

deel 4

HET INTERNATIONALE
JURIDISCHE KADER

?!

INTERNATIONALE VERPLICHTINGEN

9

9.1 Inleiding

De wetgever moet zorgen dat het nationale recht in overeenstemming is met internationale verplichtingen die Nederland is aangegaan. In vorige hoofdstukken is diverse keren verwezen naar juridische literatuur waarin betoogd is dat de wetgever hiermee in strijd handelt. Zie in het bijzonder hoofdstuk 3. Gebleken is dat het van cruciaal belang is dat de overgrote meerderheid van deeltijd huishoudelijk personeel uit vrouwen bestaat.

Dit hoofdstuk geeft een overzicht van de verplichtingen die het meest relevant zijn voor de beoordeling van de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel.

In § 9.2 wordt het relevante recht van de Europese Unie in vier subparagrafen besproken. In § 9.3 is de betekenis van het VN-vrouwenverdrag aan de orde en in § 9.4 wordt de betekenis van ILO-verdrag 175 inzake deeltijdwerk toegelicht. In de verschillende paragrafen wordt aangegeven in welke opzichten de wetgever in strijd met het EU-recht en de internationale verplichtingen handelt. In § 9.5 worden de belangrijkste knelpunten uiteengezet.

9.2 EU-recht

9.2.1 *Verbod van discriminatie op grond van geslacht*

Voor de toetsing van de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel aan de verplichtingen van het gemeenschapsrecht is de uitwerking van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in art. 157 EU-Werkingsverdrag (voorheen: art. 141 EG, daarvoor: art. 119 EEG) en in de diverse gelijke behandelingsrichtlijnen van belang. Het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht is aan de orde omdat deeltijd huishoudelijk personeel in overwegende mate uit vrouwen bestaat en daarom vooral vrouwen worden benadeeld door de uitzonderingspositie binnen het arbeidsrecht en de wettelijke sociale zekerheid.

De uitzonderingspositie moet worden getoetst aan de volgende beginselen:

- het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen omdat art. 7:629 lid 2 BW de doorbetaling van loon bij ziekte beperkt tot zes weken;
- het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en bij de arbeid, waaronder ook ontslag valt; dit beginsel is aan de orde vanwege de uitsluiting van de ontslagbescherming van het BBA en de beperkte informatieplicht van art. 7:655 lid 4 BW omdat dit de arbeidsvoorwaarden betreft;

- het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de wettelijke sociale zekerheid is aan de orde bij de uitsluiting van de verplichte werknemersverzekeringen.

Ook de uitzonderingspositie binnen de WAZO (uitkering bij zwangerschaps- en bevallingsverlof is gekoppeld aan minimumloon en niet aan maximum dagloon; geen uitkering bij adoptieverlof) en binnen de Zvw (geen vergoeding inkomensafhankelijke bijdrage Zvw omdat werkgever op grond van art. 5 Wet LB niet inhoudingsplichtig is) moet aan deze beginselen worden getoetst.

Verbod van discriminatie bij de beloning en bij de behandeling bij de arbeid
In art. 157 EU-Werkingsverdrag (voorheen: art. 141 EG, daarvoor: art. 119 EEG) is het verbod van discriminatie op grond van geslacht bij de beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid vastgelegd. Art. 157 EU-Werkingsverdrag bepaalt dat de lidstaat ervoor zorg dient te dragen dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast. In 1989 heeft het Hof van Justitie in het arrest Rinner-Kühn overwogen dat de uitsluiting van kleine deeltijders van een wettelijke regeling over doorbetaling van loon bij ziekte in strijd is met art. 119 EEG wanneer deze maatregel een veel groter aantal vrouwen dan mannen treft, tenzij de Lidstaat aantoonde dat er sprake is van een objectieve rechtvaardiging.¹ Dit is één van de arresten waar in de juridische literatuur naar wordt verwezen als het gaat om de beoordeling van de rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel.²

Het verbod van discriminatie bij de beloning voor gelijke of gelijkwaardige arbeid was aanvankelijk uitgewerkt in Richtlijn 75/117/EEG. Het verbod van discriminatie op grond van geslacht bij de toegang tot en bij de arbeid lag in aanvang vast in Richtlijn 76/207/EEG, welke is geamendeerd door Richtlijn 2002/73/EG. Deze richtlijnen zijn in 2006 met nog twee andere richtlijnen geïntegreerd in Richtlijn 2006/54/EG over de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep.³ Deze richtlijn wordt aangeduid als de herschikkingsrichtlijn of recastrichtlijn. Deze richtlijn staat voor een herschikking van vier gelijkebehandelingsrichtlijnen met als doel deze te stroomlijnen met bepalingen van de ras- en kaderrichtlijn.⁴ Ook is jurisprudentie van het Hof

geïmplementeerd in de herschikkingsrichtlijn. Het is niet de bedoeling geweest met deze richtlijn inhoudelijke wijzigingen aan te brengen. De implementatietermijn is op 15 augustus 2008 verstreken. In Nederland heeft dit niet geleid tot wijziging van de gelijkebehandelingswetgeving omdat dit niet noodzakelijk is geacht.⁵ Met ingang van 15 augustus 2009 zijn de vier richtlijnen die deel uitmaken van de herschikking, ingetrokken op grond van art. 34 van Richtlijn 2006/54/EG. Als na deze datum naar de ingetrokken richtlijnen wordt verwezen, wordt dit beschouwd als verwijzingen naar de herschikkingsrichtlijn. Dit laatste is bepaald in art. 34 lid 2 van de richtlijn. In deze studie wordt doorgaans naar de oude richtlijnen inzake de gelijke beloning en de gelijke behandeling verwezen en niet naar de bepalingen uit de herschikkingsrichtlijn.

Verbod van discriminatie bij de wettelijke sociale zekerheid

Het verbod van discriminatie op grond van geslacht in wettelijke regelingen die bescherming bieden tegen het risico van ziekte, invaliditeit, ouderdom, arbeidsongevallen, beroepsziekten en werkloosheid ligt vast in Richtlijn 79/7/EEG. Deze richtlijn maakt geen deel uit van de herschikkingsrichtlijn. Het Hof van Justitie heeft in de loop der tijd diverse wettelijke regelingen getoetst aan Richtlijn 79/7/EEG. In tal van arresten was de vraag aan de orde of een wettelijke regeling in strijd is met het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht van art. 4 van de richtlijn.⁶ Bij de beoordeling van de aangevoerde rechtvaardigingsgronden heeft het Hof tevens criteria ontwikkeld met betrekking tot de beleidsvrijheid van de lidstaten terzake van het te voeren sociale beleid.

Deze jurisprudentie betrof meerdere keren Nederlandse wetgeving en de richtlijn heeft mede daarom een grote invloed gehad op de Nederlandse sociale zekerheid. De vraag of de uitsluiting van deeltijd huishoudelijk personeel van de wettelijke sociale zekerheid in strijd is met art. 4 van de richtlijn, is nooit aan het Hof voorgelegd. In parlementaire stukken heeft de Nederlandse regering tot dusverre altijd betoogd dat deze uitsluiting objectief gerechtvaardigd is. Sinds eind 1995 wordt daarbij doorgaans verwezen naar de arresten *Nolte* en *Megner*.⁷ Het Hof heeft zich in deze arresten uitgesproken over de vraag of Duitsland in strijd handelde met art. 4 van Richtlijn 79/7/EEG door werknemers met een beperkt dienstverband uit te sluiten van de wettelijke sociale zekerheid. In deze arresten heeft het Hof de lidstaten een ruime beoordelingsmarge toegekend bij de vaststelling van het sociale beleid. De

¹ HvJEG 13 juni 1989, zaak 171/88, Jur. 1989, p. 2743 (*Rinner-Kühn*).

² Bijv. Burri 2000 p. 547, 548; Sparrius 2001, p. 268.

³ In de herschikkingsrichtlijn zijn tevens opgenomen: Richtlijn 86/378/EEG inzake het beginsel van gelijke behandeling bij de bovenwettelijke sociale zekerheid en Richtlijn 97/80/EG inzake de verdeling van de bewijslast.

⁴ Richtlijn 2000/43/EG (rasrichtlijn) en Richtlijn 2000/78/EG (kaderrichtlijn).

⁵ *Stcrt.* 2008, 94, p. 25.

⁶ Voor een overzicht: Pennings 2004, p. 52-57.

⁷ HvJ EG 14 december 1995, zaak C-317/93, Jur. 1995, p. I-4625 (*Nolte*); HvJ EG 14 december 1995, zaak C-444/93, Jur. 1995, p. I-4741 (*Megner*).

uitsluiting van werknemers met een dienstverband van 15 uur of minder werd als objectief gerechtvaardigd beschouwd.

De vanzelfsprekende verwijzing door de wetgever naar deze arresten uit 1995 is niet terecht. Uitsluiting van deeltijd huishoudelijke personeel kan niet zonder meer mee op één lijn worden gesteld met uitsluiting van werknemers die 15 uur of minder werken. De door het Hof aangelegde criteria zijn daarom ook niet zonder meer toepasbaar. Een verschil met de Duitse regeling is dat voor de uitsluiting van het deeltijd huishoudelijk personeel een dagen-criterium en geen uren-criterium wordt gehanteerd. Een ander verschil is dat bij de uitsluiting van de Nederlandse socialezekerheidswetgeving geen sprake is van uitsluiting van deeltijders in het algemeen maar van een categorale uitsluiting van huishoudelijk personeel dat in deeltijd werkt. Bovendien is het recht niet statisch en gaat het niet aan dat de wetgever ter rechtvaardiging van de uitsluiting zonder meer arresten van het Hof uit 1995 blijft aanhalen. Daarbij is het tevens van belang dat het Hof in meerdere arresten van latere datum de beoordelingsmarge van de lidstaten weer heeft ingeperkt. Die arresten betroffen weliswaar niet Richtlijn 79/7/EEG maar overwegingen uit de arresten *Nolte* en *Megner* werden wel uitdrukkelijk in de oordeelsvorming betrokken. In het volgende hoofdstuk wordt dit uitvoerig besproken.

Verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht

Art. 2 lid 1 onder b van de herschikkingrichtlijn geeft de volgende definitie van indirecte discriminatie op grond van geslacht:

‘wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een geslacht in vergelijking met personen van het andere geslacht bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van het doel passend en noodzakelijk zijn.’

Deze definitie is een codificatie van jurisprudentie van het Hof van Justitie en is in overeenstemming met andere recente gelijkebehandelingsrichtlijnen. In de vorige hoofdstukken is al toegelicht dat het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht aan de orde is omdat vooral vrouwen worden getroffen door de uitzonderingspositie voor deeltijd huishoudelijk personeel. Dat er sprake is van een bijzondere benadeling is eveneens besproken. Uit de definitie van indirecte discriminatie vloeit voort dat de

Nederlandse wetgever in strijd met dit verbod handelt tenzij voor de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel een objectieve rechtvaardiging bestaat. In de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat de uitzonderingspositie niet te rechtvaardigen valt (zie hoofdstuk drie). De uitwerking van de objectieve rechtvaardigingstoets wordt in het volgende hoofdstuk nader toegelicht en toegepast.

Het begrip indirecte discriminatie is in Richtlijn 79/7/EEG niet gedefinieerd. Voor de invulling van het begrip indirecte discriminatie bij de wettelijke sociale zekerheid geldt dezelfde definitie als van de herschikkingrichtlijn omdat die omschrijving een codificatie is van de jurisprudentie van het Hof.

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen is een fundamenteel rechtsbeginsel

In de afgelopen decennia heeft het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen als fundamenteel rechtsbeginsel een steeds vastere plaats gekregen binnen het EG-verdrag (EG). Dit is bestendigd in de twee nieuwe EU-basisverdragen – het EU-Verdrag en het EU-Werkingsverdrag – die met ingang van december 2009 van toepassing zijn met inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon. De gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het verbod van discriminatie op grond van geslacht als fundamenteel rechtsbeginsel lag vast in het EG-verdrag in de artikelen 2 en 3. Art. 13 EG betrof het discriminatieverbod op grond geslacht en tevens de gronden ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. Deze bepaling (thans: art. 19 EU-Werkingsverdrag) kent de Raad, Commissie en Europees Parlement de bevoegdheid toe passende maatregelen te treffen om discriminatie op genoemde gronden te bestrijden.

Voor de beoordeling van de positie van het deeltijd huishoudelijk personeel dat voor tenminste 95 procent uit vrouwen bestaat, is het vooral belangrijk dat in de artikelen 2 en 3 EG het streven naar het opheffen van de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen en tevens het bevorderen van de gelijkheid van mannen en vrouwen is vastgelegd. Daarbij is het van belang dat in het verdrag niet alleen gesproken is over het bestrijden van en het opheffen van ongelijkheden tussen mannen en vrouwen maar dat het *bevorderen* van gelijkheid van mannen en vrouwen in genoemde bepalingen uitdrukkelijk als doelstelling is genoemd. Daarmee heeft de Gemeenschap zichzelf en de lidstaten een positieve verplichting opgelegd en is een actief handelen van de Gemeenschap en de lidstaten gericht op het bevorderen van gelijkheid noodzakelijk.

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon per december 2009 is het beginsel dat de Europese Unie streeft naar het opheffen van de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen en streeft naar de bevordering van de gelijkheid van mannen en vrouwen opgenomen in art. 3 lid 3 EU-Verdrag (voorheen: art. 2 EG) en in art. 8 EU-Werkingsverdrag (voorheen: art. 3 lid 2 EG). Art. 23 EU-Handvest van de Grondrechten bepaalt dat de gelijkheid van vrouwen en mannen moet worden gewaarborgd op alle gebieden, met inbegrip van werkgelegenheid, beroep en beloning. Art. 6 EU-Verdrag heeft het Handvest dezelfde juridische waarde toegekend als de EU-verdragen.

De vastlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen als fundamenteel rechtsbeginsel en de daaraan verbonden positieve verplichting om gelijkheid te bevorderen, is van betekenis voor de beoordeling van de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel. Deze positieve verplichting brengt mee dat de Nederlandse wetgever de statische benadering moet laten varen en zich op gezette tijden de vraag zal moeten stellen of het nog langer gerechtvaardigd is om deze uitzonderingspositie in stand te laten terwijl hierdoor in hoofdzaak vrouwen worden getroffen. Het spreekt voor zich dat de wetgever bij de invoering van de regeling *Dienstverlening aan huis* zich had moeten afvragen of hiermee geen fundamenteel rechtsbeginsel werd geschonden. In hoofdstuk 4 is gebleken dat die vraag niet is gesteld. Namens het kabinet zijn daarentegen generaliserende en discriminerende uitlatingen gedaan over deze groep werknemers. Dit is in strijd met de verplichtingen die voortvloeien uit het gemeenschapsrecht.

9.2.2 In gebreke wegens uitsluiting arbeid in particulier huishouden
Bij de beoordeling van de argumenten van de wetgever moet ook het standpunt van de Europese Commissie over de categorale uitsluiting van arbeid in een particulier huishouden van de toepassing van het discriminatieverbod in art. 5 lid 3 AWGB worden betrokken (vgl. § 2.2.5). In gevolge art. 5 lid 3 AWGB kan het discriminatieverbod buiten toepassing worden gelaten vanwege het privé-karakter van de arbeidsverhouding. Het doel van deze uitzonderingsbepaling is het discriminatieverbod af te bakenen ten opzichte van het grondwettelijke recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van art. 10 Grondwet. Tijdens de parlementaire behandeling is duidelijk gemaakt dat de aard van de functie bepalend is voor de vraag of deze uitzondering van toepassing is. Het zou gaan om arbeids-

verhoudingen waarbij persoonlijke verzorging binnen de eigen huishouding, gezinsverband of huiselijk kring wordt verricht.⁸ Uit deze overwegingen kan worden afgeleid dat hiermee wordt bedoeld op een deel van het huishoudelijk personeel zoals in deze studie is omschreven. Deze werknemers kan ingevolge art. 5 lid 3 AWGB bescherming tegen discriminatie worden onthouden met het oog op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van hun particuliere werkgever. Deze uitsluiting geldt ongeacht de omvang van het dienstverband: zowel voltijders als deeltijders kunnen hierdoor worden getroffen.

De Europese Commissie heeft art. 5 lid 3 AWGB in strijd geacht met het gemeenschapsrecht en ziet dit als een categorale uitsluiting van werknemers die arbeid in een particulier huishouden verrichten. De Commissie heeft dit standpunt ingenomen bij de ingebrekestelling inzake de niet-correcte naleving door Nederland van de kaderrichtlijn voor arbeid en beroep (Richtlijn 2000/78/EG).⁹ Deze richtlijn noemt sekse niet als verbodsgrond maar dat heeft te maken met het gegeven dat het verbod van seksdiscriminatie al lange tijd was verankerd in diverse andere richtlijnen. De redenering van de Europese Commissie dat art. 5 lid 3 AWGB in strijd is met de kaderrichtlijn, gaat ook op voor de hier besproken richtlijnen inzake seksdiscriminatie. Het uitgangspunt voor zowel de kaderrichtlijn als voor de richtlijnen inzake seksdiscriminatie is het beginsel van gelijke behandeling en het discriminatieverbod als fundamenteel rechtsbeginsel. De richtlijnen hebben daarmee eenzelfde doelstelling. Ook is sprake van een vergelijkbare opzet van de richtlijnen.

De Europese Commissie heeft de vraag beantwoord of art. 5 lid 3 AWGB in overeenstemming is met art. 4 lid 1 van de kaderrichtlijn. Art. 14 lid 2 van de herschikkingsrichtlijn kent een gelijkkluidende bepaling die is toegespitst op het verbod van seksdiscriminatie. Deze bepaling luidt:

'De lidstaten kunnen ten aanzien van de toegang tot arbeid, inclusief de opleiding die daartoe leidt, bepalen dat een verschil in behandeling dat gebaseerd is op een kenmerk dat verband houdt met het geslacht, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk wegens de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel daarvan legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.'

Art. 14 maakt deel uit van hoofdstuk 3 van de herschikkingrichtlijn waarin de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de

⁸ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 81.

