

# Leidraad over het beroep op de onrechtmatige daad bij discriminatie en ongelijke behandeling

*Een overzicht van de positieve punten en de knelpunten van het beroep op artikel 6:162 BW, de onrechtmatige daad, bij discriminatie en ongelijke behandeling.*



*“Celebrate diversity” door AnAngelia Thompson*

## **Het beroep op de onrechtmatige daad bij discriminatie en ongelijke behandeling**

*Een overzicht van de positieve punten en de knelpunten van het beroep op artikel 6:162 BW, de onrechtmatige daad, bij discriminatie en ongelijke behandeling.*

**Beroepsproduct Afstudeeronderzoek HBO-Rechten**

**Naam:** Zehra Karakoç

**Studentnummer:** 440256

**Periode:** 29 juni 2012

**Opdrachtgever:** Stichting Art.1 Midden Nederland

**Praktijkbegeleider:** dhr. M.Jansen

**Docentbegeleider:** mw. E. van Luijtelaar

**Tweede lezer:** mw. M. Ooijman

# Inleiding

In opdracht van Stichting Art.1 Midden Nederland is er onderzoek verricht of er een geschikt civielrechtelijke rechtsmiddel bestaat tot het opleggen van sancties bij discriminatie en ongelijke behandeling. De Stichting heeft een bemiddelende en een adviserende taak tegenover zijn cliënten. Daarnaast heeft de Stichting ook de taak om zijn cliënten bijstand te verlenen in juridische procedures. De Stichting maakt in de meeste gevallen gebruik van de Algemene Wet Gelijke Behandeling, hierna AWGB, voor het vervullen van de hiervoor genoemde taken.

Uit de resultaten van het onderzoek is gebleken dat bij discriminatiezaken de mogelijkheid bestaat om schadevergoeding te vorderen via de onrechtmatige daad. Het vorderen van schadevergoeding op grond van discriminatie, is het recht van de gediscrimineerde persoon. Het beroep op de onrechtmatige daad via de civiele rechter biedt een mogelijkheid tot het opleggen van een sanctie bij discriminatiezaken aan de gediscrimineerde. De Stichting is bewust dat er een mogelijkheid bestaat tot het vorderen van schadevergoeding via de onrechtmatige daad. De Stichting weet echter niet hoe de procedure van de onrechtmatige daad in elkaar zit. Daarnaast weet de Stichting ook niet hoe de vereisten van de onrechtmatige daad worden toegepast bij discriminatiezaken. Aangezien de Stichting een adviserende taak heeft, is het voor de Stichting erg belangrijk dat er zoveel mogelijk instrumenten ingesteld kunnen worden om discriminatie te bestrijden en te voorkomen. Het vorderen van schadevergoeding via de onrechtmatige daad, gebruikt de Stichting op dit moment nog niet als instrument tot het bestrijden en voorkomen van discriminatie en ongelijke behandeling. De Stichting geeft zijn cliënten dus momenteel nog geen advies om beroep te doen op de onrechtmatige daad in geval van discriminatie en ongelijke behandeling.

Voor u ligt de leidraad met een overzicht van de vereisten die zijn opgenomen in artikel 6:162 BW, de onrechtmatige daad. In deze leidraad wordt weergegeven hoe de procedure van de onrechtmatige daad wordt toegepast bij discriminatiezaken. In het overzicht vindt u een uitleg over de vereisten van de onrechtmatige daad. Daarnaast wordt er per vereiste weergegeven wat de positieve punten en/of de knelpunten zijn zodra dit beroep wordt ingesteld bij discriminatie en ongelijke behandeling. Met deze leidraad wil ik de Stichting duidelijkheid geven over de procedure van de onrechtmatige daad bij discriminatiezaken. Deze leidraad dient als hulpmiddel voor de Stichting, voor het geven van advies aan de cliënt om schadevergoeding te vorderen via de onrechtmatige daad bij discriminatie en ongelijke behandeling. Aan de hand van deze leidraad kan de Stichting vooraf het geven van advies, per melding nagaan in hoeverre het vorderen van schadevergoeding via het beroep op de onrechtmatige daad haalbaar is voor de desbetreffende cliënt. Het beroep op de onrechtmatige daad kan in dit geval dienen als instrument ter bestrijding en voorkoming van discriminatie en ongelijke behandeling.

Daarnaast heeft het vorderen van schadevergoeding via het beroep op de onrechtmatige daad ook positieve gevolgen voor de rechtspraktijk. Doordat de instrumenten ter bestrijding en voorkoming van discriminatie en ongelijke behandeling worden uitgebreid, komt er ook meer aandacht voor het onderwerp discriminatie en de gevolgen daarvan. Zodra er meer aandacht komt voor discriminatie, zullen er ook steeds meer gediscrimineerde burgers melding doen van discriminatie bij de Stichting. In dit geval worden de burgers dan ook beter geïnformeerd over de verschillende rechtsmiddelen die open staan bij discriminatie en ongelijke behandeling.

