



Commissie **Gelijke** Behandeling

Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake
**het stellen van voorwaarden aan het wervings- en selectiebeleid van organisaties die
taken voor de gemeente uitvoeren**

Advies aan de gemeente Amsterdam

CGB-advies 2010-1

Januari 2010



Commissie Gelijke Behandeling

Advies aan de gemeente Amsterdam¹

Met betrekking tot het stellen van voorwaarden aan het wervings- en selectiebeleid van organisaties die taken voor de gemeente uitvoeren

I Inleiding: de adviesvragen

De strekking van de in de gemeenteraad aangenomen 'motie Flos' lijkt het voorkomen van een eenzijdig naar religie, politieke gezindheid, culturele achtergrond of afkomst samengesteld personeelsbestand, van organisaties die door de gemeente gefinancierde taken uitvoeren ten behoeve van *alle* Amsterdammers. Hoofddregel van de gelijkebehandelingswetgeving is dat werkgevers zo'n selectie op in de wet genoemde gronden niet mogen maken, omdat zij daarmee discrimineren. Daarop zijn uitzonderingen mogelijk. Het kan voor de gemeente een oplossing zijn om in de overeenkomsten met organisaties de voorwaarde op te nemen dat zij zich voor hun wervings- en selectiebeleid aan de spelregels van de gelijkebehandelingswetgeving houden. De contouren van die spelregels vindt u onder geschetst.

Hieronder staan allereerst de vragen die door de gemeente Amsterdam aan de Commissie Gelijke Behandeling (hierna: de CGB) zijn voorgelegd i.v.m. de uitvoering van de motie Flos.

1. Wanneer komt een werkgever in strijd met de gelijkebehandelingswetgeving, als deze in zijn wervings- en selectiebeleid selecteert op godsdienst (of levensovertuiging), politieke gezindheid, geslacht, seksuele gerichtheid of (etnische) afkomst? In samenhang daarmee:
2. Welke voorwaarden mag een gemeente stellen aan organisaties met wie zij een relatie aangaat m.b.t. het aanbieden van diensten (aan de gemeente), aangaande de selectie van personeel van deze organisaties?
3. Kan de gemeente bij het verstrekken van subsidies aan organisaties die voor haar diensten verzorgen en/of bij het aangaan van overeenkomsten met aanbieders van diensten, de eis stellen dat een dergelijke organisatie zich onthoudt van godsdienstige of politieke 'wervings- of bekeringsactiviteiten' onder het Amsterdamse publiek tot wie deze organisatie zich richt bij de uitvoering van de met de gemeente Amsterdam overeengekomen diensten?

Reikwijdte van de wet.

Met betrekking tot de *tweede vraag* moet allereerst worden opgemerkt dat de organisaties met wie de gemeente contracteert een dienst aanbieden aan de gemeente; de gemeente is in die situatie afnemer van een dienst en kan als niet gelden als normadressaat van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Artikel 7 AWGB verbiedt onderscheid bij het aanbieden van goederen en diensten; onderscheid bij het afnemen van diensten is niet in de gelijkebehandelingswetgeving verboden. De gelijkebehandelingswetgeving kent dus geen norm die toepasbaar is op de in de vraag voorgelegde situatie.

Ook de *derde vraag* aangaande de eisen die de gemeente aan het verstrekken van subsidies aan organisaties die zorg- en welzijnstaken verrichten, is voor de CGB moeilijk te beantwoorden. Ook hier stuit de CGB op de grenzen van de reikwijdte van de wet. Het betreft

¹ Het betreft hier de geformaliseerde versie van de digitale versie van het advies dat de CGB aan de gemeente Amsterdam (DMO) heeft uitgebracht op 28 januari 2010. Met het uitbrengen van deze geformaliseerde, schriftelijke versie, is de eerste versie komen te vervallen.



Commissie Gelijke Behandeling

hier namelijk (voorwaarden voor) subsidieverlening die gelden als 'eenzijdig overheidshandelen'.²

Niettemin zal de CGB ook aan deze tweede en derde vraag enige aandacht besteden.

II Beantwoording van de vragen 1.en 2.