⁹ Ingebrekestelling d.d. 31 januari 2008, inbreuknr. 2006/2444; Kamerstukken II 2007/08, 27 017, nr. 34.

toegang tot het arbeidsproces, beroepsopleiding en promotie en ten aanzien van arbeidvoorwaarden is geregeld.

De uitzondering van art. 5 lid 3 AWGB voor particuliere werkverhoudingen heeft volgens de Europese Commissie tot gevolg dat *alle* personen die daarbinnen werkzaam zijn, worden uitgesloten van de toepassing van de AWGB. De bepaling voldoet daarmee niet aan de strikte eisen die het communautaire recht stelt aan de uitzonderingsmogelijkheid. De Commissie heeft beklemtoond dat bij de vaststelling van de kaderrichtlijn is gestreefd naar een zorgvuldig evenwicht tussen het beginsel van gelijke behandeling enerzijds en respect voor andere fundamentele rechten en vrijheden anderzijds. Voorschriften inzake bestrijding van discriminatie moeten niet *altijd* prevaleren maar art. 5 lid 3 AWGB lijkt een algemene bepaling te bevatten die tegen het evenredigheidsbeginsel indruist, aldus de Commissie. Het kabinet heeft deze zienswijze aanvaard van de hand gewezen omdat met de term ‘in redelijkheid’ in de bepaling een afwegingskader gecreëerd zou zijn. Daarom zou geen sprake zijn van een algemene uitzondering.¹⁰ Op dit standpunt is het kabinet later teruggekomen en is aangekondigd dat de terminologie van art. 5 lid 3 AWGB zal worden aangepast aan de richtlijnterminologie.¹¹ Dit gewijzigde inzicht is niet nader toegelicht maar betekent in ieder geval wel dat de uitzondering strikter zal worden geformuleerd. Ook zal de uitzondering van art. 5 lid 3 AWGB zich niet langer exclusief richten op omstandigheden in de persoonlijke levenssfeer. Aangenomen mag worden dat de bepaling dan door de Europese Commissie zal worden geaccepteerd.

Uit de ingebrekestelling door de Europese Commissie ter zake van art. 5 lid 3 AWGB kan een sterke aanwijzing worden ontleend dat ook terzake van andere wetgeving ter discussie moet worden gesteld of het wel zo vanzelfsprekend is om huishoudelijke personeel in dienst van een particuliere werkgever categoriaal uit te sluiten. Huishoudelijke personeel vormt binnen het Nederlandse rechtssysteem een bijzondere categorie deeltijders en alleen voor deze categorie deeltijders geldt de uitzonderingspositie. Deze aanwijzing moet worden betrokken in de oordeelsvorming over de toelaatbaarheid van de gehele of gedeeltelijke uitsluiting van deze groep deeltijders in de hier besproken wet – en regelgeving.¹²

¹⁰ Kamerstukken II 2007/08, 27 017, nr. 42.

¹¹ Kamerstukken II 2008/09, 28 481, nr. 5, p. 5; Kamerstukken II 2009/10, 28 481 en 27 017, nr. 6, p. 2.

¹² Vgl. E. Cremers-Hartman *NJB* 2008, p. 696, 697; E. Cremers-Hartman *SR* 2008, p. 107, 108.

9.2.3 EG-richtlijn inzake deeltijdarbeid

De EG-richtlijn inzake deeltijdarbeid (Richtlijn 97/81/EG) heeft als doel discriminatie van deeltijdwerkers op te heffen en de kwaliteit van deeltijdarbeid te verbeteren. De richtlijn heeft tot doel de implementatie van de raamovereenkomst die is gesloten door UNICE, CEEP en EVV. De raamovereenkomst heeft in hoofdzaak betrekking op de arbeidvoorwaarden van deeltijders. De wettelijke sociale zekerheid valt buiten het bereik van de richtlijn.¹³ Het beginsel van gelijke behandeling van deeltijders bij de arbeidvoorwaarden is vastgelegd in clause 4 lid 1. Uitgangspunt is dat deeltijders met betrekking tot de arbeidvoorwaarden niet minder gunstig mogen worden behandeld dan vergelijkbare voltijdwerkers louter op grond van het feit dat zij in deeltijd werkzaam zijn tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is.

De richtlijn voorziet in de mogelijkheid voor de lidstaten om deeltijdwerkers die slechts incidenteel werkzaamheden verrichten geheel of gedeeltelijk uit te sluiten van de werkingssfeer (clause 2 lid 2). Een algemene uitsluiting op grond van een uren- of een dagen criterium is dus niet mogelijk. Daarnaast biedt clause 4 lid 4 de mogelijkheid om drempelbepalingen te hanteren voor de toegang tot bepaalde arbeidvoorwaarden. De beide bepalingen zijn in dit verband niet relevant omdat niet valt in te zien waarom juist deeltijd huishoudelijk personeel hieronder zou kunnen vallen. Er is immers geen sprake van incidenteel verrichten van werkzaamheden. Het opnemen van drempelbepalingen alleen voor deeltijders die huishoudelijke arbeid verrichten, strookt niet met de bewoordingen van clause 4 lid 4.

Als er een objectieve rechtvaardiging is voor een verschil in behandeling bij de arbeidvoorwaarden, is geen sprake van een verboden verschil in behandeling. Hiermee is aangesloten bij de systematiek van het verbod van indirecte discriminatie. Voor de beoordeling van de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel bij de behandeling bij de arbeid voegt Richtlijn 97/81/EG op zich weinig toe aan het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht. In het algemeen geldt als voordeel van het vastleggen van het beginsel van gelijke behandeling van voltijders en deeltijders dat zich minder bewijsrechtelijke problemen voordoen dan bij indirect onderscheid op grond van geslacht. Omdat het zo evident is dat het plaatsen in een uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel vooral vrouwen treft doet zich op dit

¹³ Zie voor een bespreking van richtlijn 97/81/EG: Burri 2000, p. 351-389.

punt geen bewijsproblemen voor. Het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht biedt daarom in beginsel voldoende mogelijkheden om op te komen tegen de geconstateerde discriminatie. Omdat dit verbod van toepassing is bij zowel beloning, arbeidsvoorwaarden en ontslag als ook bij de wettelijke sociale zekerheid wordt in deze studie vooral getoetst aan het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht.

De objectieve rechtvaardigingstoets die wordt toegepast bij de beoordeling van het handelen van de wetgever in strijd met de deeltijdrichtlijn en met het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht verschilt in beginsel niet. Als de argumenten van de wetgever voor de uitzonderingspositie van deeltijdpersoneel de objectieve rechtvaardigingstoets niet kunnen doorstaan is er sprake van verboden discriminatie. Dat is zowel in strijd met de in § 9.2.1 genoemde richtlijnen als met de deeltijdrichtlijn voor zover het beloning, arbeidsvoorwaarden en ontslag betreft. De sociale zekerheid valt immers buiten deze laatste deeltijdrichtlijn.

De doelstelling van de richtlijn om discriminatie van deeltijdwerkers op te heffen en de kwaliteit van deeltijdarbeid te verbeteren, is voor deeltijd huishoudelijk personeel van principieel belang. Deze doelstelling brengt ons inziens in ieder geval mee dat de wetgever zich op gezette tijden zal moeten beraden op hun uitzonderingspositie. In de vorige hoofdstukken is gebleken dat dit niet gebeurt. De verdere verslechtering van hun rechtspositie met de invoering van de regeling *Dienstverlening aan huis* aan huis is zondermeer in strijd met de doelstelling van de richtlijn.

9.2.4 EG-Richtlijn inzake informatieverplichting werkgever
Richtlijn 91/533/EEG van 14 oktober 1991 betreft de verplichting van de werkgever de werknemer te informeren over de voorwaarden die op zijn arbeidsovereenkomst of – verhouding van toepassing zijn. De richtlijn heeft tot doel de wetgeving van de lidstaten te harmoniseren op het punt van de informatie van de werknemer over de wezenlijke elementen van zijn arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding. De wetgeving van de lidstaten toonde onderling grote verschillen op het punt van de informatieverschaffing. De richtlijn biedt de mogelijkheid om bepaalde werkzaamheden buiten de werkingssfeer te laten. Art. 1 lid 2 maakt een uitzondering mogelijk voor werkzaamheden:
a. met een totale duur van niet langer dan een maand en/of een wekelijkse arbeidstijd van 8 uur of minder;¹⁴ of

¹⁴ Dit urencriterium van art. 1 lid 2 onder a van Richtlijn 91/533/EEG staat op zeer gespannen voet met het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht en met het verbod van discriminatie op grond van arbeidsduur. Dit blijft hier verder buiten bespreking.

b. die incidenteel of bijzonder van aard zijn, mits in deze gevallen voor het niet-toepassen van de informatieverplichting objectieve redenen bestaan.

Zoals in § 2.2.3 is besproken, is de richtlijn in Nederland met ingang van 1 januari 1994 geïmplementeerd voor de private en publieke sector.¹⁵ Voor de private sector is in art. 7:655 lid 4 BW een uitzonderingspositie gecreëerd voor deeltijd huishoudelijk personeel. Alleen als de werknemer die tot deze groep behoort daarom uitdrukkelijk verzoekt, is de werkgever verplicht de schriftelijke informatie te verstrekken.

Art. 7:655 lid 4 BW kan met het dagentcriterium niet onder de uitzonderingsmogelijkheid van art. 1 lid 2 onder a worden gebracht. De mogelijkheid van art. 1 lid 2 onder b. zou daarom van toepassing moeten zijn om niet in strijd met de richtlijn te handelen. Massuger en Plessen hebben in het verleden uiteengezet dat de uitzondering van lid 4 in strijd is met Richtlijn 91/533/EEG omdat geen sprake is van arbeid ‘van bijzondere aard’ in de zin van variant b. Huishoudelijk werk is geen speciale vorm van werk en het werk voor een natuurlijke persoon onderscheidt zich niet van werk voor een kleine zelfstandige, luidde hun betoog. De wetgever zou ook niet hebben uitgelegd waarom hier sprake is van arbeid van bijzondere aard en evenmin wat de objectieve redenen zijn voor de uitzondering. Waarom zou een schriftelijke informatieplicht tot een administratieve overbelasting van de werkgever leiden? Huns inziens zijn er geen objectieve redenen voor de uitzonderingsbepaling en daarom zou de bepaling eveneens in strijd zijn met het verbod van indirect onderscheid op grond van geslacht.¹⁶ Bij deze argumenten en conclusie kunnen wij ons aansluiten met als aantekening dat de objectieve rechtvaardigingstoets in het volgende hoofdstuk nader aan de orde komt.

9.3 VN-vrouwenverdrag

Het VN-vrouwenverdrag heeft als doelstelling de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen. Nederland heeft het verdrag in 1980 ondertekend. Na een langdurige goedkeuringsprocedure die in 1984 van start ging, is het verdrag uiteindelijk medio 1991 goedgekeurd.¹⁷ Met het verbod van discriminatie van vrouwen

¹⁵ Wet van 2 december 1993, *Stb.* 636.

¹⁶ Massuger & Plessen *SMA* 1998, p. 178 met verwijzing naar: *Kamerstukken II* 1992/93, 22 810, nrs. 1-2, p. 2 en nr. 5, p. 6.

¹⁷ Verdrag van 18 december 1979, *Trb.* 1980, 146; Rijkswet van 3 juli 1991 tot goedkeuring van het verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, *Stb.* 1991, 335; zie voor uitgebreide informatie over het verdrag: www.vrouwenverdrag.nl.

erkent het VN-vrouwenverdrag de structureel achtergestelde positie van vrouwen ten opzichte van mannen en kent het doelbewust uitsluitend bescherming toe aan vrouwen. Het hoofddoel van het verdrag is om de achtergestelde positie van vrouwen op te heffen.

Uit de artikelen 2, 3 en 5 van het VN-vrouwenverdrag kunnen voorts de volgende drie sub-doelstellingen worden ontleend:

- realiseren van volledige gelijkheid van vrouwen voor de wet;
- positieverbetering van vrouwen;
- doorbreking van de dominante genderideologie.¹⁸

Deze doelstellingen gelden als grondslag voor de beoordeling van de rechten en verplichtingen die aan het VN-vrouwenverdrag kunnen worden ontleend.

Naast het algemene verbod van vrouwendiscriminatie is in art. 11 VN-vrouwenverdrag dit verbod nader uitgewerkt voor het arbeidsproces. Art. 11 lid 1 kent vrouwen een reeks rechten toe die betrekking hebben op het traject van toegang tot en met einde van de arbeidsverhouding. Art. 11 lid 2 verplicht tot het treffen van een aantal concrete maatregelen die ertoe moeten dienen om discriminatie van vrouwen op grond van huwelijk of moederschap te voorkomen en het daadwerkelijk recht van vrouwen op arbeid te verzekeren. Art. 11 lid 3 kent een verplichting tot evaluatie van beschermende wetgeving.

Art. 11 lid 1 VN-vrouwenverdrag is van belang voor de beoordeling van de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel omdat in deze bepaling diverse concrete rechten zijn vastgelegd op arbeidsrechtelijk en socialeverzekersrechtelijk terrein. Het recht van vrouwen op gelijke behandeling bij de arbeidsvoorwaarden en bij ontslag wordt uitdrukkelijk genoemd. Zo ook het recht op gelijke beloning en daarmee dus op een gelijke doorbetaling van loon bij ziekte. Het recht op sociale zekerheid wordt eveneens expliciet vermeld. De rechten die de Nederlandse wetgever het deeltijd huishoudelijk personeel onthoudt, worden in art. 11 lid 1 VN-vrouwenverdrag dus uitdrukkelijk genoemd als rechten waarop vrouwen een gelijke aanspraak moeten kunnen maken. Nederland moet als lidstaat deze verplichtingen uiteraard naleven. In de aanhef van art. 11 VN-vrouwenverdrag staat dat de lidstaten alle passende maatregelen moeten treffen om discriminatie van

¹⁸ Deze hoofd- en subdoelstellingen zijn voor het eerst zo geformuleerd door: Groenman, Van Vleuten, Holtmaat 1997, p. 21-29; deze uitleg van het VN-vrouwenverdrag is destijds door het toenmalige kabinet geaccepteerd en bevestigd: vgl. *Kamerstukken II 1997/98*, 25 893, nr. 2 (Kabinetsreactie op het rapport Groenman), p. 8; ook in juridische literatuur en rapporten van latere datum gelden deze doelstellingen als grondslag voor de beoordeling van de rechten en verplichtingen die aan het VN-vrouwenverdrag kunnen worden ontleend; vgl. ondermeer Holtmaat *NJB* 1998, p. 650-657; Monster, Cremers, Willems 1998, p. 36-41; Schöpp-Schilling 2007 b, p. 258,259; Van den Brink & Van Eerdewijk *Tijdschrift voor Genderstudies* 2008, p. 2-11; Bijleveld & Mans 2009 p. 10.

vrouwen in het arbeidsproces uit te bannen en dat de lidstaten vrouwen de rechten moeten verzekeren waarvan art. 11 een opsomming geeft. Daarbij geldt hoe concreter het verdrag de rechten voor vrouwen heeft geformuleerd, des te zwaarder de inspanningen zijn die Nederland als lidstaat moet leveren bij de nakoming van deze verdragsverplichtingen.¹⁹

De rechten die in art. 11 lid 1 VN-vrouwenverdrag zijn opgesomd sluiten grotendeels aan bij de eerder besproken rechten die vrouwen ook aan het EU-recht kunnen ontleenen. Een bijzonderheid is dat het VN-vrouwenverdrag deze rechten plaatst in het kader van het bestrijden van vrouwendiscriminatie en dat het verdrag expliciteert dat met de toegekende rechten de structureel achtergestelde positie van vrouwen moet worden opgeheven. Het VN-vrouwenverdrag gaat in de stellingname en probleemanalyse daarmee verder dan het EU-recht. Het is in dit verband van belang erop te wijzen dat het VN-vrouwenverdrag spreekt over de opheffing van discriminatie van *vrouwen* terwijl in het communautaire recht wordt gesproken over het bestrijden van discriminatie op grond van *geslacht*. Ook is het van belang dat de artikelen 2 en 3 VN-vrouwenverdrag de lidstaten de opdracht geven tot positieverbetering van *vrouwen*. Dat betekent dat de overheid niet alleen discriminatie van vrouwen op alle maatschappelijke terreinen moet verbieden maar ook dat een actief overheidsingrijpen nodig is om de positie van vrouwen daadwerkelijk te verbeteren.²⁰

Een andere bijzonderheid is dat art. 5 VN-vrouwenverdrag de lidstaten verplicht passende maatregelen te treffen om seksstereotypen tegen te gaan.²¹

Nederland handelt in strijd met deze verplichtingen omdat het kabinet bij het verdedigen van de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel juist gebruik maakt van stereotype opvattingen. Deeltijd huishoudelijk personeel zou de bescherming van het sociaal recht minder nodig hebben omdat het slechts zou gaan om een extra inkomen en de betrokken werknemers voor hun levensonderhoud niet afhankelijk zouden zijn van hun inkomsten uit deze arbeid. Het is duidelijk dat hiermee het kostwinnersdenken wordt verwoord en dat daarmee stereotype opvattingen over vrouwen en mannen worden bevestigd. De Nederlandse wetgever ontzegt een categorie vrouwelijke werknemers inkomensbescherming en versterkt daarmee hun afhankelijkheid van hun partner. Het onthouden van rechten aan deeltijd huishoudelijk personeel met deze argumentatie kan in het licht van het VN-vrouwenverdrag niet gerechtvaardigd zijn.

¹⁹ Zie voor een uitleg van de verplichtingen van art. 11 VN-vrouwenverdrag: Monster, Cremers, Willems 1998, p. 27-41.

²⁰ Holtmaat *NJB* 1998, p. 652, 653; Schöpp-Schilling 2007 a, p. 17-21.

²¹ Holtmaat *NJB* 1998, p. 653, 654; Schöpp-Schilling 2007 a, p. 23.

