

## Aansprakelijkheid school, Schoolfoto op religieuze feestdag, Discriminatie en smartengeld

### GEGEVENS

<b>Instantie</b>	Kantonrechter Rechtbank Den Haag zp 's-Gravenhage
<b>Datum uitspraak</b>	10-07-2017
<b>Publicatie</b>	JA 2018/6 (Sdu Jurisprudentie Aansprakelijkheid), aflevering 1, 2018
<b>Annotator</b>	mr. dr. B.M. Paijmans
<b>ECLI</b>	ECLI:NL:RBDHA:2017:7416
<b>Zaaknummer</b>	5436201 RL EXPL 16-28079
<b>Overige publicaties</b>	ECLI:NL:RBDHA:2017:7416 PS-Updates.nl 2017-0572 Onderwijs Totaal 2018/737
<b>Rechtsgebied</b>	Contracten, schade en aansprakelijkheid
<b>Rubriek</b>	Bedrijfs- en beroepsaansprakelijkheid
<b>Rechters</b>	mr. Emmens
<b>Partijen</b>	[Eiser sub 1] en [eiser sub 2], in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van hun minderjarige kinderen [minderjarige sub 1] en [minderjarige sub 2], beiden te [woonplaats 1], eisende partij, gemachtigde: mr. L.M. Zuydgeest, tegen de stichting "De Haagse Scholen", Stichting voor primair en speciaal openbaar onderwijs, te Den Haag, gedaagde partij, gemachtigde: mr. H.J. Brouwer.  Partijen worden in het hiernavolgende ook aangeduid als: "de minderjarigen" en "de Stichting".
<b>Regelgeving</b>	BW Boek 6 - 162 AWGB - 7 lid 1 aanhef en onder c

### SAMENVATTING

Als de jaarlijkse schoolfoto's worden gemaakt op de dag dat ook het Islamitisch Offerfeest wordt gevierd, mist een tweetal basisschoolkinderen vanwege moskeebezoek de gelegenheid om op hun klassenfoto afgebeeld te staan, de foto die ook in hun klaslokaal komt te hangen. De ouders vorderen in een bodemprocedure een verklaring voor recht dat de school daarmee onrechtmatig jegens hun kinderen heeft gehandeld alsook veroordeling van de school tot betaling van immateriële schadevergoeding van € 5.000,- aan elk kind. De kantonrechter wijst de vordering toe tot een bedrag van € 500,- per kind. De school heeft naar zijn oordeel "indirect onderscheid" gemaakt als bedoeld in art. 1 AWGB en als verboden in art. 7 lid 1 aanhef en onder c AWGB, doordat leerlingen die het Islamitische geloof belijden niet in dezelfde mate in staat waren om van de schoolfoto's gebruik te maken als de andere leerlingen. Dit leidt tot een onrechtmatige daad en schadeplichtigheid van de school.

### UITSPRAAK

#### Procedure

(...; red.)

## *Feiten*

4. [eiser sub 1] en [eiser sub 2] zijn gezamenlijk belast met het gezag over hun minderjarige kinderen [minderjarige sub 1] en [minderjarige sub 2].
5. Tot de Stichting behoren drieënvijftig scholen, waaronder de Maria Montessorischool te Den Haag (hierna: de school). De minderjarigen hebben van 2013 tot januari 2016 onderwijs gevolgd bij de school.
6. De Stichting is met een schoolfotograaf overeengekomen dat hij op 24 september 2015 op de school zou komen om individuele foto's en groepsfoto's te nemen.
7. De minderjarigen belijden het Islamitische geloof. Zij vieren elk jaar het Islamitisch Offerfeest. Het Offerfeest is een Islamitische feestdag, waarbij 's ochtends deel genomen wordt aan de gezamenlijke gebedsdienst in de moskee, vervolgens gezamenlijk wordt gegeten en de hele dag feest wordt gevierd. In 2015 viel het Offerfeest op 24 september 2015.
8. De moeder van de minderjarigen heeft ten behoeve van haar kinderen voor het Offerfeest verlof aangevraagd en verkregen van de Stichting. Bij de verlofaanvraag bleek het de Stichting en de moeder van de minderjarigen dat de dag waarop de schoolfotograaf zou komen samenviel met het Offerfeest.
9. De schoolfotograaf heeft op 24 september 2015 individuele foto's en groepsfoto's genomen op de school van de minderjarigen. De minderjarigen waren daarbij niet aanwezig en staan derhalve niet op de die dag genomen individuele foto's en groepsfoto's.
10. Nadien is de schoolfotograaf opnieuw op de school geweest om individuele foto's te nemen.
11. Op 14 oktober 2015 heeft de adjunct-directeur van de school opnieuw groepsfoto's gemaakt op de school. Op die foto's staan de minderjarigen wel.
12. Op verzoek van de ouders van de minderjarigen heeft de kantonrechter te Den Haag de ouders machtiging verleend om namens de minderjarigen op te treden in de onderhavige procedure.

