VU VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM

VU Research Portal

Gelijk behandeld als zwangere student?

Eleveld, A.; Allers, Janneke ; Delen, Sietske; van Veldhuizen, Janine

published in
Nederlands Juristenblad
2017

document version
Publisher's PDF, also known as Version of record

document license
Article 25fa Dutch Copyright Act

Link to publication in VU Research Portal

citation for published version (APA)
Eleveld, A., Allers, J., Delen, S., & van Veldhuizen, J. (2017). Gelijk behandeld als zwangere student? Een onderzoek naar regelingen en voorzieningen in het mbo en het hoger onderwijs vanuit het perspectief van het gelijke behandelingsrecht. *Nederlands Juristenblad*, *2017*(5), 311-318. Artikel 2017/263. https://www.inview.nl/document/ideac45c9e27454045a7e6571b135f4b13?ctx=WKNL_CSL_85

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:
vuresearchportal.ub@vu.nl

Download date: 21. jan.. 2026

Gelijk behandeld als zwangere student?

Een onderzoek naar regelingen en voorzieningen in het mbo en het hoger onderwijs vanuit het perspectief van het gelijke behandelingsrecht

Anja Eleveld, Janneke Allers, Sietske Delen & Janine van Veldhuizen[1]

In hoeverre voldoen instellingen in het mbo en het hoger onderwijs aan de eisen die voortvloeien uit het gelijke behandelingsrecht als het gaat om zwangere studenten en studerende ouders? Om die vraag te beantwoorden wordt in dit artikel – na het vaststellen van die eisen – in de eerste plaats gekeken naar onderwijsverplichtingen waaraan deze studenten mogelijkerwijs niet (kunnen) voldoen doordat ze herhaaldelijk afwezig zijn. Vervolgens is gekeken naar de wijze waarop de combinatie van studie en zwangerschap en/of de zorg voor jonge kinderen gefaciliteerd wordt door het toekennen van rechten. De meeste onderwijsinstellingen blijken onvoldoende te ondernemen om deze studenten te faciliteren. Ten aanzien van het nakomen van onderwijsverplichtingen overtreden zij het verbod om te discrimineren op grond van geslacht, indien met name vrouwelijke studenten worden getroffen en het beleid niet objectief kan worden gerechtvaardigd.

1. Introductie

De combinatie van studie en zorg voor kleine kinderen is voor steeds meer studenten de dagelijkse realiteit. Het aantal studenten met eenoudertoeslag in het mbo en hoger onderwijs is de afgelopen acht jaar met bijna de helft toegenomen van 7697 studenten in 2007 tot 11 341 studenten in 2015.[2] Studenten die zwanger worden of jonge kinderen hebben, kunnen veel problemen ondervinden tijdens hun studie. Denk daarbij aan een aanwezigheidsplicht, onvoldoende tentamen- en/of herkansingsmogelijkheden, weinig mogelijkheden voor aangepaste lesroosters en de afwezigheid van kolfruimtes. Uit onderzoek blijkt dat een groot deel van de studenten die zorgdragen voor kinderen vroegtijdig uitvalt tijdens de studie.[3]

De wetgever heeft – in veel gevallen ter codificering van gelijke behandelingsjurisprudentie – een groot aantal wettelijke regelingen geïntroduceerd ter bescherming en facilitering van zwangere en pas bevallen werkneemsters en werknemers die de zorg dragen voor kleine kinderen.[4] Voor studenten in dezelfde situatie bestaan echter slechts twee wettelijke regelingen en een derde regeling die nog niet in werking is getreden. Deze drie regelingen gelden bovendien alleen voor studenten in het hoger onderwijs (hbo en wo):

- Zwangere en pas bevallen studenten in het hoger onderwijs kunnen aanspraak maken op een financiële compensatie voor de duur van vier maanden (het Profileringsfonds).[5]
- Instellingen in het hoger onderwijs zijn verplicht om

Auteurs

1. Dr. mr. A. Eleveld is UD bij de sectie sociaal recht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Mr. drs. J.M. Allers, heeft de master Staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden afgerond in 2015. S. Delen (BA & LLB) is masterstudent Rechtsgeleerdheid aan Tilburg University. J. van Veldhuizen (LLB) is masterstudent Legal Research aan de Universiteit Utrecht. Dit artikel is een verkorte weergave van een VU onderzoeksrapport dat in november 2016 is verschenen (zie www.rechten.vu.nl/nl/Images/Student_zwanger_en_gelijke_behandeling_tcm247-795944.pdf).

Noten

2. Gegevens op aanvraag verstrekt door DUO.

3. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 24724, 135, p. 18-20.