De lidstaten zijn verplicht iedere vier jaar verslag te doen over de naleving van het VN-vrouwenverdrag aan het toezichthoudend orgaan, het Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW). In de verslaglegging door de Nederlandse regering heeft de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel nooit een noemenswaardige rol gespeeld. Dat geldt overigens ook voor de schaduwrapportages die de NGO's iedere keer uitbrengen als reactie op de regeringsrapportages. In de schaduwrapportage van 2001 wordt de uitzonderingspositie van het huishoudelijk personeel wel genoemd maar slechts zeer summier.²²

Nederland heeft in juni 2008 de vijfde voortgangsrapportage naar het CEDAW verzonden. In deze rapportage heeft Nederland melding gemaakt van de ontwikkelingen op het gebied van de markt voor de persoonlijke dienstverlening. Het stimuleren van deze markt zou meer banen opleveren voor lager opgeleiden en bovendien de arbeidsparticipatie kunnen bevorderen van personen die gebruik gaan maken van deze diensten. In de rapportage is daarbij onbesproken gebleven dat het deeltijd huishoudelijk personeel een slechte rechtspositie heeft en dat dit met de regeling *Dienstverlening aan huis* nog verder is verslechterd.²³ Deze rapportage heeft de NGO's ertoe gebracht de positie van deeltijd huishoudelijk personeel zeer uitdrukkelijk onder de aandacht van het CEDAW te brengen.²⁴ Volgens de Nederlandse regering zou er niets aan de hand zijn omdat zowel het socialezekerheidsstelsel als de regeling *Dienstverlening aan huis* van toepassing is op mannen en vrouwen en voorts zouden geen naar sekse gescheiden gegevens bekend zijn.²⁵ Een en ander heeft ertoe geleid dat CEDAW de Nederlandse regering hierop kritisch bevraagd heeft tijdens de constructieve dialoog in januari 2010 waarop de verschillende rapportages zijn besproken. CEDAW heeft vervolgens aanbevelingen aan Nederland gedaan over de naleving van het verdrag. CEDAW heeft Nederland onder meer opgeroepen maatregelen te treffen zodat ook het deeltijd huishoudelijk personeel volledige rechtsbescherming krijgt en de uitsluiting van de werknemersverzekeringen wordt opgeheven. Daartoe heeft CEDAW in de *Concluding Observations* het volgende geconcludeerd en aanbevolen:

²² Holtmaat 2001, § 10.7.

²³ Ministerie OC&W 2008; Bijlage bij *Kamerstukken II 2008/09*, 30 420, nr. 132, *The 5th Report from the Netherlands about the implementation of the UN Women's Convention, period 2005-2008*, The Hague, 30th of June 2008, p. 33, 34.

²⁴ NGO's Notes 2009, CEDAW 2009 a, p. 3, 4; Bijleveld & Mans 2009, p. 36, 37.

²⁵ CEDAW 2009 b, p. 18, 19.

38. *The Committee expresses serious concern that in the Netherlands several hundred thousand domestic workers working in private households and home-care workers financed by public schemes, 95 per cent of whom are women, have limited social rights and limited access to social security, notably unemployment and disability benefits and pensions.*

39. *The Committee calls upon the State party to take measures to ensure that women domestic workers are duly provided with full social rights and that they are not deprived of social security and other labour benefits.*²⁶

Nederland zal zich in 2014 in de zesde voortgangsrapportage moeten verantwoorden over de manier waarop uitvoering is gegeven aan deze aanbeveling.

9.4 ILO-verdrag 175

ILO-verdrag nr. 175 betreffende deeltijdwerk brengt voor de lidstaten de verplichting mee om in elk geval een wettelijke regeling voor deeltijdwerk te treffen. Het verdrag dateert van 1994 en is voor Nederland in februari 2002 in werking getreden.²⁷ Het verdrag heeft de gelijke behandeling van deeltijders ten opzichte van voltijders bij de toegang tot de arbeidsmarkt, arbeidsvoorwaarden en sociale zekerheid als uitgangspunt en heeft daarmee een ruime werkingssfeer. Het verdrag bevat instructies voor het opnemen van tal van concrete rechten op dit hele terrein. Dat geldt ook voor de bijbehorende Aanbeveling 182.²⁸

Art. 3 van het verdrag maakt het mogelijk om bijzondere categorieën van werknemers of bedrijven geheel of gedeeltelijk uit te sluiten van de werkingssfeer van het verdrag. Dit onder de voorwaarde dat de toepassing van het verdrag tot *bijzondere problemen van wezenlijke aard* zou kunnen leiden. Daarbij geldt als voorwaarde dat de betrokken representatieve organisaties van werkgevers en werknemers hierover geraadpleegd zijn.

Nederland heeft van deze bepaling gebruik gemaakt door bij de ratificatie het deeltijd huishoudelijk personeel dat op minder dan drie dagen in een particuliere huishouding werkt, uit te sluiten van de toepassing van het verdrag. Deze uitsluiting betreft alleen het BBA en de sociale zekerheid. De andere bepalingen die het deeltijd huishoudelijk personeel minder rechtsbescherming bieden, zijn buiten beschouwing gelaten.²⁹

²⁶ CEDAW 2010, *Concluding observations* 38 en 39.

²⁷ *Trb.* 1994, 283; *Trb.* 2000, 125; *Trb.* 2001, 97.

²⁸ Zie de bespreking van verdrag en aanbeveling: Burri 2000, p. 192-204.

²⁹ *Kamerstukken I en II 2000/01*, 27 512, nrs. 115 en 1, p. 3-4.

Destijds zijn de sociale partners in de gelegenheid gesteld om te voren te reageren op de toelichtende nota. FNV en CNV hebben bezwaren uitgesproken tegen deze uitsluiting omdat deze juridisch discutabel zou zijn. De FNV voegde hier aan toe dat de beperking willekeurig uitwerkt omdat de geldigheid afhangt van hoe men het aantal uren over de week spreidt. Zowel FNV als CNV stelden dat de uitsluiting niet alleen alfa-hulpent treft, maar ook andere werkers in een particuliere huishouding, als ook gastouders. Het kabinet merkte op dat gastouders in de regel in hun eigen huis werken en dat in dat geval de beperkende regel niet aan de orde is. Met betrekking tot de juridische verdedigbaarheid wees het kabinet op de arresten *Nolte* en *Megner* van het Hof van Justitie op grond waarvan uitsluiting van kleine deeltijders objectief gerechtvaardigd zou zijn en tevens naar de in hoofdstuk 2 aangehaalde uitspraak van de CRvB uit 1996 waarin de Raad de uitzonderingspositie objectief gerechtvaardigd heeft geacht. Voor wat de rechtspositie van alfa-hulpent betreft wees het kabinet op het voornemen om per januari 2001 deze positie te verbeteren door deze werknemers de keuze te bieden in dienst van de thuiszorginstelling te treden of als alfa-hulp werkzaam te blijven. Deze keuzemogelijkheid zou een ieder die na deze datum in de thuiszorg zou gaan werken, worden geboden (zie § 5.6).³⁰

Een lidstaat die gebruik maakt van de uitsluitingsmogelijkheid van art. 3 lid 1 moet in elk verslag over de toepassing van het verdrag aan het Committee of Experts van de ILO (CEARC) melding welke werknemers zijn uitgesloten en tevens *waarom deze uitsluiting nog steeds noodzakelijk wordt geacht*. Art. 3 lid 2 van ILO-verdrag 175 brengt deze verplichting mee. In de eerste rapportage in 2003 heeft Nederland in onvoldoende mate aan deze verplichting voldaan. Dit blijkt uit een 'Individual Direct Request' van CEARC in 2005 waarin is gevraagd naar de opvattingen van sociale partners ter zake.³¹

Tijdens de parlementaire behandeling van de regeling *Dienstverlening aan huis* zijn de verplichtingen die voortvloeien uit ILO-verdrag 175 ten onrechte niet aan de orde geweest.³² Deze uitbreiding van de uitzonderingspositie zonder raadpleging van de sociale partners verhoudt zich niet met art. 3 van het verdrag en evenmin met de ILO-systematiek in het algemeen. Uitbreiding van groepen die uitgesloten worden van de werkingssfeer van een ILO-verdrag is in beginsel niet toegestaan omdat volgens het verdrag het streven moet zijn deze groep te beperken. Strikt genomen zou Nederland

eerst het verdrag moeten opzeggen, het vervolgens opnieuw ratificeren en daarbij met een beroep op art. 3 een grotere groep uitsluiten van de werkingssfeer van ILO-verdrag 175.

De termijn voor tweede regeringsrapportage over de implementatie van ILO-verdrag 175 is in september 2008 verstreken. Deze rapportages zijn niet openbaar tenzij de regering wel tot openbaarmaking besluit. Daartoe is niet besloten maar uit het commentaar van de FNV op de concept-regeringsrapportage valt af te leiden wat de inhoud van de rapportage is geweest.³³ Duidelijk is dat het kabinet de ILO slechts op de hoogte heeft willen stellen van de uitbreiding met de regeling *Dienstverlening aan huis* zonder uit te leggen waarom dit noodzakelijk zou zijn, laat staan waarom het voorbehoud bij ratificatie nog steeds nodig was. Het CEARC heeft hierop niet gereageerd in het rapport van maart 2009 over de naleving van het verdrag. Dat is wel gebeurd in het rapport van 2010 waarin CEARC niet alleen om opheldering heeft gevraagd, maar ook *to describe the particular problems of a substantial nature that the Application of the Convention to this category of workers would have raised*.³⁴

Uit het voorgaande blijkt dat Nederland terzake van het voorbehoud ten aanzien van het huishoudelijk personeel in strijd heeft gehandeld met ILO-verdrag 175 door de ILO niet te informeren over de noodzaak het voorbehoud in stand te laten. Ook is in strijd met het verdrag gehandeld door met de invoering van de regeling *Dienstverlening aan huis* de groep werknemers uit te breiden die onder dit voorbehoud vallen.

9.5 Knelpunten

De wetgever handelt op verschillende manieren in strijd met diverse verplichtingen die voortvloeien uit het EU-recht, het VN-vrouwenverdrag en tevens met ILO-verdrag 175 inzake deeltijdwerk. In grote lijn worden deze verplichtingen geschonden door:

- a. het toekennen van minder rechten op deelterreinen;
- b. het nalaten om op gezette tijden te onderzoeken of deze benadeling kan worden opgeheven;
- c. het doorvoeren van een verslechtering van de rechtspositie met de regeling *Dienstverlening aan huis*.

³⁰ Kamerstukken I en II 2000/01, 27 512, nrs. 115 en 1, p. 7-9.

³¹ Zie: www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/countrylist.pl?country=Netherlands

³² Kamerstukken I 2006/07, 30 804, nr. D, p. 4,5.

³³ FNV heeft ons het commentaar op de concept-rapportage over de implementatie van ILO-verdrag 175 toegezonden in onze hoedanigheid als bestuurslid van de Vereniging voor Vrouwen en Recht Clara Wichmann bij brief van 2 september 2008. De kritiek op de uitbreiding van de uitgesloten groep is in ieder geval via het commentaar onder de aandacht van CEARC gebracht.

³⁴ ILO 2010, p. 646.

Ad. a toekennen van minder rechten

Het is in strijd met het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht om deeltijd huishoudelijk personeel minder rechten toe te kennen omdat hierdoor in overwegende mate vrouwen worden getroffen tenzij dit objectief gerechtvaardigd is. Als de argumenten van de wetgever de objectieve rechtvaardigingstoets niet kunnen doorstaan, handelt de wetgever in strijd met art. 157 EU-Werkingsverdrag (voorheen: art. 141 EG, daarvoor: art. 119 EEG), met de bepalingen van Richtlijn 2006/54/EG (herschikkingsrichtlijn) inzake de gelijke beloning en de gelijke behandeling bij de arbeid en met Richtlijn 79/7/EEG inzake de gelijke behandeling bij de wettelijke sociale zekerheid. In het volgende hoofdstuk worden de argumenten van de wetgever onderworpen aan de objectieve rechtvaardigingstoets en zal blijken dat er sprake is van verboden discriminatie. Deze uitzonderingspositie is ook in strijd met de deeltijdrichtlijn voorzover het gaat om het verschil in behandeling bij ontslag en bij de arbeidsvoorwaarden als vaststaat dat dit niet objectief gerechtvaardigd is.

Uit de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie – voorzover deze art. 5 lid 3 AWGB betreft – valt een sterke aanwijzing te ontlenen dat de categorale uitsluiting van huishoudelijk personeel als specifieke groep deeltijders in strijd is met het communautaire recht. Deze aanwijzing moet worden betrokken in de oordeelsvorming over de toelaatbaarheid van de gehele of gedeeltelijke uitsluiting van deze groep deeltijders in de hier besproken wet- en regelgeving.

De uitzonderingspositie van huishoudelijk personeel binnen de regeling van art. 7:655 BW is tevens in strijd te achten met Richtlijn 91/533/EEG inzake de informatieplicht omtrent de arbeidsverhouding omdat er geen sprake is van arbeid van bijzondere aard. Deeltijd huishoudelijk personeel had om die reden niet uitgezonderd mogen worden.

Het blijvend onthouden van rechten aan vrouwelijk huishoudelijk personeel bij ontslag, bij de loondoorbetaling bij ziekte, bij de informatieplicht van de werkgever en bij de sociale zekerheid is eveneens in strijd met het VN-vrouwenverdrag. Op grond van het VN-vrouwenverdrag moeten de lidstaten alle passende maatregelen treffen om discriminatie van vrouwen in het arbeidsproces uit te bannen en vrouwen de rechten verzekeren waarvan art. 11 lid 1

een opsomming geeft. In januari 2010 heeft CEDAW zich uitgesproken over de uitzonderingspositie van het deeltijd huishoudelijk personeel. In de Concluding observations heeft CEDAW geconstateerd dat Nederland op dit punt in strijd handelt met het verdrag en Nederland opgedragen ervoor te zorgen dat deze groep werknemers een volledige rechtsbescherming gaat genieten.

Ad. b nalaten op gezette tijden te onderzoeken of de benadeling kan worden opgeheven

De wetgever moet op gezette tijden onderzoeken of de benadeling van deeltijd huishoudelijk personeel kan worden opgeheven en dient daarbij tevens de aangevoerde rechtvaardigingsgronden aan een kritische toets onderwerpen. Dit vloeit voort uit diverse internationale verplichtingen.

De Europese Unie streeft naar het opheffen van de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen en streeft tevens naar de bevordering van de gelijkheid van mannen en vrouwen. Dit is bepaald in art. 3 lid 3 EU-Verdrag (voorheen: art. 2 EG) en in art. 8 EU-Werkingsverdrag (voorheen: art. 3 lid 2 EG). Uit de vastlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen als fundamenteel rechtsbeginsel en uit de positieve verplichting de gelijkheid van mannen en vrouwen bij elk optreden te bevorderen, vloeit voort dat de Nederlandse wetgever deze kritische toets dient toe te passen. Nederland is op dit punt nalatig.

Deze nalatigheid is tevens in strijd met het VN-vrouwenverdrag dat verplicht tot het opheffen van de structureel achtergestelde positie van vrouwen.

ILO-verdrag 175 betreffende deeltijdwerk stelt als voorwaarde dat een lidstaat die een voorbehoud bij ratificatie heeft gemaakt bij de verslaglegging over de naleving van het verdrag moet beargumenteren waarom het voorbehoud nog steeds nodig is. Nederland heeft in de rapportage niet beargumenteerd waarom de benadeling nog steeds nodig zou zijn, hetgeen in strijd is met het verdrag.

Ad. c verslechtering rechtspositie met de invoering van de regeling Dienstverlening aan huis

De verslechtering van de rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel zonder toetsing aan het beginsel van gelijke behandeling als fundamenteel rechtsbeginsel was destijds in strijd met het EG-Verdrag en met het VN-vrouwenverdrag. Het uitgangspunt is

immers dat vooruitgang moet worden geboekt. Een verslechtering in rechtspositie van de veelal vrouwelijke werknemers past niet in het streven om gelijkheid te bevorderen.

De wetgever handelde ook in strijd met ILO-verdrag 175 betreffende deeltijdwerk door een toetsing aan dit verdrag achterwege te laten bij de invoering van de regeling *Dienstverlening aan huis*. De verruiming van de groep werknemers voor wie een voorbehoud is gemaakt, is niet in overeenstemming met ILO-verdrag 175.

GEEN OBJECTIEF
GERECHTVAARDIGD ONDERSCHIED

10

10.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de argumenten van de Nederlandse wetgever om deeltijd huishoudelijk personeel op verschillende deelreinen van het sociaal recht minder rechten toe te kennen, uitgebreid aan de objectieve rechtvaardigingstoets onderworpen. Daarbij wordt gekeken naar de argumentatie bij respectievelijk ontslag, loonbetaling bij ziekte, de informatieplicht omtrent de arbeidsverhouding en bij de uitsluiting van de socialezekerheidswetgeving. Terwille van de overzichtelijkheid wordt de uitzonderingspositie binnen de WAZO en Zvw niet afzonderlijk besproken. De argumentatie hiervoor verschilt niet van die van de uitsluiting van de sociale zekerheidswetgeving.

In hoofdstuk 3 is de kritiek besproken die in de juridische literatuur en adviezen is geuit op de door de wetgever aangevoerde rechtvaardigingsgronden. De heersende opvatting is dat de uitzonderingspositie niet objectief gerechtvaardigd is. In parlementaire stukken is daarentegen een aantal keren betoogd dat dit wel verenigbaar is met het EU-recht omdat de Nederlandse overheid hiermee een doelstelling van sociaal beleid wil verwezenlijken. Doorgaans wordt dan verwezen naar de arresten *Nolte* en *Megner* van het Hof van Justitie uit 1995, die de sociale zekerheid betreffen.¹ Ook wordt een uitspraak aangehaald van de CRvB uit 1996 waarin de Raad heeft geoordeeld dat de uitsluiting van de socialezekerheidswetgeving objectief gerechtvaardigd kan worden geacht.² Zie hieromtrent § 2.3.2, § 4.4 en § 9.4.