## *Vordering*

13. Namens de minderjarigen is een vordering ingediend die er toe strekt:
  - a. voor recht te verklaren dat de Stichting onrechtmatig jegens de minderjarigen heeft gehandeld,
  - b. de Stichting te veroordelen tot betaling aan de minderjarigen van € 10.000,= aan immateriële schadevergoeding, althans een zodanig bedrag aan immateriële schadevergoeding dat de kantonrechter redelijk acht, met de wettelijke rente over de schadevergoeding en
  - c. de Stichting te veroordelen in de kosten van de procedure met de wettelijke rente daarover.
14. Namens de minderjarigen is aan de vorderingen – kort gezegd – ten grondslag gelegd dat de Stichting onrechtmatig heeft gehandeld door te handelen in strijd met artikel 7 van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Volgens de minderjarigen zijn, door het inplannen van de schoolfotograaf op de dag van het Offerfeest, in het bijzonder de minderjarigen getroffen die op grond van hun geloofsovertuiging niet op school konden zijn, omdat zij die dag het Offerfeest vierden. Ook nadat daar door de moeder van de minderjarigen om was verzocht, heeft de Stichting de komst van de schoolfotograaf niet verplaatst. De officiële klassenfoto's zijn in afwezigheid van de minderjarigen genomen en die klassenfoto's, waarop de minderjarigen dus ontbraken, zijn in de klaslokalen opgehangen. Nadien zijn de minderjarigen alsnog in de gelegenheid gesteld om een individuele foto te laten maken door een professionele fotograaf, maar een professionele klassenfoto is in aanwezigheid van de minderjarigen niet genomen. De klassenfoto die door een medewerker van de Stichting is gemaakt, kon door de ouders niet worden aangeschaft en is evenmin in de klaslokalen opgehangen. Aldus heeft de Stichting indirect onderscheid gemaakt op grond van godsdienst, terwijl het gemaakte onderscheid geen legitiem doel diende, aldus de minderjarigen.
15. Namens de minderjarigen is verwezen naar de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ EG) en naar jurisprudentie van de Hoge Raad en de gerechtshoven Amsterdam en Leeuwarden, waaruit volgens hen volgt dat een slachtoffer van discriminatie altijd schade leidt, dat discriminatie per definitie aantasting van de eer en goede naam oplevert en dat het slachtoffer van discriminatie op grond daarvan zonder nader bewijs immateriële schade vergoed dient te krijgen. Namens de minderjarigen is gesteld dat het erg moeilijk te verteren is dat de minderjarigen ontbreken op de officiële klassenfoto en dat de Stichting niet erkent dat sprake is van discriminatie en ook geen excuses aanbiedt. Vanwege de schending van fundamentele rechten en met inachtneming van de bedragen die eerder door de Nederlandse rechter in gevallen van discriminatie zijn toegekend, wordt namens de minderjarigen een bedrag van € 5.000,= per persoon aan

immateriële schadevergoeding gevorderd.

#### *Verweer*

16. Het verweer van de Stichting strekt tot afwijzing van de vorderingen, met veroordeling van de minderjarigen in de proceskosten. De Stichting stelt rekening te houden met de diverse geloofsovertuigingen van de kinderen binnen de school. Als de Stichting had geweten dat het Offerfeest samenviel met de komst van de fotograaf had de Stichting een andere planning gemaakt. De Stichting wijst erop dat zij de komst van de fotograaf bij aanvang van het schooljaar op de jaarkalender en in de nieuwsbrief heeft aangekondigd en dat de ouders van de minderjarigen daarom al eerder hun bezwaren tegen deze datum kenbaar hadden kunnen maken. Op het moment dat de verlofaanvraag door de ouders werd gedaan, was het niet meer mogelijk de afspraak met de schoolfotograaf te verzetten.

17. De Stichting stelt alles in het werk te hebben gesteld om de nadelen van de aanvankelijke ongelukkige planning van de schoolfotograaf weg te nemen. De afspraak met de schoolfotograaf kon niet meer worden verzet, maar de schoolfotograaf is op een latere datum teruggekomen op de school om de resterende leerlingen op de foto te zetten. De klassenfoto's zijn door de schoolfotograaf op 24 september 2015 reeds bij aanvang van de lessen gemaakt. Vrijwel alle kinderen voor wie verlof was aangevraagd voor 24 september 2015 hebben van de gelegenheid gebruik gemaakt om bij het maken van de groepsfoto aanwezig te zijn. De minderjarigen niet. Uiteindelijk zijn door een niet-professionele fotograaf nieuwe groepsfoto's gemaakt, waarop ook de minderjarigen staan. Die groepsfoto's zijn gratis aan alle ouders aangeboden, aldus de Stichting.

18. De Stichting stelt voorts dat bij monde van haar directeur direct excuses zijn gemaakt aan de moeder van de minderjarigen voor de ongelukkige planning. In de brief van 14 maart 2016 heeft het bestuur van de Stichting vervolgens gemeld dat zij het eens is met de klacht van de moeder van de minderjarigen. Aldus heeft de Stichting wel degelijk excuses aangeboden, zo stelt de Stichting.

19. De Stichting stelt zich op het standpunt dat geen schade is geleden door de minderjarigen, omdat zij geen nadelige gevolgen hebben ondervonden van de ongelukkige planning van de fotograaf. Ten slotte maakt de Stichting nog bezwaar tegen de hoogte van het gevorderde bedrag aan schadevergoeding.

#### *Beoordeling*

##### *Wettelijk kader*

20. Artikel 7 lid 1, aanhef en onder c van de Algemene Wet Gelijke Behandeling (hierna: Awgb) verbiedt het maken van "onderscheid" bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, indien dit geschiedt door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs.

21. Artikel 1 Awgb onderscheidt het begrip onderscheid in "direct onderscheid" en "indirect onderscheid". Er is sprake van direct onderscheid indien een persoon op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Indirect onderscheid doet zich voor indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in vergelijking met andere personen bijzonder treft.

22. Het verbod van onderscheid geldt niet ten aanzien van indirect onderscheid indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Artikel 10 van Awgb bepaalt dat, indien degene die meent dat in zijn nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, de wederpartij dient te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.

Samengevat komt het oordeel van de kantonrechter op het volgende neer.

23. In dit geval is sprake van een situatie waarbij de Stichting de schoolfotograaf voor het maken van de (klassen)foto's op school heeft laten komen op de dag van het Offerfeest, waardoor kinderen die het Islamitische geloof belijden niet in dezelfde mate in staat waren van die dienst gebruik te maken als de andere kinderen van de school. De Stichting heeft stellingen ingenomen die erop neer komen dat aan de minderjarigen een dusdanig alternatief is geboden, dat daarmee van een relevant onderscheid geen sprake (meer) was. De kantonrechter deelt dat standpunt van de Stichting voor wat betreft de mogelijkheid om individuele foto's te laten nemen, maar niet voor wat betreft de mogelijkheid om klassenfoto's te laten nemen. De aan de stellingen van de Stichting ten grondslag gelegde feiten betreffende het voor de klassenfoto geboden alternatief zijn in deze procedure namelijk niet vast komen te staan. Aldus heeft de Stichting indirect onderscheid gemaakt.

