

**Nr. 97**

VN Mensenrechtencomité 4 april 2002, comm. 965/2000 (Amor, Ando, Bhagwati, Chanet, Khalil, Klein, Lallah, Medina Quiroga, Rivas Posada, Rodley, Scheinin, Shearer, Yrigoyen, Vella en Yalden).

*Onderscheid op grond van nationaliteit strijdig met art. 26 IVBPR.*

*Turkse werknemer klaagt over een wetsbepaling die alleen aan Oostenrijkers en EU/EER-burgers passief kiesrecht voor OR-verkiezingen toekent. De wederzijdse gepriviligieerde behandeling die de EU/EER-statEN elkaars burgers bij verdrag hebben toegekend,*

*rechtaardigt niet elk verschil in behandeling tussen EU/EER-burgers en andere vreemdelingen. Voor de uitsluiting van werknemers uit derde landen bij de OR-verkiezing alleen op grond van hun nationaliteit bestaat geen redelijke en objectieve rechtaardiging.*

**Artt. 25; 26 IVBPR; art. 1 IVRD.**

Karakurt  
tegen  
Oostenrijk

1. The author of the communication, dated 13 December 2000, is Mümtaz Karakurt, a Turkish national, born 15 June 1962. He alleges to be a victim of a breach by the Republic of Austria of article 26 of the Covenant. He is represented by counsel.

2. The State party has made two relevant reservations which affect consideration of the present case. Upon its ratification of the Covenant on 10 September 1978, the State party entered a reservation to the effect, *inter alia*, that: 'Article 26 is understood to mean that it does not exclude different treatment of Austrian nationals and aliens, as is also permissible under article 1, paragraph 2, of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.'<sup>1</sup> Upon its ratification of the Optional Protocol on 10 December 1987, the State party entered a reservation to the effect that: 'On the understanding that, further to the provisions of article 5 (2) of the Protocol, the Committee provided for in Article 28 of the Covenant shall not consider any communication from an individual unless it has been ascertained that the same matter has not been examined by the European Commission on Human Rights established by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.'

The facts as presented by the author

3.1 The author possesses (solely) Turkish citizenship, while holding an open-ended residence permit in Austria. He is an employee of the 'Association for the Support of Foreigners' in Linz, which employs 10 persons in total. On 24 May 1994, there was an election for the Association's work-council ('Betriebsrat') which has statutory rights and responsibilities to promote staff interests and to supervise compliance with work conditions. The author, who fulfilled the formal legal requirements of being over 19 years old and having been employed for over six months, and another employee, Mr Vladimir Polak, were both elected to the two available spaces on the work-council.

3.2 On 1 July 1994, Mr Polak applied to the Linz Regional Court for the author to be stripped of his elected position on the grounds that he had no standing to be a candidate for the work-council. On 15 September 1994, the Court granted the application,

on the basis that the relevant labour law, that is s.53(1) Industrial Relations Act (Arbeitsverfassungsgesetz), limited the entitlement to stand for election to such work-councils to Austrian nationals or members of the European Economic Area (EEA). Accordingly, the author, satisfying neither criteria, was excluded from standing for the work-council.

3.3 On 15 March 1995 the Linz Court of Appeal dismissed the author's appeal and upheld the lower Court's reasoning. It also held that no violation of Art. 11 of the European Convention on Human Rights (ECHR) was involved, considering that the right to join trade unions had not been interfered with. On 21 April 1995, the author appealed to the Supreme Court, including a request for a constitutional reference (including in terms of the ECHR) of s.53(1) of the Act by the Constitutional Court.

3.4 On 21 December 1995, the Supreme Court discussed the author's appeal and denied the request for a constitutional reference. The Court considered that the work-council was not an 'association' within the meaning of Art. 11 ECHR. The work-council was not an association formed on a voluntary and private basis, but its organisation and functions were determined by law and was comparable to a chamber of trade. Nor were the staff as such an independent association, as they were not a group of persons associated on a voluntary basis. As to arguments of discrimination against foreigners, the Supreme Court, referring to the State party's obligations under the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, considered the difference in treatment between Austrian nationals and foreigners to be justified both under the distinctions that the European economic treaties draw in labour matters between nationals and non-nationals, and also on account of the particular relationship between nationals and their home State. Moreover, as a foreigner's stay could be limited and subjected to administrative decision, the statutory period of membership in a work-council was potentially in conflict.