De motie roept de gemeente op om bij aangaan van overeenkomsten met organisaties te verbieden dat deze organisaties 'eenzijdig personeel' aannemen. Het zal hier mogelijk gaan om een overeenkomst van opdracht³. De gemeente heeft geconstateerd dat een dergelijk verbod een discriminerend effect kan hebben. De eenvoudigste oplossing om aan de wens van de gemeenteraad tegemoet te komen en te voorkomen dat er in strijd met de wet wordt gehandeld, is om van de desbetreffende organisaties te verlangen dat zij zich in hun wervings- en selectiebeleid houden aan de gelijkebehandelingswetgeving. Deze kent overigens een aantal expliciet toegestane uitzondering. Indien er bij de werving en selectie geen onderscheid plaatsvindt op grond van irrelevante kenmerken en er slechts op kwaliteit wordt geselecteerd, zal het resultaat naar verwachting een divers samengesteld personeelsbestand zijn.⁴ Tevens kent de wet een aantal expliciet toegestane uitzonderingen op het verbod van onderscheid om, indien er sprake is van een achterstand van vrouwen, etnische minderheidsgroepen of gehandicapten in een organisatie, de voorkeur te geven aan een sollicitant behorende tot een van deze groepen.

De gemeente mag van organisaties wier diensten zij 'inhuurt', vragen dat deze zich aan de gelijkebehandelingswetgeving houden. De gelijkebehandelingswetgeving verbiedt in artikel 5, eerste lid, onderdeel a, AWGB, in samenhang met artikel 1 AWGB werkgevers onderscheid te maken op grond van onder meer godsdienst en levensovertuiging, politieke gezindheid en ras (etnische afkomst), geslacht en seksuele gerichtheid bij de aanbidding van een betrekking en bij de behandeling van de vervulling van een openstaande betrekking. De werkgever maakt bij werving en selectie op de genoemde gronden direct onderscheid als bedoeld in artikel 1 AWGB. Dit is verboden, *tenzij er in de wet een uitzondering wordt gemaakt op dit verbod van onderscheid*. De wet maakt een uitzondering op dit verbod op onderscheid voor slechts een beperkt aantal situaties wanneer wordt geselecteerd op een persoons- of groepskenmerk.

Twee daarvan zijn in het bijzonder relevant voor de gemeente Amsterdam, die wordt geconfronteerd met het dilemma dat zij enerzijds graag de pluriformiteit van de regio Amsterdam weerspiegeld ziet in de organisaties die de gemeente wil inzetten voor het uitvoeren van bepaalde taken en anderzijds er bevreesd voor is dat deze organisaties hun eigen overtuiging zullen uitdragen. Dit is de achtergrond van de motie Flos. De AWGB kent voor het verbod van onderscheid bij de arbeid, ook voor de werving en selectie, voor de gronden godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid wettelijke uitzonderingen. In de bijlage worden deze uitzonderingen uitvoerig behandeld, hieronder worden zij kort beschreven.

² Een uitzondering hierop, neergelegd in artikel 7a AWGB, geldt voor de grond ras m.b.t. sociale bescherming, maar is hier niet aan de orde.

³ De gemeente kan uiteraard ook in haar subsidievoorwaarden bepalingen opnemen met betrekking tot het handelen van (bijvoorbeeld) welzijnsstichtingen met wie zij een subsidierelatie aangaan. Dit blijft bij de beantwoording van dit onderdeel buiten beschouwing.

⁴ Dit veronderstelt wel een gevarieerd aanbod. Dat is er wellicht niet in beroepen of sectoren die traditioneel gedomineerd worden door een bepaalde groep - in ons land gaat het daarbij meestal om 'typische' mannen- en vrouwenberoepen en sectoren. Voorbeelden hiervan zijn de zorgsector als een door vrouwen gedomineerde sector en de bouw als een door mannen gedomineerde sector.



Commissie Gelijke Behandeling

In artikel 5, tweede lid, AWGB⁵ is bepaald dat instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag de vrijheid toekomen om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Een soortgelijke uitzondering voor instellingen op politieke grondslag is in onderdeel b van hetzelfde artikellid neergelegd.

Of een werkgever met recht een beroep kan doen op deze wettelijke uitzonderingsbepaling dient te worden beoordeeld aan de hand van:

- a. de grondslag van de instelling en de consistentie van het gevoerde beleid ter handhaving van de identiteit;
- b. de noodzaak (van het stellen) van de onderscheidmakende functie-eisen; en
- c. het antwoord op de vraag of deze eisen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

Als - cumulatief - aan deze voorwaarden is voldaan, kan het beroep op voornoemde uitzonderingsbepaling slagen (zie bijvoorbeeld: CGB 16 april 2007, oordeel 2007-61).