In § 10.2 wordt eerst de objectieve rechtvaardigingstoets toegelicht. In § 10.3 wordt de oudere jurisprudentie over indirect discriminerende wetgeving van het Hof van Justitie besproken. Daarbij is aan de orde hoeveel ruimte de lidstaten is geboden voor het voeren van sociaal beleid. In § 10.4 wordt latere jurisprudentie besproken waarin die beleidsvrijheid is ingeperkt. In § 10.5 worden de beoordelingscriteria van het Hof op een rij gezet. In § 10.6 is de betekenis van deze jurisprudentie voor de beoordelingsvrijheid van Nederland bij de behandeling van deeltijd huishoudelijk personeel aan de orde. Ook het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen als fundamenteel rechtsbeginsel wordt daarbij betrokken. Tegen deze achtergrond worden in § 10.7 de argumenten van de wetgever aan de objectieve rechtvaardigingstoets onderworpen. In § 10.8 zal worden geconcludeerd dat de uitzonderingspositie niet objectief gerechtvaardigd is.

¹ HvJ EG 14 december 1995, zaak C-317/93, Jur. 1995, p. I-4625 (*Nolte*); HvJ EG 14 december 1995, zaak C-444/93, Jur. 1995, p. I-4741 (*Megner*).

² CRvB 29 april 1996, RSV 1996/247, *Rechtspraak Nemesis* 1996, nr. 634, m. ann. M. Driessen.

10.2 Objectieve rechtvaardigingstoets

Uit de definitie van indirecte discriminatie volgt dat als een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een geslacht in vergelijking met personen van het andere geslacht bijzonder benadeelt, dit een verboden indirecte discriminatie is 'tenzij deze bepaling objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van het doel passend en noodzakelijk zijn'.

Het concept van indirecte discriminatie en de vraag naar de objectieve rechtvaardiging hiervan, is door het Hof van Justitie vooral ontwikkeld in de jurisprudentie over benadeling van deeltijders. De hier weergegeven definitie van indirecte discriminatie en de omschrijving van de objectieve rechtvaardigingstoets is een codificatie van deze jurisprudentie. Deze definitie is ondermeer opgenomen in art. 2 lid 1 onder b van de herschikkingsrichtlijn 2006/54/EG (vgl. § 9.2.1).

De objectieve rechtvaardigingstoets houdt de volgende twee stappen in:

1. is er sprake van een legitiem doel om het deeltijd huishoudelijk personeel op verschillende deelreinen van het sociaal recht minder rechten toe te kennen?
2. zijn deze benadelende bepalingen passend en noodzakelijk om legitiem te achten doelen te bereiken?

Ad. 1.

Eerst moet worden vastgesteld wat het doel is van de wettelijke regelingen die het deeltijd huishoudelijk personeel benadelen. Er moet sprake zijn van een *legitiem* doel: het doel moet algemeen aanvaard zijn en bescherming verdienen. Het doel mag niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. Het belang dat met het doel gediend wordt, moet voldoende zwaarwegend zijn omdat het gelijkheidsbeginsel als fundamenteel rechtsbeginsel in het geding is. Het nagestreefde doel mag ook anderszins niet in strijd zijn met andere wetgeving, het recht en de maatschappelijke betamelijkheid.³

Ad. 2

De volgende stap is dat wordt nagegaan of de benadelende bepalingen passende én noodzakelijke middelen zijn om het gerechtvaardigd

³ Dit laatste vereiste is op deze manier verwoord tijdens de parlementaire behandeling van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGBL), *Kamerstukken 1* 2003/04, 28 170, nr. C, p. 9; tijdens de parlementaire behandeling van de WGBL is de objectieve rechtvaardigingstoets uitgebreid toegelicht, zie hieromtrent Cremers-Hartman 2004, p. 117-122 en p. 153, 154.

digde ofwel legitiem te achten doel (of doelen) te bereiken:

- een middel is passend als het geschikt is om het beoogde doel te bereiken;
- een middel is noodzakelijk als hetzelfde doel niet kan worden bereikt met een ander middel waarmee geen onderscheid wordt gemaakt of dat minder onderscheidmakend is, althans minder bezwaarlijk is, en
- het middel tevens in evenredige verhouding staat tot het doel (proportionaliteit).⁴

Bij de beantwoording van voorgelegde prejudiciële vragen geeft het Hof van Justitie in de arresten de nationale rechter aanwijzingen voor de beoordeling van de aangevoerde rechtvaardigingsgronden. Het Hof heeft aldus tal van beoordelingscriteria ontwikkeld voor de toepassing van de objectieve rechtvaardigingstoets.⁵ De uiteindelijke beoordeling laat het Hof doorgaans aan de nationale rechter over omdat deze bij uitsluiting bevoegd zou zijn om de feiten te beoordelen en de nationale wetgeving uit te leggen. Soms oordeelt het Hof zelf over de vraag of een wettelijke regeling al dan niet objectief gerechtvaardigd is en wordt geen ruimte gelaten voor de toetsing door de nationale rechter. Dat is bijvoorbeeld gebeurd in de arresten *Nolte* en *Megner* (zie §10.3). In veel arresten luidt echter de standaardoverweging dat de nationale rechter moet uitmaken of en in hoeverre een wettelijke regeling die feitelijk vrouwen in sterkere mate dan mannen treft, haar rechtvaardiging vindt in objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.

10.3 Objectief gerechtvaardigd sociaal beleid

De vraag of wetgeving die een benadeling inhoudt van deeltijd huishoudelijk personeel in dienst van een particuliere werkgever objectief gerechtvaardigd kan worden geacht, is als zodanig nooit voorgelegd aan het Hof van Justitie. Voor de beoordeling van deze vraag wordt vaak verwezen naar de arresten *Rinner-Kühn*, *Nolte* en *Megner*. Deze hebben betrekking op de vraag of wetgeving die kleine deeltijders uitsluit van bepaalde rechten objectief gerechtvaardigd kan zijn. Hierbij past de kanttekening dat deeltijd huishoudelijk personeel in verschillende opzichten een andere categorie deeltijders is dan de deeltijders waarover het Hof heeft

geoordeeld. Voor het huishoudelijk personeel geldt het dagencriterium en geen uren criterium en om die reden hoeft geen sprake te zijn van een kleine deeltijdbaas. Huishoudelijk personeel werkt bovendien regelmatig voor meerdere werkgevers en kan dan om die reden een werkweek van een behoorlijke omvang hebben. Een ander verschil is dat de omstreden Duitse wetgeving alle kleine deeltijders trof en dat de Nederlandse wetgeving een specifieke categorie deeltijders benadeelt. Bij de rechtvaardiging van de benadeling van deeltijd huishoudelijk personeel spelen andere overwegingen (mede) een rol, zoals de aard van de arbeid en de omgeving waarbinnen deze wordt verricht.

Het arrest *Rinner-Kühn* betreft werknemers die in de regel minder dan 10 uur per week of minder dan 45 uur per maand werkten.⁶ Deze deeltijders werden uitgesloten van een wettelijke regeling die voorzorg in de doorbetaling van loon bij ziekte. De Duitse regering rechtvaardigde deze uitsluiting met het argument dat deze deeltijders niet in dezelfde mate in het bedrijf zouden zijn geïntegreerd en van het bedrijf afhankelijk waren als andere werknemers. Daarom zou niet aan de voorwaarden zijn voldaan om de werkgever een zorgplicht op te leggen voor de doorbetaling van het loon. In O. 14 overwoog het Hof:

- uit deze generaliserende uitspraken ten aanzien van bepaalde categorieën werknemers kunnen geen objectieve criteria worden afgeleid die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht;
- als een Lid-staat daarentegen kan aantonen, dat de gekozen middelen beantwoorden aan een noodzakelijke doelstelling van zijn sociaal beleid en ter bereiking van dat doel geschikt en noodzakelijk zijn, dan kan in het enkele feit dat de wettelijke bepaling een veel groter vrouwelijke dan mannelijke werknemers treft, geen schending van artikel 119 EEG-Verdrag worden gezien'.

Daarna volgde de standaardoverweging dat het aan de nationale rechter staat om uit te maken of en in hoeverre een wettelijke regeling die feitelijk vrouwen in sterkere mate dan mannen treft, haar rechtvaardiging vindt in objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht (O.15).⁷

De arresten *Megner* en *Nolte* betreffen de uitsluiting van de wettelijke sociale zekerheid van werknemers met een beperkt dienstver-

⁴ HvJ EG 13 juli 1989, zaak C-171/88, Jur. 1989, I-2743 (*Rinner-Kühn*).

⁵ De Duitse rechter was van oordeel dat het verschil in behandeling niet objectief gerechtvaardigd was. Het argument dat de uitgesloten werknemers een geringere behoefte zouden hebben aan bescherming tegen inkomensderving kon geen objectieve rechtvaardiging vormen omdat de loondoorbetaling bij ziekte niet afhankelijk was gesteld van behoefte maar ten doel had de zieke werknemer een inkomen te verzekeren en financiële nadelen als gevolg van ziekte te voorkomen. In 1994 is de wettelijke bepaling ingetrokken. Vgl. Burri 2000, p. 328, 329.

⁶ HvJ EG 13 juli 1989, zaak C-171/88, Jur. 1989, I-2743 (*Rinner-Kühn*).

⁷ De Duitse rechter was van oordeel dat het verschil in behandeling niet objectief gerechtvaardigd was. Het argument dat de uitgesloten werknemers een geringere behoefte zouden hebben aan bescherming tegen inkomensderving kon geen objectieve rechtvaardiging vormen omdat de loondoorbetaling bij ziekte niet afhankelijk was gesteld van behoefte maar ten doel had de zieke werknemer een inkomen te verzekeren en financiële nadelen als gevolg van ziekte te voorkomen. In 1994 is de wettelijke bepaling ingetrokken. Vgl. Burri 2000, p. 328, 329.

band en zijn gelijklopend. Het ging om werknemers die in de regel minder dan 15 uur per week werken voor een salaris niet hoger dan een zevende van het referentiemaandloon. In *Nolte* was de uitsluiting van het wettelijk stelsel van pensioenverzekering in het geding en in *Megner* de uitsluiting van de wettelijke ziektekosten-, pensioen- en werkloosheidsverzekering.⁸ De vraag was of deze uitsluiting in strijd is met artikel 4 lid 1 van richtlijn 79/7/EEG. In *Megner* oordeelde het Hof in O. 24 eerst dat er sprake kan zijn van een objectieve rechtvaardiging

‘wanneer de gekozen middelen beantwoorden aan een legitieme doelstelling van het sociale beleid van de Lid-Staat en zij ter bereiking van dat doel geschikt en noodzakelijk zijn’.

Volgens de Duitse regering beantwoordde de uitsluiting van personen met een beperkt dienstverband aan een structureel beginsel van het Duitse socialezekerheidsstelsel. Dit is een op bijdragebetaling gebaseerd stelsel waarbinnen een evenwicht moet worden bewaard tussen de door de verzekerden en de werkgevers betaalde premies en de te betalen uitkeringen. De Duitse regering betoogde dat dit stelsel niet gehandhaafd zou kunnen blijven als de uitsluiting van de kleine deeltijders ongedaan moest worden gemaakt omdat de regeling dan niet langer uitsluitend op basis van een bijdragebetaling zou kunnen functioneren.

Ook voerde de Duitse regering aan dat er een maatschappelijke vraag is naar beperkte dienstverbanden waaraan alleen zou kunnen worden voldaan door deze dienstverbanden uit te sluiten van de verplichte verzekering. In het kader van het sociale beleid zou het noodzakelijk zijn om aan deze vraag te voldoen. Zonder deze uitsluiting zouden de beperkte dienstverbanden niet worden vervangen door onder de verplichte verzekering vallende voltijd- of deeltijdbanen maar zou het aantal illegale banen (zwart werk) en het aantal ontduikingen toenemen.

Het Hof overwoog in O. 29 tot en met O. 31 vervolgens:

- *Vastgesteld moet worden, dat het sociale beleid in de huidige stand van het gemeenschapsrecht tot de bevoegdheid van de Lid-Staten behoort. Derhalve staat het aan de Lid-Staten, de maatregelen te kiezen die geschikt zijn voor de verwezenlijking van hun doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid. Bij de uitoefening van deze bevoegdheid beschikken de Lid-Staten over een ruime beoordelingsmarge.*
- *Gepreciseerd moet worden, dat de doelstelling van sociaal en werkgelegenheidsbeleid waarop de Duitse regering zich heeft beroepen, objectief gezien niets van doen heeft*

⁸ De uitsluiting van de verplichte wettelijke werkloosheidsverzekering betrof overigens een veel ruimere categorie werknemers; die bepaling is in juli 1997 ingetrokken om deeltijders meer sociale bescherming te bieden: Burri 2000, p. 342.

met discriminatie op grond van geslacht, en dat de nationale wetgever er bij de uitoefening van zijn bevoegdheid in redelijkheid van kon uitgaan, dat de betrokken wettelijke regeling voor de verwezenlijking van die doelstelling noodzakelijk was.
- *Onder die omstandigheden kan de litigieuze wettelijke regeling niet worden aangemerkt als een indirecte discriminatie in de zin van artikel 4 lid 1 van de richtlijn.*

Het Hof gaf hiermee dus zelf aan dat de wettelijke regeling objectief gerechtvaardigd kon worden geacht. Anders dan in *Rinner-Kühn* volgde niet de standaardoverweging dat dit oordeel aan de nationale rechter moet worden overgelaten.

De arresten *Megner* en *Nolte* zijn destijds kritisch ontvangen. Zo heeft *Piso* opgemerkt dat het Hof de beoordelingsmarge van de lidstaten ten aanzien van het sociaal beleid heeft opgerekt ten opzichte van eerdere arresten met betrekking tot richtlijn 79/9/EEG. In die arresten sprak het Hof niet over een *ruime* maar over een *redelijke* beoordelingsmarge.⁹ *Piso* heeft geconstateerd dat het Hof hier een erg marginale objectieve rechtvaardigingstoets toepast omdat het voldoende is dat de nationale wetgever er *in redelijkheid* vanuit kan gaan dat de betrokken wettelijke regeling noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een gerechtvaardigde doelstelling. Het Hof heeft daarbij niet duidelijk gemaakt welk doel gerechtvaardigd is. Bovendien komt de vraag naar de passendheid en noodzakelijkheid van de middelen in de arresten helemaal niet aan de orde.¹⁰

In dit verband is het belangrijk om te constateren dat Duitsland in latere jaren zelf op deze vorm van uitsluiting van kleine deeltijders van de socialezekeringswetgeving is teruggekomen en voor een ander systeem heeft gekozen. De uitsluiting werd door Duitsland kennelijk niet langer gezien als een geschikt middel om het beoogde doel te bereiken of de uitsluiting werd niet langer beschouwd als een noodzakelijk middel om het beoogde doel te bereiken. In ieder geval is gekozen voor een ander middel en wel een systeem van mini-jobs dat onder andere voorziet in een optelling van banen bij verschillende werkgevers. Hierdoor kunnen de deeltijders met meerdere mini-jobs eerder aanspraak maken op de sociale zekerheid.¹¹

⁹ Voor een overzicht van deze jurisprudentie kan ook worden verwezen naar Pennings 2004, p. 52-57; het Hof heeft al in een vroeg stadium erkend dat het waarborgen van een sociaal minimum, als het om de sociale zekerheid gaat, een geoorloofde grond kan zijn om (op indirecte wijze) vrouwen van de bescherming van de sociale zekerheid uit te sluiten (*Teuling*, C-30/85 en *Commissie/België*, C-229/89).

¹⁰ *Piso* 1998, p. 50.

¹¹ Vgl. SER-advies 04-09, p. 76-78; deze regeling houdt in dat alleen in geval van 'bijkomende arbeid' geen verzekerings- en premieplicht geldt. Er is sprake van bijkomende arbeid bij een baan waarmee minder dan 400 euro per maand wordt verdiend of bij een kortdurende

10.4 Inperking beoordelingsvrijheid in latere jurisprudentie

De beoordelingsvrijheid van de lidstaten terzake van het sociaal beleid was enkele jaren later opnieuw aan de orde in het arrest *Seymour*.¹² In dit arrest perkte het Hof de beoordelingsmarge in. In geding was een wettelijke regeling die voorzag in de bescherming tegen onregelmatig ontslag voor werknemers die ten minste twee jaar ononderbroken bij de werkgever hadden gewerkt. Vrouwen voldeden minder snel aan deze voorwaarde en er bestond een vermoeden van indirecte discriminatie bij de beloning. De bescherming hield de toekenning van een schadeloosstelling in die in de plaats kwam van het loon dat de werkgever verschuldigd zou zijn zonder het onregelmatige ontslag. Deze schadeloosstelling viel daarom onder het begrip beloning. Het Verenigd Koninkrijk rechtvaardigde de voorwaarde voor de toepassing van de regeling met het argument dat deze bijdroeg aan de aanwerving van arbeidskrachten. Het Hof schonk uitgebreid aandacht aan de objectieve rechtvaardiging. De vraag was onder andere of een lidstaat kan volstaan met het aantonen dat hij redelijkerwijs mocht aannemen dat de wettelijke regeling zou bijdragen aan het verwezenlijken van een doelstelling van sociaal beleid. Het Verenigd Koninkrijk was die mening toegedaan en verwees daartoe naar het arrest *Nolte*. Het Hof overwoog dat de lidstaten weliswaar ter verwezenlijking van hun doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid over een ruime beoordelingsmarge beschikken en voegt hieraan in O. 76 toe:

‘De beoordelingsvrijheid van de lidstaten mag echter niet tot gevolg hebben dat de tenuitvoerlegging van een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht, zoals dat van de gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers, van haar inhoud wordt beroofd. Eenvoudige algemene verklaringen dat een bepaalde maatregel bevorderlijk is voor de aanwerving van arbeidskrachten, volstaan niet om aan te tonen dat het doel van de omstreden bepaling niets van doen heeft met discriminatie op grond van geslacht.’

Het Hof overwoog tevens dat dergelijke verklaringen evenmin gegevens verschaffen op grond waarvan redelijkerwijs kan worden geoordeeld dat de gekozen middelen geschikt zijn ter bereiking van dat doel.

arbeidsverhouding van twee maanden (bij een vijfdaagse werkweek) of 50 werkdagen (bij minder dan vijf dagen per week). Dit zijn mini-jobs. Met name door het hanteren van een grens van 400 euro per maand, bestaat ook voor deze regeling het vermoeden van indirect onderscheid omdat vooral vrouwen hierdoor worden getroffen. De uitsluiting treft dan vooral vrouwen die niet meerdere mini-jobs hebben.