3.5 On 24 July 1996 the author applied to the European Court of Human Rights. On 14 September 1999, the Third Chamber of the Court, by a majority, found application 32441/96 manifestly ill-founded and accordingly inadmissible. The Court held that the work-council, as an elected body exercising functions of staff participation, could not be considered an 'association' within article 11 ECHR, or that the statutory provisions in question interfered with any rights under this article.

The complaint

4.1 The author contends that s.53(1) of the Act and the State party's Courts' decisions applying that provision violate his rights to equality before the law and to be free of discrimination, contained in article 26 of the Covenant. The author refers to the Committee's findings of violations of gender-specific legislation in

*Broeks v Netherlands*<sup>2</sup> and *Zwaan-de Vries v Netherlands*<sup>3</sup> in this connection. The author contends that the distinction made in the State party's law regarding eligibility to be elected to a work-council as between Austrian/EEA nationals and other nationals has no rational or objective foundation.

4.2 The author contends that where an employee receives the trust, in the form of the vote, of fellow employees to represent their interests upon the work-council, that choice should not be denied by law simply on the basis of citizenship. It is argued that there can be no justification for the law's assumption that an Austrian/EEA national can better represent employee's interests. Nor, according to the author, does the law limit the exclusion of non-nationals to, for instance, those who do not have a valid residence period for the term of office or are not fluent in the German language, and so the exclusion is overbroad. It is contended that the reservation of the State party to article 26 of the Covenant should not be interpreted as legitimising any unequal treatment between nationals and non-nationals.

4.3 As to issues of admissibility, the author concedes the State party's reservation to article 5 of the Optional Protocol, but argues that the Committee's competence to consider this communication is not excluded as the European Court only considered the 'association' issue under article 11 ECHR and did not examine issues of discrimination and equality before the law. The author points out that article 26 of the Covenant finds no equivalent in the European Convention, and so the communication should be held admissible.

The State party's observations on admissibility and merits

5.1 The State party, by submissions of 31 July 2001 and 14 March 2002, contests both the admissibility and the merits of the communication.

5.2 As to admissibility, the State party argues that the European Court of Human Rights has already considered the same matter, and that accordingly, by virtue of the State party's reservation to article 5 of the Optional Protocol, the Committee is precluded from examining the communication.

5.3 As to the merits, the State party advances three arguments as to why there is no violation of the Covenant. Firstly, the State party argues that the claim, properly conceived, is a claim under article 26 in conjunction with article 25, as the right to be elected to work-councils is a political right to conduct public affairs under article 25. Article 25, however, as confirmed in the Committee's General Comment 18, explicitly acknowledges the right of States parties to differentiate on the grounds of citizenship in recognising this right. Accordingly, the Covenant does not prevent the State party from granting only its citizens the right to participate in the conduct of political affairs, and for this reason alone the claims must fail.

5.4 Secondly, the State party submits that the Committee is precluded by its reservation to article 26 of the Covenant from considering the communication. The State party argues that it has excluded any obligation to treat equally nationals and non-nationals, thereby harmonising its obligations under the Covenant with those it has assumed under the International Covenant on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (see article 1, paragraph 2). Accordingly, it has assumed no obligation under article 26 to confer the treatment accorded nationals also to foreigners, and the author has no right under article 26 to be treated in the same way as Austrian nationals in respect of eligibility to stand for election to the work-council.

5.5 Thirdly, the State party submits that, if the Committee reaches an assessment of whether the difference in treatment between the author and Austrian/EEA nationals is justified, the differentiation is based on reasonable and objective grounds. The State party argues that the privilege accorded EEA nationals is the result of an international law obligation entered into by the State party on the basis of reciprocity, and pursues the legitimate aim of abolishing differences in treatment of workers within European Community/EEA Member States. The State party refers to the jurisprudence of the Committee<sup>4</sup> for the proposition that a privileged position of members of certain states created by an agreement of international law is permissible from the perspective of article 26. The Committee observed that creating distinguishable categories of privileged persons on the basis of reciprocity operated on a reasonable and objective basis.

