS:10063 (social plan); Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2020, GHSHE:247.
97. Wet verandering koppeling AOW-leeftijd, Stb. 2020, 503, Kamerstukken 35520.
98. Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2016, JAR 2016/112, en 24 maart 2016, JAR 2016/113; Hof Amsterdam 13 augustus 2019, GHAMS:2961; Ktr. Arnhem 5 februari 2020, RBGEL:2020:665; Hof Amsterdam 24 november 2020, JAR 2021/33; Rb. Den Haag 25.2.21 ARUpd. 2021-0256; Hof Arnhem 1.3.21 GHARL:2498.
99. Hof Amsterdam (kort geding) 10 september 2019, JAR 2019/251.
100. Hof Amsterdam 9 juni 2015, JAR 2015/292.

verwerpt dit betoog: door de wijziging van het pensioenreglement wijzigde vanzelf de einddatum van het pob.

Opzegging

De Wwz heeft de ontslagbescherming van ouderen aanzienlijk beperkt. Dit heeft vooral te maken met het – merkwaardig geformuleerde[101] – artikel 7:669 lid 4 BW (hierna ook: 'lid 4'):

> 'Tenzij schriftelijk anders is overeengekomen, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst, die is ingegaan voor het bereiken van een tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de [AOW-] leeftijd, eveneens opzeggen in verband met of na het bereiken van de tussen partijen overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd is overeengekomen, de [AOW-] leeftijd.'

Normaal gesproken kan een arbeidsovereenkomst alleen worden opgezegd of ontbonden als aan twee vereisten is voldaan. Er moet een 'redelijke grond' zijn voor opzegging/ontbinding, en herplaatsing van de werknemer moet onmogelijk zijn of 'niet in de rede liggen'.[102] De wet geeft een in beginsel limitatieve opsomming van de redelijke gronden. Deze vereisten gelden niet waar het gaat om pensioenontslag. De werkgever hoeft dus geen redelijke grond voor de opzegging te hebben. Hij hoeft zelfs helemaal geen grond te hebben. Het logische gevolg is dat de werkgever geen ontslagvergunning nodig heeft om op te zeggen, en evenmin tussenkomst van de rechter. Logisch lijkt me ook dat het herplaatsingsvereiste niet van toepassing is. Kort samengevat: de werkgever kan in het in lid 4 bedoelde geval 'vrij' opzeggen.[103]

'Tenzij anders overeengekomen'

Als een arbeidscontract een pob bevat, kan de werkgever de arbeidsovereenkomst niet vóór de pob-leeftijd op grond van leeftijd opzeggen.[104] Als dus bijvoorbeeld de pob-leeftijd 68 is en de AOW-leeftijd 66, kan de werkgever niet met gebruikmaking van lid 4 opzeggen wanneer de werknemer 66 jaar wordt. Het enkele feit dat het

101. Lid 4 gaat over het *opzeggen* van de arbeidsovereenkomst. Het knoopt echter (mede) aan bij de 'overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt', dat wil zeggen de leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst *van rechtswege* eindigt. Als de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, komt er toch geen opzegging aan te pas? Letterlijk staat er: de werkgever kan een van rechtswege eindigende overeenkomst opzeggen. Dit kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest.
102. Artikel 7:669 lid 1 BW.
103. Het goed werkgeverschap verzet zich hier niet tegen: Ktr. Amsterdam 3 december 2019, RBAMS: 2019:10063.
104. Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2016, JAR 2016/113.

pensioenreglement een hogere dan de AOW-leeftijd noemt, is onvoldoende om te kunnen spreken van 'anders overeengekomen'.[105]

'In verband met of na'
De werkgever kan 'vrij' opzeggen in verband met of na de lid 4-leeftijd. Ik zou 'in verband met' niet al te ruim willen uitleggen. Naar mijn mening zou een werkgever niet bijvoorbeeld kunnen zeggen: we gaan reorganiseren, jouw functie vervalt, weliswaar zou volgens het afspiegelingsbeginsel een ander moeten afvloeien, maar omdat jij toch over twee jaar met pensioen gaat ontslaan we jou, dat doen we 'in verband met' jouw (naderende) lid 4-leeftijd. Wel lijkt me toelaatbaar dat de werkgever zoveel eerder opzegt als de opzegtermijn duurt. Stel bijvoorbeeld dat de werkgever gebonden is aan een opzegtermijn van zes maanden, dan zou hij zes of zelfs zeven of acht maanden voor de lid 4-datum mogen opzeggen tegen die datum.

'Ingegaan'
Lid 4 komt erop neer dat de arbeidsovereenkomst van een oudere werknemer die al *voor* de lid 4-leeftijd in dienst was, 'vrij' kan worden opgezegd. Iemand die *na* die leeftijd in dienst treedt, kan niet 'vrij' worden ontslagen. Dit roept de vraag op wat het gevolg is voor iemand met een pob die na de pob-leeftijd doorwerkt. Men kan op twee manieren redeneren:
- Het beding deed de arbeidsovereenkomst eindigen; het doorwerken is dus gebaseerd op een *nieuwe* arbeidsovereenkomst, aangegaan *na* de pob-leeftijd.
- De oude arbeidsovereenkomst loopt door, is dus niet door een nieuwe overeenkomst vervangen.

De tweede uitleg lijkt de meeste aanhang te hebben.[106] Dogmatisch valt er echter op af te dingen.

Samenvatting lid 4
Lid 4 heeft slechts beperkte betekenis. Het komt alleen in beeld (1) als er geen pob is of (2) als de werknemer na de pob-leeftijd doorwerkt *en* zijn arbeidsverhouding wordt gezien als een voortzetting van de bestaande arbeidsovereenkomst.

Opzegverboden
Na de Wwz vergemakkelijkte de wetgever ontslag van ouderen nog verder. Onder andere zijn de opzegverboden, waaronder die tijdens ziekte, sterk beperkt: zie hoofdstuk 10.

105. Ook zonder pob kan 'anders' zijn overeengekomen: Hof Den Haag 17 maart 2020, GHDHA: 2020:565, RAR 2020/100.
106. Hof Amsterdam 29 maart 2016, GHAMS:1180; Ktr. Amsterdam 24 maart 2016, JAR 2016/98; Ktr. Haarlem 26 september 2019, JAR 2019/283; Ktr. Amsterdam 15 juni 2020, JAR 2020/168.

8.3.5 *Ontslagrecht in combinatie met gelijke behandeling*

Inleiding
Hiervoor werden achtereenvolgens de ontslagregels in de WGBL en het BW besproken. In het navolgende ga ik in op de verhouding tussen beide groepen regels. Daarbij is het zinvol te differentiëren naar:
- ontslag op de AOW-leeftijd;
- ontslag na de AOW-leeftijd;
- ontslag vóór de AOW-leeftijd.

'Ontslag' doelt hier op het eindigen van de arbeidsovereenkomst, ongeacht of dit van rechtswege is of als gevolg van opzegging of ontbinding. Hierbij valt te bedenken dat de meeste pensioenregelingen uitgaan van een normale ('richt'-)pensioenleeftijd van 68. Dit betekent dat er, in ieder geval nog enkele jaren, een gat zit tussen de AOW-leeftijd en de leeftijd waarop het aanvullende pensioen ingaat.

Het navolgende is geschreven voor de situatie dat een werkgever de arbeidsovereenkomst van een werknemer wil laten eindigen. Het is echter ook van toepassing op de situatie dat een inlener de inhuur van een aan hem ter beschikking gestelde arbeidskracht eenzijdig beëindigt.[107]

Ontslag op AOW-leeftijd
Dit doet zich vooral voor in twee situaties: (1) de pob-leeftijd is gelijk aan de AOW-leeftijd, en de werkgever laat de werknemer niet doorwerken, of (2) er is geen pob, en de werkgever zegt de arbeidsovereenkomst op in verband met de AOW-leeftijd.

BW: In situatie 1 eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege op grond van de overeenkomst. In situatie 2 zegt de werkgever 'vrij' op met gebruikmaking van lid 4. In beide gevallen is er arbeidsrechtelijk niets aan de hand.
WGBL: De werkgever maakt in beide situaties gebruik van de uitzondering van onderdeel b van artikel 7 lid 1 WGBL. Hij hoeft het (laten) (be)eindigen van de arbeidsovereenkomst niet te rechtvaardigen. Hij hoeft – behoudens andersluidende cao – een verzoek om door te werken niet te honoreren.[108] Mogelijk zou dit anders kunnen zijn als de werkgever een beleid voert om de meeste werknemers na hun AOW-leeftijd te laten doorwerken of om pensionerende werknemers te vervangen door externe arbeidskrachten.[109]

107. Voorbeeld: CRM 2018-29.
108. Ktr. Zwolle (vzr.) 24 november 2017, RBOVE:4517, PJ 2018/21.
109. Vgl. Ktr. Amersfoort 13 augustus 2018, RBMNE:3780.

Ontslag na AOW-leeftijd
Dit doet zich voor in drie situaties: (1) de pob-leeftijd is hoger dan de AOW-leeftijd, en de werkgever laat de werknemer niet (op dezelfde voorwaarden) doorwerken, (2) de werknemer werkte na een eerdere pob-leeftijd door en de werkgever zegt na de AOW-leeftijd op, of (3) er is geen pob, de werknemer werkte na zijn AOW-leeftijd door en de werkgever wil alsnog opzeggen.

BW: In situatie 1 eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege op grond van de overeenkomst. In situatie 2 kan de werkgever 'vrij' opzeggen met gebruikmaking van lid 4.[110] Ook in situatie 3 kan de werkgever 'vrij' opzeggen.
WGBL: In situatie 1 kan de werkgever gebruikmaken van de uitzondering van onderdeel b van artikel 7 lid 1 WGBL. Hij hoeft het laten eindigen van de arbeidsovereenkomst niet te rechtvaardigen. In situaties 2 en 3 is deze uitzondering niet van toepassing.[111] Onderdeel b heeft het immers over de AOW-leeftijd of een *overeengekomen* hogere leeftijd. De werkgever zal het opzeggen of laten ontbinden dus objectief moeten rechtvaardigen aan de hand van de gewone criteria (legitiem doel, geschikt en noodzakelijk middel).[112]

Ontslag vóór AOW-leeftijd
Ontslag vóór de AOW-leeftijd doet zich voor in twee situaties: (1) de pob-leeftijd is lager dan de AOW-leeftijd, en de werkgever wil de werknemer niet laten doorwerken, of (2) er is geen pob, en de werkgever wil de arbeidsovereenkomst op een lagere dan de AOW-leeftijd opzeggen.

BW: In situatie 1 eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege. In situatie 2 kan de werkgever niet 'vrij' opzeggen; hij heeft een ontslagvergunning of ontbindingsbeschikking nodig.
WGBL: In beide gevallen zal de werkgever het (laten) (be)eindigen van de arbeidsovereenkomst objectief moeten kunnen rechtvaardigen ingevolge onderdeel c van artikel 7 lid 1 WGBL (zelfs al ligt de beoogde ontslagleeftijd slechts heel weinig onder de AOW-leeftijd[113]). Het gevolg van een pob met een niet objectief te rechtvaardigen pob-datum is dat het pob nietig is en de arbeidsovereenkomst na die datum onbeperkt doorloopt (en dus niet op de AOW-leeftijd alsnog van rechtswege eindigt). De meeste rechters hebben, evenals het College, pob's die uitgaan

110. Mits de arbeidsovereenkomst moet worden gezien als één voortgezette overeenkomst, die ook al voor de pob-leeftijd bestond (zie hiervoor).
111. CGB 2006-246; CGB 2007-52; CRM 2014-74.
112. Ktr. Bergen op Zoom 3 juli 2013, JAR 2013/235. Anders: Ktr. Lelystad 20 februari 2008, PJ 2008/84.
113. CRM 2013-178 (ontslag op 65ste in plaats van op leeftijd 65 en 2 maanden in strijd met wet).

van een lagere leeftijd dan die van de AOW afgekeurd.[114] Er zijn echter ook andersluidende uitspraken.[115]

Is een pob verstandig?
Een pob dat uitgaat van een leeftijd onder die van de AOW is niet aan te raden. Als voordelen van het nog steeds opnemen van een pob uitgaande van de AOW- of een hogere leeftijd worden genoemd:
- Partijen weten lang tevoren dat en wanneer hun arbeidsverhouding zal eindigen en kunnen daardoor plannen.
- De werkgever kan tegen iedere werknemer die de pob-leeftijd bereikt zeggen: 'Dit is niet persoonlijk, het staat nu eenmaal bij iedereen in het contract.' Zonder pob zou de werkgever moeten opzeggen en daarbij min of meer verplicht zijn een reden te noemen.
- Er komt geen opzegging en dus geen opzegverbod aan te pas om de arbeidsovereenkomst te laten eindigen.

Er zijn ook nadelen:
- Als een werknemer na de pob-leeftijd doorwerkt, is volgens sommigen sprake van een nieuwe, dus ná die leeftijd ingegane arbeidsovereenkomst, in welk geval lid 4 niet geldt.
- Een pob dat de arbeidsovereenkomst op bijvoorbeeld 70 jaar doet eindigen, brengt mee dat niet vóór die tijd op grond van leeftijd kan worden opgezegd.
- Er is het risico van geschil over de juiste einddatum.
- Wanneer de werkgever sommige oudere werknemers wel en andere niet laat doorwerken, ontstaat ongelijkheid.[116]

8.4 Handicap en chronische ziekte

8.4.1 Inleiding

Net als bij de grond leeftijd, hebben we bij ontslag van een h/cz-werknemer te maken met samenloop van regels van verschillende aard. Het gaat in het bijzonder

114. Hof Amsterdam 13 januari 2000, JAR 2000/42; Hof Arnhem 2 november 2004, JAR 2004/272; Ktr. Amsterdam 25 september 2006, JAR 2006/251; CGB 2007-10; CGB 2008-38; Hof Den Haag 4 augustus 2009, JAR 2009/231; Ktr. Winschoten 8 december 2009, RBGRO:BK6018; Ktr. Amsterdam 21 februari 2011, JAR 2011/97, conform CGB 2011-38; Rb. 's-Gravenhage 9 februari 2011, TAR 2011/72; Ktr. Amersfoort 12 december 2012, RBUTR:BY6889; Rb. Den Haag 21 november 2016, TAR 2017/38.
115. CGB 2007-13 (piloten); Ktr. Amsterdam 22 december 2008, JAR 2009/25; Ktr. Amsterdam 2 november 2009, JAR 2009/291; Ktr. Amsterdam 12 februari 2010, BL 5709, bekrachtigd in Hof Amsterdam 21 september 2010, JAR 2010/268 (cao grondpersoneel KLM); GEA Curaçao 17 november 2017, PJ 2018/20.
116. Ktr. Utrecht 11 februari 2015, RBMNE 699 (past *Parallel Entry* toe); Ktr. Amersfoort 13 augustus 2018, RBMNE:3780.

om de regels van het reguliere arbeidsrecht (BW) en die van de WGBh/cz, maar ook andere regels spelen een rol, zoals die van de arbo- en 'Poortwachter'-regelgeving.

In de meeste gevallen is sprake van 'arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte of gebrek' als bedoeld in het BW. Dit is van belang, want het BW biedt de arbeidsongeschikte werknemer verhoogde ontslagbescherming. Dankzij deze vergaande bescherming doen in Nederland werknemers met een vast contract relatief weinig een beroep op de WGBh/cz bij ontslag. Die wet is vooral interessant voor werknemers met een tijdelijk contract, voor h/cz-werknemers die niet ziek zijn, voor niet-werknemers (zzp'ers, stagiairs enzovoort) en voor uitzendkrachten.

8.4.2 *Bedrijfseconomisch ontslag*

De werkgever die reorganiseert, moet zich houden aan het afspiegelingsbeginsel. Dit kan ertoe leiden dat een h/cz'er voor ontslag wordt geselecteerd. Zoals hiervoor gezegd, kan het afspiegelingsbeginsel, of de toepassing ervan op bepaalde wijze, indirect onderscheid maken in het nadeel van bepaalde groepen, zoals h/cz'ers. Zulk onderscheid lijkt me in beginsel gerechtvaardigd.[117] De omgekeerde situatie is dat 'arbeidsbeperkten' worden gespaard.[118] De werkgever *mag* dit doen, het hoeft niet.

8.4.3 *Ontslag vanwege ziekteverzuim*

Niet verlengen van een *tijdelijk* contract *vanwege* (dreigende) h/cz discrimineert, tenzij de h/cz de werknemer ongeschikt maakt voor zijn essentiële functietaken.[119]

Om een *vaste* arbeidsovereenkomst tegen de zin van de werknemer te beëindigen behoeft de werkgever een 'redelijke grond'. Artikel 7:669 lid 3 BW geeft een limitatieve opsomming van redelijke gronden. Twee ervan hebben te maken met arbeidsongeschiktheid. De 'b-grond' is dat de werknemer langdurig arbeidsongeschikt is geweest (in de regel: ten minste twee jaar) en dat herstel niet binnen korte termijn valt te verwachten.[120] De 'c-grond' houdt in: 'het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid als gevolg van ziekte of gebreken van de werknemer met voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen', terwijl aannemelijk is dat niet spoedig herstel zal optreden en dat de werknemer niet spoedig aangepast werk zal kunnen verrichten.[121]

117. Ktr. 's-Hertogenbosch 8 februari 2013, RBOBR:2013:BZ2683.
118. Artikel 11 lid 6 Ontslagregeling.
119. Voorbeeld: CRM 2019-94.
120. Voor 'artikel 3-ambtenaren' is het criterium vergelijkbaar.
121. Voor 'artikel 3-ambtenaren' geldt eenzelfde criterium.