Daarnaast staat de gelijkebehandelingswetgeving ook een beperkt aantal uitzonderingen toe op het verbod op onderscheid naar geslacht en ras (etnische afkomst) bij de werving en selectie. In artikel 2, tweede lid, AWGB is bepaald dat het in de wet neergelegde verbod van onderscheid op grond van geslacht niet geldt in gevallen waarin het geslacht bepalend is en in gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, met name in verband van zwangerschap en moederschap.

Met betrekking tot de grond ras is in het vierde lid van dat artikel een vergelijkbare uitzondering opgenomen voor gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn.

Deze uitzonderingen zijn nader uitgewerkt in het Besluit gelijke behandeling en in het Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn. In deze besluiten is een beperkt aantal, duidelijk af te bakenen situaties onderscheiden waarin het geslacht dan wel het ras bepalend is; een werkgever kan aan het begrip ras- of geslachtbepaaldheid geen eigen invulling geven.

Tot slot bestaat er een wettelijke uitzondering voor de gronden ras, geslacht en handicap/chronische ziekte (let wel: niet voor godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid) om een voorkeursbeleid te kunnen voeren. Deze uitzondering op het verbod van onderscheid naar ras en geslacht is opgenomen in artikel 2, derde lid, AWGB. Het gebruik van voorkeursbehandeling van genoemde groepen staat de wet toe voor slechts één doel: opheffing dan wel vermindering van (structurele) achterstand. Dat betekent dat het hanteren van een voorkeursbeleid louter om een meer 'diverse' organisatie te worden of louter een betere afspiegeling van de samenleving te worden, niet is toegestaan. Wel kan voorkeursbeleid meer diversiteit of een betere afspiegeling tot effect hebben en daarmee bijdragen aan die doelen. Voorkeursbeleid is bovendien uitsluitend toegestaan als maatregel van tijdelijke aard. Daarom moet voorkeursbeleid voortdurend worden geëvalueerd. Om na te gaan of de achterstand reeds opgeheven dan wel sterk verminderd is. Als dat het geval is, moet het beleid worden beëindigd.

⁵ In artikel 3 AWGB is bepaald dat deze wet niet van toepassing is op rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en op het geestelijk ambt. Deze bepaling blijft in het voorliggend advies buiten beschouwing.



Commissie Gelijke Behandeling

Voor de grond seksuele gerichtheid bestaat geen wettelijke uitzondering die vergelijkbaar is met de bovenstaande uitzonderingen.

De conclusie moet luiden dat de hoofdregel uit de gelijkebehandelingswetgeving is dat een organisatie bij de werving en selectie van personeel geen onderscheid mag maken op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht en seksuele gerichtheid. De wettelijke uitzonderingen zijn talrijk, maar in de praktijk zullen deze uitzonderingen slechts zelden van toepassing zijn.

In de bijlage zijn de wettelijke uitzonderingen uitvoerig toegelicht.



Commissie Gelijke Behandeling

III Beantwoording van vraag 3.

Kan de gemeente bij het verstrekken van subsidies aan organisaties die voor haar diensten verzorgen en/of bij het aangaan van overeenkomsten met aanbieders van diensten, de eis stellen dat een dergelijke organisatie zich onthoudt van godsdienstige of politieke 'wervings- of bekeringsactiviteiten' onder het Amsterdamse publiek tot wie deze organisatie zich richt bij de uitvoering van de met de gemeente Amsterdam overeengekomen diensten?

Zoals in de inleiding vermeld is de gelijkebehandelingswetgeving niet van toepassing op de subsidievoorwaarden die een gemeente stelt aan een organisatie met wie zij een subsidierelatie aangaat.

Het lijkt voor de hand te liggen dat een gemeente in haar subsidievoorwaarden kan opnemen dat een organisatie bij het uitvoeren van de gesubsidieerde taken geen wervingsactiviteiten of bekeringsactiviteiten onderneemt. Zo kent de gemeente Utrecht een bepaling dat de gemeente slechts activiteiten subsidieert "die geen specifieke politiek, godsdienstige of levensbeschouwelijke vorming beogen of feitelijk betreffen."

