

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 verslaving⁴ 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 gelijkbeloningsbeginsel en zijn relativisering 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 28 oktober 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 ontslagvolgorde²¹ 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 'Brusselsese' 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, RBSCR: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 ld 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.