8.4.4 *Functioneringsontslag*

Inleiding
Als een werkgever iemand wil ontslaan (met inbegrip van niet verlengen[122]) is dat in veel gevallen omdat hij ontevreden is over diens functioneren. Wat als er verband is tussen het gestelde gebrekkige functioneren en een (echte of vermeende) h/cz? Drie WGBh/cz-uitgangspunten beïnvloeden elkaar:

1. Een werknemer die niet 'bekwaam, in staat en beschikbaar' is om de 'essentiële' taken van zijn functie uit te voeren (de 'ongeschiktheidsexceptie' besproken in paragraaf 4.5) hoeft niet in dienst gehouden te worden.
2. Voorwaarde is wel dat redelijkerwijs geen aanpassing mogelijk is die de ongeschiktheid (voldoende) opheft.
3. Het ontslagbesluit mag – afgezien van de ongeschiktheidsexceptie – niet zijn genomen *op grond van* h/cz.

Deze uitgangspunten moeten in samenhang worden toegepast.

Ad 1: Ongeschikt voor de functie
Een werknemer is voor de WGBh/cz geschikt voor zijn functie als hij – eventueel na aanpassing – kan voldoen aan de 'essentiële' of 'wezenlijke' functievereisten. Pas wanneer vaststaat dat de werknemer een *essentieel* onderdeel van zijn functie niet kan uitvoeren, ook niet na aanpassing, staat de WGBh/cz niet aan ontslag in de weg. Waar de grens ligt tussen 'essentiële' en niet-essentiële functievereisten is niet eenduidig vast te stellen.[123] Stel bijvoorbeeld dat iemand na een ongeval of burn-out wel nog in staat is alle taken behorend bij zijn functie uit te oefenen, maar slechts met de helft van het vereiste tempo en/of met een bovengemiddeld foutenpercentage en/of in een (niet beschikbare) stressarme omgeving. Voldoet hij aan de 'essentiële' functievereisten? Is iemand die vanwege een h/cz een ziekteverzuim van 30% heeft, 'beschikbaar' voor zijn essentiële functietaken? Helaas valt op zulke vragen geen hard antwoord te geven. De bewijslast ten aanzien van ongeschiktheid voor de essentiële functietaken rust op de werkgever.

Ad 2: Aanpasplicht
De rechtspraak over ontslag bouwt voort op die over de sollicitatie- en aannamefase. Dezelfde principes gelden bij ontslag. Dit betekent in de eerste plaats dat het verzwijgen van een niet wezenlijk beperkende h/cz nooit een reden voor ontslag kan zijn.[124] Verder is het aan de sollicitant om uit eigen beweging te melden dat hij een aanpassing behoeft en te specificeren welke dat is.[125] Van de werkgever wordt

122. Voorbeeld: CRM 2019-124.
123. Voorbeeld: Ktr. Rotterdam 29 juli 2008, RBROT:BD9114.
124. Ktr. Apeldoorn 11 juni 2008, JAR 2008/229; CGB 2010-136; CRM 2017-48.
125. CGB 2014-138; Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2016, GHSHE:1538, r.o 3.17.

verwacht dat hij, alvorens ontslag te overwegen, onderzoekt of een aanpassing de beperkingen van de h/cz-werknemer zou ondervangen. Het *enkele* niet onderzoeken maakt ontslag discriminerend, ook al komt later vast te staan dat een aanpassing niet mogelijk zou zijn geweest.[126] Omgekeerd staat de werkgever die adequaat onderzoek pleegt en aan de hand daarvan kan aantonen dat een aanpassing niet mogelijk is (of onevenredig belastend zou zijn), sterk.[127] Hoe diepgaand het onderzoek naar de mogelijkheid van een aanpassing moet gaan, valt niet algemeen te zeggen.[128]

De werkgever hoeft alleen te onderzoeken of een doeltreffende aanpassing de werknemer in staat zal stellen zijn *eigen* functie te vervullen (zie paragraaf 7.10). Hij hoeft de werknemer die zijn eigen functie niet meer aankan dus niet te herplaatsen in een andere functie, althans niet op grond van de WGBh/cz (mogelijk wel op grond van het algemene arbeidsrecht). Echter, áls de werkgever – bijvoorbeeld op grond van een sociaal plan – een herplaatsingsverplichting heeft, moet hij daarbij wel rekening houden met een eventuele h/cz.[129]

De werknemer die zich op de WGBh/cz beroept, moet – zo mogelijk – in de fase vóór het ontslag ondubbelzinnig en onderbouwd hebben gesteld dat het voorgenomen ontslag verband houdt met een h/cz en moet hebben gespecificeerd welke doeltreffende aanpassing hij denkt nodig te hebben. Laat hij dit na, dan kan de werkgever niet worden verweten geen rekening te hebben gehouden met de h/cz.[130]

Ad 3: 'Op grond van' h/cz
De werkgever die iemand ontslaat *op grond van* een h/cz maakt direct onderscheid. De meest openlijke vorm is ontslag op die enkele grond, bijvoorbeeld: 'ik verleng je contract niet omdat je depressief bent'.[131] Een dergelijk ontslag is slechts toegestaan als het noodzakelijk is ter bescherming van de veiligheid of gezondheid van de werknemer of anderen. Een beroep op deze veiligheidsexceptie wordt niet snel gehonoreerd, zeker niet als de werkgever geen onderzoek door een deskundige heeft laten doen alvorens tot ontslag te besluiten.[132]

126. Voorbeelden: CGB 2007-24; CGB 2012-158.
127. Ktr. Bergen op Zoom 23 mei 2013, JAR 2013/165; Ktr. Groningen 28 mei 2014, JAR 2014/184.
128. CGB 2015-34.
129. CRM 2012-201.
130. CRM 2016-23.
131. Voorbeelden: CGB 2004-67; CGB 2006-195; CRM 2020-57.
132. CRM 2013-182; CRM 2013-10; CRM 2020-116 (beroep op veiligheidsexceptie faalt).

Meestal is de ontslaggrond minder openlijk discriminerend, zoals: vrees voor veelvuldig verzuim[133] of voor teruglopend functioneren als gevolg van een h/cz.[134] Hierbij legt de werkgever weliswaar niet met zoveel woorden een verband met de h/cz, maar het onderscheid is nog wel direct, en dus niet te rechtvaardigen. Hetzelfde geldt voor (proeftijd)ontslag naar aanleiding van een ziekmelding, als de ziekte valt aan te merken als een h/cz.[135] Bij dit alles valt te bedenken dat een ontslag wordt gegeven *op grond van* h/cz als de betrokken beperking 'mede een' rol speelt bij het ontslagbesluit, ook al is de rol van de h/cz in het besluit ondergeschikt.

Het wordt lastiger wanneer een onderscheid makend handelen of nalaten van de werkgever 'de start vormt van een keten van gebeurtenissen' die uiteindelijk tot ontslag leidt. Is de causale relatie tussen het handelen/nalaten voldoende sterk, dan kan er sprake zijn van *direct* onderscheid 'op grond van' h/cz.

Lastig zijn ook gevallen waarin de werkgever wordt beschuldigd van *indirect* h/cz-onderscheid. Te denken valt bijvoorbeeld aan ontslag wegens het niet behalen van een productie-, kwaliteits- of omzetdoelstelling, terwijl de reden te maken heeft met een h/cz. Deze situatie deed zich voor in de zaak *DW/Nobel*.[136] Het HvJ overwoog dat als de werkgever in zo'n geval nalaat voldoende doeltreffende aanpassingen te verrichten, het indirecte onderscheid niet is gerechtvaardigd:

> '(...) dat het ontslag om "objectieve redenen" van een werknemer met een handicap op grond dat deze beantwoordt aan de selectiecriteria die door de werkgever in aanmerking zijn genomen om te bepalen welke personen moeten worden ontslagen, te weten een productiviteit die lager is dan een bepaald percentage, een lage multi-inzetbaarheid binnen de onderneming en een hoog ziekteverzuim, indirecte discriminatie op grond van handicap vormt (...) tenzij de werkgever vooraf ten aanzien van die werknemer heeft voorzien in redelijke aanpassingen'.

De stelling dat een tijdelijk contract niet is verlengd omdat de werkgever naliet doeltreffende aanpassingen te verrichten werd ook gevoerd in de volgende zaak:[137]

> Kort na indiensttreding blijkt een part-time geestelijk verzorgster te lijden aan chronische vermoeidheid, een h/cz. De werkgever houdt hier rekening mee, onder andere door afwijkende werktijden toe te staan. Hij spreekt haar aan op disfunctioneren. Wanneer de werkgever haar jaarcontract niet verlengt klaagt zij bij het College: als de werkgever duidelijker was geweest

133. Voorbeeld: CGB 2005-160.
134. Voorbeeld: CGB 2010-136; CRM 2020-47.
135. Ktr. Amersfoort 27 november 2008, JAR 2009/4; Ktr. Utrecht 21 mei 2010, JAR 2010/176; CRM 2016-113; Ktr. Maastricht 27 september 2018, RAR 2019/10.
136. HvJ EU 11 september 2019, C-397/18 (*DW/Nobel Plastiques Ibérica*), JAR 2019/257.
137. CRM 2021-13.

over hoe hij over mijn functioneren dacht zou ik om méér doeltreffende aanpassingen hebben gevraagd, zoals een verbeterplan.[138] Het College wijst de klacht af, want de werkneemster had gevraagd om een eventueel gebrek aan vooruitgang in haar functioneren niet aan haar te melden omdat dat dat negatieve druk op haar herstel zou veroorzaken. De werkgever had getracht een balans te vinden tussen vertellen welke verbeteringen hij verwachtte en vermijden van stress.

Zou in deze zaak de werkgever zijn aanpasplicht onvoldoende hebben nageleefd, dan had het oordeel anders kunnen uitvallen.

Rechters en het College zien de ene keer eerder dan de andere keer een (vermoeden van) verband tussen een ontslagbesluit en een (vermeende) h/cz. Soms onderzoekt het College de (non-)transparantie van de ontslagbesluitvormingsprocedure, zoals in het volgende geval:[139]

Een werkgever zet het tijdelijke contract van een verzorgende niet om in een vast dienstverband want zij meldt zich vaak ziek. De werkneemster had bij indiensttreding gemeld dat zij lijdt aan een schildklierziekte, waardoor zij niet meer dan 4 uur per dag en 15 uur per week zou kunnen werken. Desondanks werkte zij, in de twee voorafgaande jaren, soms langer. Zij zegt dat zij dit deed onder druk van haar leidinggevende. Het staat vast dat de ziekmeldingen geen rechtstreeks verband hielden met de schildklierziekte. De werkneemster stelt echter dat er wel een indirect verband was, namelijk met het langer werken dan zij aankon, waardoor zij zich vaak ziek meldde. De CGB stelt twee dingen vast: (1) afgezien van haar veelvuldige verzuim functioneerde de werkneemster naar behoren, en (2) het is niet duidelijk welke criteria de werkgever hanteert bij het nemen van beslissingen over het al dan niet aanbieden van een vast contract; dit wordt namelijk per geval beoordeeld. De combinatie van 1 en 2 doet de CGB vermoeden dat het besluit om geen vast contract aan te bieden verband houdt met de schildklierziekte. Nu de werkgever er niet in slaagt te bewijzen dat hij geen druk heeft uitgeoefend op de werkneemster om meer uren te werken dan zij aankon, is het oordeel: direct onderscheid op grond van h/cz.

Bij de vraag of de omstandigheden van een geval een vermoeden van onderscheid opleveren, past het College soms zijn leer van '(mede) een rol' toe, zoals in het volgende geval:[140]

Kinderarts X krijgt last van haar hart en valt uit. Na ruim anderhalf jaar afwezigheid vindt de bedrijfsarts dat zij alleen nog in deeltijd kan werken, bovendien zonder avond-, nacht- en weekenddiensten. Zij hervat het werk in deeltijd, zonder diensten. Haar collega's nemen haar diensten van haar over. Na enige tijd ontstaan samenwerkingsproblemen met de collega's. Zij vinden het medisch handelen en de medische kennis van X onder de norm. Dit heeft ermee te

138. Verder stelt zij dat haar h/cz de oorzaak was van het niet verlengen van haar contract.
139. CGB 2005-160.
140. CRM 2015-77.

> maken dat zij vanwege haar beperking alleen polikliniekwerk verricht en daardoor geen ervaring opdoet met spoedsituaties. De kantonrechter ontbindt op verzoek van de werkgever de arbeidsovereenkomst omdat de arbeidsverhouding verstoord is geraakt. Het College acht het vermoeden gerechtvaardigd dat de ontbinding verband houdt met de hartaandoening. Immers: de arbeidsverhouding raakte verstoord nadat de kinderarts slecht werd beoordeeld; zij werd slecht beoordeeld omdat zij in deeltijd en zonder diensten werkte; zij werkte aldus omdat zij een hartaandoening heeft. De combinatie van een ondoorzichtige beoordelingsprocedure en het gegeven dat de kritiek (mede) verband hield met X's beperkte inzetbaarheid wettigt het aannemen van een vermoeden dat de hartkwaal '(mede) een rol' heeft gespeeld. De werkgever weet dit vermoeden niet te weerleggen. Conclusie: direct onderscheid op grond van h/cz.[141]

Ik vraag me af wat deze werkgever volgens het College had moeten doen. Had hij, ondanks het oordeel van de collega's van de kinderarts over haar vakbekwaamheid, moeten accepteren (of een aanpassing treffen inhoudende) dat de kinderarts vanwege haar aandoening voor de rest van haar loopbaan zich zou beperken tot polikliniekwerk en verschoond zou blijven van diensten (al dan niet onder aanpassing van haar salaris)?

Is er eenmaal een vermoeden, dan staat de werkgever die het moet zien te weerleggen op achterstand.[142]

8.5 Godsdienst

Een ontslag wordt niet vaak aangevochten met een beroep op godsdienstdiscriminatie, behalve wanneer het gaat om het dragen van een hoofddoek.[143] Ontslag op deze grond wordt meestal geacht rechtstreeks te discrimineren, ook al stoelt het overtreden hoofddoekverbod op 'neutraliteit' of 'representativiteit'.[144]

De gewone ontslagregels gelden niet zonder meer in het geval van kerken en andere organisaties op confessionele grondslag. Zowel de Kaderrichtlijn als de Awgb laten namelijk – in zeer beperkte mate – onderscheid toe op grond van godsdienst, ook ten aanzien van ontslag.[145] Vereist is dan wel dat 'vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend de godsdienst of overtuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt'. Een Duits katholiek ziekenhuis deed vergeefs een beroep op deze uitzondering toen het een arts ontsloeg die na zijn – door de kerk niet erkende – echtscheiding

141. De kantonrechter had dus niet mogen ontbinden (voor wat dat oordeel waard is).
142. Zie Hof Amsterdam 10 november 2015, JAR 2015/309 (tussenarrest), en 21 juni 2016, GHAMS: 2016:2383 (eindarrest).
143. Ontslag op andere gronden: CGB 1996-54; Ktr. Haarlem 2 juli 2004, JAR 2004/176.
144. Voorbeelden: CGB 2005-156; CGB 2006-248 (inroostering); CRM 2016-32; Ktr. Amsterdam 10 januari 2020, JAR 2020/56 (indirect).
145. Artikel 4 lid 2 Kaderrichtlijn; artikel 5 lid 2 Awgb.

hertrouwde (en daarmee naar kerkelijk recht bigamist werd). Het HvJ weigerde deze uitzondering ruim uit te leggen.[146]

8.6 Ras en nationaliteit

De rechtspraak over de vraag of het niet verlengen van een tijdelijk contract verband houdt met ras, is vergelijkbaar met die over de grond geslacht. Zo kan men een vermoeden trekken uit non-transparantie, waarbij voor de conclusie ongelijke behandeling voldoende is dat ras/nationaliteit '(mede) een rol' heeft gespeeld.[147] Een voorbeeld:[148]

> Een afdeling reorganiseert. Er werken 53 werknemers met een tijdelijk contract. Van die contracten worden er 12 niet verlengd, met als verdeling: 5 autochtonen en 7 allochtonen. Bij de 41 contracten die wel worden verlengd, is de verdeling ongeveer 50/50. Een allochtone werknemer van wie het contract niet is verlengd, vecht zijn ontslag aan bij de CGB. Deze vraagt de werkgever: waarom is bij de selectie de keuze op deze werknemer gevallen? Het antwoord: het soort werk dat hij deed was bepalend. De CGB vindt dit geen afdoende verklaring, omdat zij geen inzicht geeft op welke wijze geselecteerd wordt tussen personen die dezelfde soort werkzaamheden kunnen uitoefenen. Deze non-transparantie, gecombineerd met incidenten die er tussen partijen zijn geweest in verband met een taaleis, levert een vermoeden op van (rechtstreeks) onderscheid op grond van ras.

8.7 Arbeidsduur

Ontslagselectie

Wanneer een bedrijf moet inkrimpen, moet het afspiegelingsbeginsel ongeacht de deeltijdfactor worden toegepast. Dit kan betekenen dat voltijders worden ontslagen ter wille van de werkgelegenheid van deeltijdcollega's met meer anciënniteit.[149] Neem het volgende voorbeeld: een werkgever wil een functie met 1,5 fte inkrimpen. De medewerker in die functie die bij afspiegeling het eerst voor ontslag in aanmerking komt, werkt in voltijd; de collega die daarna voor ontslag in aanmerking komt, werkt halve dagen. Deze werkgever zal de voltijder moeten ontslaan en iemand moeten werven voor de ontbrekende halve fte. Hoeveel eenvoudiger zou het niet zijn geweest om de deeltijder te ontslaan.

