

## VU Research Portal

### **Het EU-richtlijnvoorstel Gelijke behandeling buiten arbeid: contractsvrijheid en gelijkheidsbeginsel in balans?**

Cherednychenko, O.O.

#### ***published in***

Contracteren: tijdschrift voor de contractspraktijk  
2010

#### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

#### ***citation for published version (APA)***

Cherednychenko, O. O. (2010). Het EU-richtlijnvoorstel Gelijke behandeling buiten arbeid: contractsvrijheid en gelijkheidsbeginsel in balans? *Contracteren: tijdschrift voor de contractspraktijk*, 12(2), 43-46.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

#### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Ad rem

## Het EU-richtlijnvoorstel Gelijke behandeling buiten arbeid: contractsvrijheid en gelijkheidsbeginsel in balans?

Mr. dr. O.O. Cherednychenko\*

### 1. Inleiding

Op 2 juli 2008 publiceerde de Europese Commissie het voorstel voor een richtlijn Gelijke behandeling buiten arbeid.<sup>1</sup> Op het moment van het schrijven van deze bijdrage zijn de onderhandelingen hierover in de Raad van de Europese Unie nog gaande.<sup>2</sup> Met dit richtlijnvoorstel beoogt de Europese Commissie een *minimum* harmonisatiekader te scheppen voor het verbod van discriminatie in zowel de overheidssector als de *particuliere* sector op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele gerichtheid *buiten* de arbeidsmarkt. Het verbod van discriminatie is onder andere van toepassing op bedrijven en privépersonen, voor zover die privépersonen een professionele of commerciële activiteit uitoefenen, bij

\* Mevrouw mr. dr. O.O. Cherednychenko is universitair docent privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Deze bijdrage is gebaseerd op het commentaar dat de auteur gaf op de hoorzitting van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 11 maart 2010 betreffende de impact van het EU-richtlijnvoorstel Gelijke behandeling buiten arbeid op het Nederlandse recht.

1. Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, COM (2008) 426 definitief. Zie ook het Nederlandse kabinetsstandpunt daarop van 16 november 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31 544, nr. 10.
2. In een brief van 26 maart 2010 aan de Tweede Kamer betreffende het voortgangsverslag richtlijn Gelijke behandeling buiten arbeid schrijft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid J.P.H. Donner het volgende: 'De onderhandelingen gaan langzaam vooruit, waardoor een politiek akkoord voorlopig nog niet in zicht is'. Kamerstukken II 2009/10, 21 501, nr. 31, p. 24.

het verlenen van toegang tot en aanbieden van goederen en diensten die 'publiekelijk' beschikbaar zijn (art. 3 richtlijnvoorstel). Het richtlijnvoorstel bevat tevens een standaardbepaling in de EU-antidiscriminatiewetgeving, waardoor de bewijslast is omgekeerd ten gunste van personen die zich gediscrimineerd achten (art. 8 richtlijnvoorstel). Wat zou het aannemen van dit richtlijnvoorstel in zijn huidige vorm betekenen voor de Nederlandse contractspraktijk? Heeft het een balans getroffen tussen enerzijds de contractsvrijheid, met inbegrip van de vrije keuze van een contractant voor een transactie, en anderzijds het gelijkheidsbeginsel?

### 2. Constitutionele dimensie van de problematiek

Traditioneel heeft het verbod op discriminatie werking in de *verticale* verhouding tussen de burger en de overheid. Zoals bekend verbiedt artikel 1 van de Nederlandse Grondwet (Gw) discriminatie 'wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook'. Het staat buiten twijfel dat het grondrecht belichaamd in dit artikel in de eerste plaats het afweerrecht is van de burger jegens de Staat. Het EU-richtlijnvoorstel Gelijke behandeling buiten arbeid bevat echter het verbod op discriminatie in *horizontale* verhoudingen tussen *private* partijen onderling op grond van godsdienst of overtuiging, seksuele geaardheid, handicap en leeftijd. Daarmee raakt het de kern van het vraagstuk van *horizontale* werking van grondrechten in het privaatrecht.