# De leer van de onrechtmatige daad

In het civiel recht kan de gediscrimineerde, zonder tussenkomst van een andere partij, de zaak voorleggen aan de rechter. Het voordeel van het stellen van een beroep bij de civiele rechter is dat deze in tegenstelling tot de Commissie Gelijke Behandeling, hierna CGB, wel bindende uitspraken kan doen. De civiele rechter bepaalt of er ongelijk is behandeld op grond van de in de wet opgenomen discriminatiegronden en kan daarbij vorderingen opleggen. Om te spreken van een onrechtmatige daad, moet er als eerst worden voldaan aan de vereisten die zijn opgenomen in artikel 6:162 BW.

## Artikel 6:162 BW luidt als volgt:

- “1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.*
- 2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.*
- 3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.”*

Er moet sprake zijn van een *onrechtmatige gedraging*, deze gedraging moet *toerekenbaar* zijn aan de dader, er moet sprake zijn van *schade*, er moet een *causaal verband* zijn tussen de daad en de schade en tot slot moet de onrechtmatige daad op grond van artikel 6:163 BW voldoen aan het *relativiteitsvereiste*.<sup>1</sup> Uit het onderzoek is gebleken dat bij discriminatie en ongelijke behandeling de vereisten waaraan het beroep op de onrechtmatige daad moet voldoen is versoepeld. Wat de vereisten bij het beroep op de onrechtmatige daad inhouden en hoe deze vereisten worden toegepast bij discriminatiezaken, kunt u hierna lezen in het overzicht.

## De onrechtmatige gedraging

Het eerste vereiste waaraan voldaan moet worden om te spreken van een onrechtmatige daad bij discriminatiezaken, is dat er sprake moet zijn van een onrechtmatige gedraging. De onrechtmatige gedraging, zoals deze is opgenomen in artikel 6:162 lid 2 BW, vloeit voort uit een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met datgene wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.<sup>2</sup>

### *Inbreuk op een recht*

Discriminatie breekt in op de persoonlijke integriteit, waarbij inbreuk wordt gemaakt op het persoonlijk recht van een ander. De onrechtmatige daad vloeit voort uit een inbreuk op de persoonlijke rechten van de gediscrimineerde persoon.

### *Handelen in strijd met een wettelijke plicht*

Als je discrimineert, handel je ook in strijd met de wet. Het discriminatieverbod in artikel 1 Grondwet en de Algemene wet Gelijke Behandeling, hierna AWGB, wordt namelijk overtreden. Onrechtmatige daad wordt in artikel 6:162 BW gezien als een handelen of nalaten

---

<sup>1</sup> Mr. C. Asser, *verbintenissenrecht*, verbintenis uit de wet, Kluwer 12e druk en C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad*, 2009, Kluwer, p.35  
<sup>2</sup> , S. Hartkamp, met medewerking van C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, Verbintenissenrecht, Deel I, De verbintenissen in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004, twaalfde druk C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad*, 2009, Kluwer, p.36.

die een ander persoon benadeling of schade toebrengt. Dit wordt aangemerkt als een onwettige of onbehoorlijke wijze van handelen.<sup>3</sup> De wettelijke plicht uit artikel 1 Grondwet of de AWGB waarin het discriminatieverbod is opgenomen, wordt niet nageleefd, waardoor de gediscrimineerde persoon in strijd handelt met deze wettelijke plicht.

*Handelen in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt*

Daarnaast is het ook in strijd met het ongeschreven recht, omdat het een gewoonte is dat een ieder in Nederland met elkaar omgaat, zonder elkaar te discrimineren.<sup>4</sup>

Het voordeel bij het instellen van een beroep op de onrechtmatige daad bij discriminatiezaken, is dat discriminatie op elk grond van artikel 6:162 lid 2 BW kan worden aangemerkt als onrechtmatige gedraging.<sup>5</sup> Het HvJ EU oordeelt in het Dekker arrest dat als er sprake is van discriminatie, niet via het nationale recht op een rechtvaardigingsgrond beroep kan worden gedaan<sup>6</sup>. Het HvJ EU oordeelt dat discriminatie in geen enkel geval gerechtvaardigd is. Discriminatie is in elke vorm verboden, tenzij er in de wet discriminatie is toegelaten.<sup>7</sup> Dat de discriminerende persoon beroep kan doen op de in de wet opgenomen rechtvaardigingsgronden, kan aangemerkt worden als een knelpunt bij het vereiste onrechtmatige gedraging. Uit jurisprudentie blijkt namelijk dat het beroep op de in de wet opgenomen rechtvaardigingsgronden ook voorkomt in de praktijk. In de uitspraak Gemeente Rotterdam/Afwijzing moslim sollicitant<sup>8</sup> wordt de moslim sollicitant afgewezen voor de functie als klantmanager, omdat hij geen hand wil geven aan de vrouwelijke cliënten van de gemeente. De sollicitant stelt dat de gemeente onderscheid maakt op grond van geloofsovertuiging. De gemeente voert echter verweer en beroept zich op grond van artikel 2 AWGB op een rechtvaardigingsgrond. De rechter oordeelt dat de gemeente gerechtvaardigd onderscheid maakt. In dit geval is het doel van de gemeente zwaarwegend, waardoor het maken van onderscheid op grond van geloof ook als objectief gerechtvaardigd wordt aangemerkt door de rechter. De rechter oordeelt dan ook dat gedaagde zich niet onrechtmatig heeft gedragen, nu gedaagde zich kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond. De vorderingen van eiser worden afgewezen.