---

146. HvJ EU 11 september 2018, C-68/17 (*IR/JQ*), JAR 2018/259. Eerder was het EHRM verdeeld over enigszins vergelijkbare gevallen: zie de gelijktijdig gewezen uitspraken EHRM 23 september 2010, zaak 425/03, EHRC 2010/138 (*Obst*), en zaak 1620/03, EHRC 2010/139 (*Schüth*). Het CRM accepteerde wel ontslag(voornemen) van gereformeerde school van lerares die kerklidmaatschap opzegde: CRM 2014-130
147. CGB 1999-25; CGB 1999-30; Rb. Amsterdam 3 november 1999, JAR 1999/252; CGB 2003-48; CGB 2004-11 en Hof Amsterdam 29 mei 2008, JAR 2008/219; CGB 2004-23; CGB 2004-48.
148. CGB 1997-96. Vgl. CGB 1998-113, met vervolg in Ktr. Amsterdam 6 januari 2010, JAR 2010/42.
149. CGB 1997-114; CGB 2004-58.

Individueel ontslag
Stel, het tijdelijk contract van een voltijder wordt niet voortgezet op de grond dat zij zwanger is en na haar bevallingsverlof in deeltijd wil werken. Het College redeneert als volgt:[150] artikel 7:648 BW verbiedt het maken van onderscheid op grond van arbeidsduur slechts 'in de *voorwaarden waaronder* een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet dan wel opgezegd'. Een werkgever mag dus weigeren iemand in dienst te nemen op de grond dat hij of (meestal) zij in deeltijd wil werken. Het niet verlengen van een tijdelijk contract staat gelijk aan het afwijzen van een sollicitatie (zie hiervoor). Dus is het niet verlengen van dit tijdelijke contract niet in strijd met het verbod om te discrimineren op grond van arbeidsduur.

8.8 Niet benoemde gronden

Het vereiste van een 'redelijke ontslaggrond' geldt niet voor het niet verlengen van een tijdelijk contract, of bij proeftijdopzegging. Het is dan ook mogelijk dat een dergelijke beëindiging onderscheid maakt op een grond die weliswaar niet behoort tot de in de wet genoemde non-discriminatiegronden, maar op een grond die toch wel discriminerend genoemd mag worden. Is er niets aan te doen? Ik zou steun willen zoeken bij het arrest *Codfried*. Daarin ging het om leeftijdsonderscheid, dat destijds nog niet was verboden. De Hoge Raad overwoog:[151]

> 'Niet uitgesloten is dat een ongelijke behandeling op grond van leeftijd in strijd is met art. 1 Grondwet en art. 26 IVBP. Deze bepalingen verbieden immers niet alleen discriminatie wegens de aldaar genoemde gronden, zoals bijvoorbeeld ras, geslacht en godsdienst, maar ook discriminatie op welke grond dan ook.'

150. CGB 2007-111 (indirect onderscheid m/v gerechtvaardigd); CRM 2019-75.
151. HR 13 januari 1995, , JAR 1995/35 (*Codfried/ISS*).

9 Ontslagvergoeding

9.1 Inleiding

Soorten ontslagvergoeding
Bij het eindigen van de arbeidsverhouding betaalt de werkgever in veel gevallen een 'ontslagvergoeding'. Daarvan zij er zijn drie hoofdtypen:
a. contractuele vergoeding;
b. wettelijke transitievergoeding;
c. door de rechter toegewezen 'billijke' vergoeding.

Een WW-uitkering is in zekere zin een ontslagvergoeding, maar zij vormt geen arbeidsvoorwaarde. Een uitkering in aanvulling op de WW is wel een arbeidsvoorwaarde. Het gaat daarbij vooral om (semi-)ambtelijke 'bovenwettelijke' uitkeringen.

Contractuele vergoeding
Een contractuele ontslagvergoeding kan individueel zijn overeengekomen, hetzij al bij voorbaat in het arbeidscontract, hetzij als onderdeel van een ter gelegenheid van het afscheid getroffen beëindigingsovereenkomst. Een contractuele ontslagvergoeding kan ook een collectief karakter hebben. Zo kan zij zijn opgenomen in een sociaal plan.

De werkgever die een ontslagvergoeding betaalt met als doel een oudere werknemer vervroegd met pensioen te laten gaan, riskeert een 'RVU-boete' gelijk aan 52% van de vergoeding.[1] Echter, voor de jaren 2021 tot en met 2025 geldt een versoepeling van de RVU-regeling.[2]

Een werkgever en een werknemer die uit elkaar gaan, sluiten in veel gevallen een 'vaststellingsovereenkomst' (VSO). Daarmee geven partijen – al dan niet bewust –

1. Artikel 32 ba Wet op de loonbelasting 1964.
2. Wet bedrag ineens, RVU en verlofsparen, Stb. 2021, 20, in werking 1 januari 2021 (Stb. 21), Kamerstukken 35555. In de laatste drie jaar voor de pensioendatum van de werknemer mag aan deze maximaal € 1.767 bruto per maand worden uitgekeerd.

aan dat de overeenkomst er in hun ogen een is als bedoeld in artikel 7:902 BW: 'Een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied is ook geldig als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar haar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde.'

Stel, partijen komen in een VSO iets overeen wat in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving. De VSO bevat dan een beding dat volgens die wetgeving nietig is. Er kan in deze situatie een tegenstelling zijn tussen de gelijkebehandelingswetgeving (beding is nietig[3]) en artikel 7:902 BW (beding is ondanks strijd met dwingend recht geldig). Zo zou bijvoorbeeld een voormalige werknemer er na het aangaan van een VSO achter kunnen komen dat hij vanwege zijn geslacht, nationaliteit of leeftijd een lagere ontslagvergoeding heeft ontvangen dan hij zonder die eigenschap zou hebben ontvangen. Hij zou nooit aan ontslag hebben meegewerkt als hij had geweten dat hij werd benadeeld. Kan hij de nietigheid van het betrokken beding inroepen? Het antwoord hangt er in de eerste plaats van af of de VSO voldoet aan de eisen van artikel 7:902 BW. Een VSO die aan die eisen voldoet, staat er volgens het College in principe aan in de weg dat het een verzoek om een oordeel inhoudelijk onderzoekt.[4] Artikel 7:902 BW prevaleert in dit geval boven het gelijkebehandelingsrecht.

Maar wat nu als een discriminerende VSO niet aan de vereisten van artikel 7:902 BW voldoet? Denk bijvoorbeeld aan een vrijwillige vertrekregeling die werknemers de optie biedt om tegen gunstige voorwaarden uit te treden. Er is dan geen sprake van een onzekerheid of geschil. De overeenkomst bevat in dit geval een nietig beding. Als de nietigheid slechts zit in de omvang van de ontslagvergoeding, is alleen het beding dat die omvang bepaalt nietig. De beëindigingsovereenkomst wordt dan geacht te zijn omgezet in een niet-discriminerende overeenkomst, wat in de praktijk (slechts) leidt tot een hogere ontslagvergoeding.

Transitievergoeding

Sinds 2015 (Wwz) heeft vrijwel iedere ontslagen werknemer recht op een 'transitievergoeding'. De regeling van de transitievergoeding is met ingang van 1 januari 2020 gewijzigd door de Wet arbeidsmarkt in balans (WAB). Nu bedraagt de transitievergoeding in alle gevallen een derde van een maandsalaris per dienstjaar. Eerder bestaande uitzonderingen voor korte dienstverbanden, jonge deeltijders en 50-plussers zijn vervallen. Het maximum – per 1 januari 2021: € 84.000 bruto – is gehandhaafd.

3. Ondanks de wettekst, die het over 'nietig' heeft, is in dit geval slechts sprake van vernietigbaarheid nu de gelijkebehandelingswetten strekken ter bescherming van uitsluitend de werknemer: artikel 3:40 lid 2 BW.
4. CRM 2014-119.

Sommige ambtenaren – voornamelijk in de sectoren defensie, politie en justitie – hebben geen recht op een transitievergoeding. Hier staat tegenover dat deze ambtenaren recht hebben op, vaak riante, wachtgeld- en bovenwettelijke werkloosheidsvoorzieningen.

Billijke vergoeding
De rechter kan een billijke vergoeding toekennen in ieder van de drie gevallen waarin een arbeidsovereenkomst onvrijwillig eindigt:
- De werkgever ziet 'ernstig verwijtbaar' af van verlenging van een tijdelijk contract.[5]
- De werkgever zegt de arbeidsovereenkomst op in strijd met een opzegverbod, waaronder het verbod op discriminatie, of de opzegging (na ontslagvergunning) is ernstig verwijtbaar.[6]
- De rechter ontbindt de arbeidsovereenkomst in verband met ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.[7]

De hoogte van een eventueel toegekende billijke vergoeding wordt bepaald aan de hand van de *New Hairstyle*-uitspraken van de Hoge Raad: zie paragraaf 3.6.[8] Hierbij moet de rechter, door de discriminatie 'weg te denken', schatten hoeveel inkomen de werknemer misloopt in vergelijking met de denkbeeldige situatie dat de werkgever niet had gediscrimineerd.[9] Bovenop deze inkomensderving kan de rechter een (preventieve, niet punitieve[10]) vergoeding toekennen om de werkgever ervan te weerhouden opnieuw te discrimineren.

De rechter kan geen billijke vergoeding toekennen in het geval de werknemer ontslag neemt, hoezeer dat vanwege ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever is, zelfs niet als de werknemer vanwege discriminatie terecht op staande voet ontslag neemt.[11]

9.2 Geslacht

Voor de berekening van de transitievergoeding worden 'één of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, die elkaar met tussenpozen van

5. Artikel 7:673 lid 9 BW. Zie Hof Amsterdam 1 augustus 2017, GHAMS:3137 (bekrachtigd in HR 19 oktober 2018, JAR 2018/297).
6. Respectievelijk artikel 7:681 lid 1 en artikel 7: 682 lid 1 onder b en c BW.
7. Artikel 7:671b lid 9 onder c BW.
8. HR 30 juni 2017, JAR 2017/188 (*New Hairstyle*); HR 17 juli 2020, JAR 2020/199 (*New Hairstyle II*).
9. Voorbeeld 'wegdenken': Hof 's-Hertogensbosch 16 januari 2021, GHSHE:239 (vergoeding van bijna drie jaarsalarissen ondanks drie jaar doorbetaald ziekteverzuim).
10. HR 8 juni 2018, JAR 2018/167 (*Zinzia*).
11. Mogelijk zou de werknemer ontbinding op grond van wanprestatie kunnen vorderen (artikel 7:686 BW) of een vordering gebaseerd op slecht werkgeverschap (artikel 7:611 BW) kunnen instellen: zie HR 1 december 1989, NJ 1990/451 (*Deuss/Motelmaatschappij*).

ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samengeteld'. Anders gezegd: een werknemer met een loopbaanonderbreking van langer dan zes maanden heeft diensttijd die niet meetelt. Nu is het (nog altijd) zo dat vrouwen vaker dan mannen hun loopbaan onderbreken, vooral vanwege zorgtaken. De regeling van de transitievergoeding en soortgelijke regelingen in sociale plannen maken dan ook indirect onderscheid op grond van geslacht. Gelet op het doel van de vergoeding (belonen arbeidsverleden) is dit onderscheid waarschijnlijk gerechtvaardigd.[12]

9.3 Leeftijd

9.3.1 Rechtspraak HvJ

Het HvJ heeft zich meermaals uitgesproken over leeftijdsonderscheid bij ontslagvergoedingen, voor het eerst in de zaak *Andersen*:[13]

> Andersen werd op zijn 63ste ontslagen. Volgens de toepasselijke Deense wet hebben ontslagen werknemers recht op een transitievergoeding. Dit geldt echter niet voor wie recht heeft op 'ouderdomspensioen van de werkgever'. De pensioenregeling waaraan Andersen deelnam, kende een pensioenrichtleeftijd van 65 jaar. Werknemers konden vanaf hun 60ste het pensioen vervroegd laten ingaan. Andersen had dus al recht op pensioen. Om deze reden werd hem een transitievergoeding geweigerd. Uiteraard betekende 63 jaar als pensioeningangsdatum dat zijn jaarlijkse pensioenuitkering lager was dan wanneer hij tot zijn 65ste zou hebben doorgewerkt.
> Het is duidelijk dat de Deense wet rechtstreeks onderscheid naar leeftijd maakte door 60-plussers anders te behandelen dan jongeren. Viel dit onderscheid te rechtvaardigen? Het doel van het onderscheid was, kort gezegd, het faciliteren van de overgang naar een nieuwe baan voor werknemers die een andere baan zoeken. Dit is een legitiem doel. Het middel om dat doel te bereiken was het onthouden van een transitievergoeding aan pensioengerechtigden. Dit middel was in de ogen van het HvJ 'niet kennelijk ongeschikt'. Echter, het ging verder dan nodig, want het beoogde doel had ook bereikt kunnen worden door enkel werknemers die willen stoppen met werken uit te zonderen van het recht op de vergoeding. Conclusie: aan Andersen had de transitievergoeding niet ontzegd mogen worden.

12. CGB 2010-146 (onderbreking van een jaar gerechtvaardigd). NB: CGB beoordeelt doel vergoeding, niet doel onderscheid.
13. HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08 (*Andersen*), JAR 2010/296.

Eind 2012 deed het HvJ EU een uitspraak die volgens sommigen op gespannen voet staat met *Andersen*. Het gaat om de zaak *Odar*:[14]

> Een Duits bedrijf reorganiseert. Het komt met zijn ondernemingsraad een sociaal plan overeen. Ontslagen werknemers jonger dan 55 jaar krijgen een eenmalige vergoeding, berekend volgens een standaardformule. Oudere werknemers ontvangen een vergoeding gelijk aan 85% van hun laatstverdiende loon tot aan de vroegst mogelijke pensioendatum, met een minimum van 50% van wat de standaardformule zou hebben opgeleverd. Odar wordt op zijn 58ste ontslagen. De vroegst mogelijke pensioendatum is in zijn geval 60. Omdat 85% van zijn loon tot die leeftijd minder is dan het gegarandeerde minimum van 50% van wat de standaardformule zou hebben opgeleverd, krijgt hij dat minimum. Zou hij een jaar jonger zijn geweest, dan zou de vergoeding het dubbele hebben bedragen. Odar vordert het verschil.
>
> Dat het sociaal plan rechtstreeks onderscheid naar leeftijd maakt, is evident. De vraag is of dit onderscheid valt te rechtvaardigen. Het HvJ onderzoekt daartoe eerst het doel van het sociaal plan en – daarvan afgeleid – het doel van het daarin voorkomende leeftijdsonderscheid. Het doel van het sociaal plan is het compenseren, althans verzachten, van de nadelige gevolgen van de reorganisatie. Bij het doel van het onderscheid gaat het om twee met elkaar verbonden zaken: (1) iemand die tot zijn pensioen 85% van zijn laatstverdiende salaris krijgt, ondervindt relatief weinig nadeel van het verlies van zijn baan; en (2) zo iemand hoeft niet op zoek te gaan naar een nieuwe baan, dus heeft hij geen behoefte aan hulp bij het re-integreren in het arbeidsproces. Het onderscheid waar het om gaat is dus in wezen het onderscheid tussen mensen die wel en mensen die niet een nieuwe baan nodig hebben. Het doel van dit onderscheid is om het (eindige) reorganisatiebudget zo te verdelen dat werknemers zo veel mogelijk datgene krijgen wat zij voor re-integratie in het arbeidsproces nodig hebben. Het middel om dat doel te bereiken (de aftopping) is geschikt omdat er, door de ouderen minder te betalen, méér geld overblijft voor de jongere werknemers, die niet snel aan een nieuwe baan zullen komen. Het middel is bovendien noodzakelijk, waarbij een rol speelt (1) dat de omvang van het pensioen met de leeftijd toeneemt, (2) dat 55-plussers nooit minder dan 50% van de standaardformulevergoeding ontvangen, en (3) dat het sociaal plan met de ondernemingsraad is overeengekomen, dus geacht moet worden evenwichtig rekening te houden met de belangen van alle betrokkenen.