¹² HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, I-00623 (*Seymour*); vgl. Holtmaat & Cremers 2002, p. 24-26.

De inperking van de beoordelingsruimte van de lidstaten terzake van het sociale beleid uit het arrest *Seymour* is naderhand in andere arresten bevestigd. De arresten *Kutz-Bauer*¹³ en *Steinicke*¹⁴ betreffen allebei wetgeving en cao-bepalingen op grond waarvan oudere werknemers in de overheidssector in aanmerking konden komen voor deeltijdarbeid. De toegangsvoorwaarden voor de regeling waren dusdanig dat minder vrouwen dan mannen hiervan gebruik konden maken en daarom bestond het vermoeden van indirect onderscheid op grond van geslacht. Het valt buiten het bestek van dit hoofdstuk om de regeling en de voorwaarden verder toe te lichten. Omdat de regels de arbeidsvoorwaarden betroffen, toetste het Hof aan richtlijn 76/207/EEG.

In *Kutz-Bauer* rechtvaardigde de Duitse regering de regeling met het argument dat deze tot doel had werkloosheid te bestrijden door werknemers die nog niet pensioengerechtigd zijn, aan te moedigen arbeidsplaatsen vrij te maken. Toelating tot het stelsel van deeltijdarbeid van vrouwelijke werknemers die al een volledig recht op ouderdomspensioen hebben, zou inhouden dat een arbeidsplaats bezet blijft en dat het socialezekerheidsstelsel extra kosten moet dragen.

Het Hof overwoog ook hier dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge hebben bij de keuze van maatregelen ter verwezenlijking van hun doelstellingen inzake werkgelegenheid en dat het bevorderen van tewerkstelling een rechtmatige doelstelling van sociaal beleid is. In O. 57 en 58 voegt het Hof hieraan toe dat:

- deze beoordelingsvrijheid niet tot gevolg mag hebben dat een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht, zoals dat van de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers, van zijn inhoud wordt beroofd;
- eenvoudige algemene verklaringen dat een wettelijke regeling de tewerkstelling bevordert, niet volstaan om aan te tonen dat het doel van een litigieuze bepaling niets van doen heeft met discriminatie op grond van geslacht,
- en dat deze evenmin gegevens verschaffen op grond waarvan redelijkerwijs kan worden geoordeeld dat de gekozen middelen geschikt zijn of zouden kunnen zijn ter bereiking van dat doel.

Deze overwegingen stemmen overeen met die uit *Seymour* en het Hof verwijst ook naar dit arrest. Het Hof brengt tevens in herinnering dat budgettaire overwegingen aan de basis kunnen liggen van de sociale beleidskeuzen van een lidstaat en de aard en omvang van sociale beschermingsmaatregelen kunnen beïnvloeden. Op zichzelf kunnen budgettaire overwegingen echter niet een doelstelling van dat beleid vormen en dus ook niet een discriminatie

¹³ HvJ EG 20 maart 2003, zaak C-187/00, *Jur.* 2003, I-2741 (*Kutz-Bauer*).

¹⁴ HvJ EG 11 september 2003, zaak C-77/02, *Jur.* 2003, I-09027 (*Steinicke*).

ten nadele van een der geslachten rechtvaardigen.¹⁵ Het Hof reageert met deze overweging op het argument van de Duitse regering dat de regeling geen extra kosten voor het socialezekerheidsstelsel zou mogen meebrengen.

In *Steinicke* zijn de overwegingen van het Hof zowel over de beleidsvrijheid terzake van het sociale beleid als over de ruimte voor het aanvoeren van budgettaire overwegingen hetzelfde als in *Kutz-Bauer*. In *Steinicke* speelde een andere regeling en andere voorwaarden voor deeltijdarbeid voor oudere werknemers. De omstrede voorwaarde hield in dat personen die al in deeltijd werkten, werden uitgesloten van de regeling. Als rechtvaardiging voor de regeling voerde de Duitse regering aan dat hiermee de werkgelegenheid werd bevorderd en dat de regeling kostenneutraliteit bij de planning en verdeling van arbeidsplaatsen mogelijk maakte. Het Hof accepteert deze eenvoudige algemene verklaringen niet als objectieve rechtvaardiging. In O. 65 geeft het Hof tevens aan dat de uitsluiting een groep werknemers betreft – te weten in deeltijd werkzame ambtenaren – die al een belangrijke bijdrage aan de doelstelling van doorstroming op de arbeidsmarkt leveren. Het Hof voegt daaraan toe dat een bepaling die werknemers dreigt te weerhouden van het aanvaarden van deeltijdwerk niet a priori kan worden beschouwd als een geschikt of passend middel om de doelstelling van doorstroming op de arbeidsmarkt te aanvaarden.

In de arresten *Seymour*, *Kutz-Bauer* en *Steinicke* laat het Hof het uiteindelijk oordeel over de vraag of de aangevoerde argumenten de objectieve rechtvaardigingstoets kunnen doorstaan over aan de nationale rechter.

In 2007 bevestigt het Hof in het arrest *Geven* opnieuw de regel die de beoordelingsvrijheid van de lidstaten terzake van het sociale beleid inperkt.¹⁶ Dit arrest betreft een Duitse wettelijke regeling die voorziet in een ouderschapsuitkering. Van de toepassing zijn uitgesloten personen met een beperkt dienstverband (tussen 3 en 14 uur per week) die de nationaliteit van een andere lidstaat hebben, in die andere staat wonen en in Duitsland werkzaam zijn. Het vrije verkeer van werknemers is in dit arrest in het geding. Het Hof stelt voorop dat in de huidige stand van het gemeenschapsrecht het sociale beleid tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort en dat de lidstaten bij de uitoefening van deze bevoegdheid over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken. Het Hof

voegt daar aan toe dat deze beoordelingsvrijheid er evenwel niet toe kan leiden dat de rechten die particulieren ontlenen aan de bepalingen van het EG-Verdrag waarin hun fundamentele vrijheden zijn neergelegd, worden uitgehold.

Het Hof verwijst hierbij naar eerdere arresten met betrekking tot artikel 39 EG en, naar analogie, met betrekking tot gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers, verwijst het Hof expliciet naar de arresten *Megner* en *Steinicke*.¹⁷ Anders dan in *Seymour*, *Kutz-Bauer* en *Steinicke* laat het Hof het uiteindelijk oordeel niet aan de nationale rechter over. Het Hof concludeert zelf dat in dit geval de nationale wetgever er redelijkerwijs vanuit kon gaan dat de niet-toekenning van de ouderschapsuitkering aan niet-ingezetene werknemers met een beperkt dienstverband een passende en evenredige maatregel is in het licht van het doel van de wettelijke regeling.

10.5 Beoordelingscriteria Hof van Justitie samengevat

Uit de in § 10.3 en § 10.4 besproken jurisprudentie kunnen de volgende criteria voor de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging van indirect discriminerende sociale wet- en regelgeving worden ontleend.

Uit het arrest *Rinner-Kühn* volgt dat een lidstaat indirect discriminerende wetgeving op sociaal terrein niet kan rechtvaardigen met generaliserende uitspraken over bepaalde categorieën werknemers. Een lidstaat moet kunnen aantonen dat de gekozen middelen voldoen aan een *noodzakelijke* doelstelling van zijn sociaal beleid en dat deze middelen daartoe geschikt en noodzakelijk zijn.

In de arresten *Nolte* en *Megner* overweegt het Hof eerst dat de gekozen middelen moeten beantwoorden aan een *legitieme* doelstelling van het sociale beleid en dat deze middelen daartoe geschikt en noodzakelijk moeten zijn. Deze omschrijving is gecodificeerd in de latere gelijkebehandelingsrichtlijnen met het verschil dat niet meer over de geschiktheid van het middel wordt gesproken maar over de passendheid. Het Hof voegt daar de volgende criteria aan toe:

- in de huidige stand van het gemeenschapsrecht behoort het sociale beleid tot de bevoegdheid van de lidstaten;
- de lidstaten beschikken daarom bij de verwezenlijking van hun doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid over een ruime beoordelingsmarge.

¹⁵ Vgl. eerdere arresten: HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/2, *Jur.* 1994, I-571 (*Roks*); HvJ EG 17 juni 1998, zaak C-243/95, *Jur.* 1998, p. I-3739 (*Hill*); C- 243/95: HvJ EG 6 april 2000, C- 226/97, *Jur.* 2000, p. I-7505 (*Jørgensen*).

¹⁶ HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-213/05, *Jur.* 2007, I-06347 (*Geven*).

¹⁷ HvJ EG 11 september 2003, zaak C-77/02, *Jur.* 2003, I-09027 (*Steinicke*).

Deze twee criteria herhaalt het Hof in de latere arresten die in § 10.4 zijn besproken.

In *Nolte* en *Megner* voegt het Hof daar tevens als criterium aan toe:

- dat de nationale wetgever die zich beroept op doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid in redelijkheid mag aannemen dat de betrokken wettelijke regeling noodzakelijk is voor het verwezenlijken van die doelstelling.

Dit criterium houdt in latere arresten geen stand. Het Hof perkt de beoordelingsruimte in de arresten *Seymour*, *Kutz-Bauer*, *Steinicke* en *Geven* in door te overwegen:

- dat deze beoordelingsvrijheid niet tot gevolg mag hebben dat fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht, zoals het beginsel van gelijke beloning en van gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemer, van zijn inhoud wordt beroofd.

In de arresten *Seymour*, *Kutz-Bauer* en *Steinicke* geeft het Hof tevens als criterium:

- dat eenvoudige algemene verklaringen dat een wettelijke regeling bevorderlijk is voor het sociaal of werkgelegenheidsbeleid niet voldoende zijn om aan te tonen dat het doel van de omstreden bepaling niets van doen heeft met discriminatie op grond van geslacht;
- dat dergelijke verklaringen evenmin gegevens verschaffen op grond waarvan redelijkerwijs kan worden geoordeeld dat de gekozen middelen geschikt zijn of zouden kunnen zijn ter bereiking van dat doel.

In het arrest *Kutz-Bauer* en *Steinicke* geeft het Hof tevens als criterium:

- dat budgettaire overwegingen op zichzelf niet een doelstelling van sociaal beleid vormen en dus ook niet een discriminatie ten nadele van een der geslachten kunnen rechtvaardigen.

In *Steinicke* geeft het Hof tevens aan:

- dat een bepaling die werknemers dreigt te weerhouden van het aanvaarden van deeltijdwerk niet a priori kan worden beschouwd als een geschikt of passend middel om de doelstelling van doorstroming op de arbeidsmarkt te aanvaarden.

In de in § 10.4 besproken arresten die na *Nolte* en *Megner* zijn geweest, heeft het Hof de beoordelingsvrijheid van de lidstaten

niet getoetst aan richtlijn 79/7/EEG inzake de gelijke behandeling op het gebied van de wettelijke sociale zekerheid omdat die richtlijn niet aan de orde was. De arresten betroffen wel uitdrukkelijk de gelijke beloning en de gelijke behandeling bij de arbeid. Het is niet met zekerheid te zeggen hoe het Hof zal oordelen over de beoordelingsvrijheid van de lidstaten terzake van het socialezekerheidsrecht. Op het terrein van de sociale zekerheid hebben de lidstaten meer beleidsvrijheid.

In de arresten *Seymour* en *Geven* heeft het Hof echter wel uitdrukkelijk verwezen naar de eerdere overwegingen in *Nolte* en *Megner*. Dit kan een aanwijzing zijn dat het Hof afstand heeft genomen van de zeer marginale toetsing die in deze arresten is geaccepteerd. Het arrest *Kutz-Bauer* bevat bovendien een uitdrukkelijke verwijzing naar het socialezekerheidsstelsel. Terzake van het argument dat de omstreden regeling nodig is omdat anders sprake zou zijn van extra kosten voor het socialezekerheidsstelsel, overweegt het Hof dat budgettaire overwegingen op zichzelf niet een doelstelling van het sociaal beleid kunnen vormen en dus ook niet een discriminatie ten nadele van een der geslachten kunnen rechtvaardigen. Ook dit kan worden opgevat als een aanwijzing dat het Hof de beoordelingsvrijheid van de lidstaten terzake van de sociale zekerheid op een vergelijkbare manier zou inperken als hieromtrent een prejudiciële vraag zou worden voorgelegd.

10.6 Beoordelingsvrijheid en uitzondering huishoudelijk personeel

Het is belangrijk om vast te stellen wat deze jurisprudentie betekent voor de Nederlandse wetgever. Zoals besproken houdt de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel in dat de wetgever deze werknemers geen of minder rechten toekent bij ontslag, bij de loondoorbetaling bij ziekte, bij de informatieplicht van de werkgever omtrent de arbeidsovereenkomst en bij de sociale zekerheid. Ook voor een deel van de WAZO en de Zvw geldt een uitzonderingspositie.

In parlementaire stukken wordt deze positie doorgaans gerechtvaardigd met een verwijzing naar de regel uit de arresten *Nolte* en *Megner*: 'een nationale wetgever die zich beroept op doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid mag in redelijkheid aannemen dat de betrokken wettelijke regeling noodzakelijk is voor het verwezenlijken van die doelstelling.' Het beroep op deze regel is het meest recentelijk gedaan bij de verslechtering van de rechtspo-

sitie met de invoering van de regeling *Dienstverlening aan huis* (vgl. § 4.4) en diende ter rechtvaardiging van de uitzonderingspositie op de verschillende deelterreinen van het sociaal recht. De Nederlandse wetgever gebruikte dit argument op dezelfde manier als het Verenigd Koninkrijk dit deed in het arrest *Seymour*. De enkele verwijzing naar sociaal en werkgelegenheidsbeleid zou voor een lidstaat voldoende moeten zijn om als objectieve rechtvaardiging te kunnen dienen. Het Hof heeft deze benadering in *Seymour* afgewezen: de beoordelingsvrijheid van de lidstaten mag niet tot gevolg hebben dat een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht van haar inhoud wordt beroofd. Ook zouden eenvoudige algemene verklaringen omtrent het sociaal of werkgelegenheidsbeleid niet voldoende zijn om aan te tonen dat het doel van de omstreden bepaling niets van doen heeft met discriminatie op grond van geslacht. Ook verschaffen dergelijke verklaringen geen gegevens dat de gekozen middelen geschikt zijn om dat doel te bereiken.

In de vorige paragrafen is uiteengezet dat het Hof hiermee de beoordelingsvrijheid van de lidstaten heeft ingeperkt. Deze inperking betreft in ieder geval het terrein van de gelijke beloning en de gelijke behandeling bij de arbeid. Dit betekent dat de Nederlandse wetgever niet kan volstaan met eenvoudige algemene verklaringen dat het toekennen van minder rechten aan deeltijd huishoudelijk personeel bij ontslag, bij de loondoorbetaling bij ziekte en bij de informatieplicht van de werkgever dienstig is voor het sociaal en werkgelegenheidsbeleid. Dergelijke verklaringen zijn niet voldoende om als objectieve rechtvaardiging te dienen. De argumenten om deze wet- en regelgeving te handhaven en bovendien uit te breiden tot een grotere groep werknemers, moeten de objectieve rechtvaardigingstoets ten volle kunnen doorstaan.

Deze toets moet ook worden toegepast op de uitsluiting van het deeltijd huishoudelijk personeel van de socialezekerheidswetgeving. In het slot van § 10.5 is beargumenteerd dat er redenen zijn om aan te nemen dat de inperking van de beoordelingsvrijheid van de lidstaten door het Hof ook de sociale zekerheid betreft. Andere redenen om de objectieve rechtvaardigingstoets ten volle toe te passen op de sociale zekerheid is dat aangenomen mag worden dat lidstaten op gezette tijden moeten onderzoeken of een benadeling die als indirect discriminerend kan worden aangemerkt, kan worden opgeheven. Dit vloeit voort uit de positieve verplichting om de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen (vgl. § 9.6).

Ook de verslechtering van de rechtspositie van het deeltijdpersoneel met de invoering van de regeling *Dienstverlening aan huis* die heeft plaats gevonden zonder toetsing aan het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen als fundamenteel rechtsbeginsel, vraagt er om alsnog een nader onderzoek in te stellen naar de argumenten die ter rechtvaardiging zijn aangevoerd. Dat onderzoek zal zich dan moeten uitstrekken tot alle deelterreinen van het sociaal recht.

10.7 Uitzonderingspositie objectief gerechtvaardigd?

10.7.1 *Eerste stap: legitieme doelen?*

De eerste stap van de objectieve rechtvaardigingstoets is te onderzoeken of de argumenten die de Nederlandse wetgever aanvoert ter rechtvaardiging van de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel legitiem zijn. Anders gezegd: ligt hieraan een legitiem doel van sociaal beleid ten grondslag?

In de parlementaire stukken keren de volgende argumenten steevast terug:

- administratieve-lasten-argument;
- behoefte-argument;
- arbeidsmarkt-argument;
- persoonlijke-levenssfeer-argument.

In hoofdstuk 3 en 4 zijn deze argumenten en de kritiek hierop uitgebreid toegelicht. Hier volgt per argument een samenvatting van hetgeen de wetgever heeft aangevoerd en vervolgens wordt besproken of dit legitieme doelen kunnen zijn.

Administratieve-lasten-argument

Ter rechtvaardiging van de uitsluiting van de socialezekerheidswetgeving is betoogd dat een verplichte werknemersverzekering te veel administratieve en andere verplichtingen voor de particuliere werkgever, de uitvoeringsorganen sociale zekerheid en de belastingdienst zou geven. Met name een particuliere werkgever zou geen administratieve lasten moeten hoeven te dragen.

Beperking van de administratieve lasten voor de werkgever was ook een argument voor de uitsluiting van de ontslagbescherming van het BBA en heeft waarschijnlijk ook meegespeeld bij de geringere informatieverplichting.

De beperking van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte tot zes

weken is niet afzonderlijk beargumenteerd maar aangenomen kan worden dat voor de beperkte loondoorbetalingsplicht dezelfde argumenten als rechtvaardiging dienen.

Legitiem doel?