5.6 The State party refers to the decision of its Supreme Court of 21 December 1995, which, relying on the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the justification for treating Community nationals preferentially, held that the European Accession Treaty constituted an objective justification for different legal status of Austrian/EEA nationals and nationals of third countries.

5.7 The State party points out in conclusion that the issue of whether, as a matter of directly applicable European law, Turkish employees have the right to stand for election to work-councils, is a matter currently being litigated before the European Court of Justice.<sup>5</sup> It emphasises however that even if the outcome is that there is such a right, which would satisfy the object of the author's current complaint, the distinction in the current law between Austrian/EEA nationals and others remains objectively justified and accordingly consistent with article 26.

The author's comments on the State party's submissions

6.1 The author, by submissions of 19 September 2001, rejects the State party's arguments on both admissibility and merits.

6.2 As to admissibility, the author emphasises that the claim brought before the European Court related to the right of association protected in article 11 of the European Convention on Human Rights, while the claim now brought is one of discrimination and equality before the law under article 26 of the Covenant. Accordingly, the author, referring generally to the Committee's jurisprudence, claims that it is not the 'same matter' now before the Committee as has already been before the European Court. In any event, the author argues that a rejection of the communication as manifestly ill-founded cannot be considered an 'examination' of the matter, within the meaning of the State party's reservation.

6.3 As to the merits, the author argues that article 25 has no relevance to this case, concerning public matters rather than issues of organisational employment structures in the private sector. As the work-council concerns central representation of the employees of a private sector organisation, there is no public dimension which would attract article 25 and the claim falls to be considered alone by the general principles of article 26.

6.4 The author repeats his contention that article 26 imposes a general obligation on the State party to avoid legal and practical discrimination in its law, and argues that no reasonable and objective grounds for the differentiation exist. A reasonable differentiation would, rather than imposing a blanket prohibition on non-Austrian/EEA nationals, permit such nationals possessing, like the author, sufficient linguistic and legal capacities the right to stand for work-council election. The mere existence of the European association provision and the current proceedings before the European Court of Justice are said to underscore the problematic nature of the current blanket differentiation in this employment field between Austrian/EEA nationals and other nationals performing the same labour tasks.

#### **Issues and proceedings before the Committee**

7.1 Before considering any claim contained in a communication, the Human Rights Committee must decide, in accordance with rule 87 of its rules of procedure, whether the claim is admissible under the Optional Protocol to the Covenant.

7.2 As required under article 5, paragraph 2(a), of the Optional Protocol, the Committee has ascertained that the same matter is not being examined under another procedure of international investigation or settlement.

7.3 As required under article 5, paragraph 2(b), of the Optional Protocol, the Committee has ascertained that domestic remedies have been exhausted.

7.4 As to the State party's contention that its reservation to article 5 of the Optional Protocol excludes the Committee's competence to consider the communication, the Committee notes that the concept of the 'same matter' within the meaning of article 5(2) (a)

of the Optional Protocol must be understood as referring to one and the same claim of the violation of a particular right concerning the same individual. In this case, the author is advancing free-standing claims of discrimination and equality before the law, which were not, and indeed could not have been, made before the European organs. Accordingly, the Committee does not consider itself precluded by the State party's reservation to the Optional Protocol from considering the communication.

7.5 The Committee has taken note of the State party's reservation to article 26, according to which the State party understood this provision 'to mean that it does not exclude different treatment of Austrian nationals and aliens, as is also permissible under article 1, paragraph 2, of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.' The Committee considers itself precluded, as a consequence, from examining the communication insofar as it argues an unjustified distinction in the State party's law between Austrian nationals and the author. However, the Committee is not precluded from examining the claim relating to the further distinction made in the State party's law between aliens being EEA nationals and the author as another alien. In this respect the Committee finds the communication admissible and proceeds without delay to the examination of the merits.

#### **Examination of the merits**

8.1 The Committee has considered the communication in the light of all the information made available to it by the parties, as required by article 5, paragraph 1, of the Optional Protocol.

8.2 As to the State party's argument that the claim is, in truth, one under article 25 of the Covenant, the Committee observes that the rights protected by that article are to participation in the public political life of the nation, and do not cover private employment matters such as the election of an employee to a private company's work-council. It accordingly finds article 25, and any adverse consequences possibly flowing for the author from it, not applicable to the facts of the present case.

8.3 In assessing the differentiation in the light of article 26, the Committee recalls its constant jurisprudence that not all distinctions made by a State party's law are inconsistent with this provision, if they are justified on reasonable and objective grounds.<sup>6</sup>

8.4 In the present case, the State party has granted the author, a non-Austrian/EEA national, the right to work in its territory for an open-ended period. The question therefore is whether there are reasonable and objective grounds justifying exclusion of the author from a close and natural incident of employment in the State party otherwise available to EEA nationals, namely the right to stand for election to the relevant work-council, on the basis of his citizenship alone.

Although the Committee had found in one case (N°. 658/1995, Van Oord v. The Netherlands) that an international agreement that confers preferential treatment to nationals of a State party to that agreement might constitute an objective and reasonable ground for differentiation, no general rule can be drawn therefrom to the effect that such an agreement in itself constitutes a sufficient ground with regard to the requirements of article 26 of the Covenant. Rather, it is necessary to judge every case on its own facts. With regard to the case at hand, the Committee has to take into account the function of a member of a work council, i.e., to promote staff interests and to supervise compliance with work conditions (see para. 3.1). In view of this, it is not reasonable to base a distinction between aliens concerning their capacity to stand for election for a work council solely on their different nationality. Accordingly, the Committee finds that the author has been the subject of discrimination in violation of article 26.

9. The Human Rights Committee, acting under article 5, paragraph 4, of the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, is of the view that the facts before it disclose a violation of article 26 of the Covenant.

10. In accordance with article 2, paragraph 3 (a), of the Covenant, the State party is under an obligation to provide the author with an effective remedy, consisting of modifying the applicable law so that no improper differentiation is made between persons in the author's situation and EEA nationals.

11. Bearing in mind that, by becoming a party to the Optional Protocol, the State party has recognised the competence of the Committee to determine whether there has been a violation of the Covenant and that, pursuant to article 2 of the Covenant, the State party has undertaken to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognised in the Covenant, and to provide an effective and enforceable remedy in case a violation has been established, the Committee wishes to receive, within ninety days, information from the State party about the measures taken to give effect to the Committee's Views. The State party is requested to publish the Committee's Views.

Individual Opinion by Committee Members Sir Nigel Rodley and Mr. Martin Scheinin (partly dissenting)  
We share the Committee's views that there was a violation of article 26 of the Covenant. However, we take the position that the State party's reservation under that provision should not be understood to preclude the Committee's competence to examine the issue whether the distinction between Austrian nationals and aliens is contrary to article 26.

Both the wording of the reservation and the State party's submission in the present case refer to Austria's intention to harmonise its obligations under the Covenant with those it has undertaken pursuant to

the Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD). Hence, the effect of the reservation, interpreted according to the ordinary meaning of its terms, is that the Committee is precluded from assessing whether a distinction made between Austrian nationals and aliens amounts to such discrimination on grounds of 'race, colour, descent or national or ethnic origin'<sup>7</sup> that is incompatible with article 26 of the Covenant.

However, in its practice the Committee has not addressed distinctions based on citizenship from the perspective of race colour, ethnicity or similar notions but as a self-standing issue under article 26.<sup>8</sup> In our view distinctions based on citizenship fall under the notion of 'other status' in article 26 and not under any of the grounds of discrimination covered by article 1, paragraph 1, of the CERD.

Consequently, the Austrian reservation to article 26 does not affect the Committee's competence to examine whether a distinction made between citizens and aliens amounts to prohibited discrimination under article 26 of the Covenant on other grounds than those covered also by the CERD. Consequently, the Committee is not prevented from assessing whether a distinction based on citizenship is per se incompatible with article 26 in the current case.

For us, therefore, the issue before the Committee is that of the compatibility with its obligations under article 26 of the State party's legislation as applied in the present case preventing an alien from standing for elective office in a work-council. Nothing in the State party's response persuades us that the restriction is either reasonable or objective. Therein lies the State party's violation of article 26 of the Covenant.

1 Article 1, paragraph 2, of the Convention provides as follows: '2. This Convention shall not apply to distinctions, exclusions, restrictions or preferences made by a State Party to this Convention between citizens and non-citizens.'

2 Communication No. 172/1984

3 Communication No. 182/1984

4 Van Oord v The Netherlands, Communication No. 658/1995.

5 The litigation revolves around the interpretation Article 10, paragraph 1, of Association Council Decision No. 1/80, which requires Community Member States to grant Turkish employees belonging to their regular labour market a status vis-à-vis Community workers, excluding discrimination on the grounds of nationality, with regard to remuneration and 'other working conditions'. The Federal Ministry for Labour, Health and Social Affairs took the view, on its interpretation of the relevant jurisprudence of the European Court of Justice, that the Article was directly enforceable, and that the right to stand for work-council election was an 'other working condition'. That interpretation favourable to persons in the author's situation was challenged in the Constitutional Court, which has now referred the matter to the European Court of Justice for decision.

6 See, for example, Broeks v The Netherlands (Communication 172/1984), Spenger v The Netherlands (Communication 395/1990) and Kavanagh v Ireland (819/1998).

7 The terms used in article 1, paragraph 1, of the CERD. Article 1,

paragraph 2, of the CERD makes it clear that citizenship is not covered by the notion of ‘national origin’.

- 8 Ibrahima Gueye and 742 other retired Senegalese members of the French army v. France (Communication No. 196/1985).
- 

#### Noot

1. Het beleid van Oostenrijk om werk nemers uit landen buiten de EU in wetgeving uit te sluiten van ondernemingsraden, van andere vormen van werk nemers vertegenwoordigingen en van sommige voorzieningen voor werk nemers, heeft geleid tot enkele belangrijke uitspraken over de bescherming die algemene non-discriminatiebepalingen bieden tegen achterstelling op grond van nationaliteit. In het arrest Gaygusuz t. Oostenrijk oordeelde het EHRM dat de uitsluiting van een langdurig legal in Oostenrijk gevestigde Turkse werk nemer van een bepaalde werkloosheidssuitkering alleen op grond van zijn nationaliteit strijdig was met art. 14 EVRM in samenhang met art. 1 van het Eerste Protocol, arrest van 16 september 1996, RV 1996, 87 en NCJM-Bulletin 1997, pag. 461. In bovenstaande uitspraak maakt het VN-Mensenrechtencomité nog eens duidelijk dat ook art. 26 IVBPR bescherming biedt tegen discriminatie op grond van nationaliteit (zie punt 6 van deze noot). Art. 26 IVBPR dwingt de staat die onderscheid op die grond wil maken dat verschil in behandeling te rechtvaardigen.

2. Geen van de door Oostenrijk in deze zaak aangevoerde rechtvaardigingen voor het onderscheid houdt stand. Het Comité maakt korte metten met de poging om de beperking in art. 25 IVBPR, dat politieke rechten alleen voor staatsburgers garandeert, uit te breiden tot werk nemers vertegenwoordigingen. Art. 25 heeft betrekking op deelname aan ‘the public life of the nation’ en niet op ondernemingsraden in particuliere bedrijven (zie punt 8.2). Overigens kan de verwijzing door het Comité naar ‘the nation’ misverstand wekken. Art. 25 heeft niet alleen betrekking op politieke vertegenwoording op nationaal niveau, maar geldt ook voor die op regionaal of lokaal niveau.

Het tweede argument van de Oostenrijkse regering was niet zozeer een rechtvaardiging van het onderscheid, maar betrof de bevoegdheid van het Mensenrechtencomité om een oordeel over het onderscheid te geven. Oostenrijk had in 1978 bij de ratificatie van het IVBPR een voorbehoud gemaakt dat art. 26 IVBPR aldus interpreteerde ‘that it does not exclude the different treatment of Austrian nationals and aliens, as is also permissible under article 1, paragraph 2, of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.’ De verwijzing naar het IVRD maakte het voorbehoud dubbelzinnig. Die verwijzing kan als een rechtvaardiging voor het uitsluiten van elk onderscheid tussen Oostenrijkers en vreemdelingen worden gelezen, maar ook als een beperking van het Oostenrijkse voorbehoud. Voor die laatste lezing kozen de twee leden van het Comité, die

een gedeeltelijk afwijkende mening bij bovenstaande uitspraak gaven. Dat gaf hun de gelegenheid te benadrukken dat het Comité een verschil maakt tussen onderscheid op grond van nationaliteit en onderscheid op grond van ras, huidskleur of etnische herkomst. Onderscheid op grond van nationaliteit wordt in art. 26 niet expliciet genoemd maar valt onder ‘other status’. Het voorbehoud zou in deze lezing alleen gevallen betreffen waar het onderscheid naar nationaliteit niet tevens onderscheid naar ras opleverde. Overigens zegt art. 1, lid 2 IVRD niet dat het de verdragspartijen vrijstaat om onderscheid tussen staatsburgers en vreemdelingen te maken, maar alleen dat het IVRD niet van toepassing is op dergelijk onderscheid. De meerderheid van het Comité koos voor de eerste lezing van het Oostenrijkse voorbehoud. Dat mocht Oostenrijk echter niet baten. Het voorbehoud heeft alleen betrekking op onderscheid tussen nationalen en vreemdelingen, terwijl het in deze zaak gaat om onderscheid tussen verschillende categorieën vreemdelingen: tussen EU/EER-burgers en burgers van andere landen. Voor een dergelijk onderscheid geldt het voorbehoud niet (zie punt 7.5). Het Mensenrechtencomité maakt hier duidelijk dat art. 26 IVBPR, afgezien van eventuele voorbehouden, zowel van toepassing is op onderscheid tussen staatsburgers en vreemdelingen, als op onderscheid tussen vreemdelingen op basis van hun nationaliteit.

Dus moet het Mensenrechtencomité het derde argument van Oostenrijk beoordelen: het bewiste verschil in behandeling tussen EU/EER-burgers en andere vreemdelingen vloeit direct voort uit een verdrag waarbij een groep staten elkaar burgers op basis van wederkerigheid een voorkeursbehandeling hebben toegekend. Erder had het Mensenrechtencomité een verdragsverplichting wel als voldoende rechtvaardiging voor een verschil in behandeling aangemerkt. In die zaak ging het om oud-Nederlanders, die als Amerikaanse staatsburgers in de VS woonden en een lagere AOW-uittrekking kregen dan in Australië, Canada en Nieuw-Zeeland wonende oud-Nederlanders als gevolg van verschillen in de bilaterale sociale zekerheidsverdragen die Nederland met die drie landen en met de VS had gesloten, uitspraak van 23 juli 1997, Van Oord t. Nederland, zaak 658/1995. Nu preciseert het Mensenrechtencomité dat niet elke internationale overeenkomst voldoende rechtvaardiging vormt voor een verschil in behandeling van personen die wel en die niet onder die overeenkomst vallen. Van geval tot geval moet worden bekeken of is voldaan aan de eis dat het onderscheid is ‘justified on reasonable and objective grounds’. Gezien de taak van ondernemingsraadleden – het opkomen voor werk nemers belangen en het toezicht houden op de naleving van arbeidsvoorwaarden – acht het Mensenrechtencomité een onderscheid alleen op grond van nationaliteit bij het passief kiesrecht voor deze raden onvoldoende gerechtvaardigd en derhalve strijdig met art. 26 IVBPR (punt 8.4).

Er valt wat voor te zeggen dat aan de rechtvaardiging van onderscheid tussen vreemdelingen onderling hogere eisen mogen worden gesteld, dan aan onderscheid tussen staatsburgers en vreemdelingen. Wanneer een staat eenmaal aan bepaalde groepen vreemdelingen een recht heeft toegekend dat tevoren aan de eigen burgers was voorbehouden, geeft die staat aan dat de speciale band tussen de staat en de eigen burgers op dit punt niet langer doorslaggevend is. Voor het onthouden van datzelfde recht aan andere vreemdelingen moeten er dan goede gronden zijn die geen verband houden met een speciale band tussen de staat en de betrokken individuen. Uit deze uitspraak in de zaak- Karakurt en het arrest Gaygusuz wordt wel duidelijk dat die rechtvaardiging, zeker bij vreemdelingen die lang legaal in het land wonen, niet snel wordt aangenomen.

3. Bij vergelijking van deze uitspraak van het Mensenrechtencomité met het arrest Gaygusuz vallen twee dingen op. Ten eerste beriep Oostenrijk zich in de zaak-Gaygusuz op de afwezigheid van een bilaterale overeenkomst met Turkije die de betrokken werknemer het recht op een gelijke behandeling als Oostenrijkers toekende. In de zaak- Karakurt voerde Oostenrijk de multilaterale overeenkomst tussen de EU/EER-staten aan als rechtvaardiging voor de uitsluiting. Het Mensenrechtencomité laat niet blijken bijzondere betekenis te hebben gehecht aan de omstandigheid dat het hier gaat om een nauwe vorm van samenwerking tussen een groep staten en niet om een eenvoudige bilaterale overeenkomst. Oostenrijk deed nog een impliciet beroep op het arrest Mousataquim van het EHRM (zie 5.6). In dat arrest besliste het Hof in Straatsburg dat het onderscheid tussen EG-burgers en derdelanders bij de toelating en uitzetting niet strijdig is met art. 14 EVRM (RV 1991, 50). Kennelijk ziet het Mensenrechtencomité een wezenlijk verschil tussen verblijfsrecht en kiesrecht voor politieke organen enerzijds en het lidmaatschap van een ondernemingsraad anderzijds. De eerste liggen onmiskenbaar in de publieke sfeer, het laatste ligt daar duidelijk buiten. Bij de eerste is onderscheid op grond van nationaliteit eerder gerechtvaardigd dan bij de tweede.

Het tweede verschil is dat het EHRM in het arrest Gaygusuz bij de toetsing aan het discriminatieverbod van art. 14 EVRM de lat voor de rechtvaardiging voor onderscheid uitsluitend op grond van nationaliteit expliciet heel hoog legt ('very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention'). Het Mensenrechtencomité volstaat met de toepassing van het algemene criterium ('reasonable and objective grounds') dat het ook bij toetsing van onderscheid op andere gronden aan art. 26 IVBPR hanteert.

4. Oostenrijk is ook nog verwikkeld in twee procedures bij het Hof van Justitie EG over de toelaatbaarheid

van de uitsluiting van niet EU/EER- werknemers uit organen die werknemers vertegenwoordigen. Dat blijkt ook uit punt 5.7 van bovenstaande uitspraak van het Mensenrechtencomité. De eerste zaak voor het Hof in Luxemburg betreft de vraag van het Verfassungsgerichtshof of de uitsluiting van Turkse werknemers uit de publiekrechtelijke Kammern für Arbeiter und Angestellte in overeenstemming is met art. 10, lid 1 van Besluit 1/80 van de Associatieraad EEG-Turkije dat gelijke behandeling op het punt van arbeidsvooraarden voorschrijft. Deze vraag resteerde nadat de Oostenrijkse regering had erkend dat dit art. 10 uitsluiting van Turkse werknemers uit de ondernemingsraden niet toeliet. In die zaak (Zajedno/Birlitke, C-171/01) heeft A-G Jacobs geconcludeerd dat de uitsluiting uit de kamers van arbeiders alleen geoorloofd is als deze kamers zelf publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefenen. De andere zaak is een inbreukprocedure waarin de Europese Commissie stelt dat Oostenrijk in strijd met de gelijke behandelingsclausules in een reeks van associatieovereenkomsten handelt door werknemers uit de betrokken landen uit te sluiten uit ondernemingsraden en andere vertegenwoordigende organen (zaak C-465/01).

5. De verschillen tussen Oostenrijk, Duitsland en Nederland op dit punt zijn opmerkelijk. In Oostenrijk is de formele uitsluiting van buitenlandse werknemers in de wet vastgelegd. In Duitsland en Nederland heeft de wetgeving op de ondernemingsraden nimmer onderscheid gemaakt naar de nationaliteit van werknemers. De praktijk in beide landen verschilt echter aanmerkelijk. In Duitsland zijn buitenlandse werknemers sterk vertegenwoordigd in ondernemingsraden en onder het vakbondscode. In Nederland zijn maar weinig niet-Nederlanders lid van een ondernemingsraad of kaderlid bij een vakbond. Bij een onderzoek in 2000 bleek dat in tweederde van de ondernemingen waar 10% of meer van de werknemers tot de doelgroepen van de Wet Samen behoren, geen enkele werknemer uit die groepen lid is van een OR, zie R. de Vries en E. Schin-Derksen, Onderzoek samenstelling ondernemingsraden, Den Haag 2000, pag. 24. Bestuurders van ondernemingen zoeken de oorzaken van deze sterke ondervertegenwoordiging vooral bij allochtone werknemers (gebrekkige taalkennis, problemen op de werkvoer en gebrek aan ervaring met medezeggenschap, a.w. pag. 58). Mijns inziens is die ondervertegenwoordiging echter eerder te wijten aan de opstelling van de Nederlandse vakbonden. Het gilden-denken mag in Oostenrijk in de wet tot uitdrukking komen, de Nederlandse praktijk is, zonder wettelijke uitsluiting, maar weinig beter gesteld. Ook binnen de EEG werd de uitsluiting van EG-migranten uit vertegenwoordigende lichamen geleidelijk afgebroken. Gelijke behandeling wat betreft het kiesrecht van EG-werknemers voor de ondernemingsraden staat al sinds 1968 in art. 8 van

Verordening 1612/68, maar de gelijke toegang tot beleids- en bestuursfuncties van vakbonden werd pas bij een wijziging in 1976 toegekend (Verordening (EEG) 312/76, Pb EG 1976 L 39).

6. De twee leden van het Mensenrechtencomité verwijzen in hun partly dissenting opinion naar de eerste uitspraak waarin het Mensenrechtencomité onderscheid naар nationaliteit als strijdig met art. 26 IVBPR aanmerkte, de zaak van Ibrahim Gueye en 742 andere gepensioneerde Senegalese militairen die in het Franse leger hadden gediend tegen Frankrijk (NJCM-Bulletin 1989, pag. 883). Frankrijk verlaagde na de onafhankelijkheid van Senegal hun militaire pensioen met het argument dat zij bij die onafhankelijkheid de Franse nationaliteit hadden verloren en dat de kosten van levensonderhoud in Senegal minder waren dan in Frankrijk. Het afdwingen van de naleving van die uitspraak van Mensenrechtencomité door de Franse overheid heeft zeer veel voeten in aarde gehad. Het leidde tot reeksen procedures en enkele uitspraken van de Conseil d'Etat, o.a. het arrest-Diop van 30 november 2001, Recueil Dalloz 2002, Jurisprudence Informations Rapides, p. 256. Zie over deze beschamende nasleep S. Slama, L'arrêt Diop, un long combat judiciaire, Plein Droit no.56, maart 2003, p. 10-13. Eind 2002 behandelde de Franse regering een voorstel om de militaire pensioenen van meer dan 100.000 vreemdelingen, die vroeger in het Franse leger had gediend, te verhogen. De kosten van het voorstel werden op 100 miljoen euro per jaar geschat (Migration News Sheet December 2002, pag. 23). De uitspraken van het Mensenrechtencomité kunnen dus vergaande effecten hebben, ook al is het Comité een quasi-rechterlijke instantie en hebben de staten zich niet explicet volkenrechtelijk tot naleving van die uitspraken verbon- den.

CAG