4. Voor een overzicht van een aantal van deze wettelijke regelingen en voorzieningen zie de noten 8 tot 11.

5. Art. 7.51 WHW.

rekening te houden met de omstandigheid van zwangerschap bij de toekenning van het bindend studieadvies.[6]
- De geldigheid van examens kan niet worden beperkt indien sprake is van zwangerschap en bevalling (met ingang van 1 september 2017).[7]

De Minister van OCW heeft aangegeven dat de verantwoordelijkheid bij de onderwijsinstellingen zelf ligt: zij moeten zelf regelingen en voorzieningen treffen om deze groep studenten te faciliteren.[8] Mogelijk zijn onderwijsinstellingen hiertoe ook verplicht gezien het verbod op het maken van onderscheid op grond van geslacht. In dit artikel beantwoorden we de vraag of en in hoeverre instellingen in het mbo en het hoger onderwijs voldoen aan de eisen die voortvloeien uit het gelijke behandelingsrecht als het gaat om zwangere studenten en studerende moeders. Om deze vraag te operationaliseren hebben we aan de hand van twee criteria een lijst van relevante regelingen en voorzieningen opgesteld. Hiervoor hebben we in de eerste plaats gekeken naar onderwijsverplichtingen waaraan studenten mogelijkerwijs niet (kunnen) voldoen doordat ze in verband met zwangerschap en de zorg voor jonge kinderen herhaaldelijk afwezig zijn. De belangrijkste hiervan zijn: de verplichting om de studie binnen een bepaalde periode af te ronden (om verval van studiepunten te voorkomen), de verplichting om een bepaald aantal studiepunten te behalen ten behoeve van een bindend studieadvies, verplichtingen rond het afleggen van (her)tentamens, stageverplichtingen en de aanwezigheidsverplichting in het onderwijs. We hebben onderzocht in hoeverre de onderwijsinstellingen ten aanzien van deze verplichtingen specifiek iets geregeld hebben voor zwangere studenten (en studenten die ziek zijn als gevolg van zwangerschap en/of bevalling) en studenten met jonge kinderen.

De Minister van OCW heeft aangegeven dat de verantwoordelijkheid bij de onderwijsinstellingen zelf ligt

In de tweede plaats hebben we gekeken naar de wijze waarop de combinatie van studie en zwangerschap en/of de zorg voor jonge kinderen gefaciliteerd kan worden door het toekennen van rechten. Analoog aan de rechten die gelden voor zwangere werkneemsters (en werkneemsters die ziek zijn als het gevolg van zwangerschap en/of bevalling) en werknemers met zorg voor (jonge) kinderen zijn hiervan de belangrijkste: het recht op flexibele roostering en de mogelijkheid om op individueel niveau het rooster aan te passen,[9] het recht op zorgverlof (bij de zorg voor een ziek kind)[10] en zwangerschapsverlof,[11] het recht op specifieke voorzieningen bij ziekte die is gerelateerd aan zwangerschap en/of bevalling en het recht om te kolven.[12]

In par. 2 onderzoeken we aan de hand van de wetgeving, jurisprudentie en literatuur welke eisen het gelijke behandelingsrecht stelt aan de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het onderwijs. Par. 3 bevat een korte weergave van ons onderzoek naar de regelgeving en voorzieningen bij een selectie van instellingen van het mbo en hoger onderwijs. In par. 4 toetsen we de uitkomst van deze inventarisatie aan het eerder geschetste juridische kader.

2. Gelijke behandeling en onderwijs

In deze paragraaf beschrijven we het toetsingskader voor het recht op gelijke behandeling bij onderwijs.

2.1. De wetgeving

Voor de Nederlandse rechtspraktijk rond gelijke beloning en gelijke behandeling van mannen en vrouwen zijn vooral Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: het BW), de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (hierna: de WGB) en de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: de AWGB) relevant. De AWGB en de WGB kennen eenzelfde systematiek, die in deze paragraaf wordt besproken.

De WGB betreft implementatie van Europese regelgeving. Richtlijn 75/117/EEG en Richtlijn 76/207/EEG waren de eerste Europese richtlijnen in een reeks richtlijnen over gelijke beloning en gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Deze zijn in Nederland aanvankelijk geïmplementeerd in respectievelijk de Wet gelijk loon voor mannen en vrouwen en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsproces. In 1989 werd deze wetgeving herzien en kwam de nu nog geldende WGB tot stand. Richtlijn 2002/73/EG, tot wijziging van de tweede richtlijn, is later voor zover nodig geïmplementeerd in de WGB.[13] De in 1994 in werking getreden AWGB is, in tegenstelling tot de WGB, geen implementatie van Europees recht, hoewel deze wet wel hier en daar is aangepast om Europese richtlijnen te implementeren. De AWGB heeft discriminatiebestrijding ten doel en verbiedt het maken van onderscheid tussen personen op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, seksuele geaardheid en burgerlijke staat (artikel 1 AWGB). De WGB ziet alleen op het verbod op onderscheid op grond van geslacht en heeft als *lex specialis* voorrang boven de AWGB (artikel 4 AWGB).

De AWGB en de WGB verbieden zowel direct en indirect onderscheid. Er is sprake van direct onderscheid op grond van geslacht 'indien een persoon op grond van geslacht op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld' (artikel 1 lid 1 onder b WGB, zie ook artikel 1 lid 1 onder b AWGB). Direct onderscheid op grond van geslacht omvat ook onderscheid op grond van zwangerschap en moederschap (artikel 1 lid 2 WGB en artikel 1 lid 2 AWGB). Er is sprake van indirect onderscheid op grond van geslacht 'indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze personen van een bepaald geslacht in vergelijking met andere personen bijzonder treffen' (artikel 1 lid 1 onder c WGB, zie ook artikel 1 lid 1 onder c AWGB).

