

Pre-contractuele fase: (positieve) discriminatie bij sollicitatie

VvA

24 september 2024





Het is nog ver, maar we zijn er bijna





Hoopgevende stellingen voor vandaag

- Het recht geeft geen belemmering, maar mogelijkheden
- Het is niet zo moeilijk
- U kunt het beter maken



Waarom is het gelijke behandelingsrecht extra van belang in de sollicitatiefase?



Waarom is het gelijke behandelingsrecht extra van belang in de sollicitatiefase?





Geen arbeidsrecht, maar wel algemeen vermogensrecht

- Titel 10 van boek 7 BW niet van toepassing in deze fase.
Daarvoor is een arbeidsovereenkomst nodig
- Wel algemene vermogensrechtelijke regels van toepassing.
Plas/Valburg (NJ 1983/723). Zie arbeidsrechtelijk: Hof Den Haag
8 september 2006, JIN 2007/2
- Die bescherming levert niet veel op



Gelijke behandelingsrecht biedt wel (veel meer) bescherming

- Zo bepaalt artikel 5 lid 1 Awgb dat onderscheid verboden is bij:
 - a) de aanbidding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking;
 - b) arbeidsbemiddeling;
 - c) het aangaan van een arbeidsverhouding.



Uitgangspunt gelijke behandeling

- Gelijke gevallen gelijk behandelen; ongelijke gevallen ongelijk behandelen
- Kernbegrip: onderscheid (= nadeel):
 - direct
 - indirect
- Onderscheid is verboden, tenzij
 - wettelijke uitzondering (direct)
 - objectieve rechtvaardiging (indirect)



Direct onderscheid

- Direct onderscheid: indien iemand op grond van een hoedanigheid die het discriminatieverbod uitdrukkelijk noemt op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld
- Verboden, tenzij een specifieke wettelijke uitzondering. Gesloten systeem, de wetgever heeft de belangenafweging gemaakt



Indirect onderscheid

- Indirect onderscheid: als een verschil in behandeling is gebaseerd op andere dan de expliciet in het discriminatieverbod genoemde hoedanigheden, maar deze ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze in zijn uitwerking met name personen treft die tot de beschermde groep behoren
- Verboden, tenzij het onderscheid objectief gerechtvaardigd is



Objectieve rechtvaardiging

- drie vereisten:
 1. legitiem doel (voldoende zwaarwegend (beantwoordt aan een werkelijke behoefte van organisatie of noodzakelijke doelstellingen van sociaal beleid van de overheid) en vrij van discriminatie)
 2. passend middel (bereik je met het middel het doel?)
 3. noodzakelijk middel (kan het ook op een andere manier worden bereikt (subsidiariteit)? Is het niet buiten proportie (proportionaliteit)?)
- CRM volgt altijd keurig deze lijn, zie bijv.:
<https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2022-35>



Hoe ziet discriminatie in een vacaturetekst eruit?

Home



De juiste man.... op de juiste plaats!

Inschrijven als ZZP'er

Van Aken Timmerwerken B.V. is voor vele ZZP-ers een zeer betrouwbare partner. Voor u als ZZP'er zorgen wij in overleg voor passend werk.

Voor duurzame relaties met opdrachtgevers en met u als ZZP'er maken wij ons hard voor de juiste vakman op de juiste plaats.



Uw factuur wordt binnen 14 dagen na factuurdatum voldaan. Hierdoor ontstaat een prettige samenwerking die wij reeds uit ervaring met vele ZZP-ers hebben opgebouwd.

Wel vragen wij van u een geldige VAR-verklaring, kopie legitimatie en een kopie Kamer van Koophandel die niet ouder is dan 1 jaar.

Wilt u zich inschrijven als ZZP'er? [Klik dan hier](#) voor het invulformulier.



Bedrijfsprofiel

Aannemers

Contact

Uittreksel KvK

Verklaring Loon Belasting

G-Rekening overeenkomst

Open sollicitatie plaatsen

Inschrijven als ZZP'er

Algemene voorwaarden

Van Aken Timmerwerken
De Slof 46
Postbus 259 - 5100 AG Dongen
Tel: (0162) 69 32 50



Hoe ziet discriminatie in een vacaturetekst eruit?