Na *Odar* heerste de mening dat leeftijdsonderscheid in sociale plannen in de meeste gevallen wel te rechtvaardigen valt. Eind 2013 echter deed het HvJ, in *Toftgaard*, een uitspraak die de geleerden weer deed twijfelen:[15]

> Toftgaard was een Deense ambtenaar. Hij werd op zijn 65ste ontslagen met vroegpensioen, vijf jaar voor de verplichte pensioenleeftijd van 70 jaar. Normaal gesproken zou hij recht hebben gehad op wachtgeld, bestaande uit doorbetaling van zijn laatst genoten salaris gedurende drie

14. HvJ EU 6 december 2012, C-152/11 (*Odar*), JAR 2013/19, besproken in TRA 2013/3, p. 25. Deze samenvatting is onvolledig. Odar was gehandicapt, waardoor zijn pensioendatum vroeger lag dan normaal. Dit aspect komt verderop in dit hoofdstuk aan de orde.
15. HvJ EU 26 september 2013, C-546/11 (*Toftgaard*), JAR 2013/266.

jaar. Echter, net als in *Andersen*, bepaalde de toepasselijke wetgeving dat wie, zoals Toftgaard, recht heeft op (vroeg)pensioen, geen wachtgeld ontvangt. Toftgaard had na zijn 65ste willen doorwerken. Het HvJ vond het doel van de wachtgeldregeling en het daarin gemaakte leeftijdsonderscheid legitiem. Het doel was om inkomensbescherming te bieden, maar alleen aan mensen die beschikbaar zijn voor de arbeidsmarkt en inkomensbescherming nodig hebben. Iemand die na zijn ontslag toch niet van plan is werk te zoeken, heeft die bescherming niet nodig. Het door de Deense wetgever gekozen middel om dit doel te bereiken was passend. Het onderscheid tussen werknemers onder en boven de (vroeg)pensioenleeftijd was echter niet noodzakelijk. Het genoemde doel had immers ook bereikt kunnen worden door het wachtgeld te beperken tot ambtenaren die daadwerkelijk beschikbaar zijn voor de arbeidsmarkt. Weliswaar kan niet van een werkgever worden verlangd om per individu te onderzoeken of deze daadwerkelijk tot zekere leeftijd zal doorwerken (een regeling als de onderhavige 'dient immers zowel vanuit technisch als economisch oogpunt beheersbaar te blijven'), maar in dit geval voorzag de Deense regeling al in individuele onderzoeken. Conclusie: de betrokken regeling was in strijd met het Unierecht.

Later verfijnde het HvJ zijn doctrine in de zaken *Landin*[16] *en Rasmussen.* [17]

9.3.2 Kantonrechtersformule

De Nederlandse rechtspraak over leeftijdsonderscheid in ontslagregelingen moet worden bezien tegen de achtergrond van de 'Aanbevelingen van de Kring van Kantonrechters', beter bekend als 'de kantonrechtersformule', die van 1 januari 1997 tot 1 juli 2015 in verschillende versies bestond. De kantonrechtersformule als zodanig was weliswaar geen wetgeving, maar zij viel wel aan te merken als 'eenzijdig overheidshandelen'. Zij kon daarom niet rechtstreeks worden getoetst aan de (Nederlandse) gelijkebehandelingswetgeving. Regelingen van werkgevers die de formule hanteren, zijn daarentegen wel onderworpen aan die wetgeving. Het gaat daarbij vooral om sociale plannen.
De kantonrechtersformule 'bestaat' sinds 1 juli 2015 niet meer. Toch wordt zij nog veel toegepast, onder andere in sociale plannen. Zodoende is de formule, zij het indirect, nog altijd voorwerp van geschillen.
De kantonrechtersformule maakt op drie manieren onderscheid naar leeftijd:

1. De hoogte van de vergoeding is gerelateerd aan het aantal dienstjaren. In dit opzicht maakt de formule indirect onderscheid. Immers, werknemers met een lang dienstverband zijn gemiddeld ouder dan hun in diensttijd jongere collega's.
2. Diensttijd doorgebracht op oudere leeftijd telt zwaarder dan eerder doorgebrachte diensttijd. Deze 'wegingsfactor' maakt direct onderscheid naar leeftijd.

16. HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13 (*Landin*), JAR 2015/96.
17. HvJ EU 19 april 2016, C-441/14 (*Rasmussen*), JAR 2016/132.

3. De formule kent een – direct onderscheid makend – 'pensioenplafond'. Het is geformuleerd in Aanbeveling § 3.5:

> 'Indien de verwachte inkomstenderving tot aan de redelijkerwijs te verwachten pensioneringsdatum van de werknemer lager is dan de uitkomst van de formule, dan wordt de vergoeding berekend aan de hand van die inkomstenderving, tenzij verwijtbaarheid, risicosfeer en de overige bijzondere omstandigheden (...) billijkheidshalve aanleiding geven tot een andere vergoeding.'

Het zal geen verbazing wekken dat kantonrechters over het algemeen de verschillende vormen van leeftijdsonderscheid die hun formule maakt (meestal impliciet) objectief gerechtvaardigd vonden.[18] Zij formuleerden het doel van de *vergoeding* als een combinatie van (1) het belonen van trouwe dienst (vandaar dat de vergoeding stijgt met anciënniteit), en (2) het compenseren van de door het afvloeien ontstane inkomensderving in het algemeen en de slechtere arbeidsmarktpositie van ouderen in het bijzonder (vandaar dat diensttijd op oudere leeftijd zwaarder telt[19]). Transitie werd niet als doel genoemd. Het doel van het *pensioenplafond* was te voorkomen dat men van ontslag beter wordt dan zonder ontslag het geval zou zijn.

9.3.3 Transitievergoeding, pensioenexceptie

Inleiding

De regeling van de transitievergoeding maakt in verschillende opzichten leeftijdsonderscheid:

- de hoogte van de vergoeding is afhankelijk van diensttijd;
- er geldt een absoluut maximum;
- gepensioneerden krijgen niets.

18. Ktr. Heerlen 23 augustus 2006, JAR 2006/230; Ktr. Groningen 4 december 2006, JAR 2007/24; Ktr. Utrecht 8 februari 2007, JAR 2007/61; Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2009, JAR 2009/125; Hof 's-Hertogenbosch 4 september 2012, JAR 2012/258. Volgens sommigen bevestigd in HR 12 februari 2010, (*Rutten/Breed*), JAR 2010/72. Anders: Ktr. Arnhem 15 januari 2007, JAR 2007/57; Ktr. Maastricht 14 oktober 2009, PJ 2009/193.
19. Verschillende rechters vonden dat dit strijd oplevert met de WGBL. Sommigen van hen pasten daarom de zogenoemde 'Groen-variant' toe, waarbij de wegingsfactor wordt weggelaten in het geval de werknemer op latere leeftijd in dienst trad. Zie Ktr. Zaanstad 22 juli 2002, JAR 2002/236; Ktr. Almelo 28 februari 2003, JAR 2003/110; Ktr. Almelo 24 maart 2003, JAR 2004/172; Ktr. Zwolle 14 maart 2005, JAR 2005/94; Ktr. Deventer 21 maart 2006, JAR 2006/89; Ktr. Groningen 4 december 2006, JAR 2007/24; Ktr. Amsterdam 13 april 2007, JAR 2007/116; Ktr. Eindhoven 17 april 2007, JAR 2007/131. Groen-variant verworpen in Ktr. Utrecht 21 januari 2003, JAR 2003/51; Ktr. Alphen 1 juli 2003, JAR 2003/183.

De eerste en tweede vormen van onderscheid zijn waarschijnlijk gerechtvaardigd. Blijft over de 'pensioenexceptie'. Deze is te vinden in artikel 7:673 lid 7 aanhef en onder b BW:

> 'De transitievergoeding is niet verschuldigd indien het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst (...) geschiedt in verband met of na het bereiken van een (...) overeengekomen leeftijd waarop de arbeidsovereenkomst eindigt, of, indien geen andere leeftijd geldt, de [AOW-] leeftijd.'

Is de pensioenexceptie richtlijnconform? Om deze vraag te beantwoorden maak ik een uitstapje naar het doel van de transitievergoeding.

Ratio van ontslagvergoedingen

De kantonrechtersformule was niet expliciet over de grondslag van de bij ontbinding (eventueel) toe te kennen vergoeding. Sommige elementen wezen in de richting van vergoeding van inkomstenderving, andere elementen waren duidelijk geïnspireerd op de gedachte dat bedrijfstrouw moet worden beloond. Dit laatste kwam tot uiting in de zogenoemde A-factor, die de omvang van de vergoeding relateerde aan (gewogen) diensttijd. Zo kreeg bijvoorbeeld een 50-jarige werknemer, die door een headhunter was weggekocht bij zijn vorige werkgever, waar hij dertig jaar had gewerkt, en die vervolgens na een jaar bij zijn nieuwe werkgever werd ontslagen, vrijwel niets, terwijl zijn even oude collega, die al die jaren bij laatstbedoelde werkgever had gewerkt en daar werd ontslagen, ruim drie jaarsalarissen kreeg, dit alles ongeacht positie op de arbeidsmarkt.

Tussen de kantonrechtersformule en de transitievergoeding bestaan belangrijke verschillen, niet alleen kwantitatief (de transitievergoeding is in de regel aanzienlijk 'goedkoper'). Hierna volgen enkele verschillen die mogelijk licht werpen op de vraag naar de aard van de transitievergoeding.

Een eerste verschil is dat (sinds de WAB) de omvang van de transitievergoeding niet van leeftijd afhangt. Alleen diensttijd telt. Volgens de regering zou dit niet moeten worden gezien als het belonen van bedrijfstrouw, maar als wat ik zou willen noemen 'vastroestcompensatie'. De gedachte is dat – in de woorden van de regering – 'het vinden van een andere baan moeilijker is naar mate bij de werknemer langer geen transitie van-werk-naar-werk heeft plaatsgevonden'.[20] Vrij vertaald: werknemers hebben de neiging vast te roesten, waardoor hun positie op de arbeidsmarkt verslechtert. Deze motivering is in lijn is met de al in 1997 door de Hoge Raad geformuleerde gedachte dat de – op goed werkgeverschap geba-

20. Parlementaire Geschiedenis Wwz, p. 773.

seerde – zorgplicht van de werkgever toeneemt naarmate de arbeidsverhouding langer heeft geduurd.[21]

Een tweede verschil is dat de transitievergoeding is gemaximeerd op (in 2021) € 84.000 of, indien hoger, een jaarsalaris. De memorie van toelichting gaf hiervoor als 'belangrijkste' reden 'dat te hoge ontslagkosten voor werkgevers worden voorkomen en dat werknemers met een hoger inkomen over het algemeen beschikken over een betere arbeidsmarktpositie'. Later vulde de regering deze toelichting aan met het argument dat de maximering ontslag voorspelbaarder en goedkoper maakt voor werkgevers, en zo het in dienst nemen van met name oudere werknemers bevordert.[22]

Een derde verschil is dat het pensioenplafond in de kantonrechtersformule uitging van een geleidelijke afbouw van de ontbindingsvergoeding: hoe dichter de werknemer bij zijn pensioen was, hoe lager de vergoeding. De pensioenexceptie van de transitievergoeding daarentegen kent een harde grens: wie bij wijze van spreken een maand vóór zijn pensioen wordt ontslagen, krijgt in veel gevallen een jaarsalaris mee; wie een maand later zijn baan verliest, ontvangt helemaal niets.

Een vierde verschil is dat de werkgever bepaalde kosten in mindering mag brengen op de transitievergoeding. Het gaat om kosten die de werkgever maakt(e), gericht op het voorkomen van werkloosheid of het beperken van de duur ervan of op 'het bevorderen van de bredere inzetbaarheid van de werknemer'.

Een vijfde verschil is dat de werkgever geen transitievergoeding is verschuldigd als in een cao een 'voorziening' is opgenomen.

Ten slotte is er in de transitievergoeding geen 'C-factor', die er wel was in de kantonrechtersformule. Met deze factor kon de rechter rekening houden met de individuele bijzonderheden van ieder geval.

Diakonessenhuis

In 2018 maakte de Hoge Raad een eind aan de discussie over de vraag: strookt de pensioenexceptie met de richtlijn? Zijn (deel)antwoord is bevestigend.[23] Hierbij valt aan te tekenen dat de Hoge Raad zijn antwoord beperkt tot de situatie dat de werknemer bij het einde van de arbeidsovereenkomst de AOW-leeftijd of een hogere leeftijd heeft bereikt. De Hoge Raad gaat beantwoording van de vraag met betrekking tot 'pre-AOW-ontslag' uit de weg.

21. HR 28 maart 1997 (*Cemsto/El Azzouti*), JAR 1997/90.
22. Parlementaire Geschiedenis Wwz, p. 793.
23. HR 20 april 2018 (*X/Stichting Diakonessenhuis*), JAR 2018/129. Verzoek om alsnog prejudiciële vragen aan het HvJ te stellen afgewezen in Ktr. Utrecht 4 juli 2018, RBMNE:2018:3064.

De Hoge Raad toetst in deze uitspraak – terecht – aan artikel 6 lid 1 van de richtlijn, niet aan het meer algemene artikel 2. Hij analyseert eerst het doel van de transitievergoeding (de regeling) en vervolgens het doel van de uitsluiting van pensioengerechtigden (het onderscheid). Het doel van de *transitievergoeding* is tweeledig: compensatie voor het ontslag en de werknemer in staat stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken, en wel 'voor werknemers die zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien'. Hieruit volgt dat het doel van de *uitsluiting* van pensioengerechtigden is 'te voorkomen dat personen die in de regel niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien, toch recht hebben op een transitievergoeding'. Dit is een legitiem doel in de zin van artikel 6 lid 1 van de richtlijn. Het middel om dit doel te bereiken is geschikt en noodzakelijk, aldus de Hoge Raad.

Bij deze uitspraak past een aantal kanttekeningen. De eerste betreft het doel van het voor pensioengerechtigden nadelige onderscheid. De richtlijn heeft het over 'legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt en de beroepsopleiding'. Kan men zeggen dat uitsluiting van ouderen van het recht op transitievergoeding een doel dient op het gebied van 'de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding'? De Hoge Raad stelt niet met zoveel woorden dat dit het geval is.

Verder kan men zich afvragen of de pensioenexceptie wel wordt gedragen door beide doelstellingen *van de transitievergoeding*: schadevergoeding en transitie. De Hoge Raad legt de focus op de 'transitie'-doelstelling, dat wil zeggen: het vergemakkelijken van de transitie naar een andere baan. De uitsluiting van pensioengerechtigden lijkt niet ook te worden gedragen door de andere doelstelling: schadevergoeding voor ontslag.[24]

Dit brengt me op een nadere beschouwing van de twee doelstellingen van de transitievergoeding: transitie en compensatie. Ik schrijf bewust: *twee* doelstellingen. Andere doelstellingen dan deze twee lijken niet of nauwelijks mee te spelen. Met name lijkt het erop alsof de wetgever, anders dan de opstellers van de kantonrechtersformule, niets wil weten van 'beloning van dienst' als grondslag.

De transitiedoelstelling dient – volgens de memorie van toelichting bij de Wwz – 'om de werknemer met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken'. Vergemakkelijkt een ontslagvergoeding echt het vinden van een andere baan? De regering beantwoordde de vraag bevestigend, met als argument dat de werknemer de ver-

24. Zie Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2017, JAR 2017/72.

goeding kan inzetten voor scholing of outplacement.[25] Ik vraag me af hoe realistisch dit scenario is. Het strookt weliswaar met het feit dat de werkgever 'employability'-kosten in mindering mag brengen op de transitievergoeding, maar minder met de praktijk. Mij zou meer aanspreken het argument dat een (aanstaand) werkloze met geld op de bank zich niet genoodzaakt voelt meteen de eerste de beste baan te aanvaarden, wat hij misschien wel had moeten doen als hij van een WW-uitkering had moeten rondkomen.[26]

De 'compensatie'-doelstelling was leidend in de kantonrechtersformule. De Wwz en de WAB hebben, door leeftijd niet langer (rechtstreeks) mee te laten spelen bij de omvang van de transitievergoeding, deze doelstelling naar de achtergrond gedrongen. Ter illustratie: een arbeidsongeschikte werknemer van wie vaststaat dat hij nooit meer aan het arbeidsproces zal deelnemen, maar levenslang van een uitkering zal moeten leven, heeft bij het eindigen van zijn dienstverband recht op een volledige transitievergoeding, hoewel hij door het ontslag geen geldelijke schade lijdt. Het valt op dat de Hoge Raad hier niets over zegt.[27] Ook de werknemer die kort voor zijn pensioen wordt ontslagen, heeft, anders dan onder de kantonrechtersformule, recht op een volledige transitievergoeding, terwijl zijn net iets oudere ontslagen collega niets krijgt.

Is het doel, c.q. zijn de doelen, van de transitievergoeding (de regeling) niet in alle opzichten helder en logisch, ook het doel *van de pensioenexceptie* (het onderscheid) roept vragen op. Dat doel is volgens de Hoge Raad te voorkomen 'dat de vergoeding toekomt aan een categorie van personen voor wie zij niet is bedoeld'. Het gaat om 'personen die in de regel niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien'. Kort samengevat: gepensioneerden hebben geen (of veel minder) behoefte aan een transitievergoeding. Zij hoeven niet te 'transigeren' naar een andere baan, en er valt in hun geval niets te compenseren. Is dit niet wat kort door de bocht (zie *Toftgaard*)?

25. Pg., p. 796.
26. De Evaluatie Wwz (Kamerstukken 35351, nr. 33) bevestigt dat werknemers de vergoeding nauwelijks voor scholing, outplacement en dergelijke gebruiken. Zij kan echter wel 'zorgen voor inkomensbescherming in de periode waarin de ontslagen werknemer van werk naar werk gaat. Dat geeft tijd en gelegenheid om rustig en goed ander werk te zoeken.'
27. Sterker, in HR 8 november 2019, JAR 2019/312 (*Xella*), oordeelde de Hoge Raad: 'Als is voldaan aan de vereisten (...) voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, geldt als uitgangspunt dat een werkgever op grond van goed werkgeverschap (...) gehouden is in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, onder toekenning van een vergoeding aan de werknemer ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding (...). Op dit uitgangspunt moet een uitzondering worden aanvaard als (...) de werkgever een gerechtvaardigd belang heeft bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst. (...) Zo'n belang kan niet gelegen zijn in de omstandigheid dat de werknemer op het moment dat hij zijn beëindigingsvoorstel doet, de pensioengerechtigde leeftijd bijna heeft bereikt.'