Het maken van een dergelijk onderscheid is op grond van het bepaalde in de Awgb in beginsel verboden. Dat is slechts anders indien het onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Dat die uitzondering zich hier voordoet is niet gebleken. Daarmee staat vast dat de Stichting in strijd met artikel 7 lid 1, aanhef en onder c van de Awgb heeft gehandeld. De Stichting heeft aldus onrechtmatig jegens de minderjarigen gehandeld en dient de als gevolg daarvan door de minderjarigen geleden schade aan hen te vergoeden.

De kantonrechter licht dit oordeel in het hiernavolgende toe.

24. Vooropgesteld wordt dat artikel 7 lid 1, aanhef en onder c van de Awgb van toepassing is op de Stichting en haar rol bij de komst van de schoolfotograaf naar de school. Dat is tussen partijen ook niet in geschil. De kantonrechter stelt vast dat van enig gemaakt direct onderscheid in dit geval geen sprake is. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag of indirect onderscheid is gemaakt door de Stichting.

#### *Onderscheid*

25. Van onderscheid in de zin van artikel 7 Awgb is naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake voor wat betreft de mogelijkheid voor de leerlingen van de school om individuele foto's te laten nemen. De Stichting heeft de schoolfotograaf immers op een later moment terug laten komen om de kinderen waarvan nog geen individuele foto's waren gemaakt, in de gelegenheid te stellen die foto's alsnog te laten maken.

26. De kantonrechter beantwoordt de vraag of indirect onderscheid is gemaakt ten aanzien van de mogelijkheid voor de leerlingen om klassenfoto's te laten maken wel bevestigend. Door de schoolfotograaf voor het maken van de klassenfoto's op school te laten komen op de dag van het Offerfeest zijn immers hoofdzakelijk de leerlingen met een bepaalde godsdienstige overtuiging beperkt in de mogelijkheid van die dienst gebruik te maken. Een en ander maakt dat indirect onderscheid is gemaakt in de zin van artikel 7 lid 1, aanhef en onder c van de Awgb. Voor de beantwoording van de vraag of indirect onderscheid is gemaakt is niet relevant of de Stichting bewust heeft gehandeld. Door het ontbreken van dat bewustzijn van de Stichting wordt immers niet weggenomen dat het onderscheid is gemaakt.

27. De stellingen van de Stichting komen erop neer dat ook ten aanzien van de klassenfoto's aan de minderjarigen een dusdanig alternatief is geboden, dat daarmee van een relevant onderscheid geen sprake meer was. De aan die stellingen ten grondslag gelegde feiten zijn evenwel namens de minderjarigen weersproken. De kantonrechter is van oordeel dat de Stichting bedoelde feiten tegenover die betwisting van de minderjarigen onvoldoende heeft onderbouwd en aldus ten aanzien van die feiten niet voldaan heeft aan haar stelplicht.

28. Zo heeft de Stichting aangevoerd dat zij de afspraak met de schoolfotograaf niet meer kon verzetten, mede omdat zij er pas twee weken voor deze afspraak achter kwam dat deze samenviel met het Offerfeest. Van enige inspanning van de Stichting om bedoelde afspraak te verzetten blijkt evenwel niet uit de in het geding gebrachte stukken. De Stichting stelt voorts dat de klassenfoto's op de dag van het Offerfeest direct in de ochtend, bij aanvang van de lessen zijn genomen. Namens de minderjarigen is evenwel aangevoerd dat zij, vanwege het bij het Offerfeest behorende ochtendgebed, ook in de ochtend niet in de gelegenheid waren om naar school te komen. De stelling van de Stichting dat andere kinderen, voor wie eveneens verlof was aangevraagd, die ochtend wel naar school zijn gekomen om aan de klassenfoto deel te nemen, is namens de minderjarigen uitdrukkelijk weersproken en door de Stichting niet onderbouwd. De schoolfotograaf is op een andere dag teruggekeerd naar de school, maar toen konden uitsluitend individuele foto's worden gemaakt.

29. De Stichting heeft voorts aangevoerd dat door een amateurfotograaf klassenfoto's zijn gemaakt, dat die klassenfoto's gratis aan de ouders ter beschikking zijn gesteld en de professionele foto's in de klaslokalen zijn vervangen door de klassenfoto's van de amateurfotograaf. Ook de juistheid van die stelling is evenwel niet vast komen te staan. Namens de minderjarigen is uitdrukkelijk weersproken dat de door de amateurfotograaf gemaakte klassenfoto's aan de (ouders van de) minderjarigen en andere kinderen van de school ter beschikking zijn gesteld en dat die foto's de eerder gemaakte klassenfoto's in de klas hebben vervangen. De Stichting heeft haar stellingen ook op dit punt niet onderbouwd; integendeel, desgevraagd heeft de Stichting ter comparitie niet kunnen toelichten wanneer en hoe die foto's aan de leerlingen ter beschikking zijn gesteld en evenmin wanneer of in welke periode de klassenfoto's van de professionele fotograaf door de klassenfoto's van de amateurfotograaf in de klas zijn vervangen. De kantonrechter kan aldus niet vaststellen dat de Stichting een dusdanig alternatief heeft geboden dat van een wezenlijk onderscheid geen sprake meer is.

#### *Objectieve rechtvaardigingsgrond*

30. Evenmin is gesteld of gebleken dat het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. De Stichting heeft naar voren gebracht dat zij rekening heeft gehouden met de wens van ouders van leerlingen van de school om de kinderen kort na de (zomer)vakantieperiode op de foto te laten zetten, omdat ze dan mooier op de foto komen te staan. Voor zover de Stichting

bedoeld heeft te stellen dat die omstandigheid het gemaakte onderscheid rechtvaardigt, volgt de kantonrechter de Stichting daarin niet, reeds omdat het niet noodzakelijk is om de schoolfoto's juist op de dag van het Offerfeest op school te laten komen, om met bedoelde belangen rekening te kunnen houden.

