

VERSCHILLENDE GELIJKHEDEN? RECENTE EUROPESE EN NATIONALE RECHTSPRAAK OVER DISCRIMINATIE

Stefan Sottiaux* en Jogchum Vrielink**

I. INLEIDING

In 2012 blazen de drie federale antidiscriminatiewetten vijf kaarsjes uit. Op 10 mei zal het exact vijf jaar geleden zijn dat de Koning de (herziene) Antiracismewet, de Genderwet en de algemene Antidiscriminatiewet bekrachtigde en afkondigde.¹ Deels ging het om een hervorming van het bestaande kader, deels om totaal nieuwe wetgeving.² Na de hervorming van het federale discriminatierecht in 2007 kwam ook de ontwikkeling van de deelstatelijke antidiscriminatiewetgeving in een stroomversnelling. Het voor Vlaanderen belangrijkste instrument is het decreet houdende een kader voor het Vlaams gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid (Gelijkekansendecreet), dat in 2008 door het Vlaamse Parlement werd aangenomen.³

Het is geen geheim dat zowel de federale als de Vlaamse wetten en decreten mede tot stand kwamen onder impuls van de Europese Unie. Nadat het Verdrag van Amsterdam de Unie in 1999 bevoegd had gemaakt om maatregelen te nemen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid (artikel 19 VWEU), werd een uitgebreid arsenaal aan Europese richtlijnen uitgevaardigd. Het betreft om te beginnen de zogenaamde Ras- en Kaderrichtlijn.⁴ Daarnaast werden verschillende richtlijnen aangenomen die

* Docent KULeuven, advocaat.

** Postdoctoraal onderzoeker KULeuven en coördinator van het Universitair Centrum voor Discriminatie- en Diversiteitsrecht (Steunpunt Gelijkekansenbeleid).

1 Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme en xenofobie ingegeven daden, *BS* 30 mei 2007; wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, *BS* 30 mei 2007; Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *BS* 30 mei 2007.

2 De voornaamste voorgangers van de huidige wetten zijn: de Wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *BS* 8 augustus 1981; de Wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, *BS* 19 juni 1999 en de Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen een voor racismebestrijding, *BS* 17 maart 2003. De eerstgenoemde wet werd fundamenteel herzien door de wetgeving van 2007. De twee andere wetten werden opgeheven en vervangen door hun nieuwe versies.

3 Decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *BS* 23 september 2008.

4 Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming; Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

voor een coördinatie en uitbreiding van de al bestaande regels op het gebied van geslachtsdiscriminatie moesten zorgen.⁵

Ondanks de aandacht waarop de wetten van 2007 en hun voorgangers in juridische en bredere maatschappelijke kringen konden rekenen, kwam de ontwikkeling van de rechtspraak in België slechts traag op gang.⁶ Hoewel we tot op vandaag bezwaarlijk kunnen spreken van een overvloed aan rechtspraak, werden de laatste jaren toch een aantal belangrijke vonnissen en arresten geveld die de antidiscriminatiwetten stilaan tot leven lijken te wekken. Het is de bedoeling van deze bijdrage om een overzicht en een analyse van deze uitspraken te bieden. Naast de nationale rechtspraak wordt daarbij ook aandacht besteed aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie. In de mate dat de federale en de Vlaamse wetgeving een implementatie van de Europese richtlijnen vormt, krijgt het Hof in Luxemburg immers het laatste woord over de interpretatie ervan. We zullen zien dat het Hof ondertussen ook van die bevoegdheid gebruik heeft gemaakt door in een aantal prejudiciële arresten de betekenis van de richtlijnen te verduidelijken. Daarbij is het echter belangrijk om in het achterhoofd te houden dat het toepassingsgebied van de federale wetgeving en het Gelijkekansendecreet ruimer is dan het Europese basiskader.⁷ Het is dus niet uitgesloten dat het nationale discriminatierecht zich (deels) zelfstandig ontwikkelt.

Het is niet de bedoeling van deze bijdrage om een volledige inventaris te maken van de rechtspraak sinds het tot stand komen van de richtlijnen en de nationale wetgeving (als dat al mogelijk zou zijn, niet alle uitspraken zijn immers gepubliceerd). We beperken ons tot een *capita selecta* van de belangrijkste uitspraken van de hogere rechtscollèges. De selectie is daarenboven beperkt tot de rechtspraak over (al dan niet vermeende) discriminatoire handelingen. De (veelal strafrechtelijke) procedures over ‘discriminatoire’ meningsuitingen laten we buiten beschouwing.⁸ Wat de rechtspraak van het Hof van Justitie betreft, bouwt deze bijdrage voort op een eerder overzicht van Christian Bayart en Caroline Deiteren.⁹ De eerste Luxemburgse arresten, die in dat werk al uitgebreid onder de loep werden genomen, worden hieronder slechts kort vermeld. Wat, tot slot, de structuur betreft, opteren we er in navolging van Bayart en Deiteren voor om thematisch te werk te gaan en om dus niet elk

- 5 Richtlijn 2002/73/EG van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207 van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden; Richtlijn 2004/112/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten; Richtlijn 2006/54/EG van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking).
- 6 Over de mogelijke oorzaken, zie S. SOTTIAUX, “Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, *RW* 2008-09, 696-697.
- 7 Zie *infra* titel III.
- 8 Zie daarover J. VRIELINK, *Van haat gesproken? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, Antwerpen, Maklu, 2010.
- 9 C. BAYART en C. DEITEREN, “Recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Ras en Kaderichtlijn”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination, Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, die Keure, 2010, 37-75.