Deze problematiek is niet nieuw voor het Nederlandse recht. Algemeen wordt geoordeeld dat het discriminatieverbod ook tussen private partijen werking kan hebben, maar in *melke mate* dat het geval kan zijn, is niet altijd duidelijk. Daarbij speelt dat anders dan in de verticale verhouding tussen de burger en de Staat, in horizontale verhoudingen *beide* private partijen zich doorgaans op grondrechten kunnen beroepen. In dit geval ontstaat er een botsing tussen twee grondrechten. Een veelvoorkomend voorbeeld is de botsing tussen het verbod van discriminatie met het recht op privacy. Enerzijds wordt de contractsvrijheid in de precontractuele verhoudingen tussen private partijen beperkt door het discriminatieverbod. Anderzijds veronderstelt een groot aantal grondrechten, zoals het recht op privacy, het recht op eigendom, de godsdienstvrijheid, de vrijheid van onderwijs enzovoort, de contractsvrijheid.<sup>3</sup>

Dat brengt met zich mee dat het verbod van discriminatie steeds moet worden afgewogen tegen andere grondwettelijk beschermde belangen van particulieren die zonder contractsvrijheid in het gedrang dreigen te komen.<sup>4</sup> Het absolute verbod van discriminatie in alle private verhoudingen zou in strijd zijn met een of meer grondrechten. Het is daarom zaak om bij het opstellen van de antidiscriminatiewetgeving een balans te vinden tussen de contractsvrijheid enerzijds en het gelijkheidsbeginsel anderzijds.

Dit uitgangspunt geldt niet alleen in het Nederlandse recht, maar ook in het Europese recht, meer in het bijzonder in het onderhavige richtlijnvoorstel. Uit de navolgende analyse blijkt dat het in het richtlijnvoorstel neergelegde discriminatieverbod op een aantal punten een ruimere reikwijdte heeft dan het in Nederland thans geldende discriminatieverbod. Het is echter de vraag in hoeverre het richtlijnvoorstel op alle punten een balans heeft bereikt tussen de contractsvrijheid en het gelijkheidsbeginsel.

### 3. Professionele en commerciële activiteiten met het privé-karakter onder het discriminatieverbod op grond van godsdienst of overtuiging en seksuele geaardheid?

Voor de meeste aanbieders van goederen en diensten in Nederland brengt het in het richtlijnvoorstel neergelegde verbod van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging en seksuele geaardheid niets nieuws onder de zon. Discriminatie op deze gronden bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten is immers al verboden. Krachtens de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) geldt dit discriminatieverbod ten aanzien van a) professionele of commerciële activiteiten en b) niet-professionele of commerciële activiteiten, voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt (art. 7(1) AWGB).<sup>5</sup> Beide categorieën van activiteiten zijn echter uitgezonderd van het discriminatieverbod voor zover ze het privé-karakter hebben (art. 7 lid 3 AWGB).<sup>6</sup> Volgens de wetgever beoogt deze uitzondering te voorkomen dat een conflict met het recht op privacy (art. 9 Gw) van ondernemer of particulier ontstaat. Zo valt volgens de memorie van toelichting het verlenen van professionele en/of commerciële diensten met een *intiem* karakter of in verband met de *persoonlijke* verzorging waarbij anderszins *fysiek* contact mogelijk is, thans niet onder het discriminatieverbod.<sup>7</sup> Dat geldt mijns inziens ook voor een professionele gastouderopvang in de eigen particuliere woning die ook sterk in de privésfeer (gezinssfeer) is gelegen. Het EU-richtlijnvoorstel Gelijke behandeling buiten arbeid maakt daarentegen geen uitzondering op het verbod van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging en seksuele geaardheid bij het uitoefenen van *professionele* of *commerciële* activiteiten met betrekking tot goederen en diensten.<sup>8</sup> Daarmee brengt het wel iets nieuws voor sommige dienstverleners. Indien het richtlijnvoorstel in de huidige vorm wordt aangenomen, komt het verlenen van diensten met een privé-karakter namelijk te vallen onder het discriminatieverbod. Dat zal ertoe leiden dat een vrouwelijke medewerker van een massagesalon bijvoorbeeld haar diensten buiten het bedrijfsterrein, zoals een massageservice in een hotelkamer, niet langer *uitsluitend* aan vrouwelijke cliënten zal mogen aanbieden. Daarbij komt dat zelfs de aanbieders van dergelijke dien-