Conclusie: volgens de Hoge Raad is de pensioenexceptie richtlijnconform in de situatie dat de pensioenleeftijd niet lager is dan de AOW-leeftijd. Is zij dat wel, dan is het zeer de vraag of de exceptie verbindend is.

9.3.4 Sociale plannen

Inleiding
De meeste sociale plannen bevatten – naast een veelheid van maatregelen om werkloosheid te voorkomen of beperken, maatregelen om vrijwillig vertrek te stimuleren, scholingsfaciliteiten, enzovoort – een regeling met betrekking tot een ontslagvergoeding. In de (semi)overheidssector neemt deze vergoeding doorgaans de vorm aan van een wachtgeldregeling of aanvulling van de werkloosheidsuitkering. In de private sector bestaat de ontslagvergoeding meestal uit een bedrag ineens, waarvan de hoogte in de basis het product is van maandsalaris × dienstjaren bij de betrokken werkgever. Veelal is de formule een variant op de kantonrechtersformule of de transitievergoeding.

Bijna alle sociale plannen maken onderscheid naar leeftijd. Dit gebeurt op verschillende manieren, zoals (al dan niet in combinatie):
- Het sociaal plan hanteert verschillende regelingen voor jongeren en ouderen, bijvoorbeeld door aan jongeren een eenmalige ontslagvergoeding toe te kennen, en aan de ouderen een suppletie op hun WW-uitkering.
- De ontslagvergoeding is gebaseerd op (een variant op) de kantonrechtersformule en is daarmee mede gerelateerd aan leeftijd.
- Alle boventalligen ontvangen een eenmalige vergoeding, met dien verstande dat het bedrag is gemaximeerd ('afgetopt') tot het inkomensverlies dat de werknemer naar verwachting tot aan zijn pensioenleeftijd zal lijden.

Net als in bepalingen over de pob-leeftijd (zie paragraaf 8.3.4) komen ook in sociaal plannen geregeld multi-interpretabele verwijzingen voor naar 'pensioenleeftijd'. Wordt hiermee gedoeld op de AOW-leeftijd[28] en, zo ja, op de huidige AOW-leeftijd of de AOW-leeftijd die gold ten tijde dat het sociaal plan tot stand kwam?[29]

Doel onderscheid
Bij de vraag naar rechtvaardiging van leeftijdsonderscheid in de regeling van de ontslagvergoeding in een sociaal plan moet allereerst het doel van de *vergoeding* worden geïdentificeerd. Het doel van het *onderscheid* is daarvan een afgeleide. Laten we hier voor het gemak even aannemen dat het (enige) doel van de vergoeding is: het bieden van een billijke financiële tegemoetkoming voor het potentiële

28. Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2020, PJ 2020/28, GHSHE:247.
29. Hof Amsterdam 13 augustus 2019, GHAMS:2961 (65, niet 67).

verlies van inkomsten als gevolg van ontslag, en dat het doel van het onderscheid is: het rechtvaardig – dat wil zeggen: naar behoefte – verdelen van dat budget. Naar behoefte impliceert dat geen geld wordt uitgedeeld aan mensen die geen ander werk zoeken of nodig hebben (vergelijk *Diakonessenhuis*).

In de rechtspraak wordt zelden getwijfeld aan de legitimiteit van het doel van een sociaal-planvergoeding.

Geschikt en noodzakelijk middel
In 2007 (dus ruim vóór *Andersen*, en al helemaal vóór *Diakonessenhuis*) bracht de CGB een advies uit over leeftijdsonderscheid in sociale plannen, dat naar mijn mening nog altijd actueel is.[30] Ik vat het als volgt samen:
- De slechtere arbeidsmarktpositie van ouderen kan een legitieme reden zijn om hen anders te behandelen dan jongeren.
- Waar men de grens legt tussen jong en oud, hangt af van variabelen zoals de stand van de arbeidsmarkt als geheel en van de betrokken sector, van de homogeniteit van de groep en van de perceptie van werkgevers. Meestal ligt de gepercipieerde leeftijdsgrens rond de 50 à 55 jaar.
- Het tweeledige doel van het in de kantonrechtersformule gemaakte leeftijdsonderscheid – vergoeden van inkomstenverlies en belonen van trouwe dienst – is in beginsel legitiem.
- Het middel dat de formule hanteert om dat doel te bereiken is passend en in beginsel noodzakelijk en proportioneel, want het enkel vergoeden van inkomstenverlies of het enkel belonen van trouwe dienst zou geen recht doen aan deze tweeledige doelstelling.[31]
- Iedere leeftijdsgrens heeft onvermijdelijk iets willekeurigs.[32] Dit neemt niet weg dat zij moet worden gemotiveerd, moet zijn afgestemd op de marktomstandigheden en periodiek moet worden geijkt. Zo keurde de CGB een grens van 58 jaar af omdat zij aansloot bij de toenmalige WW-wetgeving in plaats van bij arbeidsmarktpositie.[33]
- Waar het voordeel van een sociaal plan bestaat uit het bieden van scholing en bemiddeling, is leeftijdsonderscheid niet gerechtvaardigd, tenzij de verhouding kosten-rendement te zeer uit balans is.
- Pakketvergelijking is – anders dan bij beloningsonderscheid – toegestaan.
- Als een sociaal plan aan jongeren een eenmalige vergoeding en aan ouderen aanvulling op uitkeringen biedt, moet de ouderen de mogelijkheid worden

30. 'Leeftijdsonderscheid in sociale plannen', CGB-advies 2007/05.
31. Zie CGB 2006-6, punt 5.11.
32. Zie Ktr. Amsterdam 14 juni 2004, JAR 2004/262.
33. CGB 2006-37; CGB 2006-45.

geboden om voor de (eventueel gemaximeerde) eenmalige vergoeding te opteren.[34]
- Als een sociaal plan met één of meer vakbonden is overeengekomen, is er iets meer ruimte om de legitimiteit van de doelen en de noodzaak van de daartoe ingezette middelen te aanvaarden.

Helaas biedt de rechtspraak geen duidelijk beeld. Ik beperk me tot een enkele beschouwing.

Aparte regelingen jong/oud
De meeste sociale plannen die twee verschillende regelingen kenden, één voor jong (bedrag ineens) en één voor oud (veelal suppletie), werden niet objectief gerechtvaardigd geacht, noch door rechters,[35] noch door het College.[36]

Aftopping
Er zijn verschillende manieren om een ontslagvergoeding 'af te toppen'. De meest logische methode is om te bepalen dat de vergoeding niet hoger kan zijn dan het inkomensverlies over de periode tussen het einde van de arbeidsovereenkomst en de datum waarop de werknemer, ware hij niet ontslagen, (naar verwachting) met pensioen zou zijn gegaan (de 'hypothetische einddatum'). Dit was ook het uitgangspunt van de kantonrechtersformule. De vraag is (a) hoe de hypothetische einddatum vast te stellen, en (b) hoe het inkomensverlies te berekenen.

Ad a:
De hypothetische einddatum staat nooit vast. De werknemer zou in de periode tussen einde dienstverband en hypothetische einddatum (de 'tussenperiode') kunnen

34. CGB 2005-128; CGB 2006-172. Zie echter Ktr. Arnhem 15 januari 2007, JAR 2007/57: '(...) dat als iederéén een keuze zou kunnen maken tussen de kantonrechtersformule en de suppletieregeling, het Sociaal Plan alleen al gezien de daaraan verbonden extra kosten niet uitvoerbaar zou zijn. Iedere werknemer zou dan immers voor de voor hem voordeligste mogelijkheid kiezen, hetgeen er waarschijnlijk op neer zou komen dat ouderen met een lang dienstverband voor de kantonrechtersformule zouden kiezen en de overige werknemers voor suppletie tot aan hun pensioengerechtigde leeftijd. Dat dat laatste ook om andere dan bedrijfseconomische redenen onwenselijk zou zijn, hoeft geen betoog. Bij hantering van dit criterium zou er geen enkel sociaal plan meer van de grond komen.'
35. *Niet gerechtvaardigd*: Ktr. Sneek 31 mei 2005, JIN 2005/264; Ktr. Enschede 9 juni 2006, JAR 2006/161, gewezen na CGB 2006-37, JAR 2006/85; Ktr. Dordrecht 27 september 2006, NJF 2006/579; Rb. Arnhem 13 december 2006, PJ 2007/33; Hof Amsterdam 26 juni 2008, RAR 2009/30; Ktr. Breda 13 november 2009, JAR 2010/4.
Wel gerechtvaardigd: Ktr. Arnhem 15 januari 2007, JAR 2007/57; Ktr. Enschede 25 juni 2009, PJ 2009/184 en 20 augustus 2009, BJ 9776; Hof Leeuwarden 21 februari 2012, PJ 2012/103; GEA Aruba 17 januari 2013, RAR 2013/60.
36. *Niet gerechtvaardigd*: CGB 2005-128; CGB 2006-45; CGB 2006-172.
Wel gerechtvaardigd onder andere: CGB 2006-179; CGB 2006-210; CGB 2007-89; CGB 2008-27; CGB 2008-65; CGB 2008-69.

overlijden of invalide raken, hij zou ontslag kunnen nemen, hij zou ontslagen kunnen worden, enzovoort. De hypothetische einddatum berust altijd op een schatting. De schatting is het minst onbetrouwbaar in de situatie dat de tussenperiode kort is en de werkgever een beleid voert om iedereen op zekere leeftijd te laten vertrekken, zonder uitzondering. Deze situatie doet zich lang niet altijd voor. Zeker daar waar de aftopping uitgaat van een lagere leeftijd dan de pensioenrichtleeftijd kan snel discussie ontstaan. Zo kan de werkgever bijvoorbeeld stellen: als ik je niet had ontslagen, zou je net als je collega's op je 65ste met pensioen zijn gegaan, waarop de werknemer antwoordt: nee, ik zou tot mijn pensioenrichtleeftijd van 68 hebben doorgewerkt. Kan een sociaal plan, om dit soort debatten te voorkomen, de hypothetische einddatum forfaitair vaststellen, bijvoorbeeld aan de hand van de gemiddelde leeftijd waarop in de afgelopen tijd werknemers in de betrokken onderneming of sector pensioneerden? Een dergelijk sociaal plan was aan de orde in de zaak *NXP*:[37]

> NXP reorganiseerde. Zij kwam met vakbonden een sociaal plan overeen. Dit plan gaf iedere ontslagen werknemer recht op een eenmalige vergoeding volgens de kantonrechtersformule, die echter niet hoger kon zijn dan het salaris tot aan de hypothetische einddatum. Voor de meeste werknemers was dit de 65ste verjaardag, zijnde hun pensioenrichtleeftijd. Voor werknemers geboren in 1950, 1951 of 1952 – die anders dan hun jongere collega's aanspraak hadden op (onvoorwaardelijk) vroegpensioen – was de hypothetische einddatum hun 62ste verjaardag, zijnde de ingangsdatum van hun vroegpensioen. Vijf in 1950-1952 geboren boventalligen meenden dat deze maximeringsregeling op grond van leeftijd discrimineerde. 'Als wij niet waren ontslagen zouden we tot ons 65ste hebben doorgewerkt', zeiden ze. Zij vorderden de uitkomst van de ongemaximeerde kantonrechtersformule. De kantonrechter vond de eisers en hun jongere collega's onvergelijkbaar. Ook het gerechtshof wees de vordering af, zij het met een andere redenering. Het hof stelde leeftijdsonderscheid vast, maar achtte het op grond van de volgende redenering objectief gerechtvaardigd. Het doel van de maximering is te voorkomen dat een werknemer méér krijgt dan hij zou hebben verdiend als hij tot zijn pensioen zou hebben doorgewerkt. Dit is een legitiem doel. Het hof vond het middel om het doel te bereiken (geschikt en) noodzakelijk 'nu juist de bedoeling van de maximeringsregeling is geweest om collectief invulling te geven aan het begrip "redelijkerwijs te verwachten pensioneringsdatum" en te voorkomen dat per individueel geval de pensioendatum besproken diende te worden'.
>
> De Hoge Raad wijst erop dat het hof met deze redenering doel en middel liet samenvallen. Het doel van de maximeringsregeling was, simpel gezegd, te voorkomen dat werknemers er door ontslag op 'vooruitgaan'. Collectieve vaststelling van de hypothetische einddatum was – anders dan het hof aannam – niet het doel van de maximering, maar het middel om 'vooruitgaan' te voorkomen. Door doel en middel niet te onderscheiden kwam het hof ten onrechte niet toe aan de stelling van de eisers dat het middel verder ging dan noodzakelijk ter bereiking van het doel. Een ander hof zal deze stelling alsnog moeten beoordelen.

37. HR 19 april 2019, JAR 2019/127. Toegepast in Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2020, GHSHE:247.

Ad b:
Is de tussenperiode eenmaal vastgesteld, dan dient zich de vraag aan hoe het over die periode gederfde inkomen te berekenen. Telt de werkgeversbijdrage aan het pensioen mee? Denk verder aan bonussen, opties en andere variabele beloningselementen. Hoe om te gaan met te verwachten promoties en salarisstijgingen? Moet het uiteindelijk geschatte bedrag worden verminderd met een disconteringsfactor? In beginsel moet aansluiting worden gezocht bij de rechtspraak over de billijke vergoeding en, breder, de rechtspraak over schadevergoeding in het algemeen.

De *NXP*-uitspraak geeft geen antwoord op de vraag of en, zo ja, onder welke omstandigheden, aftopping mag. Deze vraag speelde wel in de zaak *ABN AMRO*, maar ook in die zaak kwam de Hoge Raad niet met het verlossende antwoord:[38]

> ABN AMRO reorganiseert. Zij komt met bonden een sociaal plan overeen. Dat plan geeft boventalligen recht op een 'stimuleringspremie' op basis van de (oude) kantonrechtersformule, met dien verstande dat deze vergoeding nooit hoger kan zijn dan wat de werknemer zou hebben verdiend als hij in dienst was gebleven tot zijn 'individuele pensioenleeftijd'. Deze ligt, afhankelijk van enkele variabelen, tussen 62 en 63 jaar. De eiser is al 64 wanneer de bank hem ontslaat. Hij krijgt dus geen stimuleringspremie. Zonder aftopping had hij een kleine drie jaarsalarissen meegekregen.
>
> Kantonrechter en hof Amsterdam vinden dat de aftopping leeftijdsonderscheid maakt. Het doel ervan – eerlijke verdeling van de beschikbare middelen onder alle bij het ontslag betrokkenen – is legitiem, maar het middel om dat doel te bereiken – de aftopping – is niet passend en noodzakelijk. De Hoge Raad casseert, onder andere omdat het hof ten onrechte:
>
> - ten aanzien van de passendheid van het middel niet (kenbaar) de maatstaf 'niet kennelijk ongeschikt' aanlegde, met andere woorden: onvoldoende marginaal toetste;
> - ten aanzien van de noodzakelijkheid van het middel niet de maatstaf toepaste 'op excessieve wijze afbreuk doet aan de belangen van de werknemers die de pensioenleeftijd bereiken';
> - naliet de aftopping 'in haar regelingscontext' te plaatsen, waarbij de Hoge Raad het oog heeft op de voordelen voor de boventallige werknemers van de Mobiliteitsorganisatie en op eerdere pensioenstortingen;

38. HR 24 januari 2020, HR:114 (*ABN AMRO*), JAR 2020/54, cassatie van Hof Amsterdam 25 september 2018, GHAMS:3495 (gelijktijdig gewezen: JAR 2018/292); na verwijzing: Hof Den Haag 23 februari 2021 nr 200.273.709 (wijst alsnog af). Vervolg op Amsterdamse hof: Ktr. Amsterdam 30 september 2019, RBAMS:7926 (aftopping nietig, maar onaanvaardbaar meer toe te kennen dan inkomensverlies tot AOW-leeftijd).
Eerdere hofrechtspraak: Hof 's-Hertogenbosch 4 september 2012, JAR 2012/258; Hof Amsterdam 17 december 2013, RAR 2014/87; Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2016, GHSHE:125; Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2016, JAR 2016/164; Hof Leeuwarden 3 januari 2017, GHARL:54; Hof Amsterdam 28 februari 2017, PJ 2017/46; Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2020, JAR 2020/51. *Latere hofrechtspraak*: Hof Arnhem 24 november 2020, GHARL:9672.

- naast het nadeel van de aftopping voor de betrokken werknemers niet ook het voordeel ervan voor de bank en de overige werknemers meewoog.

De zaak is verwezen naar het Haagse hof, dat – met inachtneming van deze kritiekpunten – zal moeten beoordelen of de aftopping niet verder gaat dan noodzakelijk.