De vraag of dergelijke subsidievoorwaarde op bestuursrechtelijke bezwaren stuit, ligt buiten de specifieke deskundigheid van de CGB.

De gemeente kan aan een overeenkomst van opdracht met een organisatie de voorwaarde verbinden dat een organisatie bij het uitvoeren van de opgedragen taken geen wervingsactiviteiten of bekeringsactiviteiten onderneemt. Zij mag van haar contractanten immers verlangen dat een organisatie zich bij de uitvoering van diensten beperkt tot de afgesproken taken. Ook hier geldt dat er sprake is van een rechtsgebied (contractenrecht) waarop de Commissie gelijke behandeling niet deskundig is.



Wettelijke bepalingen met betrekking tot het verbod op onderscheid inclusief wettelijke uitzonderingen, per grond.

1. Selectie van personeel op grond van godsdienst, levensbeschouwing of politieke gezindheid

De eerste uitzonderingen op het wettelijk discriminatieverbod bij de werving en selectie, voor de gronden godsdienst/ levensovertuiging en politieke gezindheid, zijn neergelegd in artikel 5, tweede, vierde en vijfde lid, AWGB.⁶

In artikel 5, tweede lid, onderdeel a, AWGB is een uitzondering op het verbod van direct onderscheid op grond van godsdienst opgenomen. Hierin is bepaald dat instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag de vrijheid toekomt om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Een soortgelijke uitzondering is voor instellingen van bijzonder onderwijs in onderdeel c van hetzelfde artikellid neergelegd. Deze uitzondering met betrekking tot het onderwijs blijft in dit advies goeddeels buiten beschouwing.

Voor instellingen op politieke grondslag is in onderdeel b bepaald dat instellingen op politieke grondslag eisen mogen stellen die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Daarnaast is in het vierde en vijfde lid van artikel 5 bepaald dat het verbod van onderscheid niet geldt op eisen met betrekking tot de politieke gezindheid die in redelijkheid kunnen worden gesteld in verband met de vervulling van functies in bestuursorganen en adviesorganen (vierde lid) en op eisen met betrekking tot de politieke gezindheid die in redelijkheid kunnen worden gesteld in verband met de vervulling van vertrouwensfuncties (vijfde lid).

Of een instelling met recht een beroep kan doen op de wettelijke uitzonderingsbepalingen dient te worden beoordeeld aan de hand van de grondslag van de instelling, de noodzaak (van het stellen) van de onderscheidmakende eis en het antwoord op de vraag of de eis leidt tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Als – cumulatief – aan deze voorwaarden is voldaan, kan het beroep op voornoemde uitzonderingsbepalingen slagen (zie bijvoorbeeld CGB 14 april 2009, 2009-29 of CGB 16 april 2007, oordeel 2007-61) en is het gemaakte onderscheid dus niet verboden.

Grondslag

Een instelling bepaalt (uiteraard) zelf haar grondslag. Bij de vaststelling of de uitzondering van toepassing is, heeft de Commissie niet tot taak de grondslag te beoordelen. De Commissie beoordeelt slechts of sprake is van een instelling op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag wat blijkens de statuten de grondslag is van die instelling, en of in de kwestie die aan de orde is aan die instelling een beroep toekomt op de genoemde

⁶ In artikel 3 AWGB is bepaald dat deze wet niet van toepassing is op rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en op het geestelijk ambt. Deze bepaling blijft in het voorliggend advies buiten beschouwing.



Commissie Gelijke Behandeling

uitzonderingen. Heeft de instelling een dergelijke grondslag niet, dan komt deze geen beroep op de wettelijke uitzondering toe.

Noodzaak

In dit kader onderzoekt de Commissie of de gestelde functie- eis – te weten dat de sollicitant een bepaalde geloofsopvatting moet hebben - gelet op het doel van de instelling nodig is voor de vervulling van de specifieke functie. Hierin wordt onder meer beoordeeld hoe een instelling invulling geeft aan haar grondslag en of deze consequent en consistent is in het toepassen van haar beleid. Blijkt het stellen van een dergelijke eis niet noodzakelijk voor de specifieke functie, dan komt de instelling geen beroep op de uitzondering toe.

Het enkele feit

Om met succes een beroep te kunnen doen op de uitzondering geldt tot slot de eis dat het personeels- en toelatingsbeleid dat wordt gehanteerd, niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, of burgerlijke staat.