31. Het voorgaande brengt met zich dat de Stichting in strijd met artikel 7 lid 1, aanhef en onder c van de Awgb heeft gehandeld. Aldus heeft de Stichting jegens de minderjarigen onrechtmatig gehandeld. De gevorderde verklaring voor recht wordt daarom toegewezen.

#### *Schade*

32. De minderjarigen hebben op grond van het voorgaande recht op vergoeding van als gevolg van het onrechtmatige handelen van de Stichting door hen geleden schade. Namens de minderjarigen is aangevoerd dat zij, doordat de Stichting een verboden onderscheid heeft gemaakt, ieder voor een bedrag van € 5.000,= aan immateriële schade hebben geleden. De minderjarigen hebben naar voren gebracht dat het confronterend voor hen was dat zij niet op de klassenfoto stonden en dat zij gelijk behandeld willen worden als de andere kinderen op school.

33. De kantonrechter deelt het standpunt van de minderjarigen dat zij door het onrechtmatige handelen van de Stichting in hun persoon zijn aangetast en daarom, gelet op het bepaalde in artikel 6:106 lid 1 sub b BW, jegens de Stichting aanspraak kunnen maken op smartengeld. Voor de bepaling van de hoogte van het toe te kennen bedrag aan smartengeld acht de kantonrechter enerzijds van belang dat van de Stichting een opoffering mag worden verlangd, ter bevrediging van het gekwetste rechtsgevoel van de minderjarigen. Anderzijds houdt de kantonrechter rekening met de mate waarin de minderjarigen in hun persoon zijn aangetast. In dat kader acht de kantonrechter van belang dat het in deze zaak niet gaat om gemaakt onderscheid bij toegang tot het door de Stichting geleverde onderwijs, maar om gemaakt onderscheid bij toegang tot de door de Stichting gefaciliteerde diensten van een schoolfoto's. De kantonrechter acht onder die omstandigheden de toekenning van een bedrag aan smartengeld van € 250,= aan elk van de beide minderjarigen op zijn plaats. De vordering van de minderjarigen wordt derhalve toegewezen tot dat bedrag, met de wettelijke rente daarover.

34. De Stichting zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van deze procedure.

### **BESLISSING**

---

De kantonrechter:

- verklaart voor recht dat de Stichting onrechtmatig jegens de minderjarigen heeft gehandeld;
- veroordeelt de Stichting om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de minderjarigen te voldoen een bedrag van in totaal € 500,=, te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf veertien dagen na heden tot aan de dag van algehele voldoening;
- veroordeelt de Stichting in de kosten van deze procedure, tot op heden aan de zijde van de minderjarigen vastgesteld op € 500,75 waarvan € 200,= als het aan de gemachtigde van de minderjarigen toekomende salaris;
- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af hetgeen meer of anders is gevorderd.

### **NOOT**

---

#### *1. Inleiding*

Deze uitspraak deed veel stof opwaaien: in kranten en blogs, op tv en zelfs in – populistisch verwoorde – Kamervragen van de PVV aan Minister Blok, waarin de PVV onder meer vroeg of de desbetreffende kantonrechter “knettergek” was geworden en of hij op non-actief kon worden gesteld (ah-tk-20162017-2409). Aangezien dit primair een juridische annotatie is, beperk ik mijn bijdrage daartoe en ga ik niet in op politieke of maatschappelijke vragen die naar aanleiding van dit vonnis zouden kunnen worden gesteld.

Het belang dat in het geding was, werd door de moeder als volgt verwoord: “Weet u hoe het voelt als je dochttertje van 5 elke dag bij binnenkomst in de klas naar de foto kijkt en vraagt ‘mama, waarom sta ik hier niet op?’ Dat kun je niet aan een kind uitleggen.” (bron: AD). De moeder had de kantonrechter aan haar zijde. In het vonnis wordt de school – althans de stichting die onder meer deze basisschool (de Maria Montessorischool in Den Haag) in stand houdt – veroordeeld tot betaling van een bedrag aan smartengeld.

De uitspraak roept verschillende vragen op, zoals: Is het faciliteren van schoolfoto's een “dienst” als bedoeld in art. 7

AWGB? Maakt de school “indirect onderscheid” ex art. 1 AWGB door de schoolfotoğraf te laten komen op de dag van het Islamitische Offerfeest? Zo ja, bestaat hiervoor een objectieve rechtvaardiging? Brengt schending van art. 7 AWGB aansprakelijkheid en een recht op smartengeld mee? En, kan de “keuze” van de ouders om het Offerfeest te vieren, kwalificeren als eigen schuld ex art. 6:101 BW?

In deze noot ga ik op deze vragen in, nadat ik eerst kort de feiten van de zaak en de uitspraak van de kantonrechter weergeef. Ik sluit af met een korte paragraaf over de implicaties van deze uitspraak voor scholen.

## 2. De casus

De schoolfotoğraf staat gepland op 24 september 2015, dezelfde datum als (de eerste dag van) het Islamitisch Offerfeest in dat jaar. De personen die dit feest vieren, nemen 's ochtends deel aan een gezamenlijke gebedsdienst in de moskee, eten vervolgens samen en vieren de hele dag feest. Dat deze dagen onverhoopt samenvallen, blijkt de school twee weken daarvoor, als de ouders van twee leerlingen (hierna “de twee leerlingen” te noemen) voor die dag verlof aanvragen.