Het nastreven van geringe administratieve lasten voor de particuliere werkgever wordt doorgaans aangemerkt als een legitieme doelstelling van sociaal beleid.¹⁸ Particuliere werkgevers hebben extra baat bij het streven van de overheid naar lastenverlichting en deregulering omdat zij – anders dan grote werkgevers – niet kunnen terugvallen op een ondersteunend apparaat. De redenering is ook dat een te zware administratieve belasting van de particuliere werkgever ten koste van de werkgelegenheid zou kunnen gaan. Ons inziens is het legitiem dat de wetgever rekening houdt met de belangen van de particuliere werkgever. Per regeling moet echter wel worden bezien of daadwerkelijk sprake is van een onevenredig zware administratieve belasting. Ook zal de wetgever het belang van de particuliere werkgever uitdrukkelijk moeten afwegen tegen de gerechtvaardigde belangen van het deeltijd huishoudelijk personeel. Het uitgangspunt van het sociaal recht dat een werknemer in beginsel als de zwakkere partij meer bescherming verdient dan een werkgever, moet in de afweging worden betrokken.¹⁹ De wetgever moet overigens ook kunnen beargumenteren wat het verschil is met een kleine zelfstandige die bijvoorbeeld met een enkel personeelslid werkt. Voor deze laatste categorie werkgevers wordt het administratieve-lasten-argument niet ingezet en de werknemer die bij de kleine zelfstandige in dienst is, heeft wel alle werknemersrechten. Bij de belangenafweging tussen de particuliere werkgever en het deeltijd huishoudelijke personeel zal ook in de oordeelsvorming moeten worden betrokken wie die particuliere werkgevers zijn. Uit onderzoek van het SEOR blijkt dat particuliere werkgevers die een werkster inschakelen voor het huishoudelijk werk, doorgaans goed opgeleide personen met een relatief hoog inkomen zijn.²⁰ De vraag dient zich aan of de administratieve lasten daadwerkelijk te zwaar zullen drukken op deze werkgevers. Voorts valt op te merken dat de particuliere werkgever met geïndiceerde zorg doorgaans weinig administratieve lasten heeft omdat SVB en/of zorginstellingen die lasten grotendeels overnemen.

De wetgever zal per regeling inhoudelijk moeten kunnen beargumenteren dat de aanvraag van een ontslagvergunning, de schriftelijke informatieplicht over de arbeidsverhouding en de aansluiting bij de werknemersverzekeringen daadwerkelijk een onevenredige

belasting vormt voor de particuliere werkgever. De algemene generaliserende uitspraken waarvan nu gebruik wordt gemaakt, volstaan niet.

De beperkte loondoorbetalingsplicht bij ziekte is door de wetgever gelegitimeerd met een verwijzing naar de uitsluiting van de werknemersverzekeringen. Daarmee wordt niet alleen bedoeld op de administratieve belasting voor de werkgever. De redenering lijkt vooral te zijn dat de particuliere werkgever een beperkte loondoorbetalingsplicht heeft omdat deeltijd huishoudelijk personeel ook geen recht heeft op een uitkering krachtens de werknemersverzekering. Ons inziens had de wetgever niet kunnen volstaan met een dergelijk algemene verwijzing. De wetgever had in 1996 bij de invoering van de loondoorbetalingsplicht voor de werkgever (WULBZ) expliciet moeten ingaan op de positie van deeltijd huishoudelijk personeel en een inhoudelijke afweging moeten maken. Zowel de positie van de particuliere werkgever als die van het huishoudelijk personeel had moeten worden besproken. Als volgens de wetgever de particuliere werkgever alleen met een beperkte loondoorbetalingsplicht zou kunnen worden belast, is het geenszins vanzelfsprekend dat huishoudelijk personeel bij ziekte geen recht heeft op inkomensbescherming. In dat geval had de wetgever andere passend middelen kunnen overwegen en bijvoorbeeld het deeltijd huishoudelijk personeel wel onder de vangnetvoorziening van de ZW kunnen brengen.

Het beperken van de administratieve belasting van UWV en Belastingdienst is een argument dat wordt genoemd bij de uitsluiting van de werknemersverzekeringen. Het uitgangspunt dat bij het bepalen van de personele werkingssfeer van de werknemersverzekeringen een kosten-baten-analyse plaats kan vinden, is onomstreden en op zich een legitiem doel. In dit verband kan worden verwezen naar de SER-adviezen die zijn besproken in § 3.3.2. Het gaat hier dus niet om een zuiver administratieve-lasten-argument maar veeleer om de budgettaire afweging dat tegenover de lasten voor de uitvoeringsorganen en fiscus mogelijk beperkte uitkeringsrechten voor de werknemer kunnen staan. Het gaat dus vooral om het beperken van de uitvoeringskosten van de werknemersverzekeringen. Volgens Asscher-Vonk kan het gerechtvaardigd zijn voor de werknemersverzekeringen een vloer te bepalen door die arbeidsverhoudingen uit te sluiten die niet of nauwelijks een uitkering kunnen genieten als zij wel verzekerd zouden zijn. In dat geval lijden betrokkenen vrijwel geen nadeel en is de uitsluiting van de verze-

¹⁸ Peters 2006, p. 622-641; Sparrius 2001, p. 265-270

¹⁹ Driessen *Nemesis* 1992, *Rechtspraak Nemesis* 1992, 235.

²⁰ Zandvliet, Tanis & de Koning 2006, p. 21-23.

kering gelegitimeerd. Asscher-Vonk redeneert hierbij vanuit de doelen van het socialezekerheidsrecht: het bieden van financiële bestaanszekerheid en van inkomensbescherming (§ 3.3.2).²¹ Zij gaat uit van een benadering die voor alle werknemers moet gelden. Uiteraard past de uitsluiting van één bepaalde categorie werknemers daarin niet.

De uitsluiting van deeltijd huishoudelijk personeel kan alleen legitiem zijn als de gerechtvaardigde doelstellingen van de sociale zekerheid hiermee niet in het gedrang komen. In het thans geldende systeem is dit niet het geval en is de wetgever niet consistent. Deeltijd huishoudelijk personeel wordt uitgesloten terwijl andere werknemers met mogelijk een veel kleinere deeltijdbaan wel verplicht verzekerd zijn. Ook het achterwege laten van een optelsom van werkgevers is zeer discutabel omdat juist huishoudelijk personeel regelmatig voor meerdere werkgevers werkzaam is.

Gezien het bovenstaande moet de conclusie zijn dat de door de wetgever gebruikte administratieve-lasten-argumenten niet legitiem zijn.

Behoeftargument

Het behoeftargument speelt een rol bij de uitsluiting van de socialezekerheidswetgeving en van het BBA en tevens bij de beperking van de loondoorbetalingplicht bij ziekte in art. 7:629 lid 2 BW. Deeltijd huishoudelijk personeel zou geen behoefte hebben aan de inkomensbescherming van de werknemersverzekeringen omdat hun inkomen slechts een aanvulling op het gezinsinkomen zou zijn. Bij de inperking van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte tot zes weken, is enkel overwogen dat deze bepaling aansluit bij het stelsel van de werknemersverzekeringen. Bij de uitsluiting van het BBA is uitdrukkelijk overwogen dat naarmate de omvang van de baan kleiner is, de betrokken werknemer voor het levensonderhoud minder op werk is aangewezen en daarom met minder ontslagbescherming toe kan.

Legitiem doel?

Het behoeftargument is vooral een uitdrukking van het kostwinnersdenken. Deeltijd huishoudelijk personeel zou geen behoefte hebben aan de inkomensbescherming van de werknemersverzekeringen omdat het inkomen slechts een aanvulling is op het gezinsinkomen. Om die reden zou de ontslagbescherming van het BBA ook achterwege kunnen blijven. De consequentie van deze benadering is dat de niet-kostwinner sociaal-economisch volledig afhanke-

lijk wordt van diens partner als de niet-verzekerbare risico's zich aandienen en het ontslag voor de deur staat. Daarnaast wordt in deze redenering helemaal voorbij gegaan aan alleenstaanden. Het behoeftargument kan geen legitieme doelstelling van sociaal beleid zijn: het is inherent discriminatoir om personen inkomens- en ontslagbescherming te onthouden omdat ze terug zouden kunnen vallen op het inkomen van hun partner.²²

Bij geen enkele andere groep deeltijdwerkenden wordt nog een dergelijke discriminatoire uitlating gedaan. Het is onbegrijpelijk dat deze argumenten anno 2006 nog tijdens de parlementaire behandeling van de regeling *Dienstverlening aan huis* naar voren zijn gebracht.

Het behoeftargument kan ook geen legitieme doelstelling van sociaal beleid zijn omdat de werknemersverzekeringen niet uitgaan van de vraag of een werknemer een uitkering behoeft maar of een verzekerd risico in werking is getreden. Het behoeftargument botst dus met het uitgangspunt van de werknemersverzekeringen. De wetgever is ook niet consistent. Alleen bij deeltijd huishoudelijk personeel geldt het argument dat geen behoefte bestaat aan de verplichte werknemersverzekeringen. Voor het overige hebben kleine deeltijders wel toegang tot de sociale zekerheid en is er kennelijk geen probleem met de zogenaamde 'kruimelverzekeringen'. Zo is een scholier die bijvoorbeeld tien uur per week als vakkenvuller werkt, wel verplicht verzekerd.

In dit verband rijst ook de vraag waarom aan de SER advies is gevraagd over de kruimelverzekeringen zonder in de adviesvraag te reppen over deeltijd huishoudelijk personeel. Toen de SER wel expliciet aandacht heeft gevraagd voor de rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel en gewezen heeft op de cumulatie van dienstbetrekkingen en op de mogelijke indirecte discriminatie van de uitzonderingspositie, heeft het toenmalige kabinet in de reactie op het SER-advies hieraan geen aandacht geschonken.²³ Het deeltijd huishoudelijk personeel lijkt hiermee doelbewust te worden genegeerd.

Arbeidsmarktargument

Arbeidsmarktargumenten spelen met name een rol bij de uitsluiting van de socialezekerheidswetgeving. De overweging is dat een verplichte werknemersverzekering de huishoudelijke hulp duurder maakt en dat het schrappen van de uitzonderingsbepaling zou kunnen leiden tot een geringer aanbod van huishoudelijk werk en tot verdwijning van dit werk naar het zwarte circuit. Bij de invoering van de regeling *Dienstverlening aan huis* is overwogen dat deze

²¹ Asscher-Vonk SMA 1996.

²² Peters 2006, p. 628.

²³ Zie SER-advies 04/09 en 06/07 met bijlagen.

regeling een bijdrage zou kunnen leveren aan de uitbreiding voor de markt voor persoonlijke dienstverlening omdat de vraag naar deze arbeid zal toenemen als de werknemers goedkoper zijn. Dit zou kunnen leiden tot extra arbeidsplaatsen aan de onderkant van de arbeidsmarkt.

Legitiem doel?

Arbeidsmarktargumenten kunnen zeker een legitieme doelstelling van sociaal beleid zijn. Het is ook niet voor niets dat werkgelegenheid- en arbeidsmarktbeleid in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd een van de benoemde objectieve rechtvaardigingsgronden is voor het maken van onderscheid. Arbeidsmarktargumenten behoeven echter wel een goede onderbouwing om als legitieme doelstelling te kunnen dienen. Eenvoudige en algemene verklaringen volstaan niet om aan te nemen dat de wetgever een legitiem doel nastreeft met de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel. De argumenten die in de parlementaire stukken zijn aangevoerd, kunnen niet anders worden gekwalificeerd dan als eenvoudige en algemene verklaringen. Ze zijn niet van een deugdelijke onderbouwing voorzien. Bovendien is het evident dat bepaalde argumenten niet kunnen kloppen. Zo wordt het onthouden van rechtsbescherming aan het huishoudelijk personeel verdedigd met de redenering dat dit werk anders in het zwarte circuit terecht zal kunnen komen. Die redenering kan in ieder geval niet opgaan voor de alfahulpen en PGB-zorgverleners omdat van hun inkomen altijd opgave bij de fiscus wordt gedaan omdat sprake is van zorgverlening die gefinancierd wordt uit publieke middelen.

Het argument dat het onthouden van rechtsbescherming persoonlijke dienstverlening goedkoop houdt en dat om die reden werkgelegenheid kan worden geschapen, is zo evident in strijd met de uitgangspunten van het sociaal recht dat dit nooit als een legitieme doelstelling van sociaal beleid kan worden gekwalificeerd. Overigens blijkt uit parlementaire stukken over de markt van persoonlijke dienstverlening dat er geen enkele aanwijzing is dat de regeling *Dienstverlening aan huis* heeft geleid tot werkgelegenheids groei in de sector.²⁴

In de arbeidsmarktargumenten klinken budgettaire overwegingen duidelijk door. Zoals besproken kunnen budgettaire overwegingen weliswaar aan de basis liggen van de sociale beleidskeuzen van een lidstaat, maar ze vormen op zichzelf geen doelstelling van dat beleid en kunnen discriminatie niet rechtvaardigen.

²⁴ Kamerstukken II 2007/08, 29 544, nr. 142.

Persoonlijke levenssfeer-argument

Een weging van grondrechten heeft plaats gevonden bij de vraag of huishoudelijk personeel wel of niet de ontslagbescherming van het BBA zou moeten genieten. Daarbij is overwogen dat het belang van de persoonlijke levenssfeer van de particuliere werkgever zwaarder weegt dan het belang van de werknemer met een arbeidsovereenkomst van geringe duur. Ook de categorale uitsluiting van werknemers in dienst bij een particuliere werkgever van de toepassing van het discriminatieverbod in art. 5, derde lid, AWGB is gebaseerd op de afweging dat het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de particuliere werkgever een zwaarder gewicht moet worden toegekend dan het belang van de werknemer aan rechtsbescherming.

Legitiem doel?

Het persoonlijke levenssfeer-argument wordt doorgaans aangemerkt als een legitieme doelstelling van sociaal beleid.²⁵ De persoonlijke levenssfeer van de werkgever is in het geding bij huishoudelijke en persoonlijke dienstverlening aan huis. De particuliere werkgever heeft een gerechtvaardigd belang bij bescherming van diens persoonlijke levenssfeer en het nastreven hiervan is daarom legitiem. Tegenover dit belang van de particuliere werkgever staan echter de gerechtvaardigde belangen van de werknemers die de wetgever ook moet meewegen. Het is de vraag hoe ver de bescherming van de particuliere werkgever mag reiken. De wetgever zal het uitgangspunt van het sociaal recht dat een werknemer in beginsel de zwakkere partij is en daarom meer bescherming verdient dan een werkgever, duidelijk in de afweging moeten betrekken. Nu het gaat om werk bij de particuliere werkgever thuis zal de balans eerder kunnen doorslaan ten gunste van de werkgever dan in andere werkgevers-werknemersverhoudingen.

10.7.2 Tweede stap: passend en noodzakelijk?

Bij de bespreking van de tweede stap van de objectieve rechtvaardigingstoets blijft het behoefte-argument buiten beschouwing omdat dit evident discriminatoir is. In de vorige paragraaf is geconcludeerd dat het administratieve-lasten-argument, het arbeidsmarkt-argument en het persoonlijke levenssfeer-argument op zich legitieme doelstellingen van sociaal beleid kunnen zijn. Voorwaarde is wel dat de wetgever voor een goede onderbouwing moet zorgen en niet mag volstaan met generalisaties. Daarbij is geconcludeerd dat de wetgever daarin bij de eerste twee argumenten tekort schiet en de gebruikte argumenten om die reden niet als

²⁵ Peters 2006, p. 622-641; Sparrius 2001, p. 265-270.

rechtvaardiging kunnen dienen. In het navolgende worden deze drie argumenten nader onder de loep genomen.

Passende middelen?

Een middel is passend als het geschikt is om een legitiem geachte doelstelling te bereiken (§ 10.2). Eenvoudige algemene verklaringen dat een wettelijke regeling bevorderlijk is voor sociaal beleid verschaffen onvoldoende gegevens op grond waarvan redelijkerwijs kan worden geoordeeld dat de gekozen middelen geschikt zijn of zouden kunnen zijn ter bereiking van dat doel, aldus het Hof van Justitie (vgl. §10.4 en § 10.5). Omdat de wetgever terzake van het administratieve-lasten-argument en het arbeidsmarkt-argument volstaat met dergelijke verklaringen kunnen de verschillende wettelijke regelingen waarmee de rechten van deeltijd huishoudelijk personeel worden beperkt, niet als passende middelen worden aangemerkt. In de vorige paragraaf is vastgesteld dat het administratieve-lasten-argument ten aanzien van UWV en Belastingdienst bij de uitvoering van de werknemersverzekeringen vooral lijkt te slaan op het beperken van de uitvoeringskosten van de werknemersverzekeringen. Ons inziens zou de wetgever uitdrukkelijk moeten aangeven dat daar een mogelijk knelpunt zit. Het is dan vervolgens de vraag of de uitsluiting van deeltijd huishoudelijk personeel van de werknemersverzekeringen een geschikt middel is om het legitieme doel van beperking van te hoge uitvoeringskosten te bereiken. Kan de uitsluiting van alleen deze categorie deeltijders bijdragen aan het doel van beperking van de uitvoeringskosten?

De persoonlijke levenssfeer van de particuliere werkgever wordt beschermd door deze werkgever niet te verplichten een ontslagvergunning aan te vragen. In die zin is dit een geschikt middel. De particuliere werkgever moet echter ook de opzegtermijnen van het BW in acht nemen. Een abrupt einde van de arbeidsovereenkomst zoals bij een ontslag op staande voet kan dus niet aan de orde zijn. Zonder de aanvraag van een ontslagvergunning, kunnen de wegen zich wel eerder scheiden. Het is de vraag hoe noodzakelijk dat is. Een tijdelijke schorsing van de werknemer met doorbetaling van loon kan eventueel een optie zijn. Het Ontslagbesluit brengt in ieder geval voor UWV WERK bedrijf al de verplichting mee bij het ontslagbeleid rekening te houden met de bijzondere aard van de arbeidsrelatie en de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen. Het gerechtvaardigde belang van de werkgever moet dus in ieder geval worden meegewogen.

Op grond van het voorgaande luidt de conclusie dat voor alle drie argumenten geldt dat deze niet passend zijn.

Noodzakelijke middelen?