Conclusie

Uit het bovenstaande volgt dat indien de ingehuurd werkgever de concrete wettelijke voorwaarden van de wet in acht neemt, deze in beginsel *niet* in strijd met de wet handelt indien hij voor de functie een persoon aanstelt met een bepaalde godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke overtuiging. Dit impliceert dat een *categorisch* verbod aan instellingen die de gemeente inhuurt om bij haar personeelsbeleid geen onderscheid te maken naar godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, geen eis is van de gelijkebehandelingswetgeving.

Zo heeft de Commissie aan de hand van de bovenvermelde criteria geoordeeld dat in een zaak waarin een vrouw had gesolliciteerd bij een protestants-christelijke school voor de functie van roostermaker en deze godsdienst zelf niet beleeft, de noodzakelijkheid voor het hanteren van de onderscheidmakende functie-eis voor de betreffende functie van roostermaker niet is gebleken en dat het beroep van de school op de uitzondering van artikel 5, tweede lid, onderdeel c, AWGB niet kon slagen (CGB 15 juni 2005 oordeel 2005-102). In een andere zaak doe de CGB beoordeelde, nam een Christelijke vakbond voor beleidsbepalende en beleidsuitvoerende functies slechts christenen aan. De bond wijst een sollicitante af voor een dergelijke functie, omdat zij niet christelijk is. Dit directe onderscheid op grond van godsdienst is, zo oordeelde de Commissie, echter niet verboden, om de volgende redenen: verweerster is een instelling op godsdienstige grondslag, de functie-eis dat de kandidaat een christelijke geloofsovertuiging heeft is noodzakelijk voor het doel van verweerster, en er is sprake van een vast en op het doel van verweerster berustend beleid, dat consequent is gericht op het handhaven van die christelijke identiteit (CGB 6 november 2006, oordeel 2006-218).

II. Selectie van personeel op grond van ras (etnische afkomst)

De gelijkebehandelingswetgeving staat ook een beperkt aantal wettelijke uitzonderingen toe op het verbod op onderscheid naar ras (etnische afkomst) bij de werving en selectie. Deze uitzonderingen zijn neergelegd in artikel 2, derde en vierde lid AWGB.

Voorkeursbeleid

Een eerste wettelijke uitzondering op het verbod op onderscheid op grond van etnische afkomst/ras die relevant is voor de vraag van de gemeente, maakt de gelijkebehandelingswetgeving i.v.m. de mogelijkheid van het voeren van een voorkeursbeleid voor leden van etnische of culturele minderheidsgroepen. In artikel 2, derde lid van de wet is bepaald dat het verbod van onderscheid niet geldt, indien het onderscheid een specifieke



Commissie Gelijke Behandeling

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.

Van belang is dat de wet een voorkeursbeleid voor etnische of culturele minderheidsgroepen niet verplicht stelt maar daar de mogelijkheid toe biedt.

Indien een werkgever gebruik wil maken van de wettelijke mogelijkheid tot het voeren van een voorkeursbeleid voor leden van etnische of culturele minderheidsgroepen, moet deze voldoen aan een aantal strikte wettelijke voorwaarden. Deze zijn:

- Achterstandsvereiste; (aantoonbare achterstand),
- zorgvuldigheidsvereiste (objectieve en zorgvuldige beoordeling o.g.v. individuele kwaliteiten),
- evenredigheidsvereiste (de voorkeursmaatregel moet in een redelijke verhouding staan tot het nagestreefde doel van achterstandsvermindering)
- kenbaarheidsvereiste

De eis van zorgvuldigheid, die ontleend is aan EU-recht, houdt in dat alle sollicitanten beoordeeld moeten worden op hun (individuele) kwaliteiten en dat aan een lid van etnische of culturele minderheidsgroep alleen de voorkeur mag worden gegeven 'bij gelijke geschiktheid'. Dit impliceert dat een quoteringsbeleid voor etnische minderheden waarbij leden van deze groep 'automatisch' voorrang krijgen op grond van hun afkomst en waarbij hun geschiktheid niet vergelijkenderwijs met die van andere kandidaten wordt beoordeeld, niet is toegestaan. Pas als aan de bovengenoemde voorwaarden wordt voldaan, handelt een werkgever niet in strijd met de wet en mag hij in dat geval personen van een bepaalde etnische afkomst aanstellen/ in dienst nemen.