In de WGB strekt de materiële werkingssfeer van het verbod op discriminatie op grond van geslacht zich onder andere uit tot de toelating tot en behandeling binnen een



14-weken echo © Tim Hale Photography

beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding of cursus voor bijscholing of omscholing (artikel 4 WGB). In hoeverre valt het aanbieden van onderwijs op mbo, hbo en universitair niveau onder de werkingssfeer van dit artikel? Volgens de memorie van toelichting worden onder 'beroepsopleiding (...) begrepen alle opleidingen voor een beroep, waaronder ook de universitaire'.[14] De huidige tekst van artikel 4 WGB is een implementatie van artikel 3 Richtlijn 2002/73/EG.[15] In sub b van dit artikel wordt gesproken van 'alle vormen en alle niveaus van beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding en omscholing, met inbegrip van praktijkervaring'.[16] Aangezien onderscheid is verboden bij *alle vormen en niveaus* van beroepsonderwijs, lijkt het voor de hand liggend dat bedoeld is dat hieronder het aanbieden van onderwijs op zowel mbo- als het hbo-niveau valt.

In de AWGB strekt de materiële werkingssfeer van het verbod op onderscheid op grond van geslacht zich uit tot 'het laten volgen van onderwijs, scholing en vorming tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding' (artikel 5 lid 1 onder f AWGB) en tot 'het aanbieden van of verlenen van toegang tot diensten door instellingen die werkzaam zijn op

6. Art. 2.1 Uitvoeringsbesluit WHW jo. art. 7.8b lid 3 en art. 7.9 lid 3 WHW.

7. Nieuw art. 7.10 lid 4 WHW. Zie Wet van 15 juni 2016 tot wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met de versterking van de bestuurskracht van onderwijsinstellingen, *Stb*. 2016, 273.

8. Brief van de minister gericht aan het Public Interest Litigation Project d.d. 18 januari 2016.

9. Zie art. 2 Wet Aanpassing Arbeidsduur.

10. Zie art. 5:1 lid 1 en lid 2 sub b Wet Arbeid en Zorg.

11. Zie art. 3:1 Wet Arbeid en Zorg en art. 7:629 BW. Voor werknemers die zijn als gevolg van zwangerschap en/of bevalling: zie art. 29a lid 1 Ziektewet.

12. Zie art. 4:8 Arbeidstijdenwet.

13. *Kamerstukken II* 2004/05, 30237, 3.

14. *Kamerstukken II* 1978/79, 15400, 1-4, p. 15.

15. *Kamerstukken II* 2004/05, 30237, 3, p. 11.

16. Dit is herhaald in art. 14 van Richtlijn 2006/54/EG (herschikkingsrichtlijn).

het gebied van onderwijs' (artikel 7 lid 1 onder c AWGB). Uit de toelichting op de uitzonderingsbepaling in artikel 7 lid 2 AWGB kan opgemaakt worden dat 'onderwijs' uit het eerste lid ziet op onderwijs dat wordt aangeboden door zowel mbo-instellingen als instellingen in het hoger onderwijs.[17]

2.2. Oordelen van het College voor de Rechten van de Mens

In de jurisprudentie naar aanleiding van de WGB en de parlementaire behandeling van de WGB vinden we geen voorbeelden van handelingen van (mbo- en hbo-)instellingen die strijdig worden geacht met het verbod op het maken van onderscheid naar geslacht. In de oordelen van het College voor de Rechten van de Mens (hierna: College) vinden we meer aanknopingspunten. Het College heeft ten aanzien van artikel 7 AWGB twee oordelen uitgesproken. In het eerste oordeel (2009-71) kreeg een zwangere studente aan een universiteit geen mogelijkheid om buiten de reguliere tentamenperiode een tentamen te herkansen. Hierdoor zou zij een bachelorvak naast haar mastervakken moeten gaan volgen, wat zou leiden tot een zwaardere studielast. Volgens de toenmalige Commissie Gelijke Behandeling (hierna: Commissie) ondervond de studente hiervan nadeel en was dit nadeel een rechtstreeks gevolg van haar zwangerschap. Zwangerschap is, volgens de Commissie, een eigensoortige, seksegebonden omstandigheid, waarmee rekening moet worden gehouden. Het voorwaardelijk laten doorstromen van de student tot de masteropleiding was niet voldoende, want het nadeel dat de student ondervond ten gevolge van haar zwangerschap werd hierdoor niet volledig ondervangen.[18] De universitaire instelling handelde hiermee in strijd met het verbod op het maken van onderscheid op grond van geslacht, aldus de Commissie. De Commissie heeft niet expliciet verwoord wat 'rekening houden met' concreet inhoudt. Wel is duidelijk dat onderwijsinstellingen nadeel als gevolg van zwangerschap moeten ondervangen.

