



Foutje, (toch geen) discriminatie?

In de zomer van 2017 was er grote ophef toen een kantonrechter een basisschool veroordeelde tot schadevergoeding omdat twee leerlingen ontbraken op de 'officiële schoolfoto's' vanwege het samenvallen van het Offerfeest en de schoolfotoograaf. In juni 2018 schreef ik in dit tijdschrift al over dit vonnis en gaf ik scholen ook praktische handvatten om dergelijke geschillen te voorkomen. Partijen vonden het klaarblijkelijk een principiële kwestie, want zij hebben – ondanks het minimale financiële belang – ook in hoger beroep hierover geprocedeerd. Het hof stelde recent de school alsnog in het gelijk.¹ Ik heb gemengde juridische gevoelens bij dit arrest, maar voordat ik die benoem als on(der)wijsheid in deze column, eerst een zijstapje.

Het is heel moeilijk om op basis van uitsluitend een gerechtelijke uitspraak een geschil te doorgronden of alle omstandigheden van het geval te kennen. Civiele rechters moeten weliswaar een uitspraak motiveren (art. 30 Rv: 'Vonnissen, arresten en beschikkingen houden de gronden in waarop zij rusten, tenzij uit de wet anders voortvloeit'), maar deze motivatie geeft doorgaans maar een deel van het plaatje. Tot die pijnlijke ontdekking kwam ik zelf toen ik als advocaat betrokken was bij een geschil over de aansprakelijkheid van een bezitter van het paard Loretta (mijn cliënt) en de aansprakelijkheid van de manege (mijn wederpartij), voor de letselschade van een meisje dat door dit paard was getrapt (eveneens mijn wederpartij). Toen de Hoge Raad uitspraak deed in een procedure tussen mijn cliënt en de ouders van het meisje, en mijn cliënt gelijk kreeg, zag ik pas hoeveel onjuiste conclusies de lezers van een gerechtelijke uitspraak kunnen trekken, ongetwijfeld doordat bij hun de feitelijke achtergrond van een dossier ontbreekt. Hierdoor werden echter diverse onjuiste gedachten of veronderstellingen in de rechtsliteratuur geponeerd, bijvoorbeeld over door advocaten gemaakte beroepsfouten, over al dan niet verjaarde vorderingen en over de kwalijke rol van verzekeraars: aspecten die in de realiteit van het dossier helemaal niet aan de orde waren.

Terug naar deze zaak. Het is een vreemde kwestie en mij bekruipt het gevoel dat wij als lezers (ook) niet het hele plaatje kennen. Mij bekruipt tevens het gevoel dat de beide gerechtelijke instanties een bepaalde doelredenering niet hebben geschuwd. Of dat juist is, weet ik uiteraard niet, maar vooral het arrest van het hof lijkt op meerdere gedachten te hinken en is voorts mijns inziens juridisch niet zuiver in de beoordeling van de gestelde indirecte discriminatie. Ik licht dit toe.

Het geschil draaide in de kern om twee vragen: (1) was er sprake van indirecte discriminatie en (2) zo ja, was hiervoor een objectieve rechtvaardiging? Daar waar de kantonrechter de school ongelijk gaf op beide punten, geeft het hof de school daarin juist gelijk. Met name de beantwoording van de eerste vraag door het hof kan ik niet goed volgen.

Zoals het hof zelf vooropstelt in r.o. 5.2 is het uitgangspunt bij discriminatie dat het niet om de 'intentie' gaat, maar om het 'gevolg'. Ik neem zonder meer aan dat de school geenszins de bedoeling had om islamitische leerlingen te discrimineren, maar ook zonder die intentie was het gevolg ontegenzeggelijk hetzelfde: de leerlingen werden indirect gediscrimineerd. De in principe neutrale (namelijk onhandige) planning van de schoolfotoograaf had immers tot gevolg dat de twee leerlingen vanwege hun islamitische godsdienst bijzonder werden getroffen in vergelijking met andere leerlingen. Het hof neemt echter het ontbreken van deze intentie en de door de school geboden alternatieven als onderbouwing voor de slotsom dat 'van een wezenlijk onderscheid niet langer sprake was'. De term 'wezenlijk onderscheid' heeft evenwel geen plaats in de rechtspraak over gelijke behandeling: beoordeeld moet worden of sprake was van 'indirect onderscheid'; de intentie of de geboden alternatieven spelen hierbij geen rol.

Over de (tweede) vraag of sprake was van een objectieve rechtvaardigingsgrond kan uitgebreider worden gediscussieerd, en bij die beoordeling kunnen wel de intentie van de school en de door haar geboden alternatieven worden betrokken. Alsdan is veel te zeggen voor ieder van beide standpunten (wel of geen rechtvaardiging) en is het aan de rechter om de knoop hierin door te hakken.

Aan het einde van het arrest komt de term doelredenering echter weer bij mij op. Het hof overweegt ten overvloede dat het bestaan van immateriële schade onvoldoende aannemelijk is geworden, omdat het immers een ongelukkige planning was en omdat de leerlingen alsnog waren afgebeeld op de amateurfoto's. Opnieuw vormen de intentie van de school en de geboden alternatieven de grondslag voor afwijzing van de vordering, terwijl het – als hypothetisch sprake zou zijn geweest van indirecte discriminatie zonder objectieve rechtvaardiging hiervan – alsdan zou gaan om schending van een fundamenteel recht, welke schending op zichzelf een vergoeding voor smartengeld zou rechtvaardigen.

Het is hoe dan ook erg triest dat deze kwestie zo hoog is opgelopen. Een lichtpuntje is misschien dat het scholen wel wakker zal hebben geschud en tot denken (en plannen) zal hebben aanzet. Voor de betrokken personen hoop ik vooral dat de kwestie niet zodanig principiële is dat cassatieberoep wordt ingesteld. Beroepsmatig kan ik het echter niet laten om erg benieuwd te zijn naar een oordeel van de Hoge Raad hierover.

Brechtje Pajmans

1. Rb Den Haag 10 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:7416; Hof Den Haag 4 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3262. Zie ook in dit nummer Jurisprudentie uitspraak nr 6.