Ook uit de uitspraak afschaffing leeftijdsgrens bevolkingsonderzoek borstkanker<sup>9</sup> blijkt dat het beroep op de in de wet opgenomen rechtvaardigingsgronden een knelpunt kan zijn voor het aantonen van een onrechtmatige gedraging. In deze zaak gaan de gediscrimineerde eiseressen in hoger beroep tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter over de afschaffing van de leeftijdsgrens van het bevolkingsonderzoek borstkanker. De gediscrimineerde eiseressen ouder dan 75 jaar, voelen zich benadeeld door de leeftijdsgrens van 75 jaar en doen beroep op artikel 1 Grondwet, artikel 26 BUPO en tot slot artikel 6:162 BW, de onrechtmatige daad. De rechtvaardiging van het onderscheid op grond van leeftijd waarop de Staat der Nederlanden zich beroept, wordt gebaseerd op artikel 7 lid 1 sub c WBO en op advies van de gezondheidsraad. In artikel 7 lid 1 sub c Wbo staat; *“een vergunning kan geweigerd worden, indien het te verwachten nut van het bevolkingsonderzoek niet opweegt tegen de risico's daarvan voor de gezondheid van de te onderzoeken personen.”* Er moet een afweging

<sup>3</sup> Mr. P.H.M. Gerver, M. H. Sorgdrager Mr. R.H. Stutterheim, *Het systeem van het Nederlandse Privaatrecht* Gouda Quint BV: Arnhem, 1995, Elfde druk, 1958, p. 328 e.v.

<sup>4</sup> Handelingen II 1978/79, p5811.

<sup>5</sup> Handelingen II 1978/79, p5811.

<sup>6</sup> HvJ 8 november 1990, zaak 177/88, NJ 1992, 224, r.o. 25, m.nt. HR 13 september 1001, NJ 1992, 223. Asscher-Vonk, 'Gevolgen van het Dekker-arrest voor de sanctiëring van gelijke behandelingsregels', SMA 1993, p.386-395

<sup>7</sup> HvJ 8 november 1990, zaak 177/88, NJ 1992, 224, r.o. 25, m.nt. HR 13 september 1001, NJ 1992, 223. Asscher-Vonk, 'Gevolgen van het Dekker-arrest voor de sanctiëring van gelijke behandelingsregels', SMA 1993, p.386-395

<sup>8</sup> Rb. Rotterdam, 6 augustus 2008, LJN: BD9643, RAV 2008, 103

<sup>9</sup> Hof 's-Gravenhage, 9 februari 2010, NJF 2010, 113, LJN: BL3061

plaatsvinden tussen het nut en de risico's van een bevolkingsonderzoek borstkanker voor vrouwen boven de 75 jaar. De afweging vindt plaats op grond van verschillende medische wetenschappelijke onderzoeken die eerder zijn verricht met betrekking tot het wijzigen van de leeftijdsgrens voor het BOB. Het hof neemt op grond van de medische onderzoeken aan dat het advies van de gezondheidsraad vertrouwelijk is en dat gedaagde op een rechtvaardige manier een leeftijdsgrens tot 75 jaar heeft gesteld.

Een ander voordeel bij het vereiste onrechtmatige gedraging, is dat de rechter een versoepelde bewijslastregeling kan toepassen voor het aantonen van discriminatie. De Europese wetgever wilde namelijk dat de lidstaten maatregelen zouden nemen dat de gediscrimineerde persoon alleen moet aantonen dat er een vermoeden is van discriminatie.<sup>10</sup> In Nederland is deze maatregel opgenomen in artikel 10 AWGB, waarbij bij discriminatiezaken de omgekeerde bewijslastregeling wordt toegepast. Door de verschuiving van de bewijslast, is het aantonen van discriminatie makkelijker voor de gediscrimineerde persoon. Het vermoeden dat er is gediscrimineerd is voldoende.<sup>11</sup> Artikel 10 AWGB houdt in dat de verzoeker de feiten moet aanvoeren die een vermoeden van discriminatie doen opwekken. Er hoeft niet worden aangetoond dat er sprake is van opzet of dat er een bedoeling is geweest om te discrimineren. In deze procedure gaat het alleen om het handelen van een persoon en het effect wat deze handeling heeft.<sup>12</sup> Mocht de verzoeker deze feiten en omstandigheden aanvoeren, dan moet de discriminerende persoon aan kunnen tonen dat er sprake is van gerechtvaardigd onderscheid.<sup>13</sup> De discriminerende persoon zal dan moeten bewijzen dat er geen discriminatieverbod is overtreden. Als de discriminerende persoon niet kan aantonen dat er geen sprake is van ongelijke behandeling, dan wordt de eiser in zijn gelijk gesteld. In dit geval hoeft de eiser dan ook geen bewijs te leveren.<sup>14</sup>