Het tweede oordeel (2014-72) ging over een zwangere studente aan de Politieacademie. Zij werkte bij de politie en deed daarnaast een deeltijdopleiding. Tijdens deze opleiding genoot ze zestien weken zwangerschapsverlof bij haar werkgever. Doordat ze tijdens haar zwangerschapsverlof ook tijdelijk stopte met haar studie overschreed ze de maximale studieduur van twee jaar. Als gevolg daarvan werd ze uitgeschreven van de opleiding zonder het diploma te krijgen. Het College overwoog dat de studente gedurende haar zwangerschapsverlof niet kon worden geacht verder te werken aan haar afstudeeronderzoek en haar scriptie. De maximale studieduur was als gevolg hiervan met zestien weken verkort. Nu de onderwijsinstelling geen rekening had gehouden met de zwangerschap van de studente als eigensoortige seksegebonden omstandigheid en het nadeel dat de studente ondervond niet had opgeheven (door geen verlenging toe te kennen), maakte zij direct onderscheid op grond van geslacht, aldus het College.[19] Het niet toekennen van zwangerschapsverlof door onderwijsinstellingen kan dus leiden tot direct onderscheid op grond van geslacht wanneer de studente hiervan nadeel ondervindt.

Een derde oordeel van het College zag op gelijke behandeling bij arbeid, maar is wellicht ook van belang voor de onderwijssituatie. In 2012 oordeelde het College dat het geven van borstvoeding onlosmakelijk met het

Het niet toekennen van zwangerschapsverlof door onderwijsinstellingen kan leiden tot direct onderscheid op grond van geslacht wanneer de studente hiervan nadeel ondervindt

moederschap is verbonden. Het niet beschikbaar stellen van een geschikte kolfruimte door de werkgever kan dan ook leiden tot direct onderscheid op grond van geslacht.[20] Omdat kolven niet alleen noodzakelijk is tijdens arbeid, maar ook tijdens het volgen van onderwijs, behoeft het weinig verdere invulling om analoog op het onderwijs te kunnen worden toegepast. In de volgende paragraaf gaan we na in hoeverre deze uitspraak en andere uitspraken die zien op gelijke behandeling bij arbeid (waarover veel meer rechtspraak te vinden is) kunnen worden toegepast op de onderwijssituatie.

2.3. Analoge toepassing van rechtspraak gelijke behandeling bij de arbeid

Discriminerende omstandigheden op het terrein van de arbeid en van het onderwijs zijn in belangrijke mate vergelijkbaar, omdat de relatie tussen aan de ene kant de werknemer en de werkgever en aan de andere kant de student en de onderwijsinstellingen beide een relatie impliceren waarbij:

a. de ene partij in een bepaalde mate afhankelijk is van de andere partij;
b. en de afhankelijke partij (de werknemer, de student) bepaalde activiteiten verricht;
c. in ruil voor een beloning (loon, een diploma, een certificaat);
d. onder omstandigheden die in belangrijke mate bepaald worden door de andere partij (de werkgever, de onderwijsinstelling);[21]
e. en waarbij de partijen een overeenkomst aangaan;[22]
f. waaraan ze voor bepaalde of langere tijd zijn gebonden (duurovereenkomst);
g. waarbij de ene partij (de werkgever, de onderwijsinstelling) een zorgplicht heeft ten aanzien van de andere partij (de werknemer, de student).[23]

Op het eerste gezicht zijn er dus goede argumenten om de rechtspraak die ziet op het discriminatieverbod op grond van geslacht bij arbeid analoog toe te passen op het terrein van onderwijs. Hieraan kleven echter haken en ogen, omdat beide situaties weliswaar tot op bepaalde hoogte vergelijkbaar zijn, maar niet identiek. Worden er bij de arbeid hoofdzakelijk productieve activiteiten verricht (belang van de werkgever), bij een studie staat het leerelement voorop (belang van de student).[24]

Het verschil tussen de arbeidssituatie en de onderwijssituatie lijkt met name relevant voor de argumentatie ten aanzien van de rechtvaardiging van indirecte discriminatie, maar speelt ook een belangrijke rol bij directe discriminatie. De casuïstische jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ EU of Hof) laat namelijk in het algemeen zien dat het Hof zwangerschap en bevalling bij arbeid als het ware 'accommodeert'. In het algemeen kunnen volgens de literatuur de volgende hoofdlijnen worden vastgesteld in de rechtspraak van het HvJ EU die ziet op het discriminatieverbod op grond van geslacht bij de arbeid:

- Het HvJ EU heeft deels de situatie van zwangerschap uit het 'gelijke behandelingsframe' gehaald en in het 'beschermingsframe' geplaatst.[25]
- Het doel van het faciliteren van de combinatie van arbeid en zorg wordt steeds meer erkend voor moeders, en in toenemende mate ook voor vaders.[26]
- Echter, tot nu toe heeft het HvJ EU economische doelen de prioriteit gegeven boven het doel van substantieve gelijkheid van vrouwen.[27]