Mag NIET:

- 'leeftijd: tussen de 23 en 35 jaar'
- Op zoek naar 'studenten'
- maximaal aantal jaar werkervaring
- op zoek is naar 'vrouwelijke collega's'
- 'dan ben jij onze man!'
- op zoek naar een 'enthousiaste jongen voor de woensdag/zaterdagmarkt'.

Mag WEL:

- Minimaal aantal jaren werkervaring
- Junior of senior functie



Hoe bewijst een sollicitant dat hij/zij is gediscrimineerd?

- Oordeel CRM 2024-36
- Werkgever wijst sollicitant af die solliciteert voor de functie van bewegingsagoog. Hij ontvangt een afwijzing op zijn sollicitatie met als reden dat de werkgever op zoek is naar kandidaten die werkervaring hebben met de doelgroep.
- Sollicitant denkt dat de afwijzing komt door zijn buitenlandse uiterlijk op de foto op zijn CV en door zijn buitenlands klinkende naam.
- Hoe bewijst de sollicitant discriminatie?



Bewijslastverdeling: de wet schiet te hulp

- Artikel 10 Awgb: “Indien degene die meent dat in zijn nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.”
- CRM: “Het is vaste oordelenlijn van het College dat procedures die onvoldoende inzichtelijk, controleerbaar en systematisch zijn, kunnen bijdragen aan het vermoeden van onderscheid.”
- Zodoende moet de werkgever vaak bewijzen dat geen sprake is van verboden onderscheid.



Bewijslastverdeling: de technologie schiet ook te hulp

- JAR 2018/96: “Werkneemster, er is besloten in overleg met L en B om jou contract niet te verlengen. De reden hiervoor is jou zwangerschap, door jou zwangerschap zou je 17 weken uit de roulatie zijn. Deze kosten kunnen als groep niet voor onze rekening nemen. (dont shoot the messenger)”



Wat zijn de gevolgen als een sollicitant is gediscrimineerd?





Wat zijn de gevolgen als een sollicitant is gediscrimineerd?

- Verplichting aangaan arbeidsovereenkomst?
- Schadevergoeding o.b.v. onrechtmatige daad.
- HvJ EU: een sanctie moet zodanig zijn dat zij “een daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming kan verzekeren”
- Materieel en immaterieel. Immaterieel deel vaak slechts EUR 5.000



Tussenconclusie o.b.v. stellingen

- **Het recht geeft geen belemmering, maar mogelijkheden**
Een sollicitant wordt beschermd en kan een werkgever aansprakelijk stellen
- **Het is niet zo moeilijk**
De bewijslastverdeling is zodanig, dat al snel de werkgever moet aantonen dat hij niet heeft gediscrimineerd
- **U kunt het beter maken**
Als rechtsbijstandverlener: via uw vordering (zet hoog in qua schadevergoeding en waarom niet een vordering tot aanbod van een arbeidsovereenkomst?)
Als rechter: door ofwel de werkgever te dwingen een arbeidsovereenkomst aan te bieden of serieuzere schadevergoedingen toe te kennen



Positieve discriminatie? Voorkeursbeleid!





Waar zitten we nu in het juridisch kader?

- Direct onderscheid
- Dus er moet een wettelijke uitzondering zijn
- En die zijn er voor de volgende situaties:
 - vrouwen (artikel 2 lid 3 AWGB)
 - etnische of culturele minderheidsgroepen (artikel 2 lid 3 AWGB)
 - gehandicapten of chronisch zieken (artikel 3 lid 1 onder c WgbH/CZ)
- Hoe zit dit met leeftijd? Want daar mag direct onderscheid worden gemaakt als sprake is van een objectieve rechtvaardiging (zie CRM 2023-94 oordeel hierna)



Relevante wettelijke bepalingen

- Artikel 2 lid 3 AWGB: Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet, indien het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke nadelen verband houdende met de gronden ras of geslacht op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.
- Artikel 3 lid 1 onder c WgbH/CZ: Het verbod van onderscheid geldt niet indien het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft personen met een handicap of chronische ziekte een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke nadelen verband houdende met de gronden handicap of chronische ziekte op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.