9.3.5 *Samenvatting transitievergoeding en sociaal plan*

Voorzichtig en met voorbehouden samenvattend:
- De verschillende vormen van leeftijdsonderscheid in de wettelijke regeling van de transitievergoeding, afgezien van de pensioenexceptie, zijn objectief gerechtvaardigd.
- Ook de pensioenexceptie is gerechtvaardigd, voor zover zij wordt toegepast op ontslag op of na de AOW-leeftijd.
- Voor zover zij wordt toegepast op ontslag vóór die leeftijd, is het wachten op een uitspraak van de Hoge Raad.
- Of leeftijdsonderscheid in een sociaal plan is gerechtvaardigd, hangt bovenal af van het doel van het onderscheid. Is het doel een goed gemotiveerde en op feitelijke arbeidsmarktgegevens gebaseerde combinatie van compensatie voor het verlies van een inkomensbron en het naar behoefte verdelen van een eindig budget, dan geldt het volgende:
  - Een sociaal plan dat voor jongeren een ander soort regeling kent dan voor ouderen, bijvoorbeeld eenmalige vergoeding versus suppletie, zal niet snel gerechtvaardigd zijn.
  - Aftopping die aanknoopt bij de kantonrechtersformule zal wel in de meeste gevallen gerechtvaardigd zijn, mits een eventuele aftopping rekening houdt met het volledige inkomensverlies van de oudere (dus inclusief gemiste pensioenopbouw).

9.3.6 *Bovenwettelijke werkloosheidsregelingen*

Veel cao's, vooral in de semipublieke sector, voorzien in bovenwettelijke werkloosheidsuitkeringen. Sommige van die regelingen relateren de duur en/of omvang van de uitkering aan leeftijd en/of diensttijd. Bovendien kennen sommige regelingen overgangsbepalingen gerelateerd aan geboortejaar. Mits goed onderbouwd, zijn zij gerechtvaardigd.[39]

39. Voorbeeld: CGB 2008-9.

9.4 Handicap en chronische ziekte

Lagere ontslagvergoeding
Hiervoor werd de uitspraak van het HvJ in de Duitse zaak *Odar* besproken.[40] Daar ging het om leeftijdsonderscheid. De zaak ging ook over handicap. Zoals gezegd: het sociaal plan in kwestie maximeerde de eenmalige ontslagvergoeding voor werknemers van 55 jaar en ouder op 85% van het te derven salaris tot aan de 'vroegst mogelijke pensioendatum' ('de 85%-regeling'). Nu was deze datum voor een niet-gehandicapte zijn 63ste verjaardag. Ernstig gehandicapten genoten een pensioenvoordeel: zij konden hun pensioen al op hun 60ste laten ingaan. Odar was ernstig gehandicapt toen hij op zijn 59ste werd ontslagen. Het gevolg was dat hij vanwege zijn handicap nadeel ondervond van het criterium 'vroegst mogelijke pensioendatum'. Dankzij zijn pensioenvoordeel ontving hij immers minder dan wat hij als niet-gehandicapte werknemer van dezelfde leeftijd (de maatman) zou hebben gekregen. Daarmee maakte de 85%-regeling volgens Odar indirect onderscheid naar handicap. De Duitse regering voerde als eerste verweer dat Odar zich vanwege zijn pensioenvoordeel niet in een vergelijkbare situatie bevond als de maatman. Het HvJ verwierp dit verweer, nu de arbeidsverhouding om dezelfde reden en met toepassing van hetzelfde sociaal plan als dat van de maatman werd beëindigd. Het tweede verweer was dat het pensioenvoordeel het onderscheid objectief rechtvaardigde. Het HvJ verwierp ook dit verweer. Het doel van het onderscheid was weliswaar legitiem en het middel om dat doel te bereiken was geschikt, maar dat middel ging verder dan nodig om het doel te bereiken.

De les uit *Odar*: een h/cz-pensioenvoordeel mag niet in mindering komen op een sociaal-planvergoeding. Hetzelfde zou, dunkt me, moeten gelden voor een invaliditeitspensioen of WIA-uitkering.

Transitievergoeding na langdurige arbeidsongeschiktheid
De wet geeft, zoals gezegd, vrijwel iedere werknemer die onvrijwillig zijn baan verliest in beginsel recht op een transitievergoeding. Dit geldt ook voor de werknemer die na langdurige arbeidsongeschiktheid wordt ontslagen,[41] zij het dat het UWV de transitievergoeding in dit geval voor zijn rekening neemt.[42] Een dergelijke werknemer kan, met het oog op de transitievergoeding, eisen te worden ontslagen.[43]

40. HvJ EU 6 december 2012, C-152/11 (*Odar*), JAR 2013/19, vergelijkbaar oordeel in HvJ EU 19 september 2018, C-312/17 (*Bedi*).
41. HR 5 oktober 2018, JAR 2018/275 (*Katholieke Scholengroep*).
42. Artikel 7:673e BW, uitgewerkt in Regeling compensatie transitievergoeding, Stcrt. 26 februari 2019, nr. 10547.
43. HR 8 november 2019, JAR 2019/312 (*Xella*).

Zoals gezegd: een wegens boventalligheid ontslagen werknemer die op grond van een cao recht heeft op een 'voorziening', heeft geen recht op een transitievergoeding. Veel werknemers hebben recht op aanvulling van hun WIA-uitkering. Dat recht is een 'voorziening'. Het gevolg is dat in veel gevallen ontslagen arbeidsongeschikten het zonder transitievergoeding moeten stellen. Dit levert geen ongelijke behandeling op, want een dergelijke werknemer is niet vergelijkbaar met een arbeidsgeschikte werknemer.[44]

Billijke vergoeding

De werkgever die een tijdelijk contract in strijd met de WGBh/cz niet voortzet, kan worden veroordeeld tot het betalen van een billijke vergoeding.[45]

44. CGB 2014-9.
45. Ktr. Alkmaar 14 juli 2020, JAR 20920/207 (€ 5000 materieel en € 2500 ter afschrikking).

10 Doorwerken na pensioen

10.1 Doorwerken

Verschillende wettelijke regelingen maken het voor werkgevers aantrekkelijk om AOW'ers in dienst te hebben. Zo zijn de loonkosten van AOW'ers lager dan die van jongeren. AOW'ers zijn immers niet verzekerd voor de WIA en de WW, wat in het geval van een werknemer met een salaris onder het maximumdagloon zo'n 12% scheelt.[1] Verder bouwen werkende AOW'ers meestal geen tweede-pijlerpensioen op, wat de werkgever nog eens gemiddeld zeker 20% scheelt.

Behalve dat AOW'ers goedkoper zijn, kunnen zij in de meeste gevallen zonder tussenkomst van het UWV of de rechter worden ontslagen (zie hoofdstuk 8). Bovendien:

- duurt het recht op doorbetaling tijdens ziekte niet 104 maar slechts 13 weken;[2]
- heeft de werkgever nauwelijks re-integratieverplichtingen tijdens ziekte;
- is de ketenbepaling van artikel 7:668a BW van maximaal drie contracten in twee jaar verruimd naar maximaal zes contracten in vier jaar, waarbij alleen na de AOW-leeftijd aangegane contracten in de keten meetellen;
- is ontslag al mogelijk na 13 weken ziekte;[3]
- zijn de opzegverboden, waaronder die tijdens ziekte, sterk beperkt.[4] Wordt op grond van lid 4 opgezegd, dan zijn de verboden niet van toepassing 'voor zover de opzegging geen verband houdt met omstandigheden waarop de opzegverboden betrekking hebben'. Dit laatste houdt in dat – bijvoorbeeld – een werknemer vanwege het bereiken van de pensioenleeftijd mag worden

1. De werkgever mag niet het brutoloon verlagen, ook al blijft het nettoloon ongewijzigd: CRM 2020-120.
2. Artikel 7:629 lid 2 onder b BW. Het was de bedoeling deze termijn met ingang van 1 april 2021 naar 6 weken te verkorten (Kamerstukken II, 29544, nr. 1030), maar dit gaat voorlopig niet door (Kamerstukken 29544 nr. 1043).
3. Artikel 7:669 lid 3 onder b BW (UWV kan reeds ontslagvergunning afgeven) en artikel 7:670 lid 1 onder a BW (geen opzegverbod meer). Ook deze termijn wordt volgens plan 6 weken.
4. Artikel 7:670a lid 2 BW.

ontslagen, ook al is hij op dat moment ziek. Wat niet mag, is dat deze werknemer wordt ontslagen *omdat* hij ziek is;
- is ontslag in geval van veelvuldig ziekteverzuim mogelijk als herstel niet binnen 6 (in plaats van 26) weken is te verwachten;
- bedraagt de opzegtermijn voor de werkgever in alle gevallen één maand;
- is de 'Ragetlie'-regel niet van toepassing;
- hebben werkende AOW'ers recht op het minimumloon;
- heeft de zieke uitzendkracht-AOW'er en de AOW'er wiens tijdelijke contract tijdens ziekte eindigt, recht op een ziektewetuitkering;[5]
- heeft de AOW-werknemer geen recht op werktijdverkorting of -verlenging op basis van de Wet flexibel werken.[6]

Het uitsluiten van de 'Ragetlie-regel' en de verruiming van de ketenregeling maken het mogelijk om de werknemer wiens vaste contract op de AOW-datum (of latere overeengekomen datum) eindigt, te laten doorwerken op basis van een serie tijdelijke contracten, bijvoorbeeld jaarcontracten (maximaal vier) of achtmaanden-contracten (maximaal zes). De werknemer wiens arbeidsovereenkomst als gevolg van een pob van rechtswege eindigt, kan een verzoek doen om in dienst te blijven. Sommige cao's bevatten hiervoor een regeling, bijvoorbeeld inhoudend dat een 'doorwerkverzoek' alleen op bepaalde gronden kan worden afgewezen.[7]
Het kabinet erkent dat de Wet werken na AOW (rechtstreeks) onderscheid naar leeftijd maakt, maar acht haar gerechtvaardigd, gelet op:
- haar doelstelling, zijnde het faciliteren van werken na de AOW-gerechtigde leeftijd;
- het verschil tussen AOW'ers (uitkering zonder sollicitatieplicht) en jongeren (werkplicht); en
- het ontbreken van minder onderscheid makende alternatieve maatregelen om het genoemde doel te bereiken.

Wie na zijn pensioenontslagleeftijd op basis van een tijdelijk contract doorwerkt, mag niet zonder goede grond lager worden beloond dan iemand met een vast contract die hetzelfde werk doet, zelfs niet als partijen dit overeenkomen, bijvoorbeeld met het argument dat de werknemer minder productief is geworden.[8]

---

5. Hiervoor wordt geen premie betaald, maar het UWV heeft wel een verhaalsrecht.
6. Het 'in-beginselrecht' op aanpassing van de arbeidsplaats of de werktijden is niet uitgesloten: zie artikel X van de wet, dat artikel V tenietdoet.
7. Vzr. 's-Gravenhage 15 augustus 2007, TAR 2007/169; Ktr. Utrecht 11 februari 2015, RAR 2015/126; Rb. Zwolle 24 november 2017, RBOVE:2017:4517; Rb. 's-Hertogenbosch 9 december 2019, RBOBR:7762; Hof Arnhem (kort geding) 14 januari 2020, JAR 2020/47 (hoger beroep van Ktr. Utrecht 17 april 2019, JAR 2019/119).
8. HvJ EU 8 oktober 2020, C-644/19 (*FT/Universitatea*), JAR 2020/273; CGB 2006-26.

10.2 Pensioenopbouw

De Pensioenwet laat toe dat een werknemer wordt uitgesloten van deelname aan een pensioenregeling op de grond dat hij een bepaalde leeftijd heeft bereikt. Menig pensioenreglement maakt van deze vrijheid gebruik door te bepalen: (1) dat iemand die na de normale pensioenleeftijd in dienst treedt niet deelneemt aan de pensioenregeling,[9] en/of (2) dat de werknemer bij het bereiken van de normale pensioenleeftijd ophoudt deelnemer aan de pensioenregeling te zijn.[10] Als de werknemer in dat geval na zijn pensioenleeftijd doorwerkt, bouwt hij dus niet verder pensioen op, zelfs niet als hij zijn ouderdomspensioen uitstelt. Dit houdt in dat hij – bij gebreke van compensatie – voor hetzelfde werk als zijn jongere collega lager wordt beloond, alleen vanwege zijn leeftijd. Door het uiteenlopen van de AOW-leeftijd en de pensioenrichtleeftijd doet deze situatie zich vaak voor.[11] Het College vindt dit leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd.[12]

9. Zie CGB 2010-140/141, PJ 2011/9 en 10.
10. Zie HR 20 december 2019, HR:2037, JAR 2020/35; anders: CRM 2016-25.
11. Zie Kamerstukken 32043, nr. 350, over pensioenopbouw bij doorwerken na de pensioenrichtleeftijd.
12. CRM 2016-12. Vgl. CGB 2009-77, punt 3.19; CRM 2016-25.

Jurisprudentieregister

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 22 februari 1984, nr. 8209/78 (Sutter/Zwitserland) 7.6
EHRM 6 april 2000, zaak 34369/97 (Thlimmenos). 2.5
EHRM 10 november 2005, appl. 44774/98 (Sahin), NJ 2006/170 7.6
EHRM 23 september 2010, zaak 425/03, EHRC 2010/138 (Obst), en zaak 1620/03, EHRC 2010/139 (Schüth) 8.5
EHRM 15 januari 2013, (gevoegde zaken Eweida, Chaplin, Ladele en McFarlane), JAR 2013/55 7.6
EHRM 15 januari 2013, 36516/10 (McFarlane), JAR 2013/55 7.5
EHRM 15 januari 2013, zaken 35167/10 (Ladele) 7.5
EHRM 26 november 2015, appl. 64846/11 (Ebrahimian), JAR 2015/319 7.6
EHRM 23 februari 2016, nr. 51500/08 (Cam) 7.10
EHRM 11 juli 2017, zaak 37798/13 (Belcacemi) 7.6
EHRM 30 januari 2018, nr. 23065/12 (Enver Sahin). 7.10

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EG 25 mei 1971, zaak 80/70 (Defrenne I) 5.2
HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75 (Defrenne II) 5.2
HvJ EG 27 maart 1980, C-129/79 (Macarthys) 5.2
HvJ EG 27 maart 1980, zaak 129/79 (Macarthys/Wendy Smith) 5.2
HvJ EG 11 maart 1981, zaak 69/80 (Worringham), NJ 1982/418 (pensioenpremie) 5.2
HvJ EG 9 februari 1982, zaak 12/81 (Garland) 6.4.1
HvJ EG 9 februari 1982, zaak 12/81 (Garland), NJ 1983/454 (reisfaciliteiten) 5.2
HvJ EG 12 juli 1984, 184/83 (Hofmann) 7.9
HvJ EG 18 september 1984, zaak 23/83 (Liefting) 5.2
HvJ EG 26 februari 1986, C-262/84 8.1.2
HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84 (Bilka) 5.2
HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84 (Von Hartz/Bilka-Kaufhaus) 6.4.1
HvJ EG 15 mei 1986, C-222/84 (Johnston) 7.9
HvJ EG 1 juli 1986, zaak 237/85 (Rummler) 5.2
HvJ EG 30 juni 1988, C-318/86 (Commissie/Frankrijk) 7.9
HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88 (Danfoss) 5.2
HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88 (Barber), NJ 1992/436, punt 34 5.2
HvJ EG 17 mei 1990, C-262/88 (Barber: vergoeding in sociaal plan), NJ 1992/436 5.2
HvJ EG 27 juni 1990, C-33/89 (Kowalska: transitievergoeding), NJ 1992/742 5.2
HvJ EG 8 november 1990, C-177/88 (Dekker) 8.2.2
HvJ EG 8 november 1990, C-179/88 (Hertz), NJ 1993/162 8.2.2
HvJ EG 8 november 1990, C-179/88 (Hertz), NJ 1993/162, punten 16-17 5.2