Alhoewel de rechter de bevoegdheid heeft om de omgekeerde bewijslastregeling toe te passen, blijkt uit jurisprudentie dat de rechter in sommige gevallen ook nog steeds de bevoegdheid heeft om de bewijslastregeling uit artikel 150 Rv toe te passen. In de uitspraak Soedanese werknemer/Servex BV wordt door de gediscrimineerde beroep gedaan op artikel 8a AWGB, waarin het victimisatieverbod is opgenomen. De gediscrimineerde stelt dat zijn arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd, omdat hij een klacht heeft ingediend met betrekking tot het feit dat hij op de werkvloer wordt gediscrimineerd. De rechter oordeelt in deze uitspraak dat de omgekeerde bewijslastregeling op grond van artikel 10 AWGB niet van toepassing is op artikel 8a AWGB. De gediscrimineerde moet op grond van artikel 150 Rv zelf bewijzen dat de reden voor het niet verlengen van zijn arbeidsovereenkomst, zijn klacht over discriminatie op de werkvloer is geweest. De gediscrimineerde faalt in de motivering en de bewijsvoering, waardoor het beroep op de onrechtmatige daad niet succesvol eindigt voor de gediscrimineerde.

Uit deze uitspraak kan geconcludeerd worden dat het in geval van discriminatie belangrijk is om te kijken op welk artikel de gediscrimineerde persoon wellicht beroep kan doen en welke bewijslastregeling van toepassing is op het desbetreffende artikel. In deze zaak zien we dat de rechter de bevoegdheid heeft om artikel 150 Rv toe te passen, als er beroep wordt gedaan op

---

<sup>10</sup> Artikel 8 van de Rasrichtlijn 2000/43/EG.

<sup>11</sup> Mr. C.C. de Fey, Mr. A Kellermann, Mr. Drs. J.W. Nieuwboer, Met recht discriminatie bestrijden, Boom juridische uitgevers, Den Haag, 2004, derde druk, p. 121

<sup>12</sup> Mr. C.C. de Fey, Mr. A Kellermann, Mr. Drs. J.W. Nieuwboer, Met recht discriminatie bestrijden, Boom juridische uitgevers, Den Haag, 2004, derde druk, p. 121

<sup>13</sup> E.Cremers/Hartman, Gelijke behandeling bij de arbeid in zes wetten 2004, Kluwer, Deventer, p.157,158.

<sup>14</sup> Kamerstukken II 1999/00, 27 026, r. 3, p. 7 en Lousberg, L Actueel recht voor P&O – Gelijke behandeling, Handleiding voor de praktijk. 2007, p101.

artikel 8 of 8a AWGB. De omgekeerde bewijslastregeling wordt niet toegepast als er beroep wordt gedaan op één van deze twee artikelen.

## De toerekenbaarheid

Het tweede vereiste waaraan het beroep op de onrechtmatige daad moet voldoen, is de toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad aan de gediscrimineerde. Op grond van artikel 6:162 lid 3 BW kan de daad aan de gediscrimineerde worden toegerekend als het zijn schuld is, als het een oorzaak is welke op grond van de wet toegerekend kan worden of als het een oorzaak is die voor zijn rekening komt volgens de in het verkeer geldende opvattingen.<sup>15</sup> Bij schuld wordt er gekeken naar de verwijtbaarheid. De schuldenaar moet verwijtbaar onrechtmatig gedrag hebben getoond. Schuld is niet aanwezig als de discriminerende persoon beroep kan doen op een schulduitsluitingsgrond. De schulduitsluitingsgrond neemt de verwijtbaarheid van de aansprakelijkheid krachtens de wet en krachtens de in het verkeer geldende opvattingen niet weg.<sup>16</sup> De toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad aan de discriminerende, krachtens de wet is bijvoorbeeld in het geval als de onrechtmatige gedraging op grond van 6:165 BW alsnog toegerekend kan worden aan een persoon die geestelijk of lichamelijk gebrekkig is.<sup>17</sup> In dit geval komt de daad voor de rekening van de schuldenaar op grond van de wet. Bij de in het verkeer geldende rechtsopvatting, komt de oorzaak voor rekening van de discriminerende persoon en in dit geval hoeft er niet bewezen te worden dat de schuldenaar verwijtbaar is voor de discriminerende uitlatingen. De onrechtmatige gedraging kan hem worden toegerekend krachtens de in het verkeer geldende opvattingen.<sup>18</sup>