Europese regels

- 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 3 richtlijn 2006/54 (voorheen: art. 2 lid 4 richtlijn 76/207)
Positieve maatregelen
De lidstaten kunnen maatregelen in de zin van artikel 141, lid 4, van het Verdrag, handhaven of aannemen om volledige gelijkheid in de praktijk tussen mannen en vrouwen in het beroepsleven te waarborgen.



Europese regels

- Artikel 7 (kader)richtlijn 2000/78:
Positieve acties en specifieke maatregelen
 1. Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen verband houdende met een van de in artikel 1 genoemde gronden te voorkomen of te compenseren.
 2. Met betrekking tot personen met een handicap vormt het beginsel van gelijke behandeling geen beletsel voor het recht van de lidstaten om maatregelen te handhaven of vast te stellen ter bescherming van de gezondheid en de veiligheid op de arbeidsplek, noch voor maatregelen die erop gericht zijn om voorzieningen of faciliteiten te scheppen of te handhaven om de opnemings van personen met een handicap in het arbeidsproces te behouden of te bevorderen.



VN Vrouwenverdrag

- Artikel 4 lid 1 VN Vrouwenverdrag:

Positieve actie

1. Wanneer de Staten die partij zijn bij dit Verdrag, tijdelijk bijzondere maatregelen treffen die zijn gericht op versnelling van feitelijke gelijkstelling van mannen en vrouwen wordt dit niet beschouwd als discriminatie, als omschreven in dit Verdrag, maar het mag geenszins leiden tot handhaving van ongelijke of afzonderlijke normen; deze maatregelen dienen buiten werking te worden gesteld zodra de doelstellingen ter zake van gelijke kansen en gelijke behandeling zijn verwezenlijkt.



Relevante Europese rechtspraak

- Kalanke-arrest (JAR 1995/234): art. 2 lid 4 richtlijn 76/207 restrictief uitleggen. Regelingen die vrouwen een absoluut voordeel geven bij benoemingen en promoties gaan te ver.
- Arresten Badeck (JAR 2000/104) en Abrahamsson en Anderson (JAR 2000/194): aan vrouwen mag voorrang worden verleend voor een bepaalde positie als (1) sprake is van (vrijwel) gelijkwaardige kwalificaties en (2) de beoordeling objectief plaatsvindt en rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle sollicitanten.



Voorkeursbeleid: 5 voorwaarden CRM

1. **Legitiem doel.** Het doel van het voorkeursbeleid moet zijn dat beoogd wordt de achtergestelde groep in een bevoorrechte positie te plaatsen om feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen.
2. **De eis van aantoonbare achterstand.** De achterstand moet worden aangetoond, waarbij de achterstand moet worden gerelateerd aan het beschikbare aanbod.
3. **Het kenbaarheidsvereiste.** Bij de aanbieding van de functie moet duidelijk worden vermeld dat verweerster een voorkeursbeleid voert en dat de vacature voor iedereen open staat.
4. **Het zorgvuldigheidsvereiste.** Er dient een objectieve beoordeling van alle kandidaten plaats te vinden, waarbij rekening wordt gehouden met de mate waarin ieder van de kandidaten aan de functie-eisen voldoet. Benoeming van een kandidaat uit de voorkeursgroep kan alleen plaatsvinden bij gelijke geschiktheid van die kandidaat. Een absolute en onvoorwaardelijke uitsluiting van een groep is in beginsel niet toegestaan.
5. **Het evenredigheidsvereiste.** Het onderscheid dat wordt gemaakt met de maatregel dient in redelijke verhouding te staan tot het doel. Dit houdt in dat de voorkeursmaatregel moet kunnen worden gerechtvaardigd door de mate van achterstand.



TU Eindhoven zaken (CRM)

- Maar eerst de TU Delft: Oordeel 2012-195: geen verboden onderscheid (JAR 2013/41, m.nt. E. Cremers-Hartman)
- TU Eindhoven Oordeel 2020-53: verboden onderscheid (JAR 2020/166, m.nt. M.S.A. Vegter)
- TU Eindhoven Oordeel 2021-19: geen verboden onderscheid
CRM laat in uitzonderlijke omstandigheden onverkorte toepassing van voornoemde vereisten achterwege indien dit noodzakelijk is ter verwezenlijking van volledige gelijkheid tussen mannen en vrouwen, de mate van achterstand dit rechtvaardigt en de maatregelen die worden genomen om die achterstand te bestrijden niet onevenredig zijn.
- Waarom verschillende uitkomsten? Mocht het verder gaan?
- Oordeel 2023-8: niet aangetoond uitzonderlijke situatie, dus verboden



Ook zaken over voorkeursbeleid anders dan gericht op vrouwen

- CRM Oordeel 2022-40:
Het College overweegt niettemin dat een voorkeursbeleid voor personen uit etnische of culturele minderheidsgroepen (dus op grond van ras) zoveel mogelijk dient te voldoen aan dezelfde criteria die gelden voor een voorkeursbeleid op grond van geslacht (vergelijk Commissie Gelijke Behandeling 8 juli 2011, 2011-108, overweging 3.18).
- Artikel 2 Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie:
De Staten die partij zijn bij dit Verdrag veroordelen rassendiscriminatie en nemen de verplichting op zich onverwijld en met alle daarvoor in aanmerking komende middelen een beleid te zullen voeren dat erop is gericht alle vormen van rassendiscriminatie uit te bannen en een goede verstandhouding tussen alle rassen te bevorderen en, met het oog daarop (...)



Ook zaken over voorkeursbeleid anders dan gericht op vrouwen

- CRM Oordeel 2023-94:

In de vacature staat onder een kopje ‘Speciale profielkenmerken’ vermeld: “Gezien de huidige samenstelling van de Raad gaat de voorkeur uit naar een jongere kandidaat (max. 40) en/of iemand met een migratieachtergrond, die het perspectief van de Raad kan verbreden.” Ook staat in de vacature vermeld: “Punt Speciaal is een onderwijsgroep die vanuit haar doelstelling en opdracht intrinsiek overtuigd is van de waarde van verschillen en van een inclusieve cultuur. Bij voorkeur weerspiegelt de Raad van Toezicht deze diversiteit. Gezien de huidige samenstelling van de Raad van Toezicht, nodigen wij met name jonge (<40) en bi-culturele kandidaten uit hun belangstelling kenbaar te maken. (...)

Het College overweegt dat verweerster geen onderscheid op grond van leeftijd heeft gemaakt door in de vacature te vermelden dat met name jonge kandidaten onder de 40 jaar worden uitgenodigd om hun belangstelling kenbaar te maken. Het uitnodigen van een met name genoemde groep personen betekent geenszins dat andere personen niet welkom zouden zijn en/of op een andere wijze zouden worden behandeld (zie ook College voor de Rechten van de Mens 24 april 2012, 2012-72, overweging 3.10).



Ook zaken over voorkeursbeleid anders dan gericht op vrouwen

- CRM Oordeel 2023-94:
Met de vermelding dat de voorkeur uitgaat naar een jongere kandidaat (van maximaal 40 jaar oud) heeft verweester direct onderscheid op grond van leeftijd gemaakt. Hiermee toont verweester dat een kandidaat onder de 40 jaar voorrang zal krijgen boven een kandidaat die ouder is dan 40 jaar.

Het verbod van onderscheid geldt niet als het onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (artikel 7, eerste lid, aanhef en onderdeel c, WGBL). Als aan deze voorwaarden is voldaan, levert het onderscheid geen strijd op met de WGBL.

Het College concludeert dat het gemaakte onderscheid op grond van leeftijd objectief is gerechtvaardigd en niet is verboden.



Ook zaken over voorkeursbeleid anders dan gericht op vrouwen

- CRM Oordeel 2023-94:
Het College overweegt, met verwijzing naar overweging 4.4., dat verweerster geen onderscheid op grond van ras heeft gemaakt door in de vacature te vermelden dat met name bi-culturele kandidaten worden uitgenodigd om hun belangstelling kenbaar te maken. Het College is, in lijn met wat het College in overweging 4.5. in het kader van de WGBL heeft overwogen, van oordeel dat verweerster door de term voorkeur te gebruiken wel direct onderscheid heeft gemaakt op grond van ras bij de werving en selectie (artikel 1, eerste lid, onder b, AWGB).

