

## Gelijke behandeling van mannen en vrouwen en deelname aan de strijdkrachten

door

MIELLE BULTERMAN<sup>1)</sup>

Toen staatsecretaris Van der Knaap eind 2004 opperde om bepaalde elite-onderdelen van het leger ook voor vrouwen open te stellen, bleek dat idee niet bij iedereen in goede aarde gevallen.<sup>2)</sup> In de discussie over de toegang van vrouwen tot elite-onderdelen kunnen de gemoederen snel hoog oplopen. Voorstanders benadrukken de gelijkheid tussen mannen en vrouwen; tegenstanders beroepen zich juist op de verschillen tussen man en vrouw. Ook het recht, in het bijzonder het Europese gemeenschapsrecht, heeft zich in deze discussie gemengd.<sup>3)</sup> Al sinds de jaren zeventig geldt binnen het EG-recht immers het zogenaamde gelijke behandelingsbeginsel. Dit beginsel houdt – voorzover hier relevant – in dat mannen en vrouwen gelijk behandeld dienen te worden ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces. Valt het met dit beginsel te verenigen dat vrouwen geen toegang hebben tot bepaalde onderdelen van de strijdkrachten? En hoe zit het met een nationale dienstplicht die alleen voor mannen geldt? Kunnen mannen met een beroep op het gelijke behandelingsbeginsel aan nationale dienstplicht ontkomen? In deze bijdrage wordt nader ingegaan op de betekenis van het gelijke behandelingsbeginsel bij het maken van onderscheid tussen mannen en vrouwen ten aanzien van de – vrijwillige en verplichte – deelname aan de strijdkrachten.

### *De tweede gelijke behandelingsrichtlijn*

In artikel 141 EG-Verdrag is het beginsel van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen neergelegd. Ter uitvoering van deze bepaling zijn op Europees niveau verschillende richtlijnen aangenomen, die specifieke voorschriften bevatten. De lidstaten van de Europese Unie zijn verplicht er voor te zorgen dat hun nationale wetgeving in overeenstemming met deze voorschriften is. Krachtens de tweede gelijke behandelingsrichtlijn<sup>4)</sup> is iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces verboden. Niet alleen directe discriminatie, maar ook indirecte discriminatie valt onder dit verbod. Dat de richtlijn van toepassing is, betekent niet in alle gevallen dat geen onderscheid gemaakt mag worden: artikel 2 lid 6 geeft de lidstaten de bevoegdheid om beroepsactiviteiten van de toepassing van de richtlijn uit te sluiten waarvoor vanwege hun aard of de voorwaarden voor de uitoefening ervan, het geslacht een bepalende factor

<sup>1)</sup> Universitair hoofddocent, Europa Instituut, Universiteit Leiden.

<sup>2)</sup> Interview in Trivizier, december 2004.

<sup>3)</sup> In deze bijdrage wordt geen aandacht besteed aan de mogelijke relevantie van het EVRM voor de inrichting van de Nederlandse strijdkrachten.

<sup>4)</sup> Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, Pb.EG 1976, L 39/40. Gewijzigd bij Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002, PbEU. 2002, L 269/15. Zij zal per 15 augustus 2009 komen te vervallen en worden vervangen door Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), PbEU 2006, L 2004/23.

is.<sup>5)</sup> Artikel 2 lid 7 bepaalt verder dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de bepalingen betreffende de bescherming van de vrouw, met name voor wat zwangerschap en moederschap betreft. Artikel 9 lid 2 verplicht de lidstaten om de in artikel 2 lid 6 bedoelde beroepsactiviteiten op gezette tijden te onderzoeken en <sup>6)</sup> om na te gaan of het gezien de sociale ontwikkeling gerechtvaardigd is de desbetreffende uitzonderingen te handhaven. Zij stellen de Commissie in kennis van het resultaat van hun onderzoek.

#### *Toegang tot de strijdkrachten voor vrouwen*

Angela Sirdar is kok in het Britse leger. In 1994 wordt haar medegedeeld dat zij – evenals 500 andere koks – zal worden ontslagen in het kader van een grootscheeps bezuinigingsplan binnen het leger. Aangezien bij de *Royal Marines* (Britse korps mariniers) een tekort aan koks bestaat, worden de slachtoffers van de bezuiningsronde in het leger uitgenodigd om zich bij de *Royal Marines* aan te melden. Ook Sirdar ontvangt een dergelijke uitnodiging. Per vergissing zo blijkt later, want vrouwen worden niet toegelaten tot de *Royal Marines*. De reden voor deze uitsluiting is dat de toelating van vrouwen niet verenigbaar zou zijn met het verzekeren van de interoperabiliteit van de eenheden van de *Royal Marines*. Alle leden van de *Royal Marines* – ook de koks – dienen inzetbaar te zijn als commando-infanteristen. De aanmelding van Sirdar wordt dan ook afgewezen. Sirdar meent dat sprake is van onwettige discriminatie op grond van geslacht en stapt naar de Britse rechter. De Britse rechter besluit de vraag betreffende de toepassing van de gelijke behandelingsrichtlijn voor te leggen aan het Hof van Justitie.