3. Vgl. E.A. Alkema, Contractsvrijheid als grondrecht; de vrijheid om over grond- en mensenrechten te contracteren of er afstand van te doen, in: Hartlief & Stolker (red.), Contractsvrijheid, Deventer: Kluwer 1999, p. 34 e.v. In het Duitse recht is de privaatautonomie, in het bijzonder de contractsvrijheid, een onderdeel van het recht op de 'freie Entfaltung seiner Persönlichkeit' dat door art. 2 lid 1 *Grundgesetz* aan iedereen wordt toegekend. Hoewel de Hoge Raad (nog) geen dergelijke algemene uitspraak heeft gedaan over de plaats van de contractsvrijheid in de Nederlandse Grondwet, heeft dit beginsel mijns inziens grondwettelijke trekken ook in het Nederlandse recht. In deze zin ook E.A. Alkema 1999, p. 45-46.

4. Zie hierover bijv. R. Holtmaat, Stop de inflatie van het discriminatiebegrip!, NJB 2003, p. 1266 e.v.; J.M. Smits, Constitutionalisering van het vermogensrecht. Preadvis voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 2003, p. 69 e.v.

5. Zie hierover bijv. A.W. Heringa, Algemene wet gelijke behandeling, Deventer: Kluwer 1994; P. Klik, De Algemene Wet Gelijke Behandeling en het privaatrecht, TvC 1995, p. 313 e.v.

6. Volgens art. 7 lid 3 AWGB is in het art. 7 lid 1 AWGB neergelegde discriminatieverbod niet van toepassing 'op eisen die gelet op het privé-karakter van de omstandigheden waarop de rechtsverhouding ziet in redelijkheid kunnen worden gesteld'.

7. Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 23.

8. Anders dan de AWGB is het richtlijnvoorstel Gelijke behandeling buiten arbeid helemaal niet van toepassing op niet-professionele of niet-commerciële activiteiten van privépersonen.

sten die geen intentie hebben om te discrimineren, het risico zullen gaan lopen om aangeklaagd te worden wegens discriminatie op de genoemde gronden door potentiële cliënten. In de multiculturele samenleving is het immers heel goed denkbaar dat degene die naar aanleiding van zijn brutale gedrag de toegang tot een bepaalde dienst met een privé-karakter wordt geweigerd, zich gediscrimineerd acht op grond van godsdienst of overtuiging en dat hij vervolgens een klacht indient bij de rechter of de Commissie Gelijke Behandeling (CGB). De aanbieder zal dan moeten bewijzen dat hij of zij het discriminatieverbod niet heeft geschonden.

Het is de vraag in hoeverre een dergelijke uitbreiding van het toepassingsbereik van het discriminatieverbod in het richtlijnvoorstel in combinatie met de bewijslastomkering ten behoeve van degene die zich gediscrimineerd acht, grondwettelijk gerechtvaardigd is gelet op het onderscheid tussen de publieke en de private sfeer. Daarnaast kan het 'absolute' verbod van discriminatie negatieve gevolgen hebben voor de beschikbaarheid van allerlei diensten met een privé-karakter op de markt. Wiens belang is daarmee echter gediend?

#### 4. Hoe ver gaat het verbod van discriminatie op grond van leeftijd en handicap?

Naast het verbod van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging en seksuele geaardheid verbiedt het richtlijnvoorstel ook discriminatie op grond van leeftijd en handicap buiten arbeid (art. 3 lid 1 richtlijnvoorstel). Met name in dit opzicht gaat het richtlijnvoorstel aanzienlijk verder dan het huidige Nederlandse recht. Zoals uit het navolgende zal blijken, is het echter niet helemaal duidelijk *hoe* ver het discriminatieverbod op deze gronden zal reiken bij ongewijzigde aanvaarding van het richtlijnvoorstel.