Het HvJ EU heeft in de zaak Dekker ook uitspraak gedaan over de toepassing van de vereiste toerekenbaarheid bij discriminatiezaken. Het voordeel bij de vereiste toerekening is dat elke schending van het discriminatieverbod voor een volledige aansprakelijkheid van de discriminerende persoon zorgt, omdat de discriminerende persoon zich onrechtmatig gedraagt tegenover de gediscrimineerde.<sup>19</sup> Uit de uitspraak Dekker kan er dan ook geconcludeerd worden dat in geval van discriminatie en ongelijke behandeling, vanzelfsprekend wordt geacht dat de onrechtmatige daad toegerekend kan worden aan de discriminerende persoon op grond van schuld. Het HvJ EU neemt in de zaak Dekker namelijk snel aan dat de discriminerende persoon aansprakelijk is voor de discriminerende uitlatingen die hij heeft gedaan.

## De schade

Het derde vereiste waaraan voldaan moet worden, voordat er gesproken kan worden over de onrechtmatige daad, is de vereiste schade. De vordering uit de onrechtmatige daad geldt als een vergoeding voor de geleden schade bij discriminatiezaken. In artikel 6:106 lid 1 BW is de bepaling van de immateriële schade opgenomen. De schade die uit discriminatie ontstaan is, wordt gezien als immateriële schade. Onder immateriële schade valt het lichamelijk en psychische letsel en schade van eer of goede naam. Het slachtoffer komt dus in aanmerking voor een schadevergoeding, doordat hij immateriële schade heeft opgelopen, nadat hij is

---

<sup>15</sup> Mr. C.H.M. Jansen, *Monografieën, Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Kluwer: Deventer, 2009, derde druk, p.43-45.

<sup>16</sup> Mr. C.H.M. Jansen, *Monografieën, Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, 2009, Kluwer.p.43-45

<sup>17</sup> J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk, M.H. Wissink, *Tekst en Commentaar Vermogensrecht*, aant.4 p.690

<sup>18</sup> Mr. C.H.M. Jansen, *Monografieën, Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, 2009, Kluwer.p.43-45

<sup>19</sup> HR 24 juni 1988, NJ 1988, 1002, HvJ EG 8 november 1990, nr. C-177/88 Jur. 1990, p. 1-3941, NJ 12.4 1992, 224 en HR 13 september 1991, NJ 1992, 225 Noot, P.A. Stein en Prof. Mr. R. Barents, *Gelijke behandeling van mannen en vrouwen*, tweede druk, 2002, Kluwer, Deventer p. 237-240

gediscrimineerd. De immateriële schade kan bijvoorbeeld bestaan uit de aantasting van de persoonlijkheid van het slachtoffer, waaraan hij psychische stoornissen overhoudt. Dit kan ook weer zorgen voor problemen in zijn persoonlijke omgeving. Het voordeel bij de vereiste schade is dat de rechter heeft geoordeeld dat immateriële schade niet of nauwelijks in geld kan worden uitgedrukt, maar een persoon die in zijn belangen is geschaad wegens ongelijke behandeling altijd recht heeft op een vergoeding.<sup>20</sup> De schadevergoeding wordt gezien als het recht van de eiser wanneer hij vindt dat hij door de ongelijke behandeling is geschonden in zijn rechtsgevoel.<sup>21</sup>

Ondanks dat het Hof eerder heeft geoordeeld dat immateriële schade die is ontstaan door discriminatie altijd vergoed moet worden, zien we in de praktijk dat de rechter artikel 149 Rv toepast voor de onderbouwing van de schade.<sup>22</sup> Het nadeel bij de vereiste schade is dat de gediscrimineerde persoon op grond van artikel 149 Rv feiten moet stellen, zodat de rechter kan oordelen of er sprake is van schade. De schade wordt niet aanwezig geacht, als deze schade niet voldoende is onderbouwd.<sup>23</sup> Uit jurisprudentie blijkt dat de rechter artikel 149 Rv toepast bij het motiveren van de immateriële schade bij discriminatie en ongelijke behandeling. De rechter wijst slechts in één zaak, van de vier onderzochte zaken, de vordering van de gediscrimineerde gedeeltelijk toe.

In deze zaak van de vrouwelijke vrachtwagenchauffeur,<sup>24</sup> dagvaart de gediscrimineerde de werkgever voor het feit dat de werkgever onterecht onderscheid heeft gemaakt bij de sollicitatie van de gediscrimineerde. De gediscrimineerde krijgt uiteindelijk een schadevergoeding ter hoogte van € 6000, - voor een arbeidsduur van 7 tot 12 maanden. De rechter stelt dat in deze zaak geen sprake is van immateriële schade, omdat de gediscrimineerde niet volledig onderbouwt dat zij in haar persoon is aangetast. De incassokosten worden ook niet vergoed, omdat de gediscrimineerde bij het vorderen van schade de onderbouwing van de incassokosten heeft nagelaten. Uit deze uitspraak kan geconcludeerd worden dat de rechter de strenge regeling voor de onderbouwing van de immateriële schade toepast in de praktijk. De onderbouwing van de toegebrachte schade is belangrijk voor het toekennen van de immateriële schadevergoeding bij discriminatiezaken. Zodra de vordering uit het beroep op de onrechtmatige daad wordt afgewezen, moet de gediscrimineerde persoon als verliezende partij ook de proceskosten vergoeden.