Ingeval een werkgever een functie reserveert voor bijvoorbeeld personen van een bepaalde afkomst of culturele achtergrond, is er geen sprake van voorkeursbeleid omdat dit niet voldoet aan de wettelijke vereisten. Bij voorkeursbeleid is het onder meer van belang dat de functie voor iedereen openstaat en dat alle kandidaten objectief worden beoordeeld op grond van hun kwaliteiten. Een dergelijk reserveringsbeleid zou dan ook in strijd zijn met de wet.

Rasbepaaldheid

Een tweede uitzondering op het verbod op onderscheid naar ras - die echter niet direct relevant lijkt voor de vragen van de gemeente - is het maken van onderscheid in de volgende gevallen:

- a. In gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is (artikel 2, vierde lid, onderdeel a, AWGB), of
- b. indien het onderscheid betrekking heeft op uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon en vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem is en het vereiste evenredig aan dat doel is (artikel 2, vierde lid, onderdeel b, AWGB).

Ter uitwerking van artikel 2, vierde lid, AWGB worden in het Besluit gelijke behandeling de gevallen, waarin ras bepalend is, limitatief opgesomd. Als gevallen die vallen onder deze uitzondering, worden de volgende categorieën genoemd:

- a. de uitoefening van het beroep of de activiteit van acteur, danser of kunstenaar, voor zover het beroep of de activiteit betrekking heeft op het vertolken van een bepaalde rol;
- b. de uitoefening van het beroep of de activiteit van mannequin die bepaalde kledingstukken moet tonen door deze te dragen, van model voor beeldend kunstenaars, fotografen, cineasten,



Commissie Gelijke Behandeling

kappers, grimeurs en schoonheidsspecialisten, voor zover in redelijkheid eisen kunnen worden gesteld aan uiterlijke kenmerken;

c. de deelname aan schoonheidswedstrijden voor zover met het ras van een persoon samenhangende kenmerken van belang zijn in verband met het doel van de wedstrijd;

d. het verlenen van diensten die uitsluitend kunnen worden verleend aan personen met bepaalde uiterlijke kenmerken.

Het bovenstaande betekent dat ingeval een werkgever beroep doet op rasbepaaldheid van een functie en deze komt niet voor in de bovenstaande opsomming van beroepsactiviteiten, dat de werkgever verboden onderscheid maakt op grond van ras bij de werving en selectie door uitsluitend personen van een bepaalde afkomst te noemen. Zo mag een werkgever niet op zoek gaan naar een Marokkaan om daarmee de doelgroep gemakkelijk te kunnen bereiken, of in verband met de hulpverlening aan cliënten van bepaalde etnische afkomst personen te werven die afkomstig zijn uit deze doelgroep. Deze categorieën worden immers niet genoemd in de AWGB. Een werkgever mag daarentegen wel op zoek gaan naar een zwarte acteur voor het vervullen van de rol van Nelson Mandela in een toneelstuk (zie hiervoor bijvoorbeeld CGB 10 juli 2008, 2008- 87 en 11 september 1997, 1997-99).

III. Selectie van personeel op grond van geslacht

Voorkeursbeleid

Een eerste uitzondering op het verbod op onderscheid naar geslacht maakt de wet met het oog op het voeren van een voorkeursbeleid voor vrouwen. Net zoals ten aanzien van etnische minderheidsgroepen, geldt dat ook het verbod van onderscheid niet geldt, indien het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft vrouwen 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. Ook ingeval voorkeursbeleid ten aanzien van vrouwen wordt gevoerd, dient getoetst te worden aan de criteria van:

- achterstandsvereiste,
- zorgvuldigheidsvereiste,
- evenredigheidsvereiste
- kenbaarheidsvereiste

Voorkeursbehandeling is uitsluitend van toepassing op vrouwen en niet op mannen – omdat mannen, anders dan vrouwen, niet in een positie van (structurele) achterstand verkeren – en mag uitsluitend worden gebruikt voor het doel van het opheffen van achterstand. Een beleid, gericht op het ‘evenredig’ maken van de verhouding man/vrouw, jong/oud en autochtoon/allochtoon, is derhalve in beginsel strijdig met de wetgeving gelijke behandeling. Een dergelijk representativiteits- of afspiegelingsbeleid kan ook niet zonder meer worden gelijkgesteld met voorkeursbeleid, als bedoeld in de wettelijke uitzondering. Dit betekent dat een doelgroepenbeleid, gericht op het bewerkstelligen van een goede afspiegeling, niet zonder meer de toets kan doorstaan van de eisen die gelden voor een voorkeursbeleid.

