

TVA 2013/4

Reactie op het artikel van prof. dr. F.J.M. De Ly, 'Overeenkomst tot arbitrage en Europees discriminatierecht'

Mr. J.Ph. de Korte, actueel tot 22-01-2013

Actueel tot	22-01-2013
Auteur	Mr. J.Ph. de Korte ^[1]
Vakgebied(en)	Burgerlijk procesrecht (V)



In *TvA* 2012/62 betoogt prof. dr. De Ly dat de Europese Antidiscriminatie richtlijnen 2006/54 (geslacht), 2000/43 (ras, etnische afstamming) en 2000/78 (godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd, seksuele geaardheid) niet van toepassing zijn op de selectie van een zelfstandige (zoals een arbiter) behalve wanneer de zelfstandige werkzaamheden in loondienst dient te verrichten. Hij baseert zich daarvoor op het oordeel van het Engelse Supreme Court in de zaak *Jivraj/Hashwani*.^[2] Het lijkt echter onverstandig om hierop af te gaan, onder meer omdat volgens velen zowel de Europese Richtlijnen als de Nederlandse implementerende wetgeving zelfstandigen en beroepsbeoefenaren beschermen tegen discriminatie, ook wanneer geen sprake is van werkzaamheden in loondienst.

De Richtlijnen beogen 'een maatschappelijk allesomvattende arbeidsmarkt te bevorderen'^[3] en verbieden sinds begin deze eeuw dat de overheid of de particuliere sector een persoon discrimineert met betrekking tot 'de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst ongeacht de tak van activiteit', 'de voorwaarden voor toegang tot arbeid als zelfstandige ongeacht de tak van activiteit', 'de voorwaarden voor toegang tot een beroep ongeacht de tak van activiteit', steeds 'met inbegrip van selectie- en aanstellingscriteria', 'werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning' en 'het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werknemersorganisatie of enige organisatie waarvan de leden een bepaald beroep uitoefenen, waaronder de voordelen die deze organisaties bieden'. Zowel het Supreme Court^[4] als prof. dr. De Ly oordelen mijns inziens terecht dat een arbiter kwalificeert als een zelfstandige of beroepsbeoefenaar.

Het Engelse Court of Appeal heeft in de zaak *Jivraj/Hashwani*, waarbij twee particulieren waren overeengekomen om personen van een bepaald geloof uit te sluiten van benoeming als arbiter, gemotiveerd geoordeeld dat deze Richtlijnen van toepassing zijn op de selectie van een arbiter.^[5] Het Court of Appeal heeft daarbij onder meer geconcludeerd dat de Richtlijnen zien op 'discrimination affecting access to the means of economic activity' ongeacht de kwalificatie van de rechtsverhouding op grond waarvan die activiteit verricht dient te worden.^[6] Het Supreme Court heeft dat oordeel met één penningstreek gepasseerd:

"the expression 'access ... to self-employment or to occupation' means what it says and is concerned with preventing discrimination from qualifying or setting up as solicitor, plumber, greengrocer or arbitrator. It is not concerned with discrimination by a customer who prefers to contract with one of their competitors once they have set up in business."^[7]

Volgens de analyse van prof. dr. De Ly in *TvA 2011/68* en *TvA 2012/62* zijn de Richtlijnen daarom wel van toepassing op een '*beperking op de toegang tot het beroep*' of op '*toegang tot zelfstandige activiteiten*' maar niet van toepassing op '*beperkingen op de uitoefening van de beroepsactiviteiten*' of op '*zelfstandige activiteiten*' (tenzij deze in loondienst moeten worden verricht).

Het Supreme Court en prof. dr. De Ly gaan volgens mij voorbij aan het feit dat de Richtlijnen zien op de 'voorwaarden voor *toegang tot arbeid als zelfstandige en tot een beroep* ongeacht de tak van activiteit'. Dat maakt volgens mij duidelijk dat niet alleen een absolute uitsluiting van toegang tot een beroep wordt gedekt, maar ook iedere ongelijke behandeling bij de toegang tot een beroep en beperking in de uitoefening van een beroep. Een geval waarbij een Duitse tandarts vanwege het bereiken van een bepaalde leeftijd in de mogelijkheden voor uitoefening van beroepsactiviteiten werd *beperkt*, had volgens het HvJ EG van doen met voorwaarden voor toegang tot arbeid als zelfstandige en tot een beroep.^[8] Dat komt ook logisch voor, want daar waar een persoon wordt beperkt in de mogelijkheden om beroepsactiviteiten uit te oefenen kan deze zich voor wat betreft die activiteiten niet als zelfstandige beroepsbeoefenaar vestigen. Anders gezegd, iedere beperking op de uitoefening van beroepsactiviteiten kwalificeert als een beperking van de toegang tot beroep. De benadering van het Supreme Court en prof. dr. De Ly zou tot gevolg hebben dat een zelfstandige of beroepsbeoefenaar gediscrimineerd mag worden zolang niet iedereen dat doet (en dat dit een geldig verweer van de discriminerende partij zou zijn) en dat sprake zou zijn van 'toegang tot arbeid als zelfstandige en tot een beroep' ongeacht de mate van marginalisatie. Dat is volgens mij juist niet de bedoeling van de Richtlijnen.