## De causaliteit

Het vierde vereiste, waaraan de onrechtmatige daad moet voldoen, is het causaliteitsvereiste. Het causaliteitsvereiste houdt in dat de schade die is aangebracht het gevolg is van de onrechtmatige gedraging. Bij dit vereiste wordt er gekeken naar de aansprakelijkheid en de omvang van de aansprakelijkheid. Bij de fase van de aansprakelijkheid wordt er gekeken of de schade niet zou zijn ontstaan als deze gedraging zich niet had voorgedaan. Als de schade ook zou ontstaan als deze onrechtmatige gedraging niet had plaatsgevonden, ontbreekt de causaliteit. Als de aansprakelijkheid is vastgesteld, wordt er gekeken naar de omvang van de aansprakelijkheid. Is de schuldenaar aansprakelijk voor de algehele schade die is ontstaan uit de onrechtmatige daad? Bij dit vereiste wordt er gekeken naar artikel 6:98 BW.<sup>25</sup> De schuldenaar is slechts schadeplichtig, voor de schade die hij heeft veroorzaakt. Voor de

---

<sup>20</sup> G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, Kluwer: Deventer 2009 G.J.M. 2009, p2 en p90

<sup>21</sup> Rb. Amsterdam 14 juli 1993, JAR 1993/190.

<sup>22</sup> Hof Amsterdam 18 maart 1993, JAR 1993/193

<sup>23</sup> G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, Kluwer: Deventer 2009, p 106,107

<sup>24</sup> Rb. Assen 1 december 2004, LJN AR8103, JAR 2005/62

<sup>25</sup> Mr. C.H.M. Jansen, *Monografieën, Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Kluwer: Deventer, 2009, derde druk, p.43-45..



bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid wordt er naast de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, ook naar de mate van schuld en de mate van voorzienbaarheid gekeken.<sup>26</sup> Bij discriminatiezaken is het voordeel dat de rechter snel aanneemt dat de schade die de gediscrimineerde heeft geleden, het gevolg is van de onrechtmatige gedraging van de discriminerende persoon. De rechter betreft het causaal verband bij discriminatiezaken alleen bij de bepaling van de omvang van de schade en de hoogte van de schadevergoeding. In de zaak Draehmpaehl reageert de heer Draehmpaehl op een vacature van de werkgever Urania. In de vacature wordt vermeld dat de werkgever Urania, op zoek is naar een vrouwelijke assistente voor de verkoopafdeling. De sollicitatie van de heer Draehmpaehl wordt echter niet in behandeling genomen, omdat hij een man is en de werkgever Urania op zoek is naar een vrouwelijke assistente. De heer Draehmpaehl vindt zichzelf een geschikt kandidaat voor de desbetreffende functie en doet een beroep op directe discriminatie op grond van geslacht, waarbij hij ook een schadevergoeding vordert ter hoogte van drie en een half maandsalarissen. Met betrekking tot het causaliteitsvereiste heeft het HvJ EU in het Draehmpaehl arrest geoordeeld dat een door discriminatie afgewezen sollicitant altijd schade lijdt en dat er alleen naar de geschiktheid van de sollicitant wordt gekeken om de omvang van de schade te bepalen. Het HvJ EU oordeelt in deze zaak niet letterlijk dat al sprake is van de onrechtmatige daad als een discriminatieverbod wordt overtreden, maar deze conclusie kan wel worden afgeleid door het feit dat het HvJ EU de causaliteit alleen betreft bij de bepaling van de omvang van de schade en de hoogte van de schadevergoeding.<sup>27</sup> Het HvJ EU kijkt in deze zaak niet of de gediscrimineerde ook schade zou lijden, als de gediscrimineerde zonder discriminatie ook niet aangenomen zou worden voor de desbetreffende functie. De gediscrimineerde lijdt namelijk hoe dan ook schade, omdat hij op een onrechtmatige wijze ongelijk is behandeld in de sollicitatiefase. Ook al was de gediscrimineerde zonder discriminatie ook niet aangenomen voor de desbetreffende functie.