Een eerste vraag die beantwoording behoeft is of het gelijke behandelingsbeginsel überhaupt van toepassing is op nationale regelgeving betreffende de inrichting van de strijdkrachten. Door een aantal lidstaten werd in de prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie naar voren gebracht dat besluiten inzake de organisatie en het beheer van de strijdkrachten buiten de werkingssfeer van het EG-recht vallen. Zij beriepen zich daarbij onder meer op artikel 224 (oud) EG<sup>7)</sup> en de verschillende bepalingen in het EG-verdrag die het mogelijk maken om van het Verdragsregime af te wijken wanneer de openbare orde op het spel staat.<sup>8)</sup> Het Hof van Justitie merkt op dat het aan de lidstaten is om maatregelen te nemen om hun binnenlandse en buitenlandse veiligheid te verzekeren, en daartoe besluiten te nemen inzake de organisatie van de strijdkrachten. Dit betekent echter niet dat dergelijke besluiten volledig aan de werkingssfeer van het EG-recht zijn onttrokken: het EG-recht kent geen algemene exceptie voor maatregelen ten behoeve van de nationale veiligheid. Dit betekent dat het gelijke behandelingsbeginsel van toepassing is op de toegang tot arbeid bij de nationale strijdkrachten.

<sup>5)</sup> Het huidige artikel 2 lid 6 is een aangepaste versie van het oorspronkelijke artikel 2 lid 2 van Richtlijn 76/207. Het huidige artikel 2 lid 7 is het oorspronkelijke artikel 2 lid 3. De aanpassing is een gevolg van Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG.

<sup>6)</sup> Artikel 9 lid 2 verwijst nog naar artikel 2 lid 2 Richtlijn. Blijkbaar heeft men over het hoofd gezien dat ook artikel 9 aanpassing behoefde toen artikel 2 grondig werd gewijzigd door Richtlijn 2002/73.

<sup>7)</sup> Artikel 224 (thans 297) EG luidt: “De lidstaten plegen onderling overleg teneinde gezamenlijk de regelingen te treffen noodzakelijk om te voorkomen dat de werking van de gemeenschappelijke markt ongunstig wordt beïnvloed door de maatregelen waartoe een lidstaat zich genoopt kan voelen, in geval van ernstige binnenlandse onlusten waardoor de openbare orde wordt verstoord, in geval van oorlog of van een ernstige internationale spanning welke oorlogsgevaar inhoudt, of om te voldoen aan de verplichtingen die hij met het oog op het behoud van de vrede en van de internationale veiligheid heeft aangegaan.”

<sup>8)</sup> Zo bepaalt artikel 46 EG-Verdrag dat de openbare orde exceptie kan worden ingeroepen om een uitzondering op de vrijheid van vestiging en het vrije dienstenverkeer te rechtvaardigen.

Vervolgens diende de vraag beantwoord te worden of de uitsluiting van vrouwen van de dienst bij de *Royal Marines* gerechtvaardigd wordt door de in de richtlijn opgenomen uitzondering. Het Hof van Justitie merkt op dat deze uitzondering – die een afwijking behelst van een in de richtlijn neergelegd individueel recht – strikt moet worden uitgelegd. Artikel 2 lid 2 (oud) geeft de lidstaten geen carte blanche: elke afwijking dient het evenredigheidsbeginsel te eerbiedigen. Dat wil zeggen dat de afwijking niet verder gaat dan passend en noodzakelijk is te verwezenlijking van het nagestreefde doel. Tegelijkertijd benadrukt het Hof dat de lidstaten over een zekere beoordelingsmarge beschikken bij de vaststelling van maatregelen die zij ter bescherming van de openbare veiligheid noodzakelijk achten. Rekening houdend met deze beoordelingsmarge concludeert het Hof dat het standpunt dat de specifieke voorwaarden waaronder de *Royal Marines* opereren, en in het bijzonder de voor hen geldende ‘operabiliteits’regel (interoperability rule), rechtvaardigen dat zij uitsluitend uit mannen zijn samengesteld, niet in strijd met het evenredigheidsbeginsel is.<sup>9)</sup>