Het European Network of Legal Experts (ENLE) concludeert dat de Richtlijnen van toepassing zijn '*in all sectors of public and private employment and occupation, including contract work, self-employment, military service and statutory office*' en ook zien op '*persons who work or perform services in a professional capacity or as a contractor for another person where the work or service is not regulated by a specific contract of service*'.^[9] Voor de bescherming van een zelfstandige of een beroepsbeoefenaar lijkt dus niet vereist dat deze arbeid in loondienst verricht of wil verrichten (nog afgezien van het feit dat het moeilijk voorstelbaar is dat een persoon dezelfde arbeid zowel als zelfstandige als in loondienst verricht^[10]). Het HvJ EG heeft in *Petersen*^[11] ook geen belang gehecht aan de rechtsverhouding op grond waarvan werk wordt verricht en bovendien in *Dita Danosa*^[12] geoordeeld dat een bestuurder van een vennootschap wordt beschermd door Richtlijn 2006/54 (geslacht) ongeacht het type contract waarop die bestuursbenoeming berust.

Het ENLE wijst de Europese Commissie er al jaren op dat het Verenigd Koninkrijk de Richtlijnen niet volledig heeft geïmplementeerd voor wat betreft zelfstandigen en toegang tot beroep.^[13] Die inbreuk is met de uitspraak van het Supreme Court uitgemond in het vogelvrij verklaren van iedere gevestigde zelfstandige/beroepsbeoefenaar die buiten loondienst werk wil verrichten. De onjuistheid en onwenselijkheid van dat oordeel is ook toegelicht in een zeer kritische noot van een van de rechters die de zaak bij het Court of Appeal behandelde.^[14] Volgens hem staat buiten twijfel dat de Richtlijnen '*extend to the contractual hiring of a self-employed person*'.

De Richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd met de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB), Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL) en Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ). Deze verbieden een discriminatoire beperking van '*de mogelijkheden tot uitoefening van en ontplooiing binnen het vrije beroep*' (art. 6 AWGB, art. 2 lid 1 WGB, art. 4 WGBL, art. 5 WGBH/CZ). Hieronder vallen niet alleen de traditionele vrije beroepsbeoefenaren, zoals artsen, maar ook personen die werk verrichten uit hoofde van een rechtsverhouding anders dan een arbeidsovereenkomst.^[15] Dat deze wetten niet alleen van toepassing zijn op een persoon die zich als beroepsbeoefenaar wil vestigen maar ook op de behandeling van een reeds gevestigde beroepsbeoefenaar blijkt wellicht het duidelijkst uit het oordeel 2004-104 van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB; inmiddels omgedoopt tot het College van de Rechten van de Mens).^[16] In die zaak was een reeds gevestigde architect uitgesloten van overname van een architectenbureau op basis van onderscheid naar

seksuele geaardheid. De verkopende partij stelde dat art. 6 AWGB niet van toepassing is op een persoon die reeds is toegetreden tot het vrije beroep. De CGB verwierp dat verweer met de overweging:

“Anders dan het betoog van verweerster op dit punt impliceert, is het begrip ontplooiing als bedoeld in artikel 6 Awgb niet beperkt tot het zetten van eerste stappen op de weg van een carrière als beroepsbeoefenaar maar strekt het zich ook uit tot het vervolg. Noch de wetsgeschiedenis noch de rechtspraak geven aanleiding voor de aangevoerde beperkte interpretatie. Het zou ook in strijd zijn met een redelijke uitleg van artikel 6 Awgb wanneer het verbod op het maken van onderscheid wel zou gelden ten aanzien van ‘beginners’ en niet voor hen die, zoals verzoeker, reeds ervaring in het vrije beroep hebben opgedaan.”

Er is daarom alle reden om aan te nemen dat deze wetgeving van toepassing is op alle gevallen waarbij personen vanwege geslacht, burgerlijke staat, ras, godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, handicap, chronische ziekte, leeftijd of seksuele geaardheid worden uitgesloten van een benoeming als arbiter. De Nederlandse wetgeving bepaalt dat een inbreuk daarop nietig is. Het is overigens aannemelijk dat ook los van die wetgeving (een opdracht tot) discriminatie nietig is vanwege strijd met de openbare orde (art. 3:40 BW). Zie daarover – en over mogelijke uitzonderingen – mijn bijdrage in *TvA 2011/3*.