De school stelt dat zij probeert om de schoolfotoğraf te verzetten, maar dat dit niet meer lukt. De fotoğraf bezoekt de school dus onverminderd op 24 september. De klassenfoto's – waarop de twee leerlingen vanwege hun deelname aan het Offerfeest ontbreken – komen in de klaslokalen te hangen. De schoolfotoğraf bezoekt de school nogmaals op een andere dag, om individuele foto's te maken van de leerlingen die er eerder niet bij hadden kunnen zijn, onder wie de twee leerlingen. Een medewerker van de school maakt voorts op 14 oktober groepsfoto's, waarop de twee leerlingen wel staan; het is onduidelijk wat met deze foto's wordt gedaan.

De ouders vorderen namens de twee leerlingen een verklaring voor recht dat de stichting jegens de leerlingen onrechtmatig heeft gehandeld alsook veroordeling tot betaling van smartengeld ad € 5.000,= per leerling. De ouders krijgen gelijk tot een bedrag van € 500,= per leerling. De school maakte naar het oordeel van de kantonrechter verboden indirect onderscheid, omdat de twee Islamitische leerlingen vanwege het moskeebezoek op de dag van het Offerfeest niet in de gelegenheid waren om aanwezig te zijn toen de schoolfotoğraf klassenfoto's maakte.

## 3. Dienst

De school belandt in dit geschil door art. 7 lid 1 aanhef en onder c AWGB dat het maken van “onderscheid” verbiedt – onder meer – bij het aanbieden van diensten door onderwijsinstellingen. De AWGB werkt namelijk het in art. 1 Gw opgenomen algemene discriminatieverbod nader uit voor private verhoudingen. Indien uitsluitend voor de overheid een discriminatieverbod zou gelden, zou de rechtzoekende onvoldoende bescherming worden geboden tegen discriminatie op terreinen waar de invloed van de overheid niet bijzonder groot is, aldus de Memorie van Toelichting (MvT) bij het eerste voorstel voor de AWGB (*Tweede Kamer*, vergaderjaar 1990-1991, 22 014, nr. 3).

De kantonrechter stelt voorop dat art. 7 AWGB van toepassing is op de school en haar rol bij de komst van de schoolfotoğraf naar de school; dat is tussen partijen namelijk niet in geschil. Aangezien een school krachtens de onderwijswetgeving gehouden is om onderwijs te bieden, maar niet om schoolfoto's te faciliteren, kan echter worden gediscussieerd over de vraag of de schoolfotoğraf wel een “dienst” is ter zake waarvan onderscheid verboden is. In blogs over het vonnis werd dit ten eerste in twijfel getrokken.

Uit de letterlijke tekst van art. 7 AWGB volgt dat het verbod van onderscheid in casu van toepassing is; de schoolfotoğraf betreft immers een dienst die wordt aangeboden door de school als onderwijsinstelling. De MvT is op dit punt echter voor meerderlei uitleg vatbaar. Enerzijds wordt hierin overwogen dat art. 7 geen beperkingen bevat met betrekking tot de aard van de aan te bieden diensten en dat het verbod van onderscheid uiteenlopende terreinen van het maatschappelijk leven beslaat en op zeer verschillende situaties van toepassing kan zijn (MvT, p. 20). Dit pleit voor het kwalificeren van de schoolfotoğraf als een “dienst”. Anderzijds staat in de toelichting vermeld dat het verbod zich uitstrekt tot voorzieningen van algemeen belang en met een grote maatschappelijke betekenis, omdat deze voorzieningen – veelal «schaarse» diensten – in beginsel voor een ieder, zonder enig onderscheid, open dienen te staan (MvT, p. 21). Dit verhoudt zich niet goed tot de onderhavige schoolfoto's en hun maatschappelijke belang; de schoolfoto's betreffen immers niet het daadwerkelijke onderwijs met grote maatschappelijke betekenis.

Mijns inziens moet het discriminatieverbod onverkort (ook) gelden voor de schoolfotoğraf. Het zou wat mij betreft niet juist zijn als het begrip onderwijs zou worden verengd tot uitsluitend de wettelijk voorgeschreven inhoud hiervan. Dit wordt bevestigd doordat de Commissie Gelijke Behandeling eerder bijvoorbeeld oordeelde dat het in pauzes (al dan niet) ter beschikking stellen van een lokaal aan Islamitische leerlingen die willen bidden, onverkort valt onder de reikwijdte van art. 7 AWGB, omdat het aanbod van onderwijs in zijn algemeenheid ook omvat het gebruik van lokalen ten behoeve van onderwijsactiviteiten *en daarmee verband houdende activiteiten voor en door de leerlingen* (CGB 2000-51). Dit oordeel viel overigens uiteindelijk wel in het voordeel uit van de school die hiervoor geen lokaal ter beschikking stelde. Bovendien komt het mij voor dat de twee leerlingen zich juist buitengesloten voelen omdat het om een klassenfoto gaat; zij hadden het waarschijnlijk beduidend minder gevoeld als zij niet hadden mogen deelnemen aan een toets – het primaire onderwijs – dan nu zij ontbraken op een klassenfoto die maandenlang in hun klaslokaal kwam te hangen. Deze laatste omstandigheid bevestigt overigens de prominente plaats van deze schoolfoto binnen de schoolgang van de leerlingen.

#### 4. Indirect onderscheid

Indien een school “een dienst” aanbiedt, mag zij daarbij geen “onderscheid” maken. Dat begrip wordt in art. 1 AWGB onderverdeeld in “direct onderscheid” en “indirect onderscheid”. Daar waar “direct onderscheid” meebrengt dat een specifieke persoon op verboden wijze anders wordt behandeld dan andere personen, is “indirect onderscheid” subtieler. Dat doet zich voor als een ogenschijnlijk *neutrale* bepaling, maatstaf of handelwijze tot gevolg heeft dat personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat bijzonder worden getroffen in vergelijking met andere personen. Daarvan was in casu sprake. De school beoogde geen verboden onderscheid te maken; zij was simpelweg niet op de hoogte van de datum van het Offerfeest toen zij de afspraak maakte met de schoolfotograaf. Daardoor waren echter hoofdzakelijk de leerlingen met deze geloofsovertuiging beperkt in de mogelijkheid van de dienst (voor zover het de klassenfoto's betrof) gebruik te maken, zodat de school daarmee indirect onderscheid maakte. Mijns inziens is tegen dit oordeel weinig in te brengen.