De vraag naar de noodzakelijkheid van de middelen betreft allereerst de kwestie of de wetgever andere middelen ten dienste staan om beoogde legitiem te achten doelstellingen te bereiken. De wetgever kan in dit opzicht aanmerkelijk meer creativiteit betrachten. Er zijn andere mogelijkheden om de markt van de persoonlijke dienstverlening zo te organiseren dat deeltijd huishoudelijk personeel wel rechtsbescherming kan genieten.

Hieronder volgen enkele voorbeelden van andere middelen.

- a. De administratieve lasten die voor de particuliere werkgever voortvloeien uit de naleving van de werknemersverzekeringen en ook administratieve lasten die gekoppeld zijn aan de naleving van arbeidsrechtelijke verplichtingen, kunnen bijvoorbeeld ten dele worden overgedragen aan een instantie zoals de Sociale Verzekeringsbank (SVB). Voor PGB-houders heeft de overheid het altijd vanzelfsprekend gevonden om de administratieve belasting op die manier op te vangen. De dienstverlening van de SVB zou kunnen worden uitgebreid door deze ook open te stellen voor de particuliere werkgevers van het andere deeltijd huishoudelijk personeel. Ook kunnen administratieve werkgeverslasten worden uitbesteed aan een pay-roll- of uitzendbureau.
- b. De administratieve en financiële belasting van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte kan worden ondervangen door de vangnetvoorziening van de Ziektewet open te stellen voor deeltijd huishoudelijk personeel. Die regeling geldt bijvoorbeeld ook voor uitzendkrachten wier uitzendovereenkomst op grond van het uitzendbeding eindigt bij ziekte. UWV is belast met de uitvoering van de vangnetregeling.
- c. Particuliere werkgevers zouden een vrijstelling van de premieplicht van de werknemersverzekeringen kunnen krijgen terwijl het huishoudelijke personeel wel verplicht verzekerd is. Voor jongeren is een dergelijke regeling geïntroduceerd met Belastingplan 2010.²⁶

- d. Het optellen van de verschillende banen bij verschillende werkgevers zoals in het Duitse systeem van mini-jobs wordt gehanteerd, kan het uitgangspunt zijn om het huishoudelijk personeel wel onder de werknemersverzekeringen te brengen. UWV of eventueel een speciale uitvoeringsinstantie kan belast worden met de uitvoering van de regeling.
- e. Als betaalmiddel voor deeltijd huishoudelijk personeel kunnen dienstencheques worden gebruikt. De particuliere werkgever koopt deze cheques bij een speciaal bureau en hierop worden belasting en premies ingehouden. Het huishoudelijke personeel levert de cheques in bij het bureau, ontvangt het nettoloon en is tevens verzekerd voor de werknemersverzekeringen. Dit systeem is in België en Frankrijk van toepassing voor het inkopen van de persoonlijke dienstverlening.²⁷
- f. De markt voor persoonlijke dienstverlening kan (gedeeltelijk) gereorganiseerd worden door fiscale maatregelen te treffen waardoor schoonmaakbedrijven toegang tot deze markt kunnen krijgen en huishoudelijk personeel met volledige rechtsbescherming in dienst kan treden bij deze bedrijven (zie hoofdstuk 8).

Omdat er tal van andere mogelijkheden zijn om nastrevenswaardige doelen te bereiken, kan de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel niet als noodzakelijk worden aangemerkt. Nu is vastgesteld dat de wetgever voldoende andere middelen heeft, kan de evenredigheidstoets hier verder buiten beschouwing blijven.

10.8 Conclusie

De wetgever handelt in strijd met het recht van de EU door deeltijd huishoudelijk personeel op verschillende deelterreinen van het sociaal recht in een uitzonderingspositie te plaatsen. Er is sprake van verboden indirect onderscheid op grond van geslacht. De argumenten die de wetgever ter rechtvaardiging van dit onderscheid heeft aangevoerd, kunnen de objectieve rechtvaardigingsstoets niet doorstaan. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie is erkend dat de lidstaten van de EU over een ruime beoordelingsmarge beschikken om hun doelstellingen van sociaal en werkgelegenheidsbeleid te verwezenlijken. Het Hof heeft deze beleidsvrijheid ingeperkt in de jaren na de arresten *Nolte* en *Megner* die van 1995 dateren. Het is duidelijk dat deze beoordelingsvrijheid niet tot gevolg mag hebben dat fundamentele beginselen van gemeen-

schapsrecht van hun inhoud worden beroofd. Lidstaten kunnen ter rechtvaardiging van hun beleid ook niet volstaan met algemene en generaliserende verklaringen dat wettelijke regelingen bevorderlijk zijn voor het sociaal of werkgelegenheidsbeleid. Dit beleid moet van een voldoende onderbouwing worden voorzien. De wetgever rechtvaardigt de uitzonderingspositie van het deeltijd huishoudelijk personeel voor een belangrijk deel met algemene en generaliserende argumenten. De doelstellingen van de wetgever zijn daarom grotendeels niet als legitiem aan te merken. De legitimiteit van de uitzonderingspositie is ook moeilijk in te zien omdat belangrijke uitgangspunten van het sociaal recht door de wetgever niet als vertrekpunt zijn genomen voor de beoordeling van de rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel. De uitzonderingspositie kan ook niet worden aangemerkt als een noodzakelijk middel om nastrevenswaardige doelen te verwezenlijken. Er zijn meerdere alternatieven om de markt van persoonlijke dienstverlening zo te organiseren dat deeltijd huishoudelijk personeel wel rechtsbescherming kan genieten.

²⁷ Vgl. Kraamwinkel & Reurs *NJB* 2010.

SAMENVATTING, CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

11

11.1 Samenvatting en conclusies

11.1.1 *Deeltijd huishoudelijk personeel in kort bestek*

Deeltijd huishoudelijk personeel is de categorie werknemers die doorgaans op minder dan vier dagen per week diensten verricht ten behoeve van het huishouden van de natuurlijke persoon. De werknemer is in dienst bij deze natuurlijke persoon. Onder het verrichten van diensten ten behoeve van het huishouden wordt mede verstaan het verlenen van zorg aan de leden van dat huishouden. Dit is de wettelijke omschrijving per 2007, waaruit blijkt dat het naast huishoudelijk werk ook kan gaan om persoonlijke verzorging, begeleiding en verpleging. Het geheel aan wet- en regelgeving dat betrekking heeft op de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel wordt sinds 2007 aangeduid met de regeling *Dienstverlening aan huis*.

Deeltijd huishoudelijk personeel bestaat voor ten minste 95 procent uit vrouwen. Het zijn vrouwen die bij een particulier thuis als werkster, hulp in de huishouding, kinderoppas, gezelschapsdame, verpleegkundige, alfahulp en PGB-zorgverlener werken. Een deel van deze vrouwen zijn *migrant domestic workers*: vrouwen die zonder de vereiste papieren in Nederland werken – zij zijn in veel opzichten de meest onzichtbare groep.

Alfahulpen en PGB-zorgverleners nemen een bijzondere positie in omdat zij zorg bieden die door de overheid wordt gefinancierd. Het betreft zorgverlening die voortvloeit uit de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ). De overheid is verplicht die zorg te bieden aan burgers die deze vanwege een handicap, ziekte of leeftijd behoeven. Deze geïndiceerde zorg wordt niet volledig door de overheid bekostigd. De zorgvrager betaalt een eigen bijdrage die afhankelijk is van het eigen inkomen. Voor de overheid is het voordelig de geïndiceerde zorg te laten verrichten door personen die onder de regeling *Dienstverlening aan huis* vallen. De verminderde rechtsbescherming maakt deze werknemers goedkoper.

Deeltijd huishoudelijk personeel is werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. Om die reden is veel arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving onverkort van toepassing. Probleem is echter dat deze regelgeving veelvuldig niet in praktijk wordt gebracht door de particuliere werkgevers.

Deeltijd huishoudelijk personeel gaat vaak rechtstreeks een arbeidsrelatie aan met de particuliere werkgever, maar het komt met name binnen de met publieke middelen gefinancierde zorgverlening voor dat een bemiddelingsinstantie wordt ingeschakeld als tussenpersoon tussen zorgvrager en zorgverlener. Het gaat om instellingen die uit publieke middelen worden gefinancierd maar ook om particuliere bemiddelaars met winstoogmerk.

Bij de alfahulpverlening hebben tot 2010 thuiszorginstellingen bemiddeld tussen alfahulp en zorgvrager. Ze vervulden wel een kassiersfunctie maar geen officiële werkgeversrol. De individuele zorgvrager fungeerde als werkgever zodat de alfahulp onder de uitzonderingspositie voor het deeltijd huishoudelijk personeel kon vallen en daarmee een goedkope werknemer was. Deze constructie is onder voorwaarden gefiatteerd door UWV en Belastingdienst. Het is de vraag of alle thuiszorginstellingen louter als bemiddelaars konden worden beschouwd. UWV en Belastingdienst hebben verzuimd nader onderzoek in te stellen om na te gaan of de instellingen zich wel aan de voorwaarden hielden. Indien dit niet het geval was, had de thuiszorginstelling als werkgever van de alfahulp moeten worden aangemerkt en is de uitzonderingspositie niet van toepassing. Thans loopt een proefproces van een alfahulp die van de thuiszorginstelling loondoorbetaling bij ziekte vordert omdat haars inziens de instelling haar werkgever is en niet de zorgvrager. De instelling voldeed niet aan genoemde voorwaarden.

Het aantal PGB-zorgverleners dat onder de uitzonderingspositie voor deeltijd huishoudelijk personeel valt, is waarschijnlijk toegenomen als gevolg van de invoering van de regeling *Dienstverlening aan huis* in 2007. Meer dan huishoudelijke verzorging is persoonlijke verzorging vaak op meer dagen noodzakelijk. Een zorgvrager die dagelijks hulp behoeft en die gebruik maakt van de goedkopere dienstverlening kan sinds 2007 een contract aangaan met twee in plaats van drie PGB-zorgverleners. De overheid heeft de gevolgen voor deze groep werknemers niet in kaart gebracht.

De uitzonderingspositie heeft ook gevolgen voor zzp'ers in de zorg. Zelfstandig werkende zorgverleners hebben grote moeite een Verklaring Arbeidsrelatie van de Belastingdienst te verkrijgen waarmee ze als zelfstandige worden erkend (VAR-WUO). Veelal wordt zonder nader onderzoek aangenomen dat zij onder de regeling *Dienstverlening aan huis* vallen en in dienst zijn bij de particuliere zorgvrager. De fiscale voordelen van het zelfstandig ondernemerschap kan hen daarmee ten onrechte zijn onthouden.

11.1.2 Uitzonderingspositie deeltijd huishoudelijk personeel

Een belangrijk deel van het sociaal recht is niet van toepassing op het deeltijd huishoudelijk personeel omdat in wet- en regelgeving een uitzonderingspositie is gecreëerd. Het betreft:

- uitsluiting van de toegang tot de verplichte werknemersverzekeringen;
- uitsluiting van de ontslagbescherming van het BBA;
- loondoorbetaling bij ziekte slechts gedurende zes weken;
- beperkter recht op informatie over de arbeidsverhouding;
- uitkering bij zwangerschaps- en bevallingsverlof gerelateerd aan minimumloon en niet aan het maximum dagloon;
- geen recht op uitkering bij adoptie- en pleegzorgverlof;
- uitsluiting van werkingssfeer van de Wet LB waardoor de werkgever niet inhoudingsplichtig is;
- geen vergoeding inkomensafhankelijke bijdrage Zvw door de werkgever.

De uitzonderingspositie betekent dat belangrijke uitgangspunten van het sociaal recht niet worden toegepast op een specifieke categorie werknemers. Met het socialezekerheidsrecht wordt beoogd werknemers bescherming te bieden tegen inkomensderving als gevolg van het intreden van bepaalde risico's waarop de werknemer zelf geen invloed heeft. Het doel is financiële bestaanszekerheid te verschaffen. Met het arbeidsrecht wordt beoogd ongelijkheidscompensatie te bieden omdat werknemers in de verhouding werkgever-werknemer een zwakkere positie innemen. Werknemers verdienen daarom in beginsel extra bescherming. De afwijking van deze algemene uitgangspunten ten aanzien van een specifieke groep werknemers vraagt om een bijzondere rechtvaardiging van de wetgever.

11.1.3 Rechtvaardiging uitzonderingspositie door wetgever

De wetgever rechtvaardigt de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel met argumenten die enerzijds verwijzen naar *de aard van het werk* en anderzijds naar de *omvang van het dienstverband*. De rechtvaardiging vanwege de *aard van het werk* betreft de plaats van werkzaamheden en het feit dat de werkgever de natuurlijk persoon is bij wie dat werk wordt gedaan. Het gaat dus niet zo zeer om de aard van het werk maar vooral om de hoedanigheid van de werkgever en de context waarin de werkzaamheden worden verricht. De particuliere werkgever zou niet met administratieve lasten en andere werkgeverslasten moeten worden opgezadeld en de persoonlijke levenssfeer van deze werkgever zou moeten worden beschermd. Voor de uitsluiting van de

verplichte werknemersverzekeringen geldt ook als argument dat een verplichte verzekering te veel administratieve lasten meebrengt voor UWV en Belastingdienst. In wezen wordt hiermee gedoeld op de uitvoeringskosten van de werknemersverzekeringen die voor deze specifieke groep relatief hoog zouden zijn.

De *omvang van het dienstverband* klinkt door in het vaak aangevoerde argument dat het voor deeltijd huishoudelijk personeel gaat om een extra inkomen binnen het gezin waarmee niet in het levensonderhoud hoeft te worden voorzien. Het gemis aan de ontslagbescherming van het BBA en de uitsluiting van de verplichte werknemersverzekeringen zou niet al te bezwaarlijk zijn. Hieraan zou geen behoefte bestaan. Daarbij is nooit meegewogen dat deeltijd huishoudelijk personeel regelmatig voor meerdere werkgevers werkt terwijl de uitzonderingspositie binnen de werknemersverzekeringen per werkgever geldt.

In de jaren tachtig van de vorige eeuw heeft de wetgever de rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel wel een aantal keren kritisch tegen het licht gehouden. Daarbij is ook aandacht besteed aan de vraag of de uitzonderingspositie mogelijk als een verboden indirect onderscheid op grond van geslacht zou moeten worden aangemerkt. In latere jaren is de specifieke positie van deze groep werknemers tijdens de parlementaire behandeling van nieuwe of wijziging van relevante wetgeving volledig buiten beschouwing gebleven.

Het verbeteren van de positie van alfa-hulpers als bijzondere categorie huishoudelijk personeel is nog wel aan de orde geweest. Dit heeft uiteindelijk tot niets geleid. Vanuit een andere invalshoek – namelijk om het werkgeverschap van PGB-houders te vergemakkelijken – is de regeling voor het huishoudelijk personeel in 2002 onder de loep genomen. Er zijn een aantal alternatieven onderzocht als variant op het dagencriterium in de socialezekerheids-wetgeving. Dit heeft niet tot een wijziging geleid. De motivering is heel opmerkelijk en tekenend voor de onderwaardering van huishoudelijk personeel. Uitsluiting van de werknemersverzekeringen van alle deeltijders die minder dan acht uren per week werken, is afgewezen wegens strijd met het discriminatieverbod. Een variant met uitsluiting van alleen huishoudelijk personeel dat minder dan achttien uren per week werkt, is afgewezen uit vrees voor hogere uitvoeringskosten voor het UWV. Daarbij is met geen woord gerept over het gegeven dat vooral vrouwen door een dergelijke regeling worden getroffen. Volgens de wetgever zou deze variant juridisch deugdelijk en niet-discriminatoir zijn.

De regeling *Dienstverlening aan huis* is voorgesteld zonder de vraag te stellen of het gerechtvaardigd is de rechtspositie van deeltijd huishoudelijk personeel te verslechteren. Het voorstel is niet getoetst aan de uitgangspunten van het sociaal recht. Het gegeven dat in hoofdzaak sprake is van vrouwenarbeid heeft geen rol gespeeld. Aan de bijzondere positie van alfa-hulpers en PGB-zorgverleners als werknemers die bijdragen aan de met publieke middelen gefinancierde zorgverlening, is geen aandacht geschonken. Pas in de loop van de parlementaire behandeling is gepoogd de verslechtering in rechtspositie van deze categorie werknemers te rechtvaardigen. Daarbij is aangevoerd dat het algemene belang van het bevorderen van werkgelegenheid in de markt van persoonlijke dienstverlening prevaleert boven het individuele belang van persoonlijke dienstverleners bij inkomensbescherming. Ook het oude argument dat een baan als persoonlijk dienstverlener doorgaans niet het enige (gezins)inkomen oplevert, is weer genoemd.

11.1.4 Uitzonderingspositie in strijd met internationale verplichtingen

De wetgever handelt in strijd met diverse verplichtingen die voortvloeien uit het EU-recht, het VN-vrouwenverdrag en ILO-verdrag 175 inzake deeltijdwerk. De wetgever schendt deze verplichtingen door op verschillende deelterreinen van het sociaal recht minder rechten toe te kennen aan deze categorie werknemers en door na te laten om op gezette tijden te onderzoeken of deze benadeling kan worden opgeheven. De verslechtering in de rechtspositie door de regeling *Dienstverlening aan huis* kan de toets aan de internationale verplichtingen zeker niet doorstaan.

Het is in strijd met het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht om deeltijd huishoudelijk personeel minder rechten toe te kennen omdat hierdoor in overwegende mate vrouwen worden getroffen. De argumenten van de wetgever kunnen de objectieve rechtvaardigingstoets niet doorstaan. De aangevoerde generaliserende overwegingen kunnen niet als legitieme doelen van sociaal beleid worden aangemerkt. Bovendien bestaan er verschillende alternatieven waarbij deeltijd huishoudelijk personeel wel rechtsbescherming kan genieten (§ 10.7.2). De wetgever handelt daarom in strijd met diverse verplichtingen die het EU-recht meebrengt. Er is onder meer sprake van strijd met art. 157 EU-Werkingsverdrag (voorheen: art. 141 EG, daarvoor: art. 119 EEG) waarin het beginsel van gelijke beloning is vast gelegd, met Richtlijn 2006/54/EG (herschikkingsrichtlijn) inzake de gelijke beloning en de gelijke behandeling bij de arbeid en met Richtlijn 79/7/EEG inzake de gelijke behandeling bij de wettelijke sociale zekerheid.