Op grond van deze jurisprudentie kan niet vooraf worden vastgesteld of en wanneer bepaalde aanpassingen voldoende zijn: het Hof lijkt telkens een impliciete belangenafweging toe te passen. Dit betekent dat, toegepast op de onderwijssituatie, in ieder geval kan worden gesteld dat de onderwijsinstelling een verplichting heeft uit te leggen waarom de instelling al dan niet de zwangere en pas bevallen studente ondersteunt of tegemoet komt. Meer specifiek kan op grond van een analoge toepassing van de gelijke behandelingsrechtspraak bij arbeid worden gesteld dat:

- onderwijsinstellingen niet de reguliere regels voor afwezigheid mogen toepassen op studenten die afwezig zijn vanwege aan zwangerschap gerelateerde ziekte. Het gaat om verschillende situaties en volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EU is het toepassen van dezelfde regels op verschillende situaties discriminatie.[28]
- het toekennen van rechten zoals het recht op een zwangerschapsverlof, kolfverlof, of het recht op een flexibele roostering voor zwangere en pas bevallen studenten niet direct aan het gelijke behandelingsrecht kan worden ontleend. Aan de andere kant verwerpt het Hof een pure formele benadering van het discriminatieverbod. De uiteindelijke invulling van een meer materiële benadering van dit verbod laat het Hof uitdrukkelijk over aan de lidstaten.
- werkgevers relatief gemakkelijk praktijken van indirecte discriminatie kunnen rechtvaardigen met een beroep op bijvoorbeeld economische argumenten. Dit type argument zal in de onderwijssituatie minder snel worden geaccepteerd. Het verlaten van een onderwijsinstelling zonder diploma wordt immers maatschappelijk gezien onwenselijk geacht. Zoals de wetgever in de toelichting bij de AWGB aangeeft, zijn voorzieningen als het onderwijs 'van algemeen belang en hebben een grote maatschappelijke betekenis'.[29] De onderwijsinstelling zal, met andere woorden, een objectieve rechtvaardiging niet lichtvaardig mogen opvatten.

Economische argumenten zullen in de onderwijssituatie minder snel worden geaccepteerd

3. Regelingen en voorzieningen voor zwangere studenten en studenten die de zorg dragen voor jonge kinderen

Deze paragraaf bevat een korte weergave van ons onderzoek naar de regelingen en voorzieningen in het onderwijs.

3.1. Data

Het was om praktische redenen niet mogelijk om alle onderwijsinstellingen te onderzoeken. Daarom hebben we een selectie van onderwijsinstellingen onderzocht, waarbij we rekening hebben gehouden met een aantal factoren. In de eerste plaats hebben we ervoor gekozen om de nadruk te leggen op mbo-instellingen, omdat het aantal studenten dat een beroep doet op de eenoudertoeslag zowel in absolute als in relatieve zin in het mbo hoger ligt dan in het hoger onderwijs.[30] Voor het onderzoek hebben we

17. *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, 3, p. 22.
18. CGB oordeel 2009-71 par. 3.9-3.12.
19. CRM oordeel 2014-72 par. 3.7-3.9.
20. CGB oordeel 2012-90 par. 3.4 en 3.10. Vrouwen die borstvoeding geven, hebben overigens op grond van art. 4:8 Arbeidstijdenwet recht op tijd en ruimte om te kolven. De werkgever dient hen de gelegenheid hiervoor te bieden en een geschikte, af te sluiten, besloten ruimte ter beschikking te stellen.
21. Punten (a)-(d) wat betreft de werkgever-werknemerrelatie: zie de elementen uit de arbeidsovereenkomst uit art. 7:610 BW.
22. De arbeidsovereenkomst (werkgever-werknemerrelatie) is vastgelegd in art. 7:610 BW. De relatie tussen de onderwijsinstelling in het mbo-onderwijs en de student is een onderwijsovereenkomst geregeld in art. 8.1.3 WEB en voor het hoger onderwijs wordt een impliciete onderwijsovereenkomst aangenomen (zie o.a. P.W.A. Huisman, *Basisboek onderwijsrecht*, Den Haag: SDU 2015).
23. Voor de arbeidsovereenkomst is de zorgplicht van de werkgever gereguleerd in art. 7:611 BW. Een zorgplicht van de onderwijsinstelling is aangenomen in de rechtspraak. Zie Rb. Den Haag, 11 juni 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:9082 en ECLI:NL:RBDHA:2014:9084.
24. Zie bijv. HR 29 oktober 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC0442.
25. P. Foubert, *The legal protection of the pregnant worker in the European community*, The Hague: Kluwer Law International 2002.
26. E. Caracciolo di Torella, 'Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Care Givers in an Evolving European Union', *ELJ* 20/1, p. 88-106, DOI: 10.1111/eulj.12033.
27. S. Burri, *Tijd delen. Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000; N. Busby, *A right to care? Unpaid work in European employment law*, Oxford: Oxford University Press 2011.
28. Zie bijv. HvJ EG 8 september 2005, C-191/03 (*McKenna*), par. 46, 53 en 56; en HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96 (*Brown*), par. 22, 31 en 32.
29. *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, 3, p. 21.
30. Een indicatie van het aantal studerende ouders wordt gevormd door het aantal studerenden met partnertoeslag en eenoudertoeslag. In totaal waren dit in 2015 14391 studenten. Bij het mbo was dit 4,2% van het totaal aantal studenten met studiefinanciering. Bij het hbo was dit 1,4% en bij de universiteit was dit 0,5%.

twaalf mbo-instellingen, vijf hbo-instellingen en drie wo-instellingen geselecteerd. Bij de selectie is in de eerste plaats gelet op de geografische spreiding van de onderwijsinstellingen. Van de mbo-instellingen hebben we één instelling per provincie gekozen. Bij de instellingen in het hoger onderwijs hebben we er met name op gelet dat zowel instellingen van binnen als buiten de Randstad vertegenwoordigd zijn.