#### 5. Objectieve rechtvaardiging

Daar waar direct onderscheid – op wettelijke uitzonderingen na – altijd verboden is, kan indirect onderscheid alsnog zijn toegestaan als dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (art. 2 AWGB). De bewijslast hiervan rust kort gezegd op degene die het indirecte onderscheid maakt (art. 10 AWGB), in casu de school.

De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) en het College voor de Rechten van de Mens (CRM), waarin de CGB in 2012 is opgegaan, stellen zware eisen aan het bestaan van deze objectieve rechtvaardiging. Het doel van de uitgevaardigde regeling moet voldoende zwaarwegend zijn en die regeling mag niet discriminerend zijn. De regeling moet geschikt en noodzakelijk zijn om het gestelde doel te bereiken; met de regeling moet het doel ook daadwerkelijk kunnen worden bereikt. Bovendien moet duidelijk zijn dat het doel niet kan worden bereikt met een andere regeling die minder benadelend is voor de getroffen groep (vgl. CGB 2007-53). En hoewel de civiele rechter een ander toetsingskader heeft dan de CGB/het CRM en ook met enige regelmaat een klager die bij de CGB gelijk kreeg, civielrechtelijk ongelijk gaf (vgl. CGB 2011-2 en Hof Amsterdam 6 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6764) geven de oordelen van de CGB/het CRM wel onverkort de primaire en gezaghebbende interpretaties van de AWGB. Of deze uitleg ook civielrechtelijke gevolgen heeft, dient afzonderlijk te worden beoordeeld, aan de hand van de toepasselijke, civielrechtelijke norm.

De kantonrechter neemt in casu geen objectieve rechtvaardiging aan. Het gegeven dat de school rekening hield met de wens van (andere) ouders om de leerlingen kort na de (zomer)vakantieperiode op de foto te laten zetten, omdat ze dan mooier op de foto komen te staan, betreft geen rechtvaardiging van het gemaakte onderscheid, reeds omdat het niet noodzakelijk is om de schoolfotograaf juist op de dag van het Offerfeest op school te laten komen om met bedoelde belangen rekening te kunnen houden. Dat oordeel lijkt mij juist; het doel kon worden bereikt door het bepalen van een andere datum die minder benadelend zou zijn voor de Islamitische leerlingen. Daarbij komt mijns inziens dat het tussen partijen vast staat dat de schoolfotograaf daadwerkelijk op een andere datum de school hééft bezocht om voor een tweede keer foto's te maken: waarom konden op deze tweede datum niet álle foto's – dus tevens de klassenfoto's – worden gemaakt?

In blogs werd gewezen op de in art. 23 Gw neergelegde vrijheid van onderwijs als objectieve rechtvaardiging. De Maria Montessorischool is immers geen Islamitische school, hetgeen de ouders uiteraard wisten toen zij hun kinderen daar inschreven. Mijns inziens biedt dat enkele gegeven geen objectieve rechtvaardiging. De vrijheid van onderwijs is niet absoluut, maar wordt beperkt door het toezicht door de overheid. Art. 23 Gw noch art. 2 Eerste Protocol bij het EVRM bieden voorts een vrijbrief om met een beroep op de onderwijsvrijheid de rechten van anderen te bedreigen (vgl. C. Waaldijk en R.A.P. Tielman, 'Een model voor de afweging van botsende grondrechten', *NJCM-Bulletin* 1984, p. 210). De uitzondering op het verbod in art. 7 lid 2 AWGB geldt dan ook uitsluitend daar waar het de *richting* van de school betreft; daarvan was in casu geen sprake omdat een schoolfotograaf geen verband houdt met het gedachtegoed van Maria Montessori en de daarop gebaseerde richting van deze Montessorischool. Het discriminatieverbod geldt bovendien onverkort ook voor de toelating van leerlingen door instellingen in bijzonder onderwijs: ondanks de vrijheid van onderwijs (en art. 7 lid 2 AWGB) is de toelatingsvrijheid niet onbeperkt; zij mag nooit tot een ongerechtvaardigd ongelijke behandeling of tot discriminatie leiden (vgl. HR 22 januari 1988, *AB* 1988/96 (*Maimonides*)). Ten slotte is van belang dat de CGB eerder oordeelde dat het neutrale karakter van een openbare school niet met zich brengt dat in strijd met de AWGB mag worden gehandeld: aan de openbare school ligt het uitgangspunt ten grondslag dat deze voor iedere leerling toegankelijk is, ongeacht diens geloofs- of levensovertuiging of de wijze waarop de leerling deze uit (vgl. CGB 99-18 en 99-38).

Dat laat echter onverlet dat de vrijheid van richting en de vrijheid van inrichting op dit punt wel discussie kunnen en zullen meebrengen bij de afweging of de beleidsvrijheid van de school prevaleert boven het individuele belang van de leerling. Vgl. ook C.W. Noorlander, 'De uitoefening van grondrechten door leerlingen binnen de school (I)', *NTOR* 2003/1, p. 3-28 en B.P. Vermeulen, 'Islamitische kledingperikelen in het onderwijs', *School en Wet* 2003/2, p. 45-48. Binnen zekere marges moet een onderwijsinstelling met het oog op het onderwijsproces immers regels kunnen stellen, aldus Vermeulen voormeld. Dat verweer slaagt in deze zaak echter niet. Er lag immers geen wel overdacht beleid ten grondslag aan het samenvallen van de schoolfotograaf met de dag van het Offerfeest; het was slechts een ongelukkig toeval.