Op grond van het voorgaande concludeert het College dat verweerster een geslaagd beroep heeft kunnen doen op artikel 2, derde lid, AWGB. Verweerster heeft dan ook geen verboden onderscheid op grond van ras jegens verzoeker gemaakt.



Wet voor meer evenwicht tussen het aantal mannen en vrouwen in de top van het bedrijfsleven

- Hard diversiteitsquotum bij benoeming leden RvC beursvennootschap. 1/3 moet vrouw (en minimaal 1/3 man) zijn bij nieuwe benoeming. Benoeming die niet evenwichtiger maakt is nietig.
- Streefcijfers bestuur, RvC en subtop en plan van aanpak door grote (beurs)vennootschap
- Is wet in lijn met Europese rechtspraak?



Pleidooi voor afschaffing zorgvuldigheidsvereiste als vereiste

- R. van Arkel, 'Voorkeursbeleid: meer ruimte voor werkgevers', TRA 2023/93:

Mijns inziens is het tijd voor aanpassing van de criteria, omdat de achterstanden blijven bestaan. Op grond van de door het College van de Rechten van de Mens genoemde argumenten om – in uitzonderlijke situaties – ruimte te bieden voor afwijking van de vereisten die voortvloeien uit de Europese rechtspraak en de argumenten die de regering heeft gehanteerd om tot invoering van de Wet ingroeiquotum en streefcijfers over te gaan (zie paragraaf 5), welke argumenten grotendeels gelijk zijn, meen ik dat er grond bestaat om meer ruimte te bieden om voorkeursbeleid te voeren. Concreet is mijn voorstel om dit te doen door het criterium van het zorgvuldigheidsvereiste te schrappen.



Voorkeursbeleid: hopelijk straks 4 voorwaarden CRM...

1. **Legitiem doel.** Het doel van het voorkeursbeleid moet zijn dat beoogd wordt de achtergestelde groep in een bevoorrechte positie te plaatsen om feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen.
2. **De eis van aantoonbare achterstand.** De achterstand moet worden aangetoond, waarbij de achterstand moet worden gerelateerd aan het beschikbare aanbod.
3. **Het kenbaarheidsvereiste.** Bij de aanbieding van de functie moet duidelijk worden vermeld dat verweerster een voorkeursbeleid voert en dat de vacature voor iedereen open staat.
4. **Het zorgvuldigheidsvereiste.** Er dient een objectieve beoordeling van alle kandidaten plaats te vinden, waarbij rekening wordt gehouden met de mate waarin ieder van de kandidaten aan de functie-eisen voldoet. Benoeming van een kandidaat uit de voorkeursgroep kan alleen plaatsvinden bij gelijke geschiktheid van die kandidaat. Een absolute en onvoorwaardelijke uitsluiting van een groep is in beginsel niet toegestaan.
5. **Het evenredigheidsvereiste.** Het onderscheid dat wordt gemaakt met de maatregel dient in redelijke verhouding te staan tot het doel. Dit houdt in dat de voorkeursmaatregel moet kunnen worden gerechtvaardigd door de mate van achterstand.



Tussenconclusie o.b.v. stellingen

- **Het recht geeft geen belemmering, maar mogelijkheden**
Werkgever mag voorkeursbeleid voeren en daarbinnen is veel mogelijk
- **Het is niet zo moeilijk**
Bepaal binnen welke onderdelen sprake is van een hardnekkige achterstand en stel daar 50/70% van de/bepaalde vacatures alleen nog open voor vrouwen (of een andere achtergestelde groep), voor zolang de achterstand voortduurt
- **U kunt het beter maken**
Als rechtsbijstandverlener: durf een werkgever te adviseren de grenzen op te zoeken (gaat er echt iemand naar de rechter?)
Als rechter: laat het zorgvuldigheidsbeginsel vallen



We zijn er bijna...





Vragen?

Ruben van Arkel

ruben@sparkeladvocatuur.nl

0612508105

0707852744