Al snel na de uitspraak in *Sirdar* kreeg het Hof van Justitie een tweede gelegenheid om zich uit te spreken over de uitsluiting van vrouwen van deelname aan de strijdkrachten en het gelijke behandelingsbeginsel. In de zaak *Kreil*<sup>10)</sup> draaide het om de in Duitsland geldende uitsluiting van vrouwen van deelname aan de gewapende dienst. Alleen de geneeskundige dienst en de militaire muziekkorpsen waren voor vrouwen toegankelijk. Het Hof herhaalt in zijn uitspraak de algemene overwegingen uit *Sirdar* met betrekking tot de toepasselijkheid van de gelijke behandelingsrichtlijn en de uitzondering van artikel 2 lid 2. Bij de toets of op de uitzondering uit de richtlijn een beroep kan worden gedaan, merkt het Hof op dat een uitsluiting die geldt voor nagenoeg alle functies bij de Bundeswehr niet is te beschouwen als een afwijking die gerechtvaardigd wordt door de specifieke aard van de betrokken functies of door de bijzondere voorwaarden waaronder deze worden uitgeoefend in de zin van artikel 2 van de gelijke behandelingsrichtlijn. Het enkele feit dat het personeel in dienst van de krijgsmacht kan worden genoodzaakt wapens te gebruiken is niet voldoende om de uitsluiting van vrouwen te rechtvaardigen. Zelfs rekening houdend met de beoordelingsmarge die de Duitse autoriteiten ter zake toekomt, valt het standpunt dat alle gewapende onderdelen van de Bundeswehr uitsluitend uit mannen samengesteld moeten blijven, niet te verenigen met het evenredigheidsbeginsel. Vervolgens toetst het Hof ook nog of een beroep kan worden gedaan op de uitzondering uit artikel 2 lid 3 (oud) van de richtlijn. Dat is niet het geval: deze bepaling staat niet toe dat vrouwen de toegang tot een bepaalde betrekking wordt ontzegd op grond dat vrouwen meer dan mannen zouden moeten worden beschermd tegen andere gevaren dan de specifieke beschermingsbehoeften van de vrouw, zoals de uitdrukkelijk in die bepaling genoemde.

#### *Nationale dienstplicht voor mannen*

Krachtens de Duitse dienstplichtwet (Wehrpflichtgesetz) kunnen mannen vanaf hun achttiende jaar worden verplicht dienst te nemen in de krijgsmacht. Toen Alexander Dory werd opgeroepen om zijn dienstplicht te vervullen bracht hij de uitspraak van het Hof van Justitie in *Kreil* in stelling. Volgens Dory volgde uit deze uitspraak dat de Duitse wet op de dienstplicht in strijd met het gemeenschapsrecht is. De autoriteiten stelden hier tegenover dat het in het arrest *Kreil* ging om vrijwillige dienst bij de strijdkrachten en niet om de

<sup>9)</sup> Zaak C-273/97, *Sirdar/The Army Board*, Jur. [1999] I-7403, AB 2000, 70, nt. F.H.v.d.B. Tot een soortgelijk oordeel kwam de Commissie Gelijke Behandeling in haar uitspraak van 30 juni 2000 (2000-38, MRT 2001, p. 193, nt. B. Koopman).

<sup>10)</sup> Zaak C-285/98, *Kreil/Bondsrepubliek Duitsland*, Jur. [2000] I-69, Sociaal Recht 2003, p. 231, nt. F. Dorsemont.

dienstplicht. Volgens Dory was de richtlijn toch van toepassing aangezien hij tijdens het vervullen van zijn diensplicht geen beroep kan uitoefenen en dat zijn toegang tot de reguliere arbeidsmarkt daardoor wordt vertraagd.

In *Dory*<sup>11)</sup> herhaalt het Hof zijn overwegingen uit *Sirdar* en *Kreil* dat de beslissingen van de lidstaten over de inrichting van de strijdkrachten niet volledig aan de werkingsfeer van het EG-recht mogen worden onttrokken, met name wanneer het gaat om de eerbiediging van het gelijke behandelingsbeginsel bij de toegang tot militaire beroepen. Het Hof vervolgt: “daaruit volgt echter niet dat de beslissingen van de lidstaten inzake militaire organisatie, die de verdediging van hun grondgebied of van hun essentiële belangen tot doel hebben, onder het gemeenschapsrecht vallen”. Vervolgens verwijst het Hof naar het belang van de dienstplicht in Duitsland en komt het tot de conclusie dat de beslissing van Duitsland om zijn defensie ten dele door een dienstplicht te verzekeren “de uitdrukking is van een dergelijke keuze inzake militaire organisatie, waarop het gemeenschapsrecht bijgevolg niet van toepassing is”. Het Hof erkent dat het feit dat de dienstplicht alleen voor mannen geldt, nadelige gevolgen heeft voor de (civiele) beroepsloopbaan van de betrokkenen. De vertraging in de beroepsloopbaan is echter een onvermijdelijk gevolg van de keuze inzake militaire organisatie.