In Nederland is leeftijd thans een veelal relevant onderscheidend criterium dat algemeen wordt geaccepteerd. Het is momenteel wettelijk niet verboden om onderscheid op deze grond te maken. Leeftijdsonderscheid komt voor op tal van maatschappelijke terreinen. Een voorbeeld van leeftijdsonderscheid zijn leeftijds grenzen voor de toegang tot uitgaansgelegenheden. Het richtlijnvoorstel geeft wel aan dat de lidstaten kunnen bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen indien er sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor het leeftijdsonderscheid (art. 2 lid 6 richtlijnvoorstel).<sup>9</sup> Het richtlijnvoorstel *verplicht* de lidstaten echter *niet* om deze uitzondering in hun nationale wetgeving te maken. Daarmee wordt de rechtszekerheid omtrent de reikwijdte van het discriminatieverbod in de EU niet

9. Krachtens art. 2 lid 6 van het richtlijnvoorstel kunnen de lidstaten bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen 'indien zij in het kader van de nationale wetgeving worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn'.

gediend. Bovendien bevat het richtlijnvoorstel geen duidelijke aanknopingspunten aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor het leeftijdsonderscheid in een concreet geval. Het is derhalve de vraag of het richtlijnvoorstel een balans heeft getroffen tussen de belangen van aanbieders en de belangen van afnemers.

Ook ten aanzien van de reikwijdte van het verbod van discriminatie op grond van handicap roept het richtlijnvoorstel veel vragen op. Dit verbod strekt verder dan het verbod van discriminatie op deze grond naar het huidige Nederlandse recht. Volgens het richtlijnvoorstel mag op het terrein van de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten niet worden gediscrimineerd op grond van handicap, tenzij dat een onevenredige belasting vormt voor een aanbieder van een bepaald product of een bepaalde dienst (art. 3 lid 1 jo. art. 4 richtlijnvoorstel). Daarbij moet 'in het bijzonder rekening worden gehouden met de omvang en de middelen van de organisatie, haar aard, de geraamde kosten, de levensduur van de goederen en diensten, en de mogelijke voordelen van een betere toegang voor personen met een handicap' (art. 4 lid 2 richtlijnvoorstel). Hoewel er ongetwijfeld nog veel te verbeteren valt op het gebied van dienstverlening aan mensen met een handicap, is het opvallend dat de verplichting om personen met een handicap een niet-discriminerende toegang te geven tot goederen en diensten niet gekoppeld is aan een vraag daartoe. Een dergelijke algemene verplichting ligt mijn inziens meer voor de hand ten aanzien van bijvoorbeeld het openbaar vervoer dan ten aanzien van persoonlijke auto's. Sterker nog, het feit dat het richtlijnvoorstel de lijst van factoren bevat voor de beoordeling of er sprake is van een onevenredige belasting neemt niet weg dat het momenteel nauwelijks te overzien is *hoe* ver verplichtingen van ondernemingen kunnen gaan en welke consequenties de richtlijn kan hebben voor het bedrijfsleven in het algemeen en kleine en middelgrote ondernemingen in het bijzonder.<sup>10</sup> Kan bijvoorbeeld van de eigenaar van een middelgrote lampenwinkel gevestigd op de eerste verdieping van een pand uit de zeventiende eeuw in Amsterdam worden verwacht dat hij zijn winkel toegankelijk maakt voor mensen met een handicap door er een lift te installeren?

Bovendien is het onduidelijk of en in hoeverre de aanbieders van diensten met een privé-karakter het onderscheid zullen kunnen maken op grond van leeftijd en handicap. Het richtlijnvoorstel bevat immers geen specifieke uitzonderingen op het discriminatieverbod op deze gronden ten aanzien van dergelijke diensten. Belangrijk is hier meer duidelijkheid over te krijgen, mede gelet op de hiervoor al besproken constitutionele dimensie van deze problematiek.