Voor elke geselecteerde opleiding hebben we de relevante regelgeving bestudeerd. Hiervoor zijn afhankelijk van de onderwijsinstelling verschillende reglementen geraadpleegd, in de periode januari 2016 tot en met juni 2016. Dit betrof de volgende reglementen:

- Onderwijs- en Examenreglementen
- Studentenstatuten (ook wel deelnemersstatuut genoemd)
- Onderwijsovereenkomsten
- Stageovereenkomsten
- Verzuimprotocollen
- Zwangerschapsprotocollen en Jonge moeders protocollen

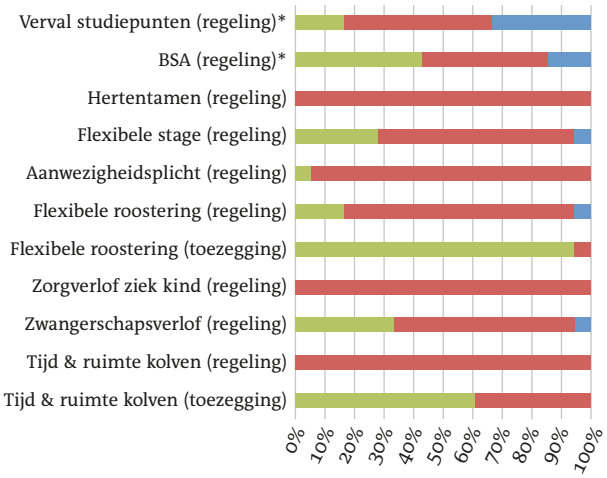
Deze documenten waren ofwel online beschikbaar of werden telefonisch opgevraagd. Daarnaast is waar mogelijk bij elke onderwijsinstelling gesproken met medewerkers van onderwijsinstellingen tot wie een student zich wendt voor hulp en informatie bij de combinatie studie en zorg of die betrokken zijn bij de afhandeling van klachten.

3.2. De resultaten

Figuur 1 bevat de resultaten van het onderzoek naar de regelingen en voorzieningen in het hoger onderwijs en het mbo die zwangere en pas bevallen studenten en studenten die de zorg dragen voor kinderen faciliteren. Uit het onderzoek bleek dat bij geen enkele onderzochte onderwijsinstelling iets geregeld was voor studenten die ziek zijn als gevolg van zwangerschap en bevalling. We zullen daarom in het vervolg van deze paragraaf verder niet bespreken in hoeverre er iets specifiek geregeld is voor deze groep.

Onderwijsinstellingen hebben nauwelijks specifieke regelingen in het leven geroepen om de studie van zwangere studenten en studenten die de zorg dragen voor jonge kinderen te faciliteren

Aanwezigheid regelingen en voorzieningen mbo en hoger onderwijs



*** Verval studiepunten en BSA (bindend studieadvies) zijn alleen onderzocht voor het hoger onderwijs.**[31]

Figuur 1: Aanwezigheid regelingen en voorzieningen bij het mbo en het hoger onderwijs

Figuur 1 laat in één oogopslag zien dat instellingen in het mbo en het hoger onderwijs nauwelijks specifieke regelingen in het leven hebben geroepen om de studie van zwangere studenten en studenten die de zorg dragen voor jonge kinderen te faciliteren.

Bij mbo-instellingen is over het algemeen net iets meer geregeld dan bij instellingen in het hoger onderwijs en dat geldt dan met name voor die mbo-instellingen die een zwangerschaps- of moederschapsprotocol hebben. Een dergelijk protocol vinden we bij iets meer dan de helft van de onderzochte mbo-instellingen (zeven). Bijna alle mbo-instellingen met een zwangerschapsprotocol kennen een recht op zwangerschapsverlof. Aan de andere kant bevat slechts een minderheid van deze protocollen een uitzonderingsbepaling in verband met stageverplichtingen of het recht op een flexibel rooster.

In het hoger onderwijs lijkt de aanwezigheid van regelingen voor zwangere studenten vooral samen te hangen met wettelijke verplichtingen, zoals de uitzondering voor het bindend studieadvies en een financiële ondersteuning in de periode van zwangerschap en bevalling. Ook hier zien we echter dat regelgeving bij de onderwijsinstelling vaak afwezig is. Immers, lang niet alle scholen hebben de uitzondering voor zwangerschap geïmplementeerd in de eigen regelingen betreffende het bindend studieadvies. Daarnaast heeft geen enkele instelling van hoger onderwijs in haar reglementen een regeling voor zwangerschapsverlof opgenomen.