arrest afzonderlijk te bespreken. De volgende onderwerpen komen aan bod: het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel (II), het toepassingsgebied (III), de concepten directe en indirecte discriminatie (IV), redelijke aanpassingen (V) en de rechtvaardiging (VI).¹⁰

II. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL ALS ALGEMEEN BEGINSEL

A. Algemeen

Zowel het Grondwettelijk Hof als het Hof van Justitie, hebben zich naar aanleiding van de toetsing en de toepassing van de antidiscriminatiewetten en richtlijnen uitgesproken over het bestaan en de draagwijdte van wat zij als het 'algemeen gelijkheidsbeginsel' omschrijven. Voor een goed begrip van deze rechtspraak is het nuttig om kort stil te staan bij de specifieke aard en de kenmerken van de hier besproken wetgeving. Met deze inleidende beschouwing schetsen we meteen ook het kader voor de volgende delen van deze bijdrage.

We kunnen verschillende fasen in de ontwikkeling van het discriminatierecht onderscheiden.¹¹ Die fasen komen min of meer overeen met verschillende juridische modellen van discriminatiebestrijding. We beperken ons hier tot de eerste twee generaties of types: het constitutioneelrechtelijk gelijkheidsbeginsel en wat we de 'klassieke antidiscriminatiewetgeving' kunnen noemen. In de eerste en, historisch gezien, ook vroegste benadering, wordt het gelijkheidsbeginsel opgevat als een zelfstandig principe dat de overheid dient na te leven in haar relatie tot de burger. Anders gezegd: het gelijkheidsbeginsel is hier een beginsel van behoorlijke politieke besluitvorming (wetgeving en bestuur). Kenmerkend voor dit model is de algemene draagwijdte van het discriminatieverbod, althans wat de publieke besluitvorming betreft (de verticale verhoudingen). Het is van toepassing op elk overheidsoptreden, ongeacht het maatschappelijk domein waarop het betrekking heeft. Niet alleen de materiele maar ook de personele werkingssfeer (de lijst van persoonskenmerken of discriminatiegronden) is doorgaans onbegrensd. De grondwetten en de internationale mensenrechtenverdragen bevatten vaak geen lijst van verboden of bij voorbaat verdachte gronden, en wanneer dat toch het geval is, gaat het om een niet-exhaustieve opsomming.

De wetgeving die in deze bijdrage centraal staat, behoort echter tot het type van de tweede generatie. Het gaat om de zogenaamde klassieke antidiscriminatiewetgeving, die zijn oorsprong vindt in de Anglo-Amerikaanse *civil rights* wetgeving. Het gelijkheidsbeginsel wordt hier opgevat als een burgerrechtelijk beschermingsbeginsel. Het doel is niet zozeer het voorkomen van willekeurig of onverantwoord overheidsoptreden, maar wel het bestrijden van de (al dan niet bewuste) uitsluiting van mensen of groepen van mensen uit een aantal domeinen van het maatschappelijk leven, met alle schadelijke gevolgen

¹⁰ Voor de uitwerking van bijkomende belangrijke thema's, zoals sancties en bewijs(middelen), ontbrak binnen het bestek van deze bijdrage de ruimte. We beperken ons daarom tot de aangegeven, meer conceptuele, thema's.

¹¹ Zie uitgebreid S. SOTTIAUX, *l.c.*, 690 e.v.; C. McCrudden en H. Kountouros, "Human Rights and European Equality Law", Oxford Legal Studies Research Paper No. 8/2006.

van dien. Het discriminatieverbod vormt hier een individueel recht om niet te worden achtergesteld op grond van bepaalde, beschermde persoonskenmerken bij de toegang tot schaarse economische, sociale of culturele goederen. Het grote verschil met het constitutioneelrechtelijk discriminatieverbod is dat de antidiscriminatiewetgeving ook van toepassing is in de horizontale verhoudingen – de relaties tussen private personen onderling. Daartegenover staat echter het beperkte toepassingsgebied van deze wetgeving. De materiële werkingssfeer is beperkt tot de toegang tot bepaalde belangrijke rechtsgoederen (bijvoorbeeld arbeid, goederen en diensten, onderwijs, sociale voordelen, culturele voorzieningen) en de personele werkingssfeer tot bepaalde, (doorgaans) limitatief opgesomde, discriminatiegronden.

Voor de omschrijving van het toepassingsgebied is een belangrijke taak weggelegd voor de wetgever. Het is immers de wetgever die in beginsel beslist op welke terreinen en voor welke gronden discriminatie moet worden verboden en welke sancties daaraan worden gekoppeld. Zowel het Grondwettelijk Hof in zijn arresten van 2009 over de nieuwe federale wetten, als het Hof van Justitie in het *Test-Aankoop* arrest van 2011, hebben dit uitgangspunt met zoveel woorden bevestigd.¹² Beide rechtscolleges voegen er wel aan toe dat de wetgever bij het uitwerken van antidiscriminatiewetgeving (onder andere de omschrijving van het toepassingsgebied) zelf gehouden is het (constitutioneelrechtelijk) discriminatieverbod te respecteren.¹³ De toetsing van de richtlijnen en de wetten aan het discriminatieverbod hebben overigens geleid tot een uitbreiding van het personele (de toevoeging van de grond ‘syndicale overtuiging’¹⁴) en het materiële toepassingsgebied (premies en uitkeringen in het kader van verzekeringsdiensten¹⁵). We komen hier verder op terug.