De praktische relevantie van deze vragen moet niet onderschat worden. Niet alleen individuele consumenten die zich gediscrimineerd achten, maar ook hun belangenorganisaties kunnen immers bij de rechter of de CGB een

10. Ook het Nederlandse kabinet heeft op dit punt gewezen. Zie Kabinetsstandpunt richtlijn Gelijke behandeling buiten arbeid, 16 november 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31 544, nr. 10, p. 11.

procedure starten. Het valt bovendien te verwachten dat de handhaving van het discriminatieverbod in Nederland zal worden versterkt indien het wetsvoorstel College voor mensenrechten en gelijke behandeling wordt aangenomen.<sup>11</sup> Het wetsvoorstel voorziet bijvoorbeeld in de bevoegdheid van het College, waartoe de CGB wordt omgevormd, om in rechte te vorderen dat een gedraging die in strijd is met de antidiscriminatiewetgeving onrechtmatig wordt verklaard, dat deze wordt verboden of dat een bevel wordt gegeven om de gevolgen van die gedraging ongedaan te maken (art. 6 wetsvoorstel).

## 5. Wat betekent het discriminatieverbod op grond van leeftijd en handicap voor financiële dienstverleners?

Het aannemen van het richtlijnvoorstel Gelijke behandeling buiten arbeid in zijn huidige vorm zou ook aanzienlijke veranderingen met zich brengen voor veel financiële dienstverleners. Anders dan het thans geldende Nederlandse recht verbiedt het richtlijnvoorstel immers het onderscheid op grond van handicap en leeftijd bij het verlenen van financiële diensten (art. 3 lid 1 richtlijnvoorstel). Het discriminatieverbod heeft tot doel dat iemand niet op basis van zijn leeftijd of handicap de toegang tot bijvoorbeeld een verzekering geweigerd mag worden. Alleen wanneer door een aanbieder op basis van *actuariële* of *statistische* gegevens is aangetoond dat dit *essentiële* factoren zijn voor de risicobeoordeling, houden ze geen discriminatie in (art. 2 lid 7 richtlijnvoorstel). Als gevolg van deze bepaling zullen financiële dienstverleners veel minder ruimte hebben dan voorheen om rekening te houden met handicap en leeftijd als *een* van de factoren in de risicobeoordeling. Volgens het Nederlandse kabinet is dit 'een evenwichtige aanpak die waarborgen biedt aan zowel belanghebbenden als afnemers van financiële diensten in het algemeen en tevens werkbaar is voor de sector'.<sup>12</sup> Het probleem is echter dat volgens het richtlijnvoorstel de lidstaten *niet* verplicht zijn om de hiervoor genoemde uitzondering op de hoofdregel toe te staan; ze *kunnen* dat doen (art. 2 lid 7 richtlijnvoorstel). Het valt te betwijfelen of het overlaten van deze belangrijke kwestie aan de lidstaten gerechtvaardigd is. Niet alleen gezien het belang van aanbieders van financiële producten en diensten om naar behoren hun taken te kunnen uitoefenen, maar ook gelet op het belang van de toegang van de *gemiddelde* consument tot (goedkope) financiële producten en diensten in de EU in het algemeen.

## 6. Tot slot

Hoewel het belangrijk is dat het gelijkheidsbeginsel op het gebied van toegang tot en aanbieden van goederen en diensten op Europees niveau wordt verankerd, dient daarbij een balans te worden geborgd tussen de contractsvrijheid en het discriminatieverbod. Deze balans dient mijns inziens in belangrijke mate mede het belang van degenen die door de discriminatiewetgeving in bescherming worden genomen. De overmatige juridisering van de samenleving op het gebied van contracteren met elkaar moet worden voorkomen. Al met al kan echter worden geconcludeerd dat in het huidige EU-richtlijnvoorstel Gelijke behandeling buiten arbeid een balans tussen het discriminatieverbod en de contractsvrijheid nog niet is bereikt.

11. Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VII, nr. 95.

12. Kabinetstandpunt richtlijn Gelijke behandeling buiten arbeid, 16 november 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31 544, nr. 10, p. 13.