In verband met de nieuwe wettelijke regeling die vanaf 1 september 2017 van kracht is (zie inleiding), valt op dat slechts één onderzochte onderwijsinstelling expliciet een uitzondering voor zwangere studenten heeft opgenomen voor het verval van studiepunten. Uit het onderzoek bleek verder dat in sommige gevallen niets is geregeld voor zwangere en pas bevallen studenten, terwijl er wel specifieke bepalingen zijn opgenomen voor studenten met een functiebeperking en topsporters.

Dat op veel terreinen niets specifiek is geregeld voor zwangere studenten of studenten die de zorg dragen voor jonge kinderen wil overigens niet zeggen dat deze groep in de praktijk niet wordt uitgezonderd van bepaalde verplichtingen of dat deze groep geen aanspraak kan maken op bepaalde rechten. In sommige gevallen heeft een onderwijsinstelling een algemene uitzonderingsclausule die bijvoorbeeld ziet op 'ziekte', 'overmacht' of andere 'persoonlijke omstandigheden'. Bij de regelingen rond hertentamens geldt dit voor vrijwel elke onderwijsinstelling. Categorieën als 'ziekte' of 'overmacht' hebben evenwel als nadeel dat studenten die zwanger zijn of kortgeleden zijn bevallen in onzekerheid verkeren of een uitzondering zal worden toegestaan. Immers, steeds zal individueel

Het is uiteindelijk een taak van de wetgever om het recht op zwangerschapsverlof, het recht op tijd en ruimte voor borstvoeding en het recht op een flexibel studieprogramma te regelen

getoetst moeten worden of bijvoorbeeld een zwangere studente wel 'ziek' genoeg is om een succesvol beroep te doen op de algemene uitzonderingsclausule.

De onzekerheid geldt eveneens voor rechten die niet formeel geregeld zijn (ook niet door middel van uitzonderingsclausules), maar afhankelijk zijn van 'maatwerk' zoals het recht op een flexibel rooster en het recht op een ruimte om te kolven. In figuur 1 is dit aangegeven als 'toezegging'. Uit de interviews blijkt dat, met name als het gaat om het recht op een flexibel rooster, de beslissing hierover mede afhangt van de 'goodwill' van de desbetreffende docent.

4. Analyse en conclusie

Wanneer maakt een onderwijsinstelling, gezien het hierboven geschetste rechtskader, ongeoorloofd onderscheid op grond van geslacht? Laten we eerst kijken naar de verplichtingen. Op grond van de besproken oordelen van het College voor de Rechten van de Mens dient een onderwijsinstelling in ieder geval rekening te houden met de situatie van zwangerschap en bevalling van een studente en – analoog aan de rechtspraak die ziet op gelijke behandeling bij arbeid – eventueel ook de studente die ziek is als gevolg van zwangerschap. In het oordeel uit 2009 ging het om het afleggen van een hertentamen. Het is niet ondenkbaar dat het College tot een vergelijkbaar oordeel zou komen ten aanzien van het bindend studieadvies, het verval van studiepunten, stageverplichtingen, en aanwezigheidsverplichtingen. Het is daarentegen niet op voorhand duidelijk dat de onderwijsinstelling bij de regeling van deze *verplichtingen* rekening dient te houden met studenten die de zorg hebben voor kinderen. Zij heeft immers steeds de mogelijkheid om een voor deze studenten nadelige regeling objectief te rechtvaardigen. Echter, gezien het bredere maatschappelijke doel van het onderwijs zal ze een dergelijke objectieve rechtvaardiging niet lichtvaardig mogen opvatten.

Hoe zit het nu met *rechten*, zoals het recht op zwangerschapsverlof, op tijd en ruimte om te kolven, op een flexibel onderwijsprogramma en op zorgverlof? Wat betreft het recht op zwangerschapsverlof lijkt het College aan de hand van de door het HvJ EU toegestane materiële invulling van het gelijke behandelingsrecht, zwangere en pas bevallen studenten bescherming te willen bieden die vergelijkbaar is met die van werknemers.[32] Daarnaast kan op grond van een analoge interpretatie van het oordeel van het College uit 2012 – dat eveneens getuigt van een materiële invulling van het gelijke behandelingsrecht – worden betoogd dat de studente mogelijk ook aanspraak kan maken op tijd en ruimte om te kolven. Wellicht kan deze invulling van het gelijke behandelingsrecht worden doorgetrokken naar het recht op een flexibel studieprogramma voor zwangere en pas bevallen studenten (en op grond van een analogieredenering eveneens voor studenten die ziek zijn als gevolg van zwangerschap en/of bevalling).