### *Conclusie*

Het Europeesrechtelijke gelijke behandelingsbeginsel staat er niet zonder meer aan in de weg dat vrouwen de toegang wordt ontzegd tot bepaalde onderdelen van de strijdkrachten. Wel volgt uit het Europese recht duidelijk de eis dat de afwijking van het gelijke behandelingsbeginsel wordt gerechtvaardigd door de specifieke aard van de betrokken functies of de voorwaarden waaronder deze worden uitgeoefend. Dit betekent dat er geen beroep op de uitzondering van artikel 2 lid 6 kan worden gedaan om te rechtvaardigen dat alle gewapende onderdelen van de strijdkrachten uitsluitend uit mannen bestaan (*Kreil*). Het is wel mogelijk de uitzondering in te roepen voor bepaalde specifieke onderdelen van de strijdkrachten (*Sirdar*). Voorwaarde is dan wel dat de uitsluiting van vrouwen is ingegeven door argumenten die het functioneren van het specifieke legeronderdeel betreffen. Nationale maatregelen die tot doel hebben om vrouwen te beschermen tegen de evidente gevaren die deelname aan de krijgsmacht met zich meebrengen, doorstaan de toets aan het EG-recht niet.

In *Dory* maakt het Hof niet geheel duidelijk waarom het gelijke behandelingsbeginsel wel kan worden ingeroepen door vrouwen die toegang wensen tot (bepaalde onderdelen binnen) het leger, en niet van toepassing is op een militaire dienstplicht die alleen voor mannen geldt.<sup>12)</sup> Een mogelijke verklaring is dat in de eerste situatie direct de toegang tot het arbeidsproces in het geding is, een voorwaarde om binnen de materiële werkingsfeer van de richtlijn te vallen. Het is daarentegen de vraag of de dienstplicht als zodanig een beroep is in de zin van de gelijke behandelingsrichtlijn. Het antwoord op deze vraag laat het Hof van Justitie, evenals de Advocaat-Generaal, enigszins in het midden door zich te concentreren op het pleidooi van Dory dat als gevolg van de ongelijke behandeling met betrekking tot de dienstplicht de toegang van mannen tot de (reguliere) arbeidsmarkt wordt belemmerd.

Wellicht is het verschil in benadering door het Hof uiteindelijk ingegeven door de gevolgen. Hoe ingrijpend (en wellicht onwenselijk) sommigen het openstellen van bepaalde

<sup>11)</sup> Zaak C-186/01, *Dory/Bondsrepubliek Duitsland*.

<sup>12)</sup> Zie meer uitvoerig P. Foubert, annotatie bij *Dory*, *SEW* 2004, p. 38.

onderdelen van het leger voor vrouwen zullen vinden, het is onwaarschijnlijk dat vrouwen zich in grote getale zullen aanmelden. Dat is in ieder geval de ervaring met een Nederlands elite-onderdeel dat formeel al is opengesteld voor vrouwen als het Korps Commandotroepen. Het is duidelijk dat gelijke behandeling ten aanzien van de dienstplicht wel verstrekkende gevolgen heeft: het zou immers betekenen dat een lidstaat wordt verplicht om ofwel de dienstplicht geheel af te schaffen, of de dienstplicht zowel voor vrouwen als voor mannen te laten gelden.

Ten slotte is het van belang op te merken dat het Europese recht de lidstaten verplicht om geregeld te onderzoeken of een ongelijkheid in behandeling ten aanzien van de toegang tot bepaalde functies nog is gerechtvaardigd. Van der Knaap had het Europese recht dus aan zijn zijde toen hij onderzoek liet doen naar de mogelijkheden om specifieke onderdelen van het leger open te stellen voor vrouwen. Het eerste resultaat van een dergelijk onderzoek is het op 24 mei 2006 aan de Tweede Kamer aangeboden rapport “Gemengd varen aan boord van onderzeeboten”.<sup>13)</sup> In de conclusie van dit rapport werd ‘gemengd varen’ afgeraden. Van der Knaap liet echter weten dat de conclusies hem niet geheel overtuigden. Volgens hem waren de conclusies gebaseerd op gedateerd onderzoek en werd de houding van de huidige bemanning van onderzeeboten als vaststaand beschouwd. Het wachten is nog altijd op het door hem aangekondigde vervolgonderzoek, waarvan de eindresultaten eind 2006 bekend zouden worden gemaakt.

---

<sup>13)</sup> Zie [www.mindef.nl/actueel/parlement/kamerbrieven/2006/2/20060524\\_rapportgemengdvaren.aspx](http://www.mindef.nl/actueel/parlement/kamerbrieven/2006/2/20060524_rapportgemengdvaren.aspx). TK 2005-2006, 30300 X, nr. 103.