Juist nu het geen onderwijsverplichting betrof maar “slechts” de schoolfotoğraf, is het voor de school mijns inziens zelfs minder gemakkelijk om deze uitzondering te laten slagen. In het oordeel van het CRM dat een universiteit indirect onderscheid maakte door een tentamen te plannen op het Joodse Slotfeest en aan de betrokken student hiervoor geen alternatieve gelegenheid te bieden buiten de normale halfjaarlijkse mogelijkheid, werd de objectieve rechtvaardiging wel aangenomen. De universiteit betoogde namelijk met succes dat het tegengaan van fraude en het realiseren van vergelijkbaarheid in de normering, zich daartegen verzette (CRM oordeel 2017-86). Dit argument kan niet worden ingezet voor de schoolfotoğraf, omdat er geen zwaarwegende bezwaren zijn tegen het plannen van een fotoğraf op een andere dag. In 2007 nam de commissie overigens geen objectieve rechtvaardiging aan ten aanzien van een universiteit die de jaarlijkse decentrale selectie liet plaatsvinden op een zaterdag – zodat een Joods meisje die dag niet kon bezoeken vanwege de Sjabbat – en de universiteit haar geen alternatieve mogelijkheid bood (CGB 2008-04). De vraag naar het bestaan van een objectieve rechtvaardiging is dus duidelijk wel voer voor discussie.

#### *6. Aansprakelijkheid en smartengeld*

Het door de school gemaakte verboden indirect onderscheid kwalificeert als een inbreuk op een recht, zodat de school daarmee onrechtmatig handelde jegens de twee leerlingen. Naar het oordeel van de kantonrechter kunnen de twee leerlingen hierdoor aanspraak maken op smartengeld. Enerzijds mag van de school ter zake een opoffering worden verlangd, ter bevrediging van het gekwetste rechtsgevoel van de leerlingen, en anderzijds houdt de kantonrechter rekening met de mate waarin de leerlingen in hun persoon zijn aangetast. In dat verband overweegt de kantonrechter dat het onderscheid niet is gemaakt tijdens het onderwijs, maar ten aanzien van de schoolfotoğraf; hij kent € 250,- toe per leerling.

De grondslag van de toekenning van dit bedrag aan smartengeld ligt in art. 6:106 lid 1 sub b BW, meer specifiek in de zinsnede “op andere wijze in zijn persoon aangetast”. Afgezien van psychisch letsel komt deze categorie in beeld bij een schending van een fundamenteel recht, rechten die ten doel hebben de meest essentiële elementen of belangen van een persoon te beschermen, zoals non-discriminatie, lichamelijke integriteit of de persoonlijke levenssfeer. Zie hierover uitgebreider S.D. Lindenbergh, ‘Schending en schade. Over aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht’, *BW-Krant Jaarboek 2005*, p. 305-327 en T.B.H. Nguyen, ‘Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder letsel’, *NJB 2009/1408*.

De toegewezen bedragen bij schending van een (fundamenteel) recht zijn zeer wisselend en variëren van enkele honderden tot enkele duizenden euro’s. Vgl. hiervoor het Smartengeldboek 2017, nrs. 1.095, 1.101, 1.123, 1.128, 1.146, 1.835, 1.952. Bovendien ontbreekt een echt hiermee vergelijkbare zaak. Een concrete bespreking van het door de kantonrechter toegewezen bedrag wordt daarmee arbitrair en laat ik om die reden achterwege.

#### *7. Verlof en eigen schuld?*

De twee leerlingen ontbreken op de klassenfoto omdat zij op de desbetreffende schooldag vanwege het Offerfeest niet op school zijn gekomen. Kan hieraan het gevolg worden verbonden dat zij zelf deze keuze hebben gemaakt en dat die keuze ex art. 6:101 BW zijn weerslag heeft op de schadevergoedingsplicht van de school?

Voorop staat dat voor de twee basisschoolleerlingen en hun ouders de Leerplichtwet 1969 gold. Deze wet biedt onder meer een vrijstelling van schoolbezoek als de leerling wegens vervulling van plichten voortvloeiend uit godsdienst of levensovertuiging verhinderd is de school te bezoeken (art. 11 sub e). Anders dan bij vakantie of bij een beroep op vrijstelling wegens andere gewichtige omstandigheden, is hierbij geen sprake van (noodzakelijke) verlofverlening door de school, zoals impliciet lijkt te volgen uit het vonnis. Een beroep op vrijstelling wegens een plicht die voortvloeit uit godsdienst kan namelijk worden gedaan door een enkele kennisgeving aan het hoofd van de school, uiterlijk twee dagen voor de verhindering (art. 13); daarvoor hoeft geen verlof te worden gevraagd. Volgens de vaste jurisprudentie van de CGB/het CRM omvat het begrip godsdienst in de AWGB voorts niet alleen het huldigen van een geloofsovertuiging, maar ook het zich ernaar gedragen, de zogenoemde handelings- of uitingsvrijheid (gebaseerd op *Kamerstukken II 1990/91*, 22 014, nr. 5, p. 39-40). Deze uitingsvrijheid beoogt betrokkenen onder meer in staat te stellen om hun leven volgens hen geldende godsdienstige voorschriften en regels in te richten (MvT, p. 3). De CGB/het CRM gaat daarbij uit van de interpretatie die de klagende partij van zijn handelen geeft; het recht van zelf-interpretatie. Als een meisje stelt dat zij een hoofddoek draagt op grond van haar overtuiging als moslim, dan is dat te beschouwen als een rechtstreekse uitdrukking van haar godsdienstige overtuiging, ook als sommige andere Islamitische meisjes geen hoofddoek dragen (vgl. CGB 95-31; CGB 97-23; 2011-02).

De ouders en de twee leerlingen hadden dus alle papieren om het, in beginsel verplichte schoolbezoek op 24 september achterwege te laten. Dat laat echter onverlet dat ook een wettelijk gerechtvaardigde absentie civielrechtelijke gevolgen kan hebben. Hoewel werd gehandeld uit geloofsovertuiging is het – civielrechtelijk gezien – de vrije keuze van de ouders om met het gezin het Offerfeest te vieren. De vraag is echter of die keuze kwalificeert als eigen schuld.