Geslachtbepaaldheid

Een tweede uitzondering op het verbod op onderscheid naar geslacht, is het maken van onderscheid a. In gevallen waarin het geslacht bepalend is (artikel 2, tweede lid, onderdeel a AWGB) en b. In gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, met name in verband met zwangerschap en moederschap (artikel 2, tweede lid, onderdeel b, AWGB).



Commissie Gelijke Behandeling

Ter uitwerking van artikel 2 tweede lid AWGB worden in artikel 1 van het Besluit gelijke behandeling de gevallen waarin geslacht bepalend is, limitatief opgesomd. Deze gevallen betreffen de navolgende gevallen:

- a. de toegang tot de beroepsactiviteiten en de hiervoor noodzakelijke opleidingen, bedoeld in artikel 5, derde lid, aanhef en onderdeel b, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, en die, bedoeld in artikel 1 van het Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn;
- b. de bescherming van de gezondheid alsmede de geneeskundige behandeling of verzorging, waaronder begrepen geneeskundig onderzoek, in verband met zwangerschap, moederschap, de voortplantingsfunctie van de mens of anderszins de lichamelijke verschillen tussen mannen en vrouwen betreffende, voor zover voor een doelmatige bescherming dan wel behandeling of verzorging onderscheid op grond van geslacht nodig is;
- c. de bescherming van de zedelijkheid van personen jonger dan zestien jaar;
- d. het gebruik van sanitaire voorzieningen, baden, sauna's of slaap- of kleedruimten die zijn bestemd voor gebruik door twee of meer personen, voor zover voor mannen en vrouwen gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn;
- e. de bescherming tegen of bestrijding van seksueel geweld of seksuele intimidatie of de hulpverlening aan slachtoffers van seksueel geweld of seksuele intimidatie, voor zover voor een doelmatige bescherming, bestrijding of hulpverlening onderscheid op grond van geslacht nodig is;
- f. de deelname aan schoonheidswedstrijden voor zover het geslacht van belang is in verband met het doel van de wedstrijd;
- g. de deelname aan activiteiten op het terrein van spel of sport, voor zover een relevant verschil bestaat tussen de gemiddelde prestaties van mannen en vrouwen, dan wel voor zover het de toelating tot voor mannen en vrouwen gescheiden activiteiten in internationaal verband betreft en in internationaal verband afspraken zijn gemaakt of regels gelden die meebrengen dat eisen worden gesteld aan het geslacht van de deelnemers;
- h. de verzekering van een risico dat afhankelijk is van het leven van een persoon tegen een van het geslacht van die persoon afhankelijke premie, voor zover het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen het verschil in premie redelijkerwijs meebrengt;
- i. het verlenen van diensten die uitsluitend kunnen worden verleend aan mannen dan wel vrouwen.

Naast de uitwerking van artikel 2, tweede lid in het Besluit Gelijke Behandeling, is tevens in artikel 1 sub a van het Besluit gelijke behandeling bepaald dat met betrekking tot de toegang tot beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn het Besluit beroepsactiviteiten van overeenkomstige toepassing is. Ingevolge artikel 1 van het Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn, is sprake van geslachtbepaalde beroepsactiviteit in de navolgende categorieën:

- a. de beroepsactiviteiten die om lichamelijke redenen uitsluitend door personen van een bepaald geslacht kunnen worden vervuld;
- b. de beroepsactiviteiten van de mannelijke of de vrouwelijke mannequin, die bepaalde kledingstukken moet tonen door ze te dragen;
- c. de beroepsactiviteiten van modellen voor beeldend kunstenaars, fotografen, cineasten, kappers, grimeurs en schoonheidsspecialisten;
- d. de beroepsactiviteiten binnen particuliere huishoudens die inhouden de persoonlijke bediening, verzorging, verpleging of opvoeding van dan wel hulpverlening aan een of meer personen;
- e. de beroepsactiviteiten die inhouden de persoonlijke verzorging, verpleging of opvoeding van dan wel hulpverlening aan personen, indien de goede uitoefening van de aangeboden betrekking binnen het geheel van de arbeidsorganisatie ertoe noodzaakt dat deze wordt vervuld door een persoon van een bepaald geslacht;