Dat de rechter bij discriminatiezaken snel aanneemt dat er sprake is van een causaal verband tussen de schade en de onrechtmatige gedraging, blijkt ook uit de eerder behandelde uitspraak van de vrouwelijke vrachtwagenchauffeur. In deze uitspraak betwist de discriminerende persoon dat er sprake is van een causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade die de gediscrimineerde heeft opgelopen. De discriminerende persoon beweert dat het alsnog onzeker was of gediscrimineerde daadwerkelijk voor een gesprek zal worden uitgenodigd en of zij na het gesprek ook definitief zou worden aangenomen voor de desbetreffende functie. De rechter oordeelt in deze zaak dat het niet van belang is of de gediscrimineerde uiteindelijk wel of niet wordt aangenomen, als ze uitgenodigd zou worden voor een sollicitatiegesprek. Volgens de rechter zit de onrechtmatigheid in het feit dat er onderscheid wordt gemaakt op grond van geslacht. De gediscrimineerde wordt niet voor een gesprek uitgenodigd, omdat ze een vrouw is. De discriminerende persoon gedraagt zich op grond hiervan al onrechtmatig tegenover de gediscrimineerde.<sup>28</sup> Doordat de discriminerende persoon onderscheid heeft gemaakt tussen man en vrouw en zich hierdoor onrechtmatig heeft gedragen tegenover gediscrimineerde, wordt hij verplicht om de schade te vergoeden.

---

<sup>26</sup> Mr. C.H.M. Jansen, *Monografieën, Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Kluwer: Deventer, 2009, derde druk, p.43-45.

<sup>27</sup> T van den Berge, 'Schadevergoeding: een effectieve sanctie op rassendiscriminatie in de sollicitatiefase?' *SMA* juli/augustus 2007, p281, HvJ EG EG 22 april 1997, zaak C-180/95, **NJ 1998, 435**

<sup>28</sup> Rb. Assen 1 december 2004, LJN AR8103, JAR 2005/62 r.o. 4.4.

## De relativiteit

Het laatste vereiste is het relativiteitsvereiste. De relativiteitsleer is opgenomen in artikel 6:163 BW.<sup>29</sup>

### **Artikel 6:163 BW luidt als volgt:**

*“Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen schade zoals de benadeelde die heeft geleden.”*

Het relativiteitsvereiste in artikel 6:163 BW houdt in dat de schuldenaar alleen aansprakelijk is voor de schade, als de door de schuldenaar overschreden norm het doel heeft gehad om het recht van de benadeelde te beschermen. Dat wil zeggen dat er een verband moet zijn tussen de schade die is veroorzaakt door de schuldenaar en het aangetaste belang van de benadeelde.<sup>30</sup> Het gedrag van de schuldenaar kan dus onrechtmatig worden verklaard als de overtreden norm de strekking heeft gehad om de belangen van de eiser te beschermen.<sup>31</sup> Kortom, de norm die de schuldenaar heeft overtreden moet de benadeelde beschermen en het belang van de benadeelde moet binnen deze overtreden norm vallen.<sup>32</sup>

We kijken nu hoe het relativiteitsvereiste wordt toegepast bij discriminatiezaken. De rechter toets bij schending van een wettelijke plicht of de gediscrimineerde door de schending van deze wettelijke verplichting, zich onrechtmatig gedraagt tegenover de gediscrimineerde. Als er wordt gediscrimineerd, wordt er in strijd gehandeld met een wettelijke norm, zoals deze is opgenomen in de AWGB. In de AWGB is het discriminatieverbod opgenomen. Door het discrimineren schendt de schuldenaar een wettelijke norm, waardoor het slachtoffer in zijn persoonlijk rechten wordt aangetast. De wettelijke norm in de AWGB, heeft het doel om de persoonlijke rechten van het slachtoffer te beschermen. Zodra er sprake is van discriminatie, wordt deze wettelijke norm geschonden en is de schuldenaar aansprakelijk voor de schade die het slachtoffer heeft geleden, doordat hij door deze geschonden norm in zijn persoonlijk rechten is aangetast. In dit geval beschermt de geschonden norm, bijvoorbeeld de AWGB, de schade in vorm van psychische letsel die de gelaedeerde heeft geleden.<sup>33</sup> Bij inbreuk op een recht is het relativiteitsvereiste ingebakken in de persoonlijkheidsrechten. Doordat de relativiteit is ingebakken in de persoonlijkheidsrechten, vindt er geen toetsing plaats door de rechter. Bij inbreuk op een recht, wordt namelijk automatisch geoordeeld dat de discriminerende persoon onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de gediscrimineerde. De onrechtmatige daad vloeit voort uit de inbreuk op de persoonlijk rechten van de gediscrimineerde persoon. Door discriminatie breekt de discriminerende persoon in op de persoonlijke rechten van de gediscrimineerde, waardoor er inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke integriteit van de gediscrimineerde. Het voordeel bij het relativiteitsvereiste is dan ook het feit dat de rechter in dit geval snel aanneemt dat er wordt voldaan aan het relativiteitsvereiste. Daarnaast kan uit jurisprudentie ook worden afgeleid dat bij discriminatie en ongelijke behandeling vanzelfsprekend wordt voldaan aan het relativiteitsvereiste. Het relativiteitsvereiste is tot nu toe namelijk niet door de rechter ter discussie gesteld bij het beroep op de onrechtmatige daad bij discriminatiezaken.