Het blijvend onthouden van rechten aan vrouwelijk huishoudelijk personeel bij ontslag, bij de loondoorbetaling bij ziekte, bij de informatieplicht van de werkgever en bij de sociale zekerheid is eveneens in strijd met het VN-vrouwenverdrag. In februari 2010 heeft CEDAW zich uitgesproken over de uitzonderingspositie van het deeltijd huishoudelijk personeel. In de Concluding Observations heeft CEDAW geconstateerd dat Nederland op dit punt in strijd handelt met het verdrag en de staat opgedragen ervoor te zorgen dat deze groep werknemers een volledige rechtsbescherming krijgt.

De wetgever handelt ook in strijd met ILO-verdrag 175 betreffende deeltijdwerk: toetsing aan dit verdrag is achterwege gebleven bij de invoering van de regeling Dienstverlening aan huis en vervolgens is in de rapportage aan het Toezichthoudend Comité niet beargumenteerd en aangetoond waarom het nodig is om een voorbehoud te handhaven ten aanzien van de rechten van deeltijd huishoudelijk personeel.

Uit de verschillende internationale verplichtingen vloeit ook voort dat de wetgever op gezette tijden moet onderzoeken of de benadeling van deeltijd huishoudelijk personeel kan worden opgeheven. De aangevoerde rechtvaardigingsgronden moeten aan een kritische toets worden onderworpen. Dit vloeit voort uit het streven naar het opheffen van de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen en naar de bevordering van de gelijkheid van mannen en vrouwen. Dit vloeit ook voort uit de verplichting tot het opheffen van de structureel achtergestelde positie van vrouwen. Nederland is op dit punt nalatig.

11.1.5 Uitzonderingspositie veroorzaakt marktverstoring

Veel particulieren die een hulp in de huishouding in dienst hebben en contant betalen, denken dat ze daarmee de wet overtreden. Dat is niet het geval vanwege de regeling *Dienstverlening aan huis*. De werknemers overtreden de wet wel als ze hun inkomen niet opgeven aan de Belastingdienst. Daar liggen slechts weinig burgers en politici wakker van. De informele setting van betaald huishoudelijk werk, die wordt bevorderd door de uitzonderingspositie van het deeltijd huishoudelijk personeel, is breed geaccepteerd.

Door de uitbreiding van de uitzonderingspositie naar personen die 'doorgaans werkzaam zijn op minder dan vier dagen' bij een particulier is het aantal werknemers met een gebrekkige rechtsbescherming toegenomen. Tevens heeft de regering daarmee de informalisering van persoonlijke dienstverlening bevorderd. De

uitzonderingspositie werkt daarom verstoring op de markt van de persoonlijke dienstverlening. Het is goedkoper deeltijd huishoudelijk personeel in te huren dan huishoudelijke hulp of persoonlijke diensten te betrekken van schoonmaakbedrijven of van zzp'ers. Gevolg is dat schoonmaakbedrijven en zzp'ers zich amper op deze markt kunnen begeven. De verlaging van het BTW-tarief voor deze werkzaamheden per 2010 zal het marktverstoring effect van de regeling hooguit iets verkleinen maar niet opheffen. De uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel is nooit bekeken vanuit mededingingsperspectief, hoewel het de vorming van een markt voor persoonlijke dienstverlening belemmert.

11.2. Aanbevelingen

11.2.1 Afschaffen uitzonderingspositie deeltijd huishoudelijk personeel

De uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel zal op korte termijn moeten worden afgeschaft wegens strijd met verschillende internationale verplichtingen. Het gaat niet alleen om het schrappen van wettelijke bepalingen die in strijd zijn met het EU-recht en met de andere internationale verplichtingen. De wetgever moet er ook voor zorgen dat deeltijd huishoudelijk personeel materieel in een gelijke positie komt te verkeren als andere werknemers.

Het afschaffen van de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel zal voor een groot deel van deze werknemers in de zorgsector een behoorlijke vooruitgang betekenen. Zij krijgen dan dezelfde rechten als andere werknemers. Dat betekent dat in de onder overheidstoezicht staande zorgsector niet langer werknemers werkzaam zijn die goedkoper zijn dankzij de uitzonderingspositie. Daarmee krijgen zorginstellingen en zelfstandige zorgverleners een betere concurrentiepositie in de PGB-zorgverlening en kan er vooral op kwaliteit en dienstverlening worden geconcentreerd. Tevens wordt de oneigenlijke benadeling van de keus voor zorg in natura beëindigd. Daardoor zullen meer werknemers onder de relevante cao's vallen. Budgethouders kunnen voor verschillende werkgeverstaken het SVB Servicecentrum PGB of payroll-ondernemingen inschakelen. Het Servicecentrum zal zijn dienstverlening betreffende volledige salarisadministratie moeten uitbreiden naar PGB-houders die voor minder dan vier dagen per week zorgverleners te werk stellen. Naar verwachting zullen er voorts nieuwe intermediaire organisaties en plaatsvervangend werkgevers ontstaan.

In de particuliere huishoudelijke sector zal de informalisering waarschijnlijk slechts ten dele terug gedraaid worden als de uitzonderingspositie wordt afgeschaft. Een klein deel van de particuliere huishoudens zal wel over willen stappen naar schoonmaakbedrijven of zzp'ers als daar een relevant aanbod wordt ontwikkeld, bijvoorbeeld vanwege de lagere BTW. Een veel groter deel zal waarschijnlijk, net als nu, informele hulp in de huishouding blijven inschakelen, of die nu wel of niet over de juiste papieren beschikt. Sommige werkers of hulpen in de huishouding zullen wellicht voor een schoonmaakbedrijf gaan werken. Zolang geen 'heksenjacht' wordt ontkend door Belastingdienst en Arbeidsinspectie zal een groot deel van de huishoudelijke werkzaamheden zich in een informele setting blijven afspeelen. Deze setting zal in stand blijven als de overheid geen aanvullende maatregelen treft.

11.2.2 Bevordering goed werkgeverschap en naleving wet- en regelgeving
Zolang de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel niet is afgeschaft moet de overheid bevorderen dat deze categorie werknemers gebruik kan maken van de rechten ze wél heeft. Dat betekent dat de overheid goed werkgeverschap in de sector moet bevorderen en deeltijd huishoudelijk personeel moet informeren over hun rechten. De te summier voorlichting van Postbus 51 en het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) over de regeling *Dienstverlening aan huis* moet gepreciseerd en aangevuld worden. De overheid kan een voorbeeld nemen aan de informatieverstrekking door FNV Bondgenoten. Overheidsdiensten die toezicht moeten houden op de naleving van wet- en regelgeving zijn tot dusver in gebreke gebleven ten opzichte van deeltijd huishoudelijk personeel, zowel in de zorgsector als daarbuiten. De Arbeidsinspectie (AI), die belast is met handhaving van arbeidsrechtelijke wetgeving zoals de WML en Arbwet, zal deze taken ook met betrekking tot het deeltijd huishoudelijk personeel ter hand moeten nemen. Zo moet de AI bemiddelende instanties aanspreken die onjuiste informatie verstrekken over rechten en plichten van deeltijd huishoudelijk personeel en hun werkgevers.

Zowel particuliere bemiddelingsorganisaties als intermediairen bij de uitvoering van de wettelijke zorgplicht (AWBZ en Wmo) – het PGB Servicecentrum van de SVB en de door het Ministerie van VWS gesubsidieerde Vereniging van budgethouders Per Saldo – moeten hun voorlichting aan budgethouders corrigeren. Vooral met betrekking tot de volgende rechten is onjuiste informatie geconstateerd:

- een WML-uurloon uitgaande van een 36 urige werkweek voor

- deeltijd huishoudelijk personeel in de zorgsector (38 uur voor werknemers vergelijkbaar met werkenden in de schoonmaaksector);
- loondoorbetaling tijdens de wettelijke vakantie van de huishoudelijke hulp/zorgverlener (minimaal 4 x de wekelijkse arbeidsduur);
- loondoorbetaling van huishoudelijke hulp/zorgverlener tijdens vakantie en opname van budgethouder of particuliere werkgever in een zorginstelling;
- vakantietoelage ook over de doorbetaalde vakantiedagen;
- arbeidscontracten die voldoen aan de wettelijke voorwaarden;
- formulering ontbindende voorwaarde in lijn met het gesloten stelsel van het ontslagrecht;
- garantie van loondoorbetaling over de periode van de opzeggingstermijn bij het overlijden van de particuliere werkgever/budgethouder;
- het recht op betaald zwangerschapsverlof (via het UWV);
- informatie over arbo-verplichtingen van de werkgever, inclusief preventie en toegang tot arbodienstverlening voor de werknemer.

Meer specifiek met betrekking tot de PGB's geldt dat het van meet af aan de bedoeling is geweest dat PGB-zorgverleners een aantal vergoedingen en faciliteiten krijgen die andere werknemers in de sector ook hebben, zoals reiskostenvergoeding en opleidingsmogelijkheden. Het SVB Servicecentrum PGB, Per Saldo en bemiddelingsbureau's moeten dit principe uitdragen.

Als de schoonmaakcao ook voor huishoudelijk werk in de particuliere sector algemeen verbindend is verklaard, moeten vakbonden en werkgeversorganisaties, samenwerkend in de Raad voor Arbeidsverhoudingen Schoonmaak- en Glazenwassersbranche, informatie over de cao-bepalingen uitdragen en naleving van de cao bevorderen.

Belastingdienst en UWV moeten actief nagaan of bemiddelende instanties, zowel in de zorgsector als daarbuiten, niet feitelijk inhoudingsplichtige werkgevers zijn van pseudo-zelfstandigen en van deeltijd huishoudelijk personeel. Ook deze wetgeving moet gehandhaafd worden.

Uitzend- of bemiddelingsbureau's die misbruik maken van de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel, moeten aangepakt worden. Het verstrekken van foute informatie over de rechtspositie van werknemers en over de verplichtingen van particuliere werkgevers kan duiden op een malafide bemiddelingsbureau. Een andere indicatie kan zijn dat het bureau een kassiersfunctie vervult terwijl er een grote discrepantie is tussen de tarieven

voor specifieke vormen van huishoudelijke of persoonlijke zorgverlening voor de zorgverleners respectievelijk voor de budgethouders.

De Belastingdienst moet zelfstandig werkende zorgverleners onder dezelfde voorwaarden een VAR-WUO verstrekken als zzp'ers in andere sectoren. Dat kan voor zelfstandig werkende zorgverleners betekenen dat zij hun acquisitie en facturering moeten wijzigen en deze niet meer via en door één zorgbemiddelingsbureau laten uitvoeren.

11.2.3 Meer sociaal verzekerde persoonlijke dienstverlening en meer markt

De enige manier om de informele setting van hulp in de particuliere huishouding te veranderen, de markt van persoonlijke dienstverlening te ontwikkelen en het aandeel sociaal verzekerde arbeid in de sector te vergroten, is door én het particuliere huishouden én de hulp in de huishouding een belang te geven bij het formaliseren van de werkzaamheden.

Dat kan door een fiscale faciliteit te bieden, dat wil zeggen door de kosten van het inschakelen van formele huishoudelijke arbeid fiscaal aftrekbaar maken. De Raad voor Werk en Inkomen (RWI) heeft dat voorgesteld en daar is een breed politiek en maatschappelijk draagvlak voor. Van diverse kanten is voorts gewezen op succesvolle voorbeelden in andere landen, waaronder het gebruik van dienstencheques.

Introductie van de fiscale aftrekbaarheid van formeel ingehuurde huishoudelijke dienstverlening zal huishoudelijk personeel, dat voor verschillende werkgevers werkt en daardoor een baan van aanmerkelijk omvang heeft, een betere onderhandelingspositie geven. Deze groep heeft veel meer belang bij sociaal verzekerde arbeid dan degenen die bij een of twee particulieren in informele setting als hulp in de huishouding werken. De eerste groep zal eerder kiezen voor formalisering van de werkzaamheden vanwege de deelname aan de sociale zekerheid, de inkomensafhankelijke premie Zvw, de loondoorbetaling bij ziekte en de overige werknemersrechten.

Schoonmaakbedrijven krijgen door de introductie van de fiscale faciliteit meer kans te opereren op de markt van persoonlijke dienstverlening. Een deel van de eerste groep van het huishoudelijk personeel zal de keus maken om in dienst van een schoonmaakbedrijf te treden. Anderen zullen liever rechtstreeks bij verschillende particuliere huishoudens in dienst willen zijn. De particuliere werkgever kan in dat geval zelf de inhouding en de afdracht van belasting en premies doen, of dit uitbesteden aan een uitzendbureau, een payroll-onderneming, of een organisatie

vergelijkbaar met het SVB Servicecentrum PGB. De huishoudelijke hulp kan er ook voor kiezen de werkzaamheden als zzp'er te doen. De zelfstandige huishoudelijke hulp moet (6 procent) BTW in rekening brengen en over een VAR-WUO beschikken die de opdrachtgever er van vrijwaart om als inhoudingsplichtige werkgever (belasting en premies werknemersverzekeringen) aangemerkt te worden.

Een van de bezwaren van een vorig kabinet was dat met fiscale aftrekbaarheid hogere inkomens bevoordeeld zouden worden. Dit is op te lossen door een vast tarief te hanteren voor deze aftrekpost. Verder kan een voorlopige teruggaaf faciliteit gecreëerd worden, zodat de particulier niet alles hoeft voor te financieren. Ook is maximering van de aftrekpost wenselijk. De RWI heeft eveneens op dit soort aspecten gewezen.

De huidige eigen bijdrage regeling in de gesubsidieerde zorg kan, zoals de RWI verwachtte, zonder al te grote problemen in een fiscaal aftrekregime worden ingepast. Er kan echter ook voor worden gekozen om de gesubsidieerde zorgverlening aan huis (AWBZ en Wmo) buiten het systeem van aftrekbaarheid te houden. Het is goed denkbaar dat door het introduceren van een fiscaal aftrekregime het beroep op de gesubsidieerde zorgverlening zal afnemen. Dat kan nader onderzoek uitwijzen.

De overheid kan daarnaast diverse flankerende maatregelen treffen om de informele setting van particuliere huishoudelijk hulp te ontmoedigen en om de directe effecten van de afschaffing van de uitzonderingspositie te mitigeren. Zo'n maatregel kan bestaan uit het uitbreiden van de dienstverlening van het SVB Servicecentrum PGB en deze breder toegankelijk te maken, ook voor particuliere werkgevers zonder indicatie. Het Servicecentrum voorziet nu voor PGB-houders in overname van de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte, c.q. van het ter beschikking stellen van extra budget voor vervangende zorgverlening. Deze faciliteit kan eveneens ter beschikking worden gesteld aan particulieren en hun huishoudelijk personeel. Er zijn ook andere aanvullende maatregelen mogelijk die de nadelen van de volledige werkgeversverplichtingen, waaronder twee jaar loondoorbetaling bij ziekte, compenseren. Dat kan bijvoorbeeld door een voorziening die vergelijkbaar is met de toepasselijkheid van de Ziektewet op uitzendkrachten. Deze vangnetregeling zorgt dat uitzendkrachten zonder vast contract met het uitzendbureau van het UWV een uitkering krijgen als ze ziek zijn.

Door na de noodzakelijke afschaffing van de uitzonderingspositie een vorm van fiscale aftrekbaarheid te introduceren, wordt de markt van de persoonlijke dienstverlening gestimuleerd en wordt meer sociaal verzekerde, belastingplichtige arbeid gerealiseerd. De trend naar toenemende informalisering wordt niet alleen een halt toe geroepen, maar ook gekeerd. Het is goed denkbaar dat er dan nog steeds enige huishoudelijk werkzaamheden in informele setting plaatsvinden. De winst bestaat uit het realiseren van formele werkgelegenheid in deze sector. Huishoudelijk werk zal voorlopig nog wel typisch vrouwenwerk blijven, maar in ieder geval behandeld worden als alle andere werksoorten.

Ook het vergroten van het aandeel van sociaal verzekerde arbeid in de huishoudelijke sector zal op korte en middellange termijn de tekorten aan gekwalificeerd huishoudelijk personeel echter niet doen verminderen, in ieder geval niet in delen van het land. Door de vergrijzing en de toenemende arbeidsparticipatie van vrouwen zal de vraag alleen maar toenemen. Daarom is het nodig dat de arbeidsmigratiewetgeving voor huishoudelijk personeel genormaliseerd wordt – waarmee tevens voldaan wordt aan de vereisten van het VN-vrouwenverdrag, zoals uitgelegd door CEDAW in Algemene Aanbeveling 26. De arbeidsmarkttoets moet worden aangepast: erkend moet worden dat huishoudelijk werk specifieke competenties vergt, onder meer vanwege de vertrouwensrelatie. Het is nodig te erkennen dat dit werk niet zonder meer kan worden uitgevoerd door elke ongeschoolde werkzoekende. Het moet mogelijk worden om als huishoudelijk personeel een legale verblijfs- en werktitel te verkrijgen. De weg die Kraamwinkel en Reurs bepleiten, lijkt begaanbaar.¹ Zij stellen voor dat een op bemiddeling voor particulieren gespecialiseerd uitzendbureau als referent voor de Vreemdelingenwet moeten kunnen optreden. Relevante cao's, zowel beide cao's uitzendbureaus als de cao schoonmaakbedrijven zijn dan van toepassing. Het verdient aanbeveling om op korte termijn een pilot op dit terrein te realiseren. Juist voor zo'n pilot zouden *migrant domestic workers* die nu al in Nederland werken zonder de vereiste papieren ingeschakeld kunnen worden (met een 'pardonregeling' voor betrokken *migrant domestic workers*).

Met de afschaffing van de uitzonderingspositie van deeltijd huishoudelijk personeel, het creëren van een fiscale faciliteit voor het inhuren van formele huishoudelijke werkzaamheden, flankerende

maatregelen en het normaliseren van de arbeidsmigratiewetgeving voor huishoudelijk personeel komt tot stand wat eigenlijk volstrekt normaal is: huishoudelijk werk, een baan als alle andere! Daarvoor is het anno 2010 de hoogste tijd.

¹ Kraamwinkel & Reurs, *NJB* 2010.