



arbeidsrecht

UITSPRAAK VAN DE WEEK

mr. J. W. F. Overtoom & mr. N. J. van Osch

Roken? Dan geen baan!

Discriminatie begint soms al in de sollicitatieprocedure. Meer of minder bewust stellen 'wannabe'-werkgevers soms eisen aan een kandidaat, die als discriminerend kunnen worden uitgelegd. Wat mag wel en wat mag niet? Waar ligt de grens?

Een bedrijf in Appingedam wierf onlangs een klantmedewerker. In de vacaturetekst stond dat de voorkeur uitging naar een niet-roker. Als reden gaf het bedrijf op dat het merendeel van de bevolking niet rookt, en dat daarom een niet-rokende klantmedewerker het beste zou passen omdat die in zijn werk veel naar buiten treedt en contact heeft met mensen.

De in Nederland geldende gelijkebehandelingswetgeving stelt grenzen aan wat een werkgever als functie-eisen mag opnemen. Enkele voorbeelden: een werkgever mag – als daar geen goede reden voor is – geen leeftijdseis opnemen in een vacaturetekst. Ook zal het niet toelaatbaar zijn dat een werkgever in een vacaturetekst opneemt dat hij de voorkeur geeft aan iemand zonder kinderwens, of aan iemand met een Nederlandse naam. Hoewel moeilijk te ontkennen valt dat er op dat gebied onderscheid wordt gemaakt tussen sollicitanten zullen werkgevers er wel voor waken dat al te expliciet te doen. Ingewikkelder wordt het als er in een vacature een taaleis wordt gesteld. Is dat discriminatie of niet? Of soms wel en soms niet? Lees in dit verband ook onze [uitspraak](#) van 27 oktober 2014.

Wat zegt de wet?

De gelijkebehandelingswetgeving in Nederland is voor een groot deel gebaseerd op Europees recht. In de Algemene wet gelijke behandeling (art. 5 AWGB), de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (art. 3 WGBL) en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap/chronische ziekte (art. 4 WGBH/CZ) vinden we de belangrijkste regels met betrekking tot het verbod op discriminatie bij het solliciteren. Het maken van een direct onderscheid is vrijwel nooit toegestaan. Wat is dan het maken van een direct onderscheid? Direct onderscheid is als iemand vanwege persoonlijke kenmerken of eigenschappen (bijvoorbeeld man/vrouw, seksuele geaardheid, leeftijd) anders wordt behandeld. Dit is altijd verboden, tenzij de wet een uitzondering maakt.



arbeidsrecht

Indirect onderscheid is als een neutrale bepaling, regel of handelswijze specifieke gevolgen heeft voor een groep mensen met een van de in de gelijkebehandelingswetgeving genoemde kenmerken of eigenschappen (taaleisen, kledingvoorschriften). Dit is in beginsel verboden, tenzij er een objectieve rechtvaardiging voor is.

Spanningsveld

Op zich staat het een werkgever vrij om een antirookbeleid te voeren. Hij moet er wel voor waken dat die regels niet te veel ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer van werknemers – zowel de Grondwet als het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) geeft ieder individu namelijk het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Hoe zit dat in de werving- en selectiefase? Ook dan kunnen Grondwet en EVRM een rol spelen. Het uitgangspunt bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst is contractsvrijheid.

Voor de sollicitatiefase geldt dat er voor kandidaten gelijke kansen moeten zijn in en bij de toegang tot de onderneming. Zie artikel 1 van de Grondwet: 'Allen die zich in Nederland bevinden, worden *in gelijke gevallen gelijk behandeld*. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht *of op welke grond dan ook*, is niet toegestaan'. Artikel 3 van de Wet gelijke behandeling en artikel 5 lid 1 van de Algemene Wet gelijke behandeling bevatten een uitwerking hiervan. Een slimme werkgever zegt dan al snel: maar dit waren geen gelijke gevallen... en een werkgever heeft natuurlijk ook weer het recht om de kandidaat die in zijn ogen het meest geschikt is voor de functie te werven. In de praktijk ontstaat hier dus een spanningsveld.

In de literatuur wordt wel betoogd dat uit de Wet op de Medische Keuringen (WMK) valt af te leiden dat een werkgever een sollicitant niet mag vragen of hij rookt. De reden daarvan zou zijn dat deze vraag, omdat roken de gezondheidstoestand kan beïnvloeden, strijd oplevert met zowel deze wet als het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM). Alleen in het kader van een aanstellingskeuring mogen door een arts gezondheidsgerelateerde vragen worden gesteld, en dan nog alleen als voor het uitvoeren van die keuring gerechtvaardigde redenen zijn – omdat de vervulling van de functie dat vraagt. Tijdens een sollicitatiegesprek vragen 'rookt u?' als daarvoor niet echt een reden is, is feitelijk niet geoorloofd. Maar dat is de op zich onschuldige vraag 'hebt u kinderen?' dan misschien ook niet, want zou wel eens een verkapte vraag naar een kindrewens kunnen zijn – en die is ook 'verboden'. Kortom, in de praktijk is het zo eenvoudig nog niet.

In Nederland hebben we het [College voor de Rechten van de Mens](#). Het College 'belicht, beschermt, bewaakt en bevordert de mensenrechten in Nederland door advies, onderzoek, voorlichting en het individueel oordelen in het geval van discriminatie op het werk'. Iemand die het gevoel heeft gediscrimineerd te zijn tijdens een sollicitatie kan het College vragen om een oordeel over de situatie.



arbeidsrecht

De vraag is of de werkgever uit deze kwestie de voorkeur mag geven aan een kandidaat die niet rookt, als dat niet per se noodzakelijk is voor de uitoefening van de functie van klantmedewerker. En of hij er überhaupt naar mag informeren in een sollicitatiegesprek - wat hij gezien de advertentietekst waarschijnlijk zal doen.

Dit zijn de hoofdregels...

- Art. 5, eerste lid, sub a, b, c en d AWGB: verbod bij werving en selectie en bemiddeling;
- Art. 3 WGB: verbod op discriminatie en eisen aan advertentietekst;
- Art. 3, sub a, b, c en d WGBL: verbod op leeftijdsdiscriminatie bij solliciteren;
- Art. 4, sub a, b, c en d WGBH/CZ: verbod op discriminatie vanwege handicap of chronische ziekte bij solliciteren.

Op dit laatste artikel zou een rokende sollicitant zich kunnen beroepen als hij vindt dat er bij de werving en selectie wordt gediscrimineerd: analoog aan de lagere rechtspraak over alcoholverslaving als (chronische) ziekte zou hij zich op het standpunt kunnen stellen dat roken ook een verslaving is en dus een chronische ziekte – zodat zijn roken geen reden mag zijn om onderscheid te maken tussen hem en een andere kandidaat.

...en dit zijn de uitzonderingen:

- Art. 2 AWG: objectieve rechtvaardiging en andere wettelijke uitzonderingen;
- Art. 3 AWGB: kerkgenootschappen;
- Art. 5, tweede tot en met zesde lid AWGB: uitzonderingen voor bepaalde instellingen, werkverhoudingen en functies;
- Art. 3 WGB: bescherming gehandicapte/chronisch zieke, voorkeursbeleid en objectieve rechtvaardiging van indirect onderscheid;
- Art. 7 WGBL objectieve rechtvaardiging;
- Art. 3 WGBH/CZ: bescherming en positieve actie/voorkeursbeleid;
- Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn;
- Besluit gelijke behandeling.

Best ingewikkeld... **wat vindt u?**