Het gaat echter te snel om aan deze analoge interpretatie van de jurisprudentie algemene rechten voor zwangere en pas bevallen studenten te ontlenen. Het is uiteindelijk een taak van de wetgever om het recht op zwangerschapsverlof, het recht op tijd en ruimte voor borstvoeding en het recht op een flexibel studieprogramma te regelen. Aan de hand van bovenstaande kunnen we echter wel vaststellen dat de onderwijsinstelling de verplichting heeft om uit te leggen waarom de instelling zwangere en pas bevallen studenten (en bij het recht op een flexibel onderwijsprogramma ook de student die ziek is als gevolg van zwangerschap of bevalling) al dan niet ondersteunt of tegemoetkomt.

Een dergelijke materiële invulling van het gelijke behandelingsrecht lijkt echter niet op te gaan voor een aanspraak op zorgverlof en voor het recht op een flexibel studieprogramma voor studenten die de zorg dragen voor kinderen. De combinatie van studie en zorg is immers niet nadrukkelijk verbonden met het geslacht.

Wanneer we de onderzoeksresultaten vergelijken met de eisen die naar onze mening uit het gelijke behandelingsrecht volgen, kunnen we concluderen dat de meeste onderwijsinstellingen onvoldoende ondernemen om zwangere en pas bevallen studenten (en studenten die ziek zijn als gevolg van zwangerschap en bevalling) te faciliteren. Indien een onderwijsinstelling van mening is dat ze niet in strijd met het gelijke behandelingsrecht handelt, ligt er in ieder geval een verplichting op de

31. Verval studiepunten en BSA is tot nu toe alleen wettelijk geregeld voor het hoger onderwijs en mbo niveau 1. Dit laat onverlet dat mbo instellingen zelf iets kunnen regelen op dit vlak. Dit was echter nauwelijks het geval bij de door ons onderzochte mbo-instellingen. Mbo-instellingen zijn om die reden buiten beschouwing gelaten voor deze items. Zie ook noot 38.

32. Zie oordeel 2014-72.

onderwijsinstelling om uit te leggen waarom ze de zwangere en pas bevallen student (alsmede de student die ziek is als gevolg van zwangerschap of bevalling) niet ondersteunt of tegemoetkomt. De meeste onderwijsinstellingen ondersteunen evenmin studenten die zorgdragen voor jonge kinderen. Ten aanzien van het nakomen van onderwijsverplichtingen overtreden deze onderwijsinstellingen het verbod om te discrimineren op grond van geslacht, indien met name vrouwelijke studenten worden getroffen en het beleid niet objectief kan worden gerechtvaardigd.

Nu het voor de onderwijsinstellingen niet vanzelfsprekend lijkt om regelingen en voorzieningen te treffen voor zwangere studenten en studenten die de zorg dragen voor jonge kinderen, dringt de vraag zich op of vanuit het perspectief van het gelijke behandelingsrecht hier niet een taak voor de overheid ligt. De lidstaten van de EU hebben immers eindverantwoordelijkheid bij de nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit de Europese richtlijnen. Bovendien is Nederland partij bij het VN-Vrouwenverdrag dat in artikel 10 bepaalt dat de lidstaten gehouden zijn om alle passende maatregelen te nemen om vrouwenrechten te verzekeren die gelijk zijn aan die van mannen op het gebied van onderwijs en vorming. Het toezichthoudend comité van het VN-Vrouwenverdrag (Committee on the Elimination of Discrimination against Women) heeft zeer recent de Nederlandse regering aangeraden om iets te doen aan het gemis aan beleid voor onderwijsinstellingen dat is gericht op zwangere studenten.[33] Een actueel voorbeeld waar de overheid regelend op zou kunnen treden betreft het bindend studieadvies op het mbo. De regering heeft namelijk met de recente wetswijziging waarmee het bindend studieadvies op niveau twee, drie en vier van het mbo wordt ingevoerd, nagelaten een uitzonderingsbepaling ten aanzien van zwangerschap op te nemen,[34] terwijl dit in het hoger onderwijs al langer geldt.

Nationale regelgeving alleen is echter niet zaligmakend. Uit ons onderzoek blijkt bijvoorbeeld dat een bestaande wettelijke regeling op grond waarvan een uitzondering voor zwangere en pas bevallen studenten geldt bij het bindend studieadvies, bij de helft van de onderzochte instellingen niet is geïmplementeerd in de regelgeving van de onderwijsinstelling. Wij pleiten daarom voor een gezamenlijke inspanning door de nationale overheid middels concrete wetgeving op de terreinen die wij hebben onderzocht en een daaraan verbonden inspanningsverplichting voor de onderwijsinstellingen om deze wetgeving om te zetten naar beleid en regelgeving op het niveau van de onderwijsinstelling. •

Nationale regelgeving alleen is niet zaligmakend

33. Conclusies bij de zesde rapportage, 18 november 2016, Cedaw/c/nld/co/6, p. 8, punt 33 b 34 b. Zie verder Kamervragen naar aanleiding van dit rapport (*Kamerstukken II* 2016/17, 2016Z21596).

34. Zie het nieuwe art. 8.1.1c WEB in de Wet van 5 oktober 2016, houdende wijziging van de Wet educatie en beroepsonderwijs en enkele andere wetten ter invoering van een vroegtijdige aanmelddatum voor en toelatingsrecht tot het beroepsonderwijs (*Stb*. 2016, 362).