HvJ EG 8 november 1990, zaak 177/88, NJ 1992/224 (Dekker/Vormingscentrum) 4.2
HvJ EG 7 februari 1991, C-184/89 (Nimz) 5.2
HvJ EG 7 februari 1991, C-184/89 (Nimz), NJ 1993/171 4.8, 5.2, 5.6
HvJ EG 25 juli 1991, C-345/89 (Stoeckel) 7.9
HvJ EG 4 juni 1992, C-360/90 (Bötel/Stadt Berlin), JAR 1992/43 7.7
HvJ EG 6 oktober 1993, zaak 109/91 (Ten Oever) 6.4.1
HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92 (Enderby), JAR 1993/248 5.2
HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92 (Enderby), JAR 1993/248, punt 26 5.2
HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92, JAR 1993/248 (Enderby/Frenchay Health Authority) 5.2
HvJ EG 27 oktober 1993, C-337/91, NJ 1994/418 (Van Gemert-Derks), punt 27 6.4.1
HvJ EG 22 december 1993, C-152/91 (Neath), JAR 1994/77, punt 31 5.2, 6.4.1
HvJ EG 5 mei 1994, C-421/92 (Habermann-Beltermann) 8.2.2
HvJ EG 14 juli 1994, C-32/93 (Webb) 4.2, 8.2.2
HvJ EG 14 juli 1994, C-32/93 (Webb), JAR 1994/169, punt 25 5.2
HvJ EG 28 september 1994, C-200/91 (Coloroll), JAR 1994/235, punt 23 6.4.1
HvJ EG 28 september 1994, C-200/91 (Coloroll), r.o. 36 6.4.1
HvJ EG 28 september 1994, C-28/93 (Van den Akker/Shell Pensioenfonds) 8.3.2
HvJ EG 28 september 1994, C-7/93 (Beune), JAR 1994/252 6.4.3
HvJ EG 28 september 1994, zaak 7/93, JAR 1994/252 (Beune) 6.4.1
HvJ EG 15 december 1994, C-399/92 (Lengerich/Helmig), JAR 1995/36 5.6
HvJ EG 31 mei 1995, C-400/93, JAR 1995/198 (Royal Copenhagen) 5.2
HvJ EG 17 oktober 1995, C-450/93 (Kalanke), JAR 1995/234 4.2
HvJ EG 6 februari 1996, C-457/93, NJ 1997/79 (Lewark) 7.7
HvJ EG 13 februari 1996, C-342/93 (Gillespie), JAR 1996/97 5.2
HvJ EG 13 februari 1996, C-342/93 (Gillespie), JAR 1996/97, punt 17 5.2
HvJ EG 7 maart 1996, C-278/93 (Freers) 7.7
HvJ EG 29 mei 1997, C-400/95 (Larsson), JAR 1997/153 8.2.2
HvJ EG 2 oktober 1997, C-1/95 (Gerster), NJ 1998/807 5.6
HvJ EG 2 oktober 1997, C-1/95 (Gerster/Freistaat Bayern), NJ 1998/807 4.8
HvJ EG 11 november 1997, C-409/95 (Marschall), NJ 1998/808 4.2
HvJ EG 30 april 1998, C-136/95 (Thibault), JAR 1998/139 4.1
HvJ EG 17 juni 1998, C-243/95 (Hill and Stapleton), JAR 1998/170 5.6
HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96 (Brown), JAR 1998/198 8.2.2
HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96 (Brown), JAR 1998/198, punt 26 5.2
HvJ EG 27 oktober 1998, C-411/96, JAR 1999/14 (Boyle), punt 34 5.2
HvJ EG 19 november 1998, C-66/96 (Hoj Pedersen) 5.2
HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97 (Seymour-Smith and Perez), JAR 1999/75 2.5
HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97 (Seymour-Smith), JAR 1999/75 5.2
HvJ EG 11 mei 1999, C-309/97 (Wiener Gebietskrankenkasse), JAR 1999/132 5.2
HvJ EG 11 mei 1999, C-309/97, JAR 1999/132 (Wiener Gebietskrankenkasse) 5.2
HvJ EG 21 oktober 1999, C-333/97 (Lewen), JAR 1999/278 (discretionaire kerstgratificatie) 5.2
HvJ EG 29 oktober 1999, C-333/97, JAR 1999/278 (Lewen) 5.2
HvJ EG 29 oktober 1999, C-333/97, JAR 1999/278 (Lewen), punt 23 5.2
HvJ EG 29 oktober 1999, C-333/97, JAR 1999/278 (Lewen), punt 41 5.2
HvJ EG 3 februari 2000, C-207/98 (Mahlburg) , JAR 2000/65 4.2
HvJ EG 28 maart 2000, C-158/97 (Badeck), JAR 2000/104 4.2
HvJ EG 30 maart 2000, C-236/98 (JämO), JAR 2000/123 5.2
HvJ EG 16 mei 2000, C-78/98 (Preston), JAR 2000/153 6.4.7
HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98 (Abrahamsson), JAR 2000/194 4.2
HvJ EG 13 juli 2000, C-166/99 (Defreyn/Sabena), JAR 2000/209 6.4.1
HvJ EG 26 juni 2001, C-381/99 (Brunnhofer), JAR 2001/159 5.2

HvJ EG 26 juni 2001, C-381/99, JAR 2001/159 (Brunnhofer/Postsparkasse) 5.2
HvJ EG 4 oktober 2001, C-109/00 (Tele Danmark), JAR 2001/220 4.1, 4.2, 8.2.2
HvJ EG 4 oktober 2001, C-109/00 (Tele Danmark), JAR 2001/220, punt 24 4.2
HvJ EG 4 oktober 2001, C-438/99, JAR 2001/219 (Melgar) 8.1.2
HvJ EG 9 oktober 2001, C-379/99 (Menauer), punt 29 6.4.1
HvJ EG 29 november 2001, zaak 366/99, PJ 2002/26 (Griesmar) 6.4.1
HvJ EG 19 maart 2002, C-476/99 (Lommers), JAR 2002/119 5.2
HvJ EG 12 september 2002, C-351/00 (Niemi), PJ 2002/103 (Fins militair pensioen) 6.4.1
HvJ EG 27 februari 2003, C-320/01 (Busch), JAR 2003/181, punt 40 4.2
HvJ EG 18 maart 2004, C-342/01, JAR 2004/86 (Gomez/Continental) 6.1
HvJ EG 30 maart 2004, C-147/02 (Alabaster), JAR 2004/101 5.2
HvJ EG 27 mei 2004, C-285/02 (Elsner-Lakeberg), JAR 2004/150 5.2, 5.6
HvJ EG 18 november 2004, C-284/02 (Brandenburg/Sass), JAR 2004/292 4.8
HvJ EG 9 december 2004, C-19/02 (Hlozek/Roche), JAR 2005/16 2.5
HvJ EG 10 maart 2005, C-196/02 (Nikoloudi), JAR 2005/101 5.6
HvJ EG 8 september 2005, C-191/03 (McKenna), JAR 2005/236 5.2
HvJ EG 16 februari 2006, C-294/04, JAR 2006/68 (Sarkatzis Herrero) 7.8
HvJ EG 18 februari 2006, C-294/04 (Sarkatzis Herrero), JAR 2006/68 4.8
HvJ EG 16 maart 2006, C-131/04 en C-257/04 (Robinson-Steele), JAR 2006/84 6.1
HvJ EG 11 juli 2006, C-13/05 (Navas) 1.2
HvJ EG 3 oktober 2006, C-17/05 (Cadman), JAR 2006/267 5.2, 8.1.4
HvJ EG 11 oktober 2007, C-460/06, JAR 2007/287 (Paquay) 8.2.2
HvJ EG 6 december 2007, C-300/06 (Voss/Land Berlin), JAR 2008/19 5.6
HvJ EG 23 september 2008, C-427/06 (Bartsch) 6.4.2
HvJ EG 16 december 2008, , C-127/07, NJ 2009/219 (Arcelor) 2.5
HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07 (Age Concern), JAR 2009/93 2.9
HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07 (Age Concern), JAR 2009/93, punt 65 2.9
HvJ EG 18 juni 2009, C-88/08 (Hütter), JAR 2009/185 5.5
HvJ EG 18 juni 2009, C-88/08, JAR 2009/185 (Hütter) 8.3.2
HvJ EU 12 januari 2010, C-229/08 (Wolf), JAR 2010/51 4.3
HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, JAR 2010/53 (Kücükdeveci) 8.3.2
HvJ EU 1 juli 2010, C-194/08 (Gassmayr), JAR 2010/200 5.2
HvJ EU 1 juli 2010, C-471/08 (Parviainen), JAR 2010/201 5.2
HvJ EU 16 september 2010, C-149/10 (Chatzi), JAR 2010/257 2.5
HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08 (Andersen), JAR 2010/296 9.3.1
HvJ EU 12 oktober 2010, JAR 2010/279 8.3.2
HvJ EU 18 november 2010, C-250/09 (Georgiev) 8.3.2
HvJ EU 18 november 2010, C-356/09 (Kleist), RAR 2011/25, NJ 2011/67, m.nt. Mok 2.5
HvJ EU 21 juli 2011, C-104/10 JAR 2012/152 (Kelly) 5.2
HvJ EU 8 september 2011, C-177/10 (Rosada Santana) 4.8
HvJ EU 8 september 2011, C-297 en 298/10 (Hennigs), JAR 2011/278 5.5
HvJ EU 5 juli 2012, C-141/11, JAR 2012/211 (Hörnfeldt) 8.3.2
HvJ EU 6 november 2012, C-286/12 (Commissie/Hongarije), JAR 2012/315 8.3.2
HvJ EU 6 december 2012, C-152/11 (Odar), JAR 2013/19 9.3.1
HvJ EU 28 februari 2013, C-427/11 (Kenny), met noot in NJ 2013/349 5.2
HvJ EU 11 april 2013, C-335/11 (HK Danmark, optredend namens Ring en Werge) 1.2
HvJ EU 11 april 2013, C-335/11 en 337/11 (Ring en Werge) 7.10
HvJ EU 20 juni 2013, C-7/12 (Riezniece), JAR 2013/200 7.8
HvJ EU 12 september 2013, C-614/11 (Kuso), JAR 2013/264 8.1.2
HvJ EU 26 september 2013, C-476/11 (Kristensen/Experian), JAR 2013/284 6.4.5
HvJ EU 26 september 2013, C-546/11 (Toftgaard), JAR 2013/266 9.3.1

HvJ EU 6 maart 2014, C-595/12, (Napoli), JAR 2014/105 4.8
HvJ EU 6 maart 2014, C-595/12, JAR 2014/105 (Napoli) 7.8
HvJ EU 18 maart 2014, C-363/12 (wensmoeder Z), JAR 2014/108 1.2
HvJ EU 19 juni 2014, C-501/12 (Specht), JAR 2014/195 5.5
HvJ EU 13 november 2014, C-416/13 (Vital Pérez), JAR 2015/16 4.3
HvJ EU 18 december 2014, C-354/13 (Kaltoft), JAR 2015/37 1.2
HvJ EU 28 januari 2015, C-417/13 (Starjakob), JAR 2015/58 5.5
HvJ EU 9 september 2015, C-20/13 (Unland), JAR 2015/259 5.5
HvJ EU 1 oktober 2015, C-432/14 (O), JAR 2015/281 2.5
HvJ EU 19 april 2016, C-441/14 (Rasmussen), JAR 2016/132 9.3.1
HvJ EU 28 juli 2016, C-423/15 (Kratzer), JAR 2016/216 4.1
HvJ EU 14 september 2016, C-596/14 (De Diego Porras), JAR 2016/251, punten 40-44 5.7
HvJ EU 15 november 2016, C-258/15 (Salaberria Sorondo), JAR 2016/305 4.3
HvJ EU 1 december 2016, C-395/15 (Daouidi) 1.2
HvJ EU 1 december 2016, C-395/15 (Daouidi), JAR 2017/20 1.2
HvJ EU 9 maart 2017, C-406/15 (Milkova) 1.2
HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15 (Achbita), JAR 2017/96 7.6
HvJ EU 14 maart 2017, C-188/15 (Bougnaoui), JAR 2017/97 7.6
HvJ EU 13 juli 2017, C-354/16 (Kleinsteuber), JAR 2017/207 6.4.6
HvJ EU 19 juli 2017, C-143/16, JAR 2017/222 (Abercrombie & Fitch/Bordonaro) 8.3.2
HvJ EU 7 september 2017, C-174/16 (H/Land Berlin), JAR 2017/257 7.8
HvJ EU 7 september 2017, C-174/16 (H/Land Berlin), RAR 2017/157 4.8
HvJ EU 18 oktober 2017, C-409/16 (Kalliri/Esoterikon), JAR 2017/291 4.2
HvJ EU 19 oktober 2017, C-531/15, JAR 2017/292 (Otero Ramos) 7.9
HvJ EU 20 december 2017, C-158/16 (Vega González) 6.3
HvJ EU 28 februari 2018, C-46/17, JAR 2018/91 (John) 8.3.2
HvJ EU 14 maart 2018, C-482/16, JAR 2018/112 (Stollwitzer) 5.5

Hoge Raad

HR 10 juni 1983, NJ 1983/796 (Muller Zeesleepdienst/Van Opzeeland) 6.7
HR 30 maart 1984, NJ 1985/350 (De Venhorst/Inan) 6.2
HR 2 november 1984, (tussenarrest) 8.1.2
HR 21 november 1986, (eindarrest), alles in NJ 1987/351 (Beets-Proper/Van Lanschot Bankiers) 8.1.2
HR 13 november 1987, NJ 1989/698 (St. Bavo/Gielen) 5.2
HR 25 november 1988, NJ 1989/730 (SCOZ/Pot) 5.2
HR 9 maart 1990, NJ 1990/561 8.2.2
HR 20 maart 1992, JAR 1992/11 (Nedlloyd) 8.1.4
HR 24 april 1992, JAR 1992/14 (Bouma/KLM) 5.2
HR 24 april 1992, NJ 1992/689 (Bouma/KLM) 6.4.1
HR 13 januari 1995, , JAR 1995/35 (Codfried/ISS) 8.8
HR 28 maart 1997, (Cemsto/El Azzouti), JAR 1997/90 9.3.3
HR 15 oktober 1999, JAR 1999/275 (Poldervaart/Smit Havensleepdiensten) 8.1.4
HR 19 april 2001, NJ 1991/453 (Namroudi/Cemsto) 6.3
HR 26 oktober 2001, JAR 2001/238 (Bons/Ranzijn) 7.10
HR 12 april 2002, JAR 2002/101 (Souverijn/Wouters) 6.4.1
HR 30 januari 2004, JAR 2004/68 (Parallel Entry) 1.2
HR 21 oktober 2005, JAR 2005/272 (Kessler/Kesbeke) 1.2
HR 11 juli 2008, HR:BD1850 (M/Movir) 5.2
HR 12 februari 2010, (Rutten/Breed), JAR 2010/72 9.3.2
HR 13 juli 2012, JAR 2012/209 (Van de Pol e.a./KLM en VNV) 8.3.3
HR 12 april 2013, BX9444, BNB 2013/235 (autokostenforfait) 2.5

HR 1 november 2013, JAR 2013/299 (Wolfs/Van Hoof) 6.7
HR 26 september 2014, JAR 2014/261 7.11
HR 18 december 2015, (cassatie in belang der wet), JAR 2016/41 6.4.2
HR 24 maart 2017, JAR 2017/113 (HVC) 1.2
HR 24 maart 2017, JAR 2017/113 (HVC), punt 3.10 1.2
HR 30 juni 2017, JAR 2017/188 (New Hairstyle) 9.1
HR 20 april 2018, (X/Stichting Diakonessenhuis), JAR 2018/129 9.3.3
HR 8 juni 2018, JAR 2018/167 8.1.2

Gerechtshof Amsterdam
Hof Amsterdam 7 december 1995, RN 1996/601 4.2
Hof Amsterdam 13 januari 2000, JAR 2000/42 4.3
Hof Amsterdam 18 december 2003, JAR 2004/27 5.2
Hof Amsterdam 25 augustus 2005, JAR 2005/233 4.5
Hof Amsterdam 8 mei 2008, JAR 2009/179 5.2
Hof Amsterdam 29 mei 2008, JAR 2008/219 8.6
Hof Amsterdam 26 juni 2008, RAR 2009/30 9.3.4
Hof Amsterdam 24 februari 2009, JAR 2009/194 1.2
Hof Amsterdam 16 juni 2009, JAR 2009/299 1.2
Hof Amsterdam 7 juli 2009, GHAMS:BK4853 1.2
Hof Amsterdam 27 april 2010, JAR 2010/142 5.2
Hof Amsterdam 21 september 2010, JAR 2010/268 (cao grondpersoneel KLM) 8.3.5
Hof Amsterdam 25 januari 2011, GHAMS:BP2931 6.4.4
Hof Amsterdam 27 november 2012, , JAR 2015/184 (Mahakena e.a./KLM) 8.3.3
Hof Amsterdam 17 december 2013, RAR 2014/87 9.3.4
Hof Amsterdam 5 augustus 2014, JAR 2014/223 8.3.2
Hof Amsterdam 7 oktober 2014, JAR 2014/294 (tussenarrest) 4.2
Hof Amsterdam 2 juni 2015, JAR 2015/184 8.3.3
Hof Amsterdam 2 juni 2015, JAR 2015/184 (Mahakena e.a./KLM) 8.3.3
Hof Amsterdam 9 juni 2015, JAR 2015/292 8.3.4
Hof Amsterdam 10 november 2015, JAR 2015/309 1.2, 2.2
Hof Amsterdam 10 november 2015, JAR 2015/309 (tussenarrest) 8.4.4
Hof Amsterdam 10 november 2015, JAR 2015/309, r.o. 3.5 8.1.2
Hof Amsterdam 29 maart 2016, GHAMS:1180 8.3.4
Hof Amsterdam 21 juni 2016, GHAMS:2016:2383 (eindarrest) 8.4.4
Hof Amsterdam 23 augustus 2016, GHAMS:2016:3417 (eindarrest) 4.2
Hof Amsterdam 28 februari 2017, PJ 2017/46 9.3.4
Hof Amsterdam 1 augustus 2017, GHAMS:3137 9.1

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Hof Arnhem 11 augustus 2009, GHARN:BJ5374 1.2
Hof Arnhem 27 april 2010, JAR 2010/143 6.1
Hof Leeuwarden 21 februari 2012, PJ 2012/103 9.3.4
Hof Leeuwarden 5 juni 2012, ,JAR 2012/182; CRM 2014-60 4.3
Hof Leeuwarden 18 december 2012, JAR 2013/53 6.1
Hof Arnhem 22 oktober 2013, GHARL:7886 6.1

Gerechtshof Den Haag
Hof Den Haag 17 februari 2006, JAR 2006/97 5.2
Hof Den Haag 28 april 2009, RAR 2009/10 1.2
Hof Den Haag 4 augustus 2009, JAR 2009/231 8.3.5
Hof Den Haag 21 december 2010, JAR 2011/71 5.2
Hof Den Haag 10 april 2012, JAR 2012/130 7.5