Het uitgangspunt is dat onrechtmatig gedrag van ouders niet als eigen schuld aan hun kinderen wordt toegerekend (HR 31 mei 1985, *NJ 1986/690 (Boon/Prenger)*). Belangrijker is echter de vraag of de absentie – bijvoorbeeld als de leerlingen



ouder zouden zijn en zelf deze keuze zouden hebben gemaakt – *zou* kwalificeren als eigen schuld. Van de vier elementen van art. 6:101 BW hangt dit met name af van het element “toerekenbaarheid”. Toerekening vindt kort gezegd plaats indien een benadeelde onvoldoende zorg voor eigen persoon of goed heeft betracht, terwijl hij anders had kunnen en moeten handelen (vgl. A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 93 e.v.). Het is discutabel of het handelen naar geloofsovertuiging als eigen schuld kan worden toegerekend aan de gelovige. Deze vraag is in de literatuur voorzichtig verkend voor de schadebeperkingsplicht; zie hiervoor A.I. Schreuder, ‘Religie als predispositie(?)’, *VR* 2014/114, maar komt zelden voor in de jurisprudentie, en al helemaal niet ten aanzien van eigen schuld aan het *ontstaan* van de schade. Het zou mijns inziens (te) paradoxaal zijn om enerzijds aan te nemen dat de school indirect discrimineert jegens de twee leerlingen en anderzijds de daadwerkelijke uitoefening van het recht van de leerlingen dat werd beschermd door het beginsel van non-discriminatie dat de school schond – als een soort boemerang – als eigen schuld toe te rekenen. Het zou naar mijn mening niet juist zijn om eerst te oordelen dat sprake is van discriminatie (en onrechtmatige daad) en vervolgens dat de schade (mede) is ontstaan door een eigen keuze. Daarmee zou immers *de facto* worden geoordeeld dat de discriminatie niet wordt veroorzaakt door het onrechtmatige handelen van de school, maar door de eigen keuze van de leerlingen, terwijl die keuze nu juist wordt beschermd door de gelijkebehandelingswetgeving (en een grondrecht). Als wel eigen schuld zou kunnen worden aangenomen, zou de bescherming tegen discriminatie een lege huls worden althans – bij een percentage eigen schuld – een licht uitgeholde huls.

Daarbij komt dat in casu *beide* partijen deze schade hadden kunnen voorkomen. De school en de ouders ontdekten het samenvallen van de schoolfotoograaf met het Offerfeest immers twee weken voor de desbetreffende datum. Analoog aan hetgeen geldt voor de schadebeperkingsplicht (vgl. Keirse a.w., p. 121 e.v.), brengt dit gegeven mijns inziens mee dat het de school had moeten zijn op wie de plicht rustte de schade te voorkomen, en niet de ouders. Daar waar de school immers wel onrechtmatig handelde jegens de ouders, handelden de ouders niet onrechtmatig jegens de school. De ouders schonden hoogstens hun eigen belangen of die van hun kinderen, maar niet de belangen van de school.

#### 8. Gevolgen voor het onderwijs?

Wat zijn de implicaties van dit vonnis voor het onderwijs, als dit vonnis in een eventueel appel in stand blijft? Moet een school bij het plannen van haar activiteiten rekening houden met (alle) religieuze (feest)dagen van haar leerlingen? Volgens een blog zouden dit wel 120 religieuze dagen kunnen zijn, van de grootste religies in Nederland: Christendom, Islam, Jodendom, Boeddhisme, Hindoeïsme, Sikhisme en Bahá’i.

Met het Christendom wordt al automatisch rekening gehouden doordat de belangrijkste dagen (Kerstmis, Pasen, Pinksteren en Hemelvaartsdag) nationale feestdagen zijn, waarop de scholen dicht (moeten) zijn. Voor de andere religies geldt dit echter niet.

Mijns inziens hoeven scholen geen rekening te houden met *alle* mogelijke religieuze dagen. Zij zouden met name *beleid* moeten maken op dit punt; beleid dat in casu volledig ontbrak. De school die op grond van duidelijk beleid het verzoek om verlof op Goede Vrijdag afwees, schond art. 7 AWGB bijvoorbeeld niet (CGB 2011-211). Deze school had een duidelijke verloffregeling waarin bovendien de belangrijkste religieuze dagen (overgenomen uit de cao VO) waarop de school verlof zou verlenen, expliciet waren opgesomd (in totaal tien dagen).

Als scholen derhalve in hun beleid en in de – daarop gebaseerde – organisatie van de onderwijsactiviteiten voldoende rekening houden met de – bij voorkeur bekend gemaakte – belangrijke religieuze dagen en ouders vervolgens op een andere dag gebruik (willen) maken van de vrijstelling ex art. 11 sub e Lp zal dit waarschijnlijk geen verboden onderscheid zijn, zoals in het voormelde geschil over Goede Vrijdag. Scholen dienen spiegelbeeldig dan wel ermee rekening te houden *dát* leerlingen op de opgesomde belangrijke dagen absent kunnen zijn en derhalve ervoor te zorgen dat op die dagen geen bijzondere activiteiten worden gepland, zoals in casu de schoolfotoograaf.

Scholen met leerlingen die een andere geloofsovertuiging hebben dan de meest voorkomende (zoals Christendom, Islam, Jodendom en Hindoeïsme) doen er voorts verstandig aan om elk schooljaar deze religies – met daarin de belangrijkste dagen – in kaart te brengen en ofwel hierop beleid te maken ofwel – als praktische oplossing – in overleg te treden met de desbetreffende ouders, over de dagen waarop hun kinderen vanwege hun geloofsovertuiging absent zullen zijn. Alsdan zal dit vonnis waarschijnlijk slechts een storm in een glas water blijken te zijn.

mr. dr. B.M. Paijmans, advocaat bij Doelen Advocatuur en onbezoldigd universitair docent aan de Universiteit Utrecht