12 Zie bijv. GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.10.4: “Het komt de wetgever toe de verplichting om het discriminatieverbod na te leven nader uit te werken”; B.14.5: “Het behoort (...) tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever om de discriminaties op gronden die hij het meest verwerpelijk acht nadrukkelijk te bestrijden”. HvJ 1 maart 2011, *Test-Aankoop*, C-236/09, r.o. 20: “Bij de geleidelijke totstandbrenging van deze gelijkheid bepaalt de Uniewetgever, gelet op de bij artikel 3, lid 3, tweede alinea, VEU en artikel 8 VWEU aan de Unie opgedragen taak, op welk tijdstip hij handelt, en houdt hij daarbij rekening met de ontwikkeling van de economische en sociale situatie in de Unie”. Zie ook de opinie van advocaat-generaal Kokott in dezelfde zaak: “Het is juist dat artikel 13, lid 1, EG een bepaling is volgens welke de Raad ‘maatregelen’ ter bestrijding van discriminatie ‘kan’ nemen. Derhalve beschikt hij zonder twijfel over een zekere beoordelingsmarge met betrekking tot de opportuniteit, de materiële werkingssfeer en de inhoud van de door hem vast te stellen antidiscriminatiebepalingen” (Concl. Adv. Gen. Kokott, 30 september 2010, *Test-Aankoop*, C-236/09, r.o. 34).

13 Zie bijv. GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.14.4: “Zelfs wanneer het gaat om verhoudingen tussen privépersonen, zou de wetgever niet kunnen afwijken van het algemene discriminatieverbod dat uitdrukkelijk is gewaarborgd bij de (...) vermelde grondwets- en verdragsbepalingen”; HvJ 1 maart 2011, *Test-Aankoop*, C-236/09, r.o. 21: “Een dergelijk handelen [het tot stand brengen van antidiscriminatiewetgeving], wanneer daartoe wordt beslist, moet het nagestreefde doel evenwel coherent verwezenlijken”. Zie ook de opinie van advocaat-generaal Kokott in dezelfde zaak: “Dergelijke bepalingen moeten zonder enige beperking een toetsing aan hogere rechtsregels van het Unierecht, in het bijzonder aan de grondrechten van de Unie, doorstaan. Ze moeten, om het met de bewoordingen van artikel 13, lid 1, EG (thans artikel 19, lid 1, VWEU) te formuleren, ‘passend’ zijn om discriminatie te bestrijden, en mogen geenszins van hun kant tot discriminatie leiden. De Raad kan zich niet onttrekken aan deze toetsing door kortweg te stellen dat hij ook niets had kunnen doen” (Concl. Adv. Gen. Kokott, 30 september 2010, *Test-Aankoop*, C-236/09, r.o. 35).

14 GwH 2 april 2009, nr. 64/2009.

15 HvJ 1 maart 2011, *Test-Aankoop*, C-236/09.

Hoewel er veel gelijkenissen zijn, hebben de Belgische en de Europese wetgevers niet altijd dezelfde keuzes gemaakt bij de totstandbrenging van hun respectieve antidiscriminatiewetgeving. Zoals hoger werd aangegeven, kennen de federale en Vlaamse wetten en decreten een ruimer personeel en materieel toepassingsgebied dan de Europese richtlijnen. De Europese discriminatiegronden zijn: geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. De Belgische wetten voegen daar nog de volgende gronden aan toe: nationaliteit,¹⁶ burgerlijke staat, geboorte, vermogen, politieke of syndicale¹⁷ overtuiging, taal en huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een fysieke of genetische eigenschap en sociale afkomst.¹⁸ Het toepassingsgebied van de Europese richtlijnen is grotendeels beperkt tot de arbeidsverhoudingen. Enkel voor de gronden geslacht (goederen en diensten) en ras (goederen en diensten, onderwijs, sociale zekerheid) is een ruimere werkingssfeer voorzien. De werkingssfeer van de federale en Vlaamse wetgeving is ruimer (ook toegang tot economische, sociale, politieke en culturele activiteiten) en geldt onverkort voor elk beschermd criterium.

Ondanks het ruime toepassingsgebied van de federale wetten en het Gelijkekansendecreet en het (iets minder) ruime toepassingsgebied van de Europese richtlijnen, blijft de werkingssfeer van deze wetgeving niettemin beperkt tot de door de wetgever geïdentificeerde gronden en domeinen. Hiermee zijn we aanbeland bij de discussie over de reikwijdte van het algemene gelijkheidsbeginsel. De vraag rijst wat de rechter moet doen indien er zich een 'discriminatie' voordoet in de horizontale verhoudingen, buiten het temporele of het materiële toepassingsgebied van de antidiscriminatiewetgeving.¹⁹

Hierop zijn twee antwoorden mogelijk. Het eerste luidt dat in een dergelijk geval tegen de discriminatie geen juridisch verhaal mogelijk is. Het tweede antwoord daarentegen luidt dat in dat geval nog steeds kan (en moet) worden teruggevallen op het algemene gelijkheidsbeginsel. Zowel het Grondwettelijk Hof als het Hof van Justitie hebben jurisprudentie over deze problematiek opgebouwd. Ook het Brusselse Arbeidshof heeft ter zake een interessant arrest gevelde.²⁰ In zijn recente rechtspraak lijkt het Grondwettelijk Hof resoluut voor de tweede optie te kiezen: de volledige horizontale doorwerking van het algemene gelijkheidsbeginsel. De rechtspraak van het Hof van Justitie is minder standvastig, maar lijkt eerder in de richting van het eerste antwoord te neigen. We bespreken achtereenvolgens de beide posities en maken vervolgens enkele algemene beschouwingen.

16 Voor over het discriminatieverbod op grond van nationaliteit in het Europees recht: D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 122-155.

17 De grond syndicale overtuiging vormde geen onderdeel van de aanvankelijke lijst. Na het arrest nr. 64/2009 van het Grondwettelijk Hof van 2 april 2009, waarin het ontbreken van de grond werd aangemerkt als ongrondwettig (zie uitvoerig *infra*), heeft de wetgever de grond ook uitdrukkelijk ingevoegd in de Antidiscriminatiewet: art. 107-119 Wet van 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, BS 31 december 2009.

18 De gronden ras en etnische afstamming worden voorts als volgt omschreven in de Belgische wetgeving (grotendeels in navolging van het IVUR): "zogenaamd ras; huidskleur; afkomst; nationale of etnische afstamming".

19 De vraag in verband met discriminatie die buiten het personele toepassingsgebied van de regelgeving valt, komt aan bod in titel III.

20 Arbh. Brussel 11 april 2008 (www.diversiteit.be).

B. Het algemeen beginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof

Het Grondwettelijk Hof houdt er een duidelijke, en vanuit rechtsvergelijkend oogpunt opvallende, zienswijze op na: ook in de afwezigheid van horizontaal werkende wetgeving, is het gedrag van burgers onderworpen aan het algemeen gelijkheidsbeginsel, waarvan de horizontale discriminatiewetten een ‘nadere uitwerking’ zijn.²¹ Volgens het Hof maakt “elke ongelijke behandeling in de verhoudingen tussen burgers waarvoor geen verantwoording kan worden gegeven, (...) een discriminatie uit”.²² Om de volledige doorwerking van het gelijkheidsbeginsel te realiseren, vertrouwt het Hof op de privaatrechtelijke inschakelingsmechanismen.²³ Een discriminatie is, aldus het Hof, een foutief gedrag dat tot een burgerrechtelijke sanctie, meer bepaald een schadevergoeding, aanleiding kan geven.²⁴ Bovendien kan de rechter een discriminerend contractueel beding nietig verklaren omdat het indruist tegen de openbare orde.²⁵ Deze rechtspraak, die tot stand kwam naar aanleiding van de toetsing van de federale wetten in 2009, werd in een arrest van 2011 bevestigd met een concreet voorbeeld. Het Hof stelde hierin het volgende:

[H]et beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie (...) brengt voor de verzekerders een verbod met zich mee om bij het bepalen van premies verschillen in behandeling tussen kandidaat-verzekeringssnemers in het leven te roepen die niet objectief en redelijk zijn verantwoord.²⁶

De hoger beschreven tegenstelling tussen het verticaal werkend constitutioneelrechtelijk gelijkheidsbeginsel en de klassieke (horizontale) antidiscriminatiewetgeving lijkt dus niet langer stand te houden in deze benadering. Het Hof ziet het wettelijk discriminatieverbod als een ‘nadere uitwerking’ van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.²⁷ Dat beginsel overstijgt de relatie tussen de overheid en de burger: “het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is immers geen louter beginsel van behoorlijke wetgeving en behoorlijk bestuur. Het is een van de grondslagen van een democratische samenleving”.²⁸ Het Hof voegt daaraan toe dat het “ontbreken van regelgevende bevoegdheid”, of andere overheidskenmerken zoals de “uitoefening van de openbare dienst”, een persoon niet ontslaan van de verplichting “om niet op discriminatoire wijze afbreuk te doen aan rechten van anderen”.²⁹ Met andere woorden: ook discriminaties die buiten het temporele, personele of materiële toepassingsgebied van het wettelijk verbod vallen, ontsnappen niet aan het verbod.

21 GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.10.4. Vgl.: GwH 11 maart 2009, nr. 39/2009, B.45.2; GwH 11 maart 2009, nr. 40/2009, B.90.2. Zie uitgebreid J. VRIELINK en D. DE PRINS, “Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving”, *TBP* 2009, 597-599.

22 GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.14.7.

23 Zie J. VRIELINK en D. DE PRINS, *l.c.*, 598.

24 GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.14.7.

25 *Ibid.*

26 GwH 10 november 2011, nr. 166/2011, B.56.2.

27 GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009, B.10.4.

28 *Ibid.*, B.10.3.

29 *Ibid.*

De belangrijkste, zo niet enige, beperking op de reikwijdte van dat algemene gelijkheidsbeginsel is dat het Grondwettelijk Hof het discriminatieverbod wettelijk alleen toepasselijk acht op personen die in het rechtsverkeer, in feite of in rechte, een *machtspositie* innemen. Die *machtspositie* stelt personen in staat om te discrimineren. Althans, het stelt hen daartoe *meer* in staat dan de personen die zich aan de overzijde van die *machtspositie* bevinden. Het feit dat de discriminatiewetten alleen een rechtsplicht inhouden voor 'de werkgevers en de personen die een vennootschap of maatschap van zelfstandige beroepen vormen' (en niet voor de 'werknemers of de personen die tot een vennootschap of maatschap van zelfstandige beroepen wensen toe te treden'), voor 'de aanbieders van goederen en diensten' (en niet voor 'de afnemers van goederen en diensten'), voor 'de verstrekkers van gezondheidszorg' (en niet de voor 'genieters' ervan), stoort het Hof dan ook niet.³⁰ Dit verschil in behandeling tussen categorieën van personen is in de woorden van het Hof "verantwoord door de *machtspositie*, in feite of in rechte, die de eerstgenoemde categorieën van personen op [de arbeidsmarkt, de markt van goederen en diensten en in de gezondheidszorg] innemen en die hen, meer dan de laatstgenoemde categorieën, in de gelegenheid stelt om te discrimineren".³¹

Uit de laatste overweging blijkt overigens dat het Hof niet ontkent dat ook werknemers, afnemers van goederen en diensten en ontvangers van gezondheidszorg kunnen discrimineren.³² Toch besluit het Hof het discriminatieverbod niet op die eersten toepasselijk moet zijn. Hieruit blijkt dat de houding van het Hof tegenover het verbieden van discriminatie pragmatisch is. Een blanke patiënt die weigert zich te laten behandelen door een zwarte arts voldoet aan de abstracte definitie van het discriminatieverbod en stelt moreel gesproken een buitengewoon verwerpelijke handeling. Maar toch valt hij buiten de reikwijdte van het juridische discriminatieverbod.³³ Dat verbod dient, aldus het Hof, om discriminatie tegen te gaan bij de toegang tot schaarse economische, sociale of culturele goederen. Het juridische discriminatieverbod is dus voor het Hof geen morele norm, waarvan het domein zich uitstrekt over alle facetten van het dagelijkse leven van de mens. Het is een geheel van regels dat een eerlijke toegang probeert te waarborgen tot arbeid, wonen, onderwijs en zorg. De 'wachters' die de toegang tot deze goederen controleren is het verboden om op basis van de beschermde groepskenmerken een discriminerend onderscheid te maken tussen kandidaten; en *alleen* hen is het verboden dit te doen.³⁴

30 Zie: *ibid.*, B.17.2, B.18.2 en B.19.2.

31 *Ibid.*

32 Het is alleen dat *grosso modo* de *machtspositie* van werkgevers, aanbieders van goederen en diensten en verstrekkers van gezondheidszorg hen *meer* in staat stelt om te discrimineren.

33 Dit was overigens anders onder de voorlopers van de huidige wetgeving, die moralistischer van aard en opzet was. Zo werd op grond van de Antiracismewet iemand vervolgd en veroordeeld voor een dergelijke weigering om zich te laten verzorgen door een (spoed)arts van Afrikaanse afkomst. Zie: Corr. Brussel 30 juni 1997 (www.diversiteit.be).

34 Voor de duidelijkheid: daarmee is niet gezegd dat men mag toegeven aan dergelijke discriminerende voorkeuren van klanten, werknemers of publiek. Veelal zal het ingaan op dergelijke vragen of eisen *wel* laakbaar zijn op grond van de discriminatiewetgeving. Ook kan het bewuste gedrag in hoofde van degene die het stelt verboden of zelfs strafbaar zijn op andere gronden; dat is mogelijk het geval in het aangehaalde voorbeeld. Op grond van de discriminatiewetgeving is het evenwel niet (meer) verboden.

C. Het algemeen beginsel in de rechtspraak van het Hof van Justitie

Ook volgens het Hof van Justitie vormen de nondiscriminatie-richtlijnen een nadere uitwerking van het algemeen Unierechtelijk gelijkheidsbeginsel. Dat principe werd voor het eerst verwoord in het *Mangold*-arrest (2005) en recent bevestigd in de arresten *Kücükdeveci* (2010) en *Römer* (2011).³⁵ Over de concrete gevolgen van dit uitgangspunt voor de toepasselijkheid van het algemeen discriminatieverbod in de horizontale verhoudingen, onafhankelijk van de richtlijnen, lijkt het Hof in Luxemburg echter minder voortvarend te zijn dan het Belgisch Grondwettelijk Hof. Maar we beginnen met de gelijkenissen. In *Mangold* schreef het Hof het volgende:

[H]et beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep [is] niet in richtlijn 2000/78 zelf verankerd. (...) [D]eze [heeft] enkel tot doel een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, terwijl het beginsel dat deze vormen van discriminatie verboden zijn (...) zijn oorsprong vindt in diverse internationale instrumenten en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten.³⁶

Met andere woorden, het algemeen discriminatieverbod – op grond van leeftijd in *Mangold* en *Kücükdeveci* en op grond van seksuele geaardheid in *Römer* – gaat de concrete uitwerking ervan, in de richtlijnen, vooraf. Naast de internationale verdragen en de constitutionele tradities, verwees het Hof in *Kücükdeveci* ook naar het Handvest van de Grondrechten, dat op grond van artikel 6 lid 1 VEU dezelfde juridische waarde heeft als de verdragen, om het bestaan van dit Unierechtelijk gelijkheidsbeginsel te motiveren.³⁷

Betekent dit dat het mogelijk is om in de horizontale verhoudingen een beroep te doen op het discriminatieverbod, als algemeen beginsel van EU recht, in situaties die buiten de concretisering van de richtlijnen vallen en dus niet gedekt zijn door het materiële of personele toepassingsgebied van die instrumenten? De ruime bewoordingen waarin het *Mangold*-arrest was gesteld leken dit niet uit te sluiten.³⁸ In deze zaak onderwierp het Hof van Justitie de Duitse wetgever en werkgevers aan het verbod van leeftijdsdiscriminatie voor het aflopen van de omzettingstermijn van de richtlijn. Het is bekend dat deze uitspraak, en het vooruitzicht van een algemeen horizontaal werkend Unierechtelijk gelijkheidsbeginsel, op heel wat weerstand stootte in de rechtsleer en in de conclusies van verschillende advocaten-generaal.³⁹ In de rechtspraak

35 HvJ 12 december 2002, *Mangold*, C-144/04; HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07; HvJ 10 mei 2011, *Römer*, C-147/08.

36 HvJ 12 december 2002, *Mangold*, C-144/04, r.o. 74. Zie ook HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, r.o. 20; HvJ 10 mei 2011, *Römer*, C-147/08, r.o. 59.

37 Zie ook HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, r.o. 22.

38 Zie bijv. D.F. BERKHOUT, "Discriminatie, directe werking van rechtsbeginselen en doorwerking van richtlijnen", *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010, 83; A. WIESBROCK, "Case Note – Case C-555/07, *Kücükdeveci v. Swedex*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010, *German Law Review* 2010, 543-544.

39 Zie bijv. Concl. Adv. Gen. Geelhoed, 16 maart 2006, *Chacon Navas*, C-13/05, r.o. 50-55; A. MASSON en C. MICHEAU, "The Werner Mangold Case: An Example of Legal Militancy", *European Public Law*

na *Mangold* werd de potentiële impact van het algemeen beginsel dan ook meteen beperkt.⁴⁰ In de recente arresten *Kücükdeveci* en *Römer* heeft het Hof nog meer duidelijkheid verschaft over de eerder beperkte draagwijdte ervan.

Uit de post-*Mangold* rechtspraak kunnen de volgende algemene principes worden afgeleid. Om te beginnen kan het algemeen beginsel van non-discriminatie enkel worden toegepast als de situatie binnen de “werkingssfeer” of het “toepassingsgebied” van het Unierecht valt.⁴¹ Dit is een belangrijke beperking van de draagwijdte van het algemeen beginsel: het Hof blijkt immers niet snel geneigd te zijn om de noodzakelijke band met het Unierecht te aanvaarden.⁴² Zo weigerde het in de zaak *Chacon Navas* ‘ziekte’ als verboden discriminatiegrond te erkennen. Deze grond kwam immers niet voor in de Verdragen of in de richtlijnen. Ook in de bevoegdheidsbepalingen in de Verdragen kon geen rechtsgrond worden gevonden.⁴³ In de zaken *Bartsch* en *Römer* heeft het Hof geoordeeld dat discriminaties die binnen het materiële toepassingsgebied van de non-discriminatie richtlijnen vallen (in casu de Kaderrichtlijn), vóór het verstrijken van de omzettingstermijn van die richtlijnen, niet onder de werkingssfeer van het Unierecht konden worden gebracht. Noch artikel 19 VWEU noch de richtlijn zelf konden hiervoor de nodige bevoegdheidsgrond verschaffen.⁴⁴ Enkel in *Kücükdeveci* kon een voldoende nauwe band met het Unierecht worden vastgesteld. De feiten vielen binnen de materiële werkingssfeer van de richtlijn én de discriminatie vond plaats na het verstrijken van de omzettingstermijn.⁴⁵

Ten tweede blijkt het Hof van Justitie aan het algemeen beginsel van non-discriminatie geen rechtstreekse horizontale werking toe te kennen.⁴⁶ De zaken waarin toepassing werd gemaakt van het algemeen beginsel betroffen steeds een geschil tussen private personen waarin de geldigheid van nationale wetgeving aan de orde was. In *Mangold* rees de vraag of een Duitse wettelijke regeling die het mogelijk maakte om aan oudere werknemers een arbeidsovereenkomst van bepaalde tijd aan te bieden, discriminatoir was. Het *Kücükdeveci*-arrest had dan weer betrekking op een Duitse wettelijke regeling over de opbouw van de opzegtermijn, die nadelig was voor jongere werknemers. Het algemeen beginsel werd met andere woorden steeds ingeroepen ten aanzien van nationale wetgeving en niet ten aanzien van het gedrag van individuen. Het algemeen beginsel hield in dat de nationale regels die strijdig waren met dat beginsel, buiten toepassing moesten worden gelaten. Het ging niet om een toetsing van een zelfstandige particuliere gedraging aan het discriminatieverbod.⁴⁷

2007, 587.

40 Zie HvJ 11 juli 2006, *Chacon Navas*, C-13/05; HvJ 23 september 2008, *Bartsch*, C-427/06. Voor een bespreking van de eerste post-*Mangold* rechtspraak, zie C. BAYART en C. DEITEREN, *l.c.*, 43-47.

41 Bijv. HvJ 11 juli 2006, *Chacon Navas*, C-13/05, r.o. 56; HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, r.o. 23; HvJ 10 mei 2011, *Römer*, C-147/08, r.o. 60.

42 C. BAYART en C. DEITEREN, *l.c.*, 47.

43 HvJ 11 juli 2006, *Chacon Navas*, C-13/05, r.o. 54-55.

44 HvJ 23 september 2008, *Bartsch*, C-427/06, 16-18; HvJ 10 mei 2011, *Römer*, C-147/08, r.o. 60-62.

45 HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, r.o. 24-25.

46 Zie reeds D. SCHIEK, “The ECJ Decision in *Mangold*: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation”, *Industrial Law Journal* 2006, 337.

47 Zie uitgebreid Concl. Adv. Gen. Bot, 7 juli 2009, *Kücükdeveci*, C-555/07, r.o. 85-88.

D. Besluit

Wanneer we de benadering van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie met elkaar vergelijken, springen er meteen een aantal belangrijke gelijkenissen en verschillen in het oog. Beide hoven zijn van oordeel dat de wetten en de richtlijnen (de klassieke antidiscriminatiewetgeving) een verbijzondering vormen van het algemeen gelijkheidsbeginsel (het constitutioneelrechtelijk discriminatieverbod). Over de meer concrete gevolgen van dit principiële uitgangspunt, lijken de beide rechtscolleges echter een andere mening te zijn toegedaan. Terwijl het Grondwettelijk Hof algemene en directe horizontale werking aan het grondwettelijk discriminatieverbod toekent,⁴⁸ is de reikwijdte van het Unierechtelijk beginsel in dubbel opzicht beperkt. Ten eerste moet de situatie waarop het beginsel wordt toegepast binnen de (strikt omschreven) werkingssfeer van het Unierecht vallen. Ten tweede is er geen sprake van directe horizontale werking: de rechtspraak heeft betrekking op de geldigheid van nationale wetgeving, niet op het gedrag van private personen. Over de mogelijke verklaringen voor en de argumenten voor en tegen de beide benaderingen valt heel wat te zeggen. Deze discussie valt echter buiten het bestek van deze tekst.

De relatief beperkte impact van de benadering van het Hof van Justitie wordt geïllustreerd in een arrest van het Arbeidshof van 11 april 2008.⁴⁹ De zaak betrof een geschil tussen een scheidsrechter en de Koninklijke Belgische Voetbalbond. Eerstgenoemde was van oordeel dat de leeftijdsgrens voor scheidsrechters (45 jaar) een leeftijdsdiscriminatie in de arbeidsverhoudingen inhield. Het Hof was het met deze stelling eens, althans “vanuit de thans geldende normen”.⁵⁰ Het probleem was dat de discriminatoire handeling (het ontslag van de scheidsrechter wegens het bereiken van de leeftijdsgrens) zich in 2002 had voorgedaan, met andere woorden vóór de inwerkingtreding van de Belgische antidiscriminatiewetgeving en vóór het verstrijken van de termijn voor de omzetting van richtlijn. De scheidsrechter trachtte dit euvel te ontwijken door een beroep op het algemeen gelijkheidsbeginsel, zoals het Hof van Justitie dat had uitgetekend in het *Mangold*-arrest. Het Arbeidshof ging hier echter niet in mee. Het wees er immers op dat het *Mangold*-arrest betrekking had op de verticale relaties, namelijk op de geldigheid van een Duitse wettelijke norm. De voorliggende zaak betrof echter een zuiver geschil tussen private personen. Volgens het Hof werd “geen enkele maatregel naar Belgisch recht (...) aangeduid op basis waarvan de leeftijdsdiscriminatie wettelijk geïnstitutionaliseerd zou zijn”.⁵¹ Het arrest van het Arbeidshof dateert van voor de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over het algemeen beginsel. Wellicht zou het Arbeidshof op basis van die rechtspraak tot een ander besluit komen.

⁴⁸ Voor een kwalificatie zie *supra*.

⁴⁹ Arbh. Brussel 11 april 2008 (www.diversiteit.be).

⁵⁰ *Ibid.*, 8.

⁵¹ *Ibid.*

III. TOEPASSINGSGEBIED

Het zal ondertussen duidelijk zijn dat het toepassingsgebied van de antidiscriminatiewetgeving beperkt is. Het discriminatieverbod geldt slechts voor een limitatief aantal discriminatiegronden (het personele toepassingsgebied) en binnen een beperkt aantal maatschappelijke domeinen (het materiële toepassingsgebied). In dit deel onderzoeken we de rechtspraak over de interpretatie van de begrippen die het toepassingsgebied omschrijven. We behandelen achtereenvolgens de discriminatiegronden en het materiële toepassingsgebied

A. De discriminatiegronden

Noch de richtlijnen, noch de wetten en de decreten geven een definitie van de verboden discriminatiegronden en in de voorbereidende werken is slechts op sporadische wijze toelichting verschaft.⁵² Dit betekent dat het aan de rechter is om in geval van onduidelijkheid de betekenis van de verschillende discriminatiegronden te omschrijven. Het Hof van Justitie heeft in dit verband gewezen op het belang van een autonome en uniforme uitlegging van de gehanteerde begrippen met het oog op de eenvormige toepassing van het Unierecht.⁵³