---

<sup>29</sup> Mr. C.H.M. Jansen, *Monografieën, Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Kluwer: Deventer, 2009, derde druk, p.52.

<sup>30</sup> J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk, M.H. Wissink, *Tekst en Commentaar Vermogensrecht*, Kluwer: 2007, vierde druk aant.4 p.690

<sup>31</sup> A.J. Verheij, *Monografieën, Privaatrecht, Onrechtmatige daad*, Kluwer: Deventer, 2005, p.34.

<sup>32</sup> Mr. C.H.M. Jansen, *Monografieën, Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Kluwer: Deventer, 2009, derde druk, p.52.

<sup>33</sup> Handelingen II 1978/79, p5811.

## Conclusie en Aanbeveling

Uit de resultaten van het onderzoek blijkt dat er via het beroep op de onrechtmatige daad een mogelijkheid bestaat tot het vorderen van schadevergoeding bij discriminatiezaken. In het overzicht heeft u kunnen lezen wat de positieve punten zijn en wat de knelpunten zijn bij het vorderen van schadevergoeding via de onrechtmatige daad. Één van de knelpunten bij het beroep op de onrechtmatige daad is dat de gediscrimineerde op grond van artikel 149 Rv de immateriële schade moet kunnen onderbouwen. Ondanks dat het Hof eerder heeft geoordeeld dat immateriële schade die is ontstaan door discriminatie altijd vergoed moet worden, zien we in de praktijk dat de rechter artikel 149 Rv toepast voor de onderbouwing van de schade.<sup>34</sup> Zodra de vordering uit het beroep op de onrechtmatige daad wordt afgewezen, moet de gediscrimineerde persoon als verliezende partij ook de proceskosten vergoeden.

Daarnaast blijkt dat de bewijslastregeling ook invloed kan hebben op het instellen van een beroep op de onrechtmatige daad bij discriminatiezaken. Alhoewel de rechter de bevoegdheid heeft om de omgekeerde bewijslastregeling toe te passen, blijkt uit jurisprudentie dat de rechter in sommige gevallen ook nog steeds de bevoegdheid heeft om de bewijslastregeling uit artikel 150 Rv toe te passen. In geval van discriminatie is het belangrijk om te kijken op welk artikel de gediscrimineerde persoon beroep kan doen en welke bewijslastregeling van toepassing is op het desbetreffende artikel. Uit jurisprudentie blijkt namelijk dat de rechter de bevoegdheid heeft om artikel 150 Rv toe te passen, als er beroep wordt gedaan op artikel 8 of 8a AWGB. De omgekeerde bewijslastregeling wordt niet toegepast als er beroep wordt gedaan op één van deze twee artikelen.

Vooraf er een overweging wordt gemaakt om de cliënt te adviseren tot het instellen van een beroep op de onrechtmatige daad, adviseer ik de Stichting dat er per melding wordt bekeken in hoeverre het beroep op de onrechtmatige daad haalbaar is tot het vorderen van schadevergoeding voor de desbetreffende cliënt. Het is bij discriminatiezaken noodzakelijk om vooraf het instellen van een beroep op de onrechtmatige daad te kijken welke bewijslastregeling wellicht toegepast kan worden door de rechter. Zodra er beroep wordt gedaan op artikel 150 Rv, is het aantonen van een vermoeden van discriminatie niet voldoende. Er moet in dit geval gekeken worden of er voldoende bewijs is voor het aantonen van discriminatie. Er zijn namelijk ook cliënten, die een melding maken zodra ze alleen het gevoel hebben dat ze ongelijk zijn behandeld. Daarbij weten deze cliënten niet zeker of er sprake is van discriminatie of ongelijke behandeling. In dit geval moet er dan ook gekeken worden of deze cliënten ook daadwerkelijk ten onrechte ongelijk zijn behandeld.

Tot slot adviseer ik de Stichting ook per melding aandacht te schenken of de schade volledig onderbouwt kan worden door de gediscrimineerde, waardoor de schadevergoeding ook volledig kan worden toegewezen. Zodra er geconstateerd wordt dat de gediscrimineerde zijn vordering tot schadevergoeding niet volledig kan onderbouwen, wordt de gediscrimineerde benadeeld door het feit dat hij als verliezende partij ook de proceskosten moet vergoeden.

*Deze leidraad met het overzicht van de positieve punten en de knelpunten van het beroep op de onrechtmatige daad bij discriminatie en ongelijke behandeling, is bestemd als hulpmiddel voor de Stichting. De Stichting kan dit overzicht als hulpmiddel gebruiken, zodra er een overweging wordt gemaakt tot het geven van advies aan de cliënt om schadevergoeding te vorderen via de onrechtmatige daad.*

---

<sup>34</sup> Hof Amsterdam 18 maart 1993, JAR 1993/193