Hof Den Haag 22 december 2015, GHDHA:3467 1.2

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Hof 's-Hertogenbosch 17 april 1984, NJ 1985/202 8.1.4
Hof 's-Hertogenbosch 9 januari 2007, JAR 2007/127 6.1
Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2007, JAR 2007/265 6.4.3
Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2009, JAR 2009/125 9.3.2
Hof 's-Hertogenbosch 15 maart 2011, JAR 2011/107 7.10
Hof 's-Hertogenbosch 24 mei 2011, BQ 6056 1.2
Hof 's-Hertogenbosch 4 september 2012, JAR 2012/258 9.3.2, 9.3.4
Hof 's-Hertogenbosch 13 november 2012, JAR 2013/13 5.2
Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2016, GHSHE:125 9.3.4
Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2016, JAR 2016/112 8.3.4
Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2016, GHSHE:1538, r.o 3.17 8.4.4
Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2016, JAR 2016/164 9.3.4
Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2017, JAR 2017/72 9.3.3
Hof 's-Hertogenbosch 25 juli 2017, GHSHE:2017:3350 8.2.1
Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2018, JAR 2018/124 6.1

Trefwoordenregister

A
aanbestedingsrecht 3.1
aanname 4.1
aanpasplicht 4.5
aanpassen beloningssysteem 5.5
aanwijzen maatman 5.2
advocaatkosten 3.6
afbakening direct/indirect onderscheid 7.6
aftopping 9.3.4
Agfa-arrest 1.2
algemeen
– opzegging 8.1.4
ambtelijke
– werkloosheidsregelingen 9.3.6
ambtenaren 8.1.1
anciënniteit 1.2, 5.2
antidiscriminatievoorziening 3.2
AOW-leeftijd 8.3.4
aparte regelingen jong/oud 9.3.4
arbeidsduur 6.4.6
– beloningsonderscheid 5.6
– incidentele beloningen 5.6
– inconveniënten 5.6
– overwerk/meerwerk 5.6
– periodieken 5.6
– uurloon 5.6
arbeidsmarkt 5.2
arbeidsomstandigheden 7
arbeidsverhouding 4.1
Aristoteles 2.2
arrest Souverijn 6.4.1
associatief' onderscheid 2.2
'associatieve discriminatie' 7.10
auto 6.6

B
beding 8.1.2
bedrijfssluiting en schoolvakantie 6.1
bedrijfstrouw 5.2
beëindigingsovereenkomst 8.1.3
beloning 5
– en behandeling 5.2
beloning, algemeen 5.2
– beloning 5.2
– beloningssysteem 5.2
– functiegroepen 5.2
– functiewaardering 5.2
– privacy 5.2
– salarisschalen 5.2
beloning, geslacht
– arbeidsongeschiktheid 5.2
– loon bij moederschap, Nederlands recht 5.2
– samenloop moederschap en ziekte 5.2
– Unierecht 5.2
– variabel loon 5.2
– Zwangerschapsrichtlijn 5.2
beloning, h/cz
– deeltijd 5.3
– 'niet ziek'-bonus 5.3
beloning, h/cz, algemeen
– handicap en chronische ziekte 5.3
beloningsmaatstaven 5.2
beloningsonderscheid
– contractduur 5.7
– herintreders 5.2
– incidentele beloningen 5.6
– inconveniënten 5.6
– overwerk/meerwerk 5.6
– periodieken 5.6
– uurloon 5.6
beloningsonderscheid, h/cz
– loonwaarde 5.3
beloningssysteem
– aanloopschalen 5.2
– uitloopschalen 5.2
benadelingsverboden 3.5
beoordeling 4.1
– passeren 4.8
beoordelingsvrijheid 2.8
bepaalde tijd, algemeen 8.1.2

bepaalde tijd, geslacht
- niet verlengen tijdelijk contract 8.2.1
bepaaldetijders 6.7
bepalende beroepsvereiste 2.7
bescherming van moederschap 7.9
betrekking 4.1
bevordering
- arbeidsduur en contractduur 4.8
- geslacht 4.8
- h/cz 4.8
- leeftijd 4.8
- ras en nationaliteit 4.8
bevordering, algemeen 4.8
bewijs 3.4
- bijkomend feit 4.1
bewijsrichtlijn 3.4
bijzonder verlof 6.3
billijke vergoeding 3.6, 9.4
borstvoeding 7.9
bovenwettelijke werkloosheidsregelingen 9.3.6
breed/smal samenstellen 2.5
burgerlijke staat 6.4.3
- beloningsonderscheid 5.8

C
causaliteit 8.4.4
CGB een advies 9.3.4
Coleman 2.2
collectieve acties 3.3
Commissie gelijke behandeling (CGB) 3.2
contractduur 6.4.7
- beloningsonderscheid 5.7
crucifix 7.6

D
datum in dienst 1.2
diploma 4.4
direct onderscheid 2.2
- afbakening direct/indirect onderscheid 2.10
- uitzonderingen verbod direct onderscheid 2.7
diversiteitsbeleid 4.4
doel onderscheid 9.3.4
doeltreffende aanpassing 7.10, 8.4.4
- aard aanpassing 7.10
- naargelang de behoefte 7.10
- onevenredige belasting 7.10
doorbetaling tijdens ziekte 10.1
doorwerken na pensioen 10

E
één bron 2.5
eigen bijdrage 6.4.5, 6.6
einde dienstverband
- arbeidsduur 8.7
- discriminatoir niet verlengen 8.1.2
- einde van rechtswege, geslacht 8.2.1
- handicap en chronische ziekte 8.4
- ingehuurde krachten 8.1.2
- leeftijdsontslag 8.3
- nietige bepaalde-tijdclausule 8.1.2
- ongeschiktheidsontslag, h/cz 8.4.4
- ontbinding, algemeen 8.1.5
- ontbinding, geslacht 8.2.3
- ontslag vanwege verzuim, h/cz 8.4.3
- ontslagname en wederzijds goedvinden, algemeen 8.1.3
- ontslagselectie, algemeen 8.1.4
- opzegging dienstverband, moederschap 8.2.2
- proeftijdontslag, algemeen 8.1.4
- proeftijdontslag, geslacht 8.2.2
- ras en nationaliteit 8.6
- verjaring en verval 8.1.2
einde dienstverband, systematiek 8.1
ervaring 5.2
essentiële taken 4.5
'expat'-status 1.2
extra bescherming moeders 7.9

F
feestdagen 6.2
financiële overwegingen 5.2
fiscaal kader 6.4.1
functionering 8.4.4

G
gefingeerde naam 4.1
gelijke behandeling – Nederland 8.3.3
geloofsuiting 4.6
geschikt en noodzakelijk middel 9.3.4
geschikt middel 2.8
geslacht 5.2, 6.4.2, 9.2
- herintreders 5.2
- levensverwachting 6.4.2
- moederschapsverlof 6.4.2
godsdienst 1.2, 8.5
godsdienst en levensovertuiging 7.6
groepsvergelijking 2.5

H
handhaven dienstverband 8.1.2
handicap en chronische ziekte 1.2, 5.3, 6.4.4
- extra bescherming h/cz'ers 7.10
- obesitas 1.2

– verslaving 1.2
herplaatsing 8.1.4
hoofddoek 4.6, 7.6, 8.5
HOS 5.2
huishoudelijk personeel 1.2

I
inconveniënten 5.2
indirect onderscheid 2.3
– afbakening direct/indirect onderscheid 2.10
– bijzonder treffen 2.3
inhoud pensioenregeling 6.4.2
inleiding 6.4.1
intimidatie 2.4
– seksuele intimidatie 2.4
inzichtelijk, controleerbaar en systematisch uitgevoerd 3.4, 4.1

J
jongeren 5.5

K
kerken 8.5
ketenbepaling 10.1
keuring 4.1
klachtenbehandeling 7.11
kleding en uiterlijk 7.6
– geslacht 7.6
kolfruimte 7.5, 7.9

L
laatst genoten salaris 5.2
leeftijd 1.2, 6.4.5, 9.3
– anciënniteit 1.2
– beloningsonderscheid 5.5
– datum in dienst 1.2
– pensioenonderscheid 6.4.5
– rechtvaardiging direct leeftijdsonderscheid 2.9
– toetredingsleeftijden 6.4.5
leeftijdsontslag
– jongeren 8.3.2
– kaderrichtlijn 8.3.2
– WGBL 8.3.3
leeftijdsontslag ouderen 8.3.2
legitiem doel 2.8
levelling up/down 3.6
loon bij moederschap 5.2
loonkloof 5.2
loopbaanonderbreking 9.2

M
maatgroep
– indentificeren maatgroep 2.5
maatmanmethode 5.2
– gelijkwaardige maatstaven 5.2
– maatman 5.2
maatmanvergelijking' 2.5
'mede een' rol 2.2
medezeggenschap 7.7
meerdere doelen 2.8
'meervoudige' discriminatie 2.2
mixed motive 2.2
moederschap 8.2.2
– extra bescherming moeders 7.9
moederschaps- en ouderschapsverlof 6.6
'momentopname'-doctrine 2.5

N
na langdurige arbeidsongeschiktheid 9.4
nabestaandenpensioen 6.4.1
nationaliteit 1.2
– 'expat'-status 1.2
nauw verbonden eigenschap 2.2
niet benoemde gronden 1.2, 8.8
– Agfa-arrest 1.2
– bevoordelen van vakbondsleden 1.2
– lagere rechters 1.2
– Parallel Entry 1.2
niet bindend 3.3
nietig 8.1.2
nietigheid en vernietigbaarheid 3.6
noodzakelijk middel 2.8

O
obesitas 1.2
objectieve rechtvaardiging 2.8
omkering
– omkering bewijslast 3.4
onderhandelen 5.2
onderscheid 'binnen een groep' 2.2
ongeschiktheidsexceptie 4.5
onrechtmatige daad 3.6
ontbinding, geslacht 8.2.3
ontslag na de AOW-leeftijd 8.3.5
ontslag op de AOW-leeftijd 8.3.5
ontslag vóór de AOW-leeftijd 8.3.5
ontslagrecht 8.3.4
ontslagselectie 8.1.4
– bedrijfseconomisch ontslag, h/cz 8.4.2
– ontslagselectie, geslacht 8.2.2
ontslagvergoeding 9
– billijke vergoeding 9.1
– contractuele vergoeding 9.1
– handicap en chronische ziekte 9.4

- is de transitievergoeding richtlijnconform? 9.3.3
- kantonrechtersformule 9.3.2
- rechtspraak HvJ 9.3.1
- transitievergoeding, algemeen 9.1

onverbindendverklaring 3.6
oordeel 3.3
opleiding 6.7
opleiding, algemeen
- opleiding 6.7

opleiding, diploma's 5.2
opzegging 8.1.4
opzegging, geslacht 8.2.2
opzegverboden 10.1
ouderdomspensioen 6.4.1
ouderen 6.7

P

Parallel Entry 1.2
pensioen
- actoren 6.4.1
- groepsdifferentiatie 6.4.1

pensioen is beloning 6.4.1
pensioen, algemeen 6.4
- wijzigen pensioenregeling 6.4.5

pensioenexceptie 9.3.3
pensioenonderscheid
- arbeidsduur 6.4.6
- burgerlijke staat 6.4.3
- geslacht 6.4.2
- handicap en chronische ziekte 6.4.4
- levensverwachting 6.4.2
- moederschapsverlof 6.4.2
- ras en nationaliteit 6.4.8
- seksualiteit 6.4.9
- toetredingsleeftijden 6.4.5

pensioenontslag
- is een pob verstandig? 8.3.5
- ontslag na AOW-leeftijd 8.3.5
- ontslag op AOW-leeftijd 8.3.5
- ontslag vóór AOW-leeftijd 8.3.5
- opzegging 8.3.4
- pensioenexceptie 8.3.3
- pensioengerechtigde leeftijd 8.3.4
- rechtspraak HvJ 8.3.2

pensioenontslagbeding 8.3.1
pensioenopbouw 10.2
persoonlijke eigenschappen en functioneren 5.2
plaats van de arbeid 7.2
pro rata temporis-beginsel 1.2, 5.6
procederen 3.3
procedure 3.3
proeftijdontslag 8.1.4
psychosociale arbeidsbelasting 7.5

R

Ragetlie 10.1
ras 1.2
- 'expat'-status 1.2
- woonwagenbewoners 1.2

ras en nationaliteit 6.4.8, 7.5
- beloningsonderscheid 5.4

ratio 9.3.3
recht op auto 6.6
rechter 3.3
rechtsbronnen 1.3
reikwijdte gelijkebehandelingsrecht 1.4
reiskostenvergoeding 6.5
richtlijnen 1.3
- algemeen beginsel 1.3
- horizontale werking 1.3
- richtlijnconforme uitleg 1.3

rooster 7.3
RVU-boete 9.1

S

samenloop 6.4.4
sancties 3.6
- afschrikwekkende werking 3.6

schadevergoeding 3.6, 8.1.2
schadeverzekeringen 6.8
seksualiteit 6.4.9
seksuele intimidatie 2.4
selectie 4, 4.1
- afwijzing 4.1
- bewijs discriminerende afwijzing 4.1
- functieverblijfstijd 4.3
- geslacht 4.2
- godsdienst 4.6
- handicap en chronische ziekte 4.5
- hoofddoek 4.6
- leeftijd 4.3
- levensovertuiging 4.6
- mededelingsplicht 4.1
- medische keuring 4.5
- nationaliteit 4.4
- onderzoeksplicht 4.1
- politieke overtuiging 4.6
- psychologische tests 4.1
- ras 4.4
- vragen 4.1
- vragen naar beperkingen 4.5

seniorenregelingen 6.1
sociaal beleid 2.9
sociale plannen 9.3.4
sollicitatiecode 4.1

soorten 9.1
– inleiding 9.3.4
staffels 6.4.5
statistiek 3.4
strafrecht 3.1
studiekostenbeding 6.7

T
taaleis 4.4
terugkeer na verlof 7.8
– frictie na terugkeer 7.8
– na bevallingsverlof 7.8
– na ouderschapsverlof 7.8
transitievergoeding, algemeen 9.1

U
uitkering 6.4.4
uitsluiting van deelname 6.4.2
uitzendarbeid
– beloningsonderscheid 5.9
Unierecht
– rechtspraak 8.3.2

V
vakantie 6.1
– burgerlijke staat 6.1
– deeltijders en oproepkrachten 6.1
– geslacht en moederschap 6.1
– leeftijds(fase)bewust beleid 6.1
Van Leeuwen-convenant 6.4.4
vaststellingsovereenkomst (VSO) 9.1
veiligheidsexceptie 2.7, 4.5
veranderingen 6.4.1
Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 1.3
vergadertijd 7.3
vergelijkbaarheid 2.5
vergelijken 2.5
– over-/underinclusive 2.5
– referteperiode 2.5
– één bron 2.5
vergelijkingsmethoden 2.5
vergelijkingsmoment 2.5
verjaring en verval 3.4
vermeende eigenschap 2.2
verslaving 1.2
vertrouwenspersoon 7.11
verworven rechten 5.2
victimisatie 3.5
voorkeursbeleid 4.1, 4.2
vragen
– geslacht 4.2
vrije beroepers 8.1.1
VSO 8.1.3
VWEU
– artikel 157 VWEU 1.3

W
werkinhoud 7.4
werkomgeving 7.5
– discriminatievrije werkomgeving 7.5
– fysieke werkomgeving 7.5
– geslacht 7.5
– godsdienst en politieke gezindheid 7.5
– leeftijd 7.5
– schoonheidsnorm 7.5
– taaleis 7.5
werktijden 7.3
– aanpassing rooster 7.3
– diensten 7.3
– recht op andere werktijden 7.3
– recht op deeltijd 7.3
werving 4, 4.1
– arbeids- en contractduur 4.7
– beroepsvereiste m/v 4.2
– beurs- en 'grote' vennootschappen 4.2
– buitenlandse diploma's 4.4
– geslacht 4.2
– godsdienst 4.6
– handicap en chronische ziekte 4.5
– leeftijd 4.3
– levensovertuiging 4.6
– nationaliteit 4.4
– politieke overtuiging 4.6
– ras 4.4
– vacaturetekst, algemeen 4.1
Wet op de medische keuringen 4.1
wijzigen pensioenregeling 6.4.5
WMK 4.5
woonwagenbewoners 1.2

Z
ziekteverzuim 8.4.3
zwangerschap 4.2
zwijg- en liegrecht 4.1, 4.5
zzp'ers 8.1.1

Ongelijkheid tussen werkenden met en zonder vast arbeidscontract: met behulp van het recht op gelijke behandeling kan hiertegen worden opgekomen. Het gelijkebehandelingsrecht kan ook dienen ter bestrijding van leeftijdsdiscriminatie in vertrekregelingen, ongelijke beloning tussen vrouwen en mannen, discriminatie in sollicitatieprocedures, onvoldoende aanpassing van het werk aan handicap en chronische ziekte, allerlei vormen van (vooral indirect) onderscheid op grond van ras en geloof, enzovoort.

Het eerste gedeelte van dit actuele boek over discriminatie in arbeid behandelt de algemene leerstukken. Het tweede gedeelte past deze leerstukken toe op de verschillende stadia van de arbeidsverhouding: werving, sollicitatie, beloning, promotie, arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden, ontslag, ontslagvergoeding en doorwerken na pensioen.

Peter Vas Nunes is auteur van het in 2018 verschenen standaardwerk *Gelijke behandeling in arbeid*.

De Bakelsreeks wordt uitgegeven vanwege het Bakelsinstituut. Het instituut, een gezamenlijk studiecentrum van de secties arbeidsrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam, de Rijksuniversiteit Groningen en een aantal advocatenkantoren, richt zich op het initiëren en uitvoeren van grensverkennend onderzoek op het terrein van het arbeidsrecht.

BAKELSREEKS

ISBN 978-94-6290-946-5

Boomjuridisch