Commissie Gelijke Behandeling

- f. de beroepsactiviteiten die inhouden de behandeling of bejegening van personen, indien wegens ernstige schaamtegevoelens bij deze personen de goede uitoefening van de aangeboden betrekking binnen het geheel van de arbeidsorganisatie ertoe noodzaakt dat deze wordt vervuld door een persoon van een bepaald geslacht;
- g. de beroepsactiviteiten waarvan de vervulling of uitoefening door personen van een bepaald geslacht feitelijk wordt belemmerd door wettelijke voorschriften betreffende de bescherming van personen van dat geslacht bij de arbeid;
- h. de beroepsactiviteiten die uitgeoefend worden in het buitenland, indien door het aldaar geldende recht deze beroepsactiviteiten aan personen van een bepaald geslacht zijn voorbehouden;
- i. de beroepsactiviteiten bij het Korps Mariniers en bij de Onderzeedienst.

Om een beroep op deze uitzondering te kunnen doen slagen, dient eerst op basis van objectieve gegevens kunnen worden vastgesteld dat de betreffende activiteiten slechts door een man of een vrouw kunnen worden uitgevoerd. In de tweede plaats moeten deze gegevens actueel zijn. In de derde plaats moet, wanneer inderdaad sprake is van in beginsel geslachtsbepaalde activiteiten, worden nagegaan of de werkzaamheden zodanig kunnen worden ingericht dat het voor een goede uitoefening van de functie niet noodzakelijk is dat deze wordt vervuld door een vrouw. Pas als hieraan wordt voldaan, kan een werkgever expliciet op zoek gaan naar vrouw dan wel een man.

In een zaak waarin een werkgever op zoek was naar een zangdocent, heeft de Commissie geoordeeld dat zij het aannemelijk acht dat er in deze onderwijssoort studenten zullen zijn die de voorkeur geven aan een docent van een bepaald geslacht, maar dat daar mee evenwel nog geen geslachtsbepaalde functie in de zin van de wetgeving gelijke behandeling is ontstaan (zie CGB 9 juni 1999, 1999-51)

IV Selectie van personeel op grond van seksuele gerichtheid

De wetgever heeft geen wettelijk uitzonderingen gemaakt voor de grond seksuele gerichtheid en dus zijn instellingen en organisaties onverkort aan dit verbod gehouden. Zo is het niet mogelijk – in de lijn van hetgeen geldt voor geslacht- of rasbepaalde functies – te werven naar een kandidaat vanwege zijn seksuele gerichtheid. Ook is het niet mogelijk voor een werkgever om een voorkeursbeleid ten aanzien van mensen met een bepaalde seksuele gerichtheid te voeren. Zoals onder het kopje “Selectie op grond van godsdienst/levensovertuiging en politieke gezindheid” is vermeld, kunnen werkgevers vanwege hun godsdienstige of politieke grondslag sollicitanten met een seksuele gerichtheid afwijzen voor een functie. Hierbij dienen deze instellingen echter een sollicitant niet af te wijzen louter vanwege zijn seksuele gerichtheid (op enkele feit van seksuele gerichtheid).

In de parlementaire geschiedenis van de AWGB is het voorbeeld van een homoseksuele leraar op een christelijke school uitvoerig aan de orde geweest. Hierover is van de zijde van het kabinet onder andere het volgende gezegd: "Concreet gaat het om de vraag of een homoseksuele leraar, die niet mag worden afgewezen louter vanwege zijn homoseksualiteit, wel zou mogen worden afgewezen omdat hij een relatie heeft met een persoon van hetzelfde geslacht of met die relatie samenleeft. Ik wil hier geen misverstand over laten bestaan: dat mag dus niet. Het enkele feit van de seksuele gerichtheid ziet op de gerichtheid van een persoon in seksuele gevoelens, liefdesgevoelens, liefdesuitingen en -relaties. De homoseksuele leraar mag derhalve niet vanwege het hebben van een homoseksuele relatie worden afgewezen, ook niet als zou blijken dat hij met deze relatie samenleeft. Hetzelfde geldt overigens voor de heteroseksuele leraar" (Handelingen II, 1993, 47-3508, 47-3510). In deze lijn heeft de Commissie geoordeeld op 15 juni 2007, oordeel 2007-100.