Hashwani heeft inmiddels een klacht tegen het Verenigd Koninkrijk ingediend bij de Europese Commissie. Het zou volgens mij (eerlijke) concurrentie tussen het continent en het Verenigd Koninkrijk als plaats van arbitrage ten goede komen wanneer de Europese Commissie deze klacht overneemt. Gezien het grote belang dat de Europese instellingen aan de Richtlijnen en het verrichten van arbeid als zelfstandige hechten, afgezet tegen de algemene uitzondering die het Supreme Court heeft aangenomen voor discriminatie van zelfstandigen, is er volgens mij ook los van het geval Hashwani meer dan voldoende aanleiding voor de Europese Commissie om actie te nemen tegen het Verenigd Koninkrijk.

Voetnoten

Voetnoten

[1] Mr. J.Ph. de Korte is advocaat bij Eversheds Faasen.

[2] Supreme Court 27 juli 2011, [2011] UKSC 40.

[3] Zie considerans 8 en 9 van Richtlijn 2000/43. Zie verder onder meer considerans 9 van Richtlijn 2000/78, § 8 van de conclusie van A-G Maduro van 31 januari 2008 in nr. C-303/06 (*Coleman*) en § 14 van de conclusie van A-G Maduro van 12 maart 2008 in nr. C-54/07 (*Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding/Firma Feryn*).

[4] Zie r.o. 49.

[5] Court of Appeal 22 juni 2010, [2010] EW CA Civ 712.

[6] Zie r.o. 15.

[7] Zie r.o. 49.

[8] HvJ EG 12 januari 2010, nr. C-341/08 (*Petersen*), r.o. 33; zie ook de conclusie van A-G Bot inzake *Petersen* van 3 september 2009, § 36.

[9] J. Cormack & M. Bell, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe – the 25 EU Member States compared*, Brussel: Migration Policy Group 12 oktober 2005, p. 40; M. Bell, I. Chopin & F. Palmer, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe – the 25 EU Member States compared II*, Brussel: Migration Policy Group 1 november 2006, p. 42; M. Bell, I. Chopin & F. Palmer, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe – the 25 EU Member States compared III*, Brussel: Migration Policy Group 1 juli 2007, p. 34.

[10] Uit HvJ EG 20 november 2001, nr. C-268/99 (*Jany*) volgt dat een persoon alleen als een zelfstandige in de zin van thans art. 49 VWEU kan kwalificeren indien deze persoon arbeid verricht zonder gezagsverhouding.

[11] HvJ EG 12 januari 2010, nr. C-341/08.

[12] HvJ EG 11 november 2010, nr. C-232/09.

[13]

Zie onder meer C. O'Cinneide, *Country Report 2006 United Kingdom*, Country Reports on Measures to Combat Discrimination 2006, 8 januari 2007, p. 4 en 46; M. Bell, I. Chopin & F. Palmer, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe – the 25 EU Member States compared III*, Brussel: Migration Policy Group 1 juli 2007, p. 34. Zie specifiek over de uitspraak van het Court of Appeal in de zaak *Jivraj/Hashwani* ook A. McColgan, *Country Report 2010 United Kingdom*, Country Reports on Measures to Combat Discrimination 2010, 10 november 2011, p. 97. Vergelijkbare implementatiegebreken lijken te bestaan in Ierland, Malta en Estland, zie C. Barnard, 'Discrimination law, self-employment and the liberal professions', *European Anti-Discrimination Law Review*, No. 12-2011, p. 31.

- [14] R. Buxton, 'Discrimination in employment: The Supreme Court draws a line', *The Law Quarterly Review*, Vol. 128, January 2012.
- [15] *Kamerstukken II 1986/87*, 19 908, nr. 3, p. 14-15; *Kamerstukken II 1991/92*, 22 014, nr. 5, p. 79; *Kamerstukken II 2001/02*, 28 481, nr. 1, p. 44-45; G.J.J. Heerma van Voss, 'De werkingssfeer en artikel 1b van de WGB', in: Van Vleuten (red.), *In Concreto*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1994, p. 99 e.v.; I.P. Asscher-Vonk, 'De Algemene wet gelijke behandeling en de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen', *SMA* 1995, p. 622; C. Waaldijk, *Combating sexual orientation discrimination in employment*, Report of the European Group of Experts on Combating Sexual Orientation Discrimination – The Netherlands, p. 355; M.M. Van der Burg, 'Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid', *Actualiteiten Sociaal Recht*, Kluwer 2004, p. 62; E. Cremers-Hartman, *Gelijke behandeling bij de arbeid in zes wetten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 131-132; I.P. Asscher-Vonk e.a., *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid, Monografieën Sociaal Recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 24; H.M.T. Holtmaat, *Country Report The Netherlands*, Country Reports on Measures to Combat Discrimination 2006, 8 januari 2007, p. 38; M. Bell, I. Chopin & F. Palmer, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe – the 25 EU Member States compared III*, 1 juli 2007, p. 34; CGB oordeel 2000-56; CGB oordeel 2004-104; Hof Amsterdam 2 augustus 2007, *LJN* BB8782.
- [16] S.D. Burri e.a., *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004*, Deventer: Kluwer 2005, p. 280.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 29-03-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl