

## Commissie Gelijke Behandeling

Oordeel 2008-52

14 mei 2008

*Voorzitter:* mr. drs. P.H.A. van Geel, *leden:* mr. M. van den Brink en mr. P.H. Hugenholtz, *secr.:* mr. A.H. Pranger

### Vaderschap en uitzending

*Het verzoek van een mannelijke militair van de Koninklijke Luchtmacht om tijdelijk te worden vrijgesteld van uitzending naar het buitenland wordt afgewezen. Hij dient vervolgens bij de Commissie Gelijke Behandeling het verzoek in om te beoordelen of defensie bij de afwijzing van zijn verzoek onderscheid heeft gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden op grond van geslacht. De commissie oordeelt dat inderdaad een verboden onderscheid is gemaakt ten opzichte van de militair. (naschrift G.Th. Terpstra)*

oordeel

op het verzoekschrift van 24 augustus 2007 van . . . . , verschenen in persoon, wonende te . . . . , verzoeker, bijgestaan door mr. S.E. de Jong, jurist bij Stichting Univé Rechtshulp

tegen

Staatssecretaris van Defensie te Den Haag, verweerder, vertegenwoordigd door, hoofd Sectie Rechtspositie en Aanstellingen bij de Koninklijke Luchtmacht

#### 1 Procesverloop

1.1 Bij het voornoemde verzoekschrift heeft verzoeker de Commissie Gelijke Behandeling, hierna: de Commissie, verzocht te beoordelen of verweerder jegens hem onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden door hem niet vrij te stellen van uitzending naar militaire operaties in het buitenland.

1.2 Verzoeker heeft de Commissie desgevraagd aanvullende informatie toegestuurd.

1.3 Verweerder heeft schriftelijk verweer gevoerd.

1.4 Op de zitting van 19 februari 2008 hebben partijen hun standpunten mondeling toegelicht. De vertegenwoordiger van verweerder was ter zitting vergezeld van . . . . , senior beleidsmedewerker Ministerie van Defensie en . . . . , medewerker Dienstencentrum Juridische Dienstverlening bij de Koninklijke Luchtmacht.

#### 2 Feiten

2.1 Verzoeker is als militair in dienst bij de Koninklijke Luchtmacht. Het personeelsbeleid van de Koninklijke Luchtmacht valt onder de verantwoordelijkheid van verweerder.

2.2 In het handboek Personeel en Organisatie van de Koninklijke Luchtmacht is onder artikel 3.6.3. het volgende opgenomen:

“De KLu (CGB: Koninklijke Luchtmacht) hanteert het beleid dat vrouwelijke militairen met kind(eren) in de leeftijd tot en met 4 jaar, niet worden uitgezonden, tenzij operationele redenen aanwijzing noodzakelijk maken. Indien mannelijke militairen verantwoordelijk zijn voor de zorg van een éénundergezin, is dezelfde regel ook voor hen van toepassing. De “éénuouder”-restrictie ten aanzien van mannelijke militairen is gebaseerd op de vooral pragmatische overweging dat het in de samenleving nog steeds gebruikelijk is dat met name vrouwen de zorg voor kinderen op zich nemen en het bestand aan niet-uitzendbare militairen niet te groot mag worden.”

2.3 Op 14 maart 2007 heeft verzoeker verweerder verzocht om tijdelijk vrijgesteld te worden van uitzending naar het buitenland.

2.4 Bij brief van 7 juni 2007 heeft verweerder het verzoek afgewezen.

2.5 Verzoeker heeft tegen dit besluit bezwaar aangetekend bij brief van 25 juni 2007.

2.6 Bij brief van 8 oktober 2008 heeft verweerder het bezwaar ongegrond verklaard.

2.7 Verzoeker heeft tegen deze beslissing op 15 november 2007 beroep ingesteld, en op 14 december 2007 de gronden voor dat beroep ingediend.

2.8 In een motie, die door de Tweede Kamer is aanvaard, hebben de Kamerleden Van Velzen en Eijssink verweerder gevraagd om alle militairen met kinderen tot en met vier jaar desgewenst vrij te stellen van uitzending (Kamerstukken II 2006/07, 30 800 X, nr. 19).

Naar aanleiding hiervan heeft verweerder onderzoek laten doen naar de interesse onder mannelijke militairen om gebruik te maken van een regeling waarbij ouders van kinderen jonger dan vijf jaar worden vrijgesteld van uitzending. Uit dit rapport, 'Onderzoek Vrijstelling bij Uitzending' (augustus 2007), blijkt onder meer dat circa 58% van de mannelijke militairen met kinderen onder de vijf jaar 'zeker of misschien' gebruik zou willen maken van zo'n regeling. Ongeveer 26% gaf aan 'zeker' van de regeling gebruik te maken.

2.9 Bij alle krijgsmachtonderdelen tezamen waren op 31 december 2007 43.689 mannen en 4.303 vrouwen als militair bij verweerder in dienst.

### *3 Beoordeling van het verzoek*

3.1 Tussen partijen is in geschil of verweerder jegens verzoeker onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden, door zijn verzoek om vrijstelling van uitzending naar het buitenland af te wijzen.

#### *Onderscheid op grond van geslacht*

3.2 Op grond van artikel 1b, eerste lid, Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB), in samenhang met artikel 1 WGB, is het maken van direct onderscheid op grond van geslacht bij de arbeidsvoorwaarden verboden.

3.3 Verzoeker meent dat verweerder verboden onderscheid op grond van geslacht maakt door zijn verzoek om vrijstelling van uitzending niet te honoreren. Verzoeker heeft een kind onder de vijf jaar, maar hem wordt geen vrijstelling verleend, terwijl vrouwen met kinderen onder de vijf jaar zonder meer worden vrijgesteld. Hiermee wordt direct onderscheid op grond van geslacht gemaakt.

3.4 Verweerder erkent dat hij direct onderscheid op grond van geslacht maakt, maar is van mening dat dit onderscheid niet verboden is, omdat twee in de wet genoemde uitzonderingen volgens hem van toepassing zijn.

Ten eerste worden vrouwen vrijgesteld van uitzending in verband met de bescherming van de vrouw. Ten tweede is volgens verweerder sprake van voorkeursbeleid.

3.5 De Commissie zal hierna achtereenvolgens beoordelen of het gemaakte onderscheid is toegestaan in verband met de bescherming van de vrouw, dan wel in verband met voorkeursbeleid.

#### *Bescherming van de vrouw*

3.6 Ingevolge artikel 1b, derde lid, WGB mag van het verbod op direct onderscheid op grond van geslacht worden afgeweken in de gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, met name in verband met zwangerschap en moederschap.

3.7 Verzoeker is van mening dat het beleid van verweerder niet is gericht op de bescherming van het moederschap. Volgens verzoeker wordt met het beleid een voorziening gebo-

den voor zorgtaken die niet onlosmakelijk zijn verbonden aan het moederschap.

Mannelijke militairen die verantwoordelijk zijn voor de zorg van een éénoudergezin, kunnen evenals vrouwen vrijgesteld worden van uitzending. Dat wijst er op dat het beleid gericht is op het waarborgen van de primaire zorg voor jonge kinderen en niet op de bescherming van het moederschap.

3.8 De gelijkebehandelingswetgeving maakt volgens verzoeker terecht een uitzondering op het verbod van discriminatie ter bescherming van de vrouw, daar waar verschillen tussen mannen en vrouwen evident zijn, zoals bij zwangerschap. Het enige wezenlijke aspect in de zorg voor kinderen in relatie tot het moederschap is het geven van borstvoeding. Feit is echter dat slechts 20% van de vrouwen na zes maanden nog borstvoeding geeft. Het is zeer aannemelijk dat het percentage vrouwen dat kinderen tot en met vier jaar borstvoeding geeft zeer klein is. In de Arbeidstijdenwet is vastgelegd dat vrouwen slechts een voedingsrecht hebben gedurende de eerste negen maanden na de geboorte van hun kind.

Verzoeker meent dat het oprekken van het begrip 'moederschap' tot algemene ouder-schapstaken onjuist is, onnodig rolbevestigend en in strijd met het Internationaal Verdrag inzake bescherming tegen alle vormen van discriminatie tegen vrouwen.

3.9 Verweerder heeft verklaard dat slechts een deel van de periode van vijf jaar waarvoor vrijstelling mogelijk is, bedoeld is ter bescherming van het moederschap van vrouwelijke militairen. Het gaat vooral om de eerste periode waarin een pas bevallen vrouw nog fysiek en mogelijk ook mentaal moet herstellen.

Verweerder bestrijdt verzoekers stelling dat het moederschap gekoppeld moet worden aan de periode die gehanteerd wordt in de regelgeving met betrekking tot het voedingsrecht van vrouwen, te weten negen maanden. Verweerder is van mening dat vrijstelling voor een langere periode dan normaal gerechtvaardigd is waar het gaat om uitzending, omdat werkzaamheden tijdens een uitzending niet zijn te vergelijken met dagelijkse en reguliere werkzaamheden op het onderdeel in Nederland. Desgevraagd heeft verweerder ter zitting verklaard dat bij vrijstelling in verband met de bescherming van vrouwen gedacht moet worden aan een periode van ongeveer één jaar. Verweerder benadrukt echter dat elke militair een grondige keuring ondergaat alvorens te worden uitgezonden. Dat betekent dat uitgesloten is dat militairen worden uitgezonden terwijl zij niet helemaal fit zijn, ongeacht de oorzaak daarvan.

3.10 De wettelijke uitzonderingen op het gebod tot gelijke behandeling dienen restrictief te worden uitgelegd, omdat zij indruisen tegen het doel van de wet. Voor de beoordeling van verweerders beroep op de bepaling inzake de bescherming van moederschap acht de Commissie van belang dat slechts een beperkt deel van de totale vrijstelling volgens verweerder hiermee verband houdt, terwijl niet inzichtelijk is om welk deel het precies gaat, en de hiervoor gereserveerde periode ook niet nader is onderbouwd. Dit klemt te meer nu alle militairen voorafgaand aan uitzending sowieso medisch worden gekeurd. Bovendien komen alleenstaande vaders voor hetzelfde verlof in aanmerking, zonder dat hiervoor een nadere onderbouwing is gegeven, anders dan dat een ruimere toekenning van vrijstelling organisatorisch te veel problemen met zich brengt. Hoewel vrijstelling van deze groep vaders ongetwijfeld van pas zal kunnen komen, is de bescherming van jong moederschap dus geen afdoende verklaring voor de vrijstelling.

3.11 Het bovenstaande leidt tot het oordeel dat het beroep van verweerder op de uitzondering voor de bescherming van de vrouw, niet slaagt, nu de vrijstelling geldt voor een periode van vijf jaar, terwijl door verweerder is aangevoerd dat de bescherming van de vrouw slechts geldt voor de periode van ongeveer een jaar.

Verweerder heeft onvoldoende aangetoond dat de vrijstelling inderdaad noodzakelijk is met het oog op, en gericht is op de bescherming van pas bevallen vrouwen.

*Voorkeursbeleid*

3.12 Op grond van artikel 5 WGB kan van het verbod op het maken van direct onderscheid op grond van geslacht worden afgeweken indien met het gemaakte onderscheid wordt beoogd vrouwen in een bevoorrechte positie te plaatsen teneinde nadelen op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het beoogde doel.

3.13 Verweerder heeft verklaard dat hij al jaren en met tal van middelen probeert meer vrouwen aan te trekken voor zijn organisatie. Eén van de problemen die vrouwelijke medewerkers ondervinden is het combineren van hun werk met zorg voor kinderen. Bij uitzending naar het buitenland is zo'n combinatie zelfs geheel uitgesloten. Door het verlenen van vrijstellingen aan moeders van jonge kinderen probeert verweerder aan dit probleem tegemoet te komen. Verweerder hoopt hiermee de drempel voor vrouwen om toe te treden tot zijn organisatie, en om ook voor die organisatie te blijven werken, te verlagen.

3.14 De Commissie overweegt dat het verlenen van vrijstelling aan vrouwen met jonge kinderen kan worden aangemerkt als voorkeursbeleid. Niet alle vormen van voorkeursbeleid zijn echter toegestaan. Daarom zal de Commissie toetsen of het doelgroepenaanbod van verweerder voldoet aan de eisen die aan voorkeursbeleid worden gesteld.

3.15 Het is vaste jurisprudentie van de Commissie dat de gelijkebehandelingswetgeving wordt uitgelegd conform de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (onder meer: CGB 31 oktober 2002, oordeel 2002-162, en CGB 23 november 2005, oordeel 2005-225).

3.16 Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) heeft in een reeks van arresten, waaronder de zaak Kalanke (HvJ EG 17 oktober 1995 (Kalanke), zaak C-450/93, NJ 1996/507) strikte voorwaarden geformuleerd waaraan voorkeursbeleid voor vrouwen bij de arbeid moet voldoen. Het Hof heeft bepaald dat de voorkeursbepaling in artikel 2, vierde lid, van Richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid (PbEG 1976, L39) nationale maatregelen toestaat op het gebied van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, die in het bijzonder vrouwen bevoordelen met het doel hen beter in staat te stellen op de arbeidsmarkt te concurreren en op voet van gelijkheid met mannen een loopbaan op te bouwen. In hetzelfde arrest bepaalt het Hof echter dat absolute en onvoorwaardelijke voorrang voor vrouwen uitsluitend op grond van hun sekse bij werving en selectie ontoelaatbaar is.

3.17 De eisen waaraan voorkeursbeleid bij de toegang tot de arbeid ingevolge deze jurisprudentie moet voldoen zijn:

1. De achterstand van vrouwen dient te zijn aangetoond en te worden gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod.

2. De regeling waarborgt dat sollicitaties worden onderworpen aan een objectieve beoordeling van alle kandidaten waarbij rekening wordt gehouden met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten.

3. Het onderscheid dient in een redelijke verhouding te staan tot het doel. De voorkeursmaatregel moet kunnen worden gerechtvaardigd door de mate van achterstand.

4. Het voorkeursbeleid dient duidelijk kenbaar te zijn.

3.18 Eerder heeft de Commissie geoordeeld (CGB 25 juni 1997, oordeel 1997-77) dat de strenge toets van het HvJ EG specifiek is gericht op voorkeursbeleid bij de toegang tot

de arbeid of tot promotie, waarbij de inspanningen zijn gericht op het bereiken van een gelijk resultaat (zie ook CGB 28 mei 1996, oordeel 1996-45). Voor voorkeursbeleid dat slechts beoogt de achtergestelde groep in een vergelijkbare uitgangspositie te brengen met anderen, dat met andere woorden slechts gericht is op het creëren van gelijke kansen, geldt een minder strenge toets. Het HvJ EG heeft in gelijke zin geoordeeld (HvJ EG 19 maart 2002, (Lommers), zaak C-476/99, Jur. 2002, p. I-2891). Het HvJ EG achtte het reserveren van kinderopvangfaciliteiten voor vrouwelijke medewerkers in beginsel niet in strijd met het EG-recht.

3.19 De eerste vraag die derhalve moet worden beantwoord is of onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden als hier aan de orde, moet worden beschouwd als resultaatgericht en dus vallend onder de strenge toets, of dat het behoort tot de lichter te toetsen vormen van voorkeursbeleid die er op zijn gericht om vrouwen in een vergelijkbare uitgangspositie te brengen.

De Commissie overweegt dat vrijstelling van vrouwelijke medewerkers met zorg voor kleine kinderen, niet tot gevolg heeft dat hun positie vergelijkbaar(der) wordt met die van hun mannelijke collega's. Anders dan in de zaak Lommers, betekent de door verweerder aangeboden faciliteit niet dat vrouwen een buiten het werk gelegen lastenvermindering wordt geboden waardoor zij beter in staat zijn op voet van gelijkheid met mannen te participeren en met hen te concurreren. Het beleid van verweerder impliceert daarentegen dat vrouwen op gunstiger voorwaarden mogen participeren. Daarmee is het vrijstellingsbeleid vergelijkbaar met voorkeursbeleid bij toegang tot de arbeid. Dat betekent dat het door verweerder gevoerde voorkeursbeleid moet worden getoetst aan de in 3.17 genoemde strenge criteria.

#### *Achterstandspositie*

3.20 Verweerder stelt dat sprake is van een aanzienlijke ondervetegenwoordiging van vrouwen en heeft ter onderbouwing daarvan gegevens overgelegd over de participatie van vrouwen bij de krijgsmacht. Uit deze gegevens blijkt dat 9% van het militaire personeel vrouw is en 91% man. Verzoeker heeft bevestigd dat de achterstand van vrouwen bij de krijgsmacht evident is. Hij betwist daarom ook niet de noodzaak van maatregelen als zodanig, maar stelt alleen dat het voorbehouden van vrijstelling aan jonge moeders disproportioneel is.

3.21 De Commissie stelt vast dat vrouwen bij het militaire personeel ondervetegenwoordigd zijn en dat derhalve is voldaan aan het eerste criterium voor voorkeursbeleid.

Geschiktheid en proportionaliteit van het middel

3.22 Volgens verzoeker is het middel van vrijstelling alleen voor vrouwen ongeschikt om een evenwichtiger vertegenwoordiging van vrouwen in de krijgsmacht te realiseren. Het is niet goed voorstelbaar dat het beleid tot een grotere instroom van vrouwen zal leiden, al kan het volgens verzoeker wellicht enigszins helpen bij het beperken van de uitstroom van vrouwelijke militairen. Het betreft dan vrouwen die binnen het gezin kiezen voor de traditionele rolverdeling. Het beleid wordt echter door vrouwen die ook streven naar een evenwichtige taakverdeling binnen het gezin als hinderlijk ervaren. Deze vrouwen streven ook naar een gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke militairen, in die zin dat ook mannelijke militairen met jonge kinderen vrijgesteld zouden moeten kunnen worden van uitzending.

Volgens verzoeker zou het aanpakken van de oorzaak van het probleem een effectievere benadering zijn dan de benadering die verweerder kiest. Het beleid is volgens verzoeker contraproductief omdat het de stereotiepe rolverdeling tussen mannen en vrouwen juist

bevestigt. Verzoeker meent dat het voor het doorbreken van het rollenpatroon nodig is dat mannen en vrouwen volledig gelijk worden behandeld.

3.23 Verder wijst verzoeker erop dat het beleid al meer dan tien jaar wordt gevoerd. Voorkeursbeleid zou echter een tijdelijk karakter moeten hebben. Bovendien is het aantal vrouwen in die periode niet spectaculair toegenomen. De rol van het uitzendbeleid voor vrouwen hierin is nooit onderzocht. Verzoeker trekt de effectiviteit en daarmee de geschiktheid van het middel sterk in twijfel.

3.24 Volgens verzoeker is door verweerder niet gekeken of er andere oplossingen zijn voor de problemen met betrekking tot de operationele inzetbaarheid. Uit het onderzoek dat verweerder heeft verricht is weliswaar gebleken dat ongeveer 4300 mannelijke militairen wellicht gebruik zouden willen maken van de vrijstelling, maar verweerder heeft niet onderzocht of er wellicht maatregelen zijn waardoor het onaantrekkelijker wordt om gebruik te maken van die vrijstelling. Daarbij kan volgens verzoeker gedacht worden aan een financiële tegemoetkoming bij uitzending of stillegging van de carrière tijdens de vrijstelling.

3.25 Ten aanzien van de proportionaliteit voert verzoeker aan dat het uitzenden van militairen een zwaar beslag legt op de militairen, maar zeker ook op het achterblijvende thuisfront. Voor achterblijvende partners met een fulltime en veeleisende baan, die de zorg voor de kinderen niet meer kunnen delen met hun partner, is de periode soms zwaarder dan voor de uitgezonden militair. Deze last staat in geen verhouding tot voorkeursbeleid waarbij sprake is van 'een meer of mindere mate van vergoeding voor kinderopvang' of 'bij gelijke geschiktheid wordt voorkeur gegeven aan een vrouw'. De maatregel is volgens verzoeker te ingrijpend en daarom disproportioneel. Volgens verzoeker heeft verweerder ook een verantwoordelijkheid voor de partner die achterblijft in Nederland. Voor de partner van verzoeker zal het, onder meer vanwege de lange reistijd die zij kwijt is bij haar woonwerkverkeer, niet mogelijk zijn om haar werk en de zorg voor hun kind te combineren als verzoeker wordt uitgezonden. Verzoeker heeft (mede) hierom ontslag genomen.

3.26 Overigens benadrukt verzoeker dat hij niet wil dat de vrijstellingsmogelijkheid wordt afgeschaft. Verzoeker meent juist dat deze mogelijkheid voor alle jonge ouders, ongeacht hun geslacht, van belang kan zijn.

Daar komt bij dat er ook jonge moeders zijn die juist niet zijn gesteld op de automatische vrijstelling voor vrouwen en veel moeite moeten doen om eronderuit te komen.

3.27 Verweerder heeft hiertegen ingebracht dat het voor een effectief beleid niet voldoende is om eventuele maatregelen alleen te richten op een verhoging van de instroom. Optimaliseren van het behoud van personeel is minstens zo belangrijk. De vrijstellingsmaatregel moet in dat licht worden gezien.

3.28 Verweerder erkent dat het voorkeursbeleid in beginsel tijdelijk van aard moet zijn en hij erkent ook dat de vrijstelling van uitzending al sinds ongeveer 15 à 20 jaar mogelijk is voor vrouwen met kinderen jonger dan vijf jaar. Echter, omdat de doelstellingen nog niet zijn bereikt, acht verweerder het beleid nog steeds van belang. Verweerder streeft er naar dat minimaal 12% van zijn militaire personeel uit vrouwen bestaat en daarom heeft het genderbeleid, waaronder ook deze vrijstelling valt, voor verweerder nog steeds zeer hoge prioriteit.

3.29 Dit genderbeleid ziet op de combinatie van arbeid en zorg, en is niet alleen gericht op vrouwen, maar ook op mannen. Er is een aantal voorzieningen getroffen om de gevolgen van uitzending voor militairen met jonge kinderen zoveel mogelijk te ondervangen, bijvoorbeeld het goed en tijdig informeren over de aanwijzing voor een uitzending, maatwerk bij functietoewijzing, het meewegen van de persoonlijke situatie en extra zorgvoorzieningen, zoals een financiële bijdrage.

3.30 Desgevraagd heeft verweerder verklaard dat hij nooit heeft onderzocht of de vrijstelling van uitzending voor vrouwen met jonge kinderen een positief effect heeft op het bevorderen van de instroom of het beperken van de uitstroom van vrouwelijke militairen. Het is volgens verweerder dan ook niet te voorspellen wat het gevolg zou zijn als de vrijstelling voor vrouwelijke militairen zou worden afgeschaft.

Verweerder meent echter dat uit de overgelegde cijfers wel de conclusie getrokken kan worden dat de maatregel effect heeft. Uit deze cijfers blijkt namelijk dat het militaire personeel in de leeftijdsgroep tot 35 jaar wel voor 12% bestaat uit vrouwen. Daaruit concludeert verweerder dat de maatregel effect heeft op de doelgroep.

3.31 Ten aanzien van de proportionaliteit voert verweerder aan dat in de Tweede Kamer de nodige aandacht is geweest voor de vrijstelling van uitzending voor vrouwelijke militairen. Naar aanleiding hiervan heeft verweerder laten onderzoeken hoeveel mannelijke militairen met jonge kinderen een beroep op vrijstelling van uitzending zouden doen. Hieruit is gebleken dat 58% van de mannelijke militairen met kinderen jonger dan 5 jaar (4300 militairen) zei misschien of zeker gebruik te zullen maken van de vrijstelling en 26% (1980 militairen) gaf aan zeker gebruik te zullen maken van de regeling (zie 2.8).

Uit deze cijfers blijkt dat het niet mogelijk is om de vrijstellingsregeling onverkort ook voor mannelijke militairen te laten gelden. Een te groot aantal mannelijke militairen zou dan niet beschikbaar zijn voor uitzending, hetgeen zou leiden tot grote operationele problemen. In het afgelopen jaar zijn 6.000 militairen uitgezonden. Doorgaans bestaan teams die worden uitgezonden uit militairen met verschillende specialismen. Om een helikopter te laten vliegen zijn niet alleen piloten maar ook onderhoudsmonteurs nodig. Voor elk uit te zenden team moet worden gerekend met een factor drie: de groep die wordt uitgezonden, de groep die terugkomt van uitzending, en de groep die in Nederland de werkzaamheden uitvoert.

Daar komt bij dat bij verweerder structureel veel vacatures zijn. Bij de luchtmacht, het onderdeel waar verzoeker werkt, zijn er standaard 10% vacatures. Nog afgezien van de kosten, zijn de extra militairen die nodig zouden zijn als de vrijstelling ook voor mannen gold, niet te vinden.

3.32 Verweerder streeft echter wel naar een zo gelijk mogelijke behandeling van mannen en vrouwen. Het zal echter geruime tijd in beslag nemen om mogelijke alternatieven te onderzoeken. Eén alternatief is om mannelijke militairen één jaar vrij te stellen van uitzending. Ook dit alternatief levert echter operationele problemen op die zonder uitbreiding van de formatie niet kunnen worden opgevangen.

Ook een ander alternatief, waarbij een vrijstelling geldt voor één jaar, op te nemen naar keuze van de militair tot het kind 8 jaar is, dient te worden onderzocht.

Het onderzoeken van verschillende mogelijkheden vraagt tijd en zal niet op korte termijn gerealiseerd kunnen worden.

3.33 De Commissie overweegt dat de effectiviteit van het beleid niet kan worden vastgesteld, ondanks het feit dat verweerder dit middel al 15 á 20 jaar lang inzet. Verweerder heeft namelijk nooit onderzocht of en in welke mate de vrijstelling van uitzending voor vrouwelijke militairen invloed heeft op de instroom en/of uitstroom van vrouwelijke militairen, noch overigens op de doorstroom. De effectiviteit van het middel, en daarmee de geschiktheid van het middel, is derhalve nooit gemeten. Het beleid van verweerder voldoet om deze reden niet aan de vereisten die gelden voor een voorkeursbeleid in de zin van artikel 5 WGB. De Commissie beveelt verweerder dan ook aan een onderzoek in te stellen naar de effectiviteit van het vrijstellingsbeleid.

3.34 Nu er voor het gemaakte directe onderscheid op grond van geslacht geen wettelijke uitzondering van toepassing is, leidt dit tot het oordeel dat verweerder jegens verzoeker verboden onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt.

3.35 Voor het geval te zijner tijd uit onderzoek zal blijken dat het beleid inderdaad geschikt is om de ondervertegenwoordiging van vrouwelijke militairen tegen te gaan, gaat de Commissie in het hiernavolgende tevens in op de vraag of het beleid van verweerder voldoet aan de overige criteria voor het voorkeursbeleid.

3.36 Ten aanzien van de proportionaliteit van het middel geldt dat het doel, te weten het bevorderen van de arbeidsparticipatie van vrouwen in de krijgsmacht, evenzeer bereikt zou worden indien aan alle militairen met kleine kinderen, inclusief de mannelijke, vrijstelling zou worden verleend. Verweerder heeft naar het oordeel van de Commissie echter voldoende onderbouwd en aannemelijk gemaakt dat, bij een gelijkblijvende bezetting, de operationele inzetbaarheid in dat geval in gevaar komt.

In de thans bekende omstandigheden, leidt dat tot het oordeel dat het beleid proportioneel is. Een dergelijk oordeel is echter altijd afhankelijk van tal van factoren die aan verandering onderhevig zijn, zoals de man/vrouw-verhouding onder het personeel, het aantal uitzendingen en het aantal vacatures.

Aangezien voorkeursbeleid in beginsel van tijdelijke aard is, rust op verweerder steeds de verplichting te onderzoeken of alternatief beleid mogelijk is, waarbij geen of minder onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt. Verweerder heeft in dat kader reeds aangegeven dat hij aan het studeren is op beleid waarbij mannen en vrouwen gelijk, of minder ongelijk, behandeld worden.

#### *Kenbaarheid*

3.37 Verzoeker heeft betoogd dat verweerder de vrijstellingsregel niet heeft bekend gemaakt, zodat het wervend effect op vrouwen beperkt is. Het beleid staat niet beschreven in de personeelsgidsen van verweerder. Het beleid is alleen opgenomen in het interne Handboek P&O. Verweerder heeft dit niet betwist. Ook is onbetwist gebleven dat geen aandacht aan het vrijstellingsbeleid is besteed tijdens voorlichtingsbijeenkomsten, bijvoorbeeld in verband met een toekomstige uitzending naar het buitenland. De Commissie overweegt dat hoewel het beleid al ongeveer twintig jaar wordt toegepast, dit slechts is beschreven in een Handboek P&O. Dit handboek is volgens verweerder bedoeld voor de afdeling P&O als naslagwerk. Het beleid is naar het oordeel van de Commissie onvoldoende kenbaar voor de militairen die het aangaat. Ook indien het beleid op zichzelf wel kenbaar zou zijn, is in ieder geval niet kenbaar dat het gaat om voorkeursbeleid dat ten doel heeft de ondervertegenwoordiging van vrouwen tegen te gaan. Verweerder heeft daarmee niet voldaan aan het vereiste dat, wanneer voorkeursbeleid wordt gevoerd, dit voor iedereen duidelijk kenbaar moet zijn (HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, Jur. 1995 (Kalanke), p. I-3051).

#### *4 Oordeel*

De Commissie Gelijke Behandeling spreekt als haar oordeel uit dat de Staatssecretaris van Defensie jegens . . . . verboden onderscheid op grond van geslacht heeft gemaakt bij de arbeidsvoorwaarden.

#### *5 Aanbeveling*

De Commissie beveelt verweerder aan een onderzoek in te stellen naar het effect van de vrijstelling van uitzending van vrouwelijke militairen met jonge kinderen op de in- en uitstroom van vrouwelijke militairen. Tevens wordt aanbevolen het onderzoek naar moge-



lijk alternatief beleid, waarbij geen onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt, met voortvarendheid voort te zetten.

#### NASCHRIFT

1. De uitkomst van Oordeel 2008-52 was in het licht van de gelijke behandelingswetgeving en -jurisprudentie voorspelbaar te noemen. Met de vrijstellingsregeling voor moeders van kinderen tot 5 jaar (en overigens voor vaders én moeders ingeval van een éénoudergezin) maakt de Staatssecretaris van Defensie expliciet onderscheid op grond van geslacht. De structuur van de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) en de Wet Gelijke Behandeling van mannen en vrouwen (WGB) is zodanig dat dit directe onderscheid op grond van geslacht alleen gerechtvaardigd kan worden indien één van de wettelijke uitzonderingen van toepassing is.<sup>1)</sup> Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG (zoals Kalanke<sup>2)</sup> en Marshall<sup>3)</sup> en uit Europese richtlijnen vloeit voort dat bij de toepassing van deze uitzonderingsgronden strikt geïnterpreteerd dient te worden. Precies om die reden gaat het beroep op de door de staatssecretaris aangevoerde rechtvaardigingsgrond 'bescherming van de vrouw, met name in verband met zwangerschap en moederschap (art. 1b lid 3 WGB)' niet op: een strikte toetsing van deze uitzonderingsmogelijkheid op het verbod op onderscheid brengt mee dat een vrijstelling voor vrouwen voor uitzending op missies voor ten hoogste één jaar gerechtvaardigd zou zijn.

Of het gevoerde beleid als 'voorkeursbeleid' voor vrouwen ter vermindering of opheffing van een bestaande achterstandspositie in de zin van art. 5 WGB kan worden gerechtvaardigd, dient eveneens strikt te worden getoetst. De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) toetst het voorkeursbeleid aan de hiervoor gangbare jurisprudentiële criteria:

- er dient sprake te zijn van een aantoonbare achterstand van vrouwen gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod;
- het beleid moet een geschikt en proportioneel middel zijn;
- het beleid moet voldoende kenbaar voor belanghebbenden zijn.

Het bestreden vrijstellingsbeleid gaat nat op het tweede criterium: hoewel de in bovenstaande zaak bestreden vrijstellingsregeling voor uitzendingen van moeders van jonge kinderen al zo'n 15 tot 20 jaar bestaat, is nooit onderzoek gedaan naar de effectiviteit van dit beleid. Hiermee is het voorkeursbeleid onvoldoende onderbouwd en kan het derhalve niet als rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid tussen mannen en vrouwen gelden. Het gemaakte onderscheid is dus verboden. In een geval waarin een gemeente een voorkeursbeleid gedurende 10 jaar niet had geëvalueerd, oordeelde de CGB al eens identiek.<sup>4)</sup> De CGB voegt overigens aan haar oordeel toe dat evenmin is voldaan aan het kenbaarheidsvereiste, een tekortkoming die in de toekomst waarschijnlijk relatief eenvoudig kan worden ondervangen. Belangrijkste aanbeveling is dat de staatssecretaris aan het vrijstellingsbeleid op effectiviteit dient te onderzoeken.

2. Wat de zaak interessant maakt, is met name de vooruitblik naar de periode nadat het onderzoek naar de effectiviteit is voltooid. De CGB gaat zelf in overweging 3.35 e.v. alvast

<sup>1)</sup> Anders dan bij direct onderscheid kan *indirect* onderscheid in het systeem van de WGB en AWGB ook gerechtvaardigd worden door een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond. Van indirect onderscheid is sprake wanneer toepassing van een neutraal onderscheidscriterium direct onderscheid *tot gevolg* heeft. In Oordeel 2008-52 is de directheid van het gemaakte onderscheid echter onbetwist.

<sup>2)</sup> Zaak C-450/93, Jur. 1995, p. I-3051.

<sup>3)</sup> Zaak C-409/95, Jur. 1997, p. I-6363.

<sup>4)</sup> CGB Oordeel 1998-144.

*in op de proportionaliteit, ingeval de effectiviteit t.a.v. het wegwerken van de achterstandspositie inderdaad kan worden aangetoond. De Staatssecretaris is in dat geval ook gehouden te onderzoeken of dat effect niet eveneens kan worden bereikt met een beleid dat geen of minder onderscheid maakt. Uit de gegevens die Defensie heeft verstrekt, blijkt volgens de CGB echter dat een vrijstellingsmogelijkheid voor alle ouders met jonge kinderen de operationele inzetbaarheid van de strijdkrachten in gevaar zal brengen. Daarmee is deze optie geen redelijk alternatief. Het huidige vrijstellingsbeleid zou daarmee op dit moment proportioneel worden beoordeeld.*

*Bij deze (voorlopige) overweging vallen kanttekeningen te plaatsen. Zo geeft de Staatssecretaris van Defensie in een brief aan de Tweede Kamer in reactie op een motie van de leden Voordewind en Van der Staaij<sup>5)</sup> aan dat de een vrijstelling voor de ene groep direct gevolgen heeft voor de uitzendfrequentie en daarmee de belasting voor niet-vrijgestelden.<sup>6)</sup> Het vrijstellingenbeleid van Defensie is dus een systeem van communicerende vaten waarin een ruime vrijstelling voor moeders van jonge kinderen een aanzienlijk kleiner effect heeft op de algemene uitzendfrequentie heeft dan wanneer vaders dezelfde rechten zouden krijgen. In het licht van de proportionaliteitstoets is het denkbaar dat de staatssecretaris modellen op haalbaarheid moet onderzoeken waarin jonge vaders een bepaald recht op vrijstelling hebben, eventueel met inperking van de thans geldende duur van de vrijstelling voor jonge moeders (nu: de eerste 5 levensjaren van het kind).<sup>7)</sup> De vraag is hoe de CGB in dit geval deze ‘tussenmodellen’ zal beoordelen.*

*3. Het lijkt gezien de genoemde gevolgen voor de operationele inzetbaarheid van de strijdkrachten uitgesloten dat de verzoekende vader in deze zaak hetzelfde recht kan krijgen dat moeders op dit moment genieten. Indien het vrijstellingsbeleid na onderzoek niet effectief, of onvoldoende proportioneel wordt bevonden, zal het vrijstellingsbeleid moeten worden beëindigd of ingeperkt. Hier doet zich het verschijnsel voor dat in het gelijke behandelingsrecht het ‘levelling down effect’ wordt genoemd: terwijl de mannelijke militair in deze zaak streeft naar uitbreiding van zijn recht, kan het gevolg zijn dat (enkel) een recht van anderen (in dit geval: de vrouw) wordt ingeperkt. Het wrange van dit effect kan zijn dat het voordeel van een iets lagere uitzendfrequentie voor de vaders bij afschaffing van het vrijstellingsbeleid voor moeders niet sterk voelbaar is, terwijl de regeling op dit moment voor de vrouw een groot verschil maakt.*

*Mr. G.Th. Terpstra*

*Onderzoeksmedewerker non-discriminatierecht aan de Universiteit van Leiden*

<sup>5)</sup> Kamerstukken II, 2007-2008, 31 000 X, nr. 63.

<sup>6)</sup> Kamerstukken II, 2007-2008, 31 000 X, nr. 6.

<sup>7)</sup> Blijkens de brief aan de Tweede Kamer van 23 juni 2008 (kenmerk P/2008014068) in reactie op Oordeel 2008-52 is de staatssecretaris inderdaad bereid te onderzoeken of mannen en vrouwen gelijk “of minder ongelijk” behandeld kunnen worden.