De meeste rechtspraak heeft betrekking op de draagwijdte van het begrip 'handicap' en de wijze waarop dat begrip zich verhoudt tot de (niet in de richtlijnen maar wel in de Belgische regelgeving opgenomen) grond 'huidige of toekomstige gezondheidstoestand'. Het onderscheid tussen beide is van belang, omdat voor een onderscheid op grond van handicap een strengere rechtvaardigingstoets is voorzien en er bovendien een verplichting tot redelijke aanpassingen geldt (zie *infra*). Al in 2006, in het hoger vermelde arrest *Chacon Navas*, heeft het Hof van Justitie de begrippen verduidelijkt. Het definieerde 'handicap' in de Kaderrichtlijn als een 'beperking die het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen en die de deelneming van de betrokkene aan het beroepsleven belemmeren en waarvan het waarschijnlijk is dat die van lange duur is'.⁵⁴ Dat laatste – de (waarschijnlijkheid van) lange duur – is belangrijk, omdat deze voorwaarde onder meer toelaat het onderscheid te maken met 'eender welke ziekte'.⁵⁵ In de Memorie van toelichting bij het Gelijkekansendecreet wordt een definitie gehanteerd die in dezelfde lijn ligt. Handicap wordt daar omschreven als "elk langdurig en belangrijk participatieprobleem van een persoon dat te wijten is aan het samenspel tussen functiestoornissen van mentale, psychische, lichamelijke of

⁵² Zie bijv. *Parl.St.* VI. Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 10.

⁵³ HvJ 11 juli 2006, *Chacon Navas*, C-13/05, r.o. 40.

⁵⁴ *Ibid.*, r.o. 43-45.

⁵⁵ *Ibid.*, r.o. 46. Deze voorwaarde werd afgeleid uit het belang dat de Uniewetgever, blijkens de overwegingen bij de Kaderrichtlijn, hecht aan de noodzaak om de werkplek aan te passen aan de behoeften van personen met een handicap. De notie 'aanpassing' zou erop wijzen dat de wetgever gevallen op het oog had waarin de deelneming aan het beroepsleven gedurende een langere periode wordt belemmerd (*ibid.*, r.o. 45).

zintuiglijke aard, beperkingen bij het uitvoeren van activiteiten en persoonlijke en externe factoren”.⁵⁶

De Belgische rechtspraak lijkt de door het Hof van Justitie uitgezette lijn te volgen bij de interpretatie van de wetgeving. De vraag naar de afbakening van de begrippen ‘handicap’ en ‘gezondheidstoestand’ kwam uitgebreid aan de orde in een arrest van het Antwerpse Arbeidshof van 21 november 2011.⁵⁷ Het Hof moest zich onder andere uitspreken over de vraag of de uitsluiting van een kandidate voor de functie van havenarbeider (containermarkeerder) vanwege diabetes mellitus type 1 of insulineafhankelijke diabetes, moest worden gekwalificeerd als onderscheid op grond van handicap dan wel gezondheidstoestand. Dit was belangrijk voor de identificatie van de correcte rechtvaardigingsgrond (zie *infra* titel VI). Verwijzend naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, kwam het Arbeidshof tot de conclusie dat diabetes mellitus type 1 in casu als een handicap moest worden gekwalificeerd. Het betrof immers “een beperking die het gevolg is van een lichamelijke aandoening, die de deelname aan het beroepsleven belemmert en bovendien van langere duur is”.⁵⁸

Een tweede discriminatiegrond die aan bod kwam in de rechtspraak, is het criterium ‘geloof of levensbeschouwing’. In de richtlijnen worden de termen ‘godsdienst of overtuiging’ gebruikt. Toen deze grond(en) oorspronkelijk werd(en) opgenomen in de Antidiscriminatiewet van 2003, de voorloper van de huidige federale wetten, was er enige onduidelijkheid over de draagwijdte ervan.⁵⁹ Het Antwerpse Arbeidshof had de mogelijkheid om zich hierover uit te spreken in een arrest van 23 december 2011.⁶⁰ Het Hof onderschreef de ruime definitie van het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (CGKR):

Onder ‘geloof of levensbeschouwing’ verstaat het Centrum die overtuigingen die raken aan de vraag naar het al dan niet bestaan van een godheid. Levensbeschouwingen als atheïsme, het agnosticisme of de vrijzinnigheid vallen hier dus ook onder.⁶¹

Volgens het Hof sluit deze definitie aan bij de voorbereidende werken en de ruime invulling die door het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties aan de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging wordt gegeven.⁶² Uit die rechtspraak zou blijken dat ook “theïstische, non-theïstische en atheïstische geloven” alsook “het recht om *geen* geloof te belijden” binnen de beschermingssfeer van dit recht vallen (zie ook *infra* titel IV).⁶³

⁵⁶ *Parl.St.* VI. Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 10.

⁵⁷ Arbh. Antwerpen 21 november 2011 (www.diversiteit.be).

⁵⁸ Arbh. Antwerpen 21 november 2011, 13 (www.diversiteit.be).

⁵⁹ Zie D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *o.c.*, 460-461.

⁶⁰ Arbh. Antwerpen 23 december 2011 (www.diversiteit.be).

⁶¹ *Ibid.* 15.

⁶² Zie *Parl.St.* Senaat 2001-02, nr. 2-12/15, 64.

⁶³ Het Hof verwijst ter zake naar J. TEMPERMAN, “Het recht op geloofsvrijheid”, in S. DEWULF en D. PACQUEE (eds.), *60 jaar Universele verklaring van de rechten van de mens 1948-2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 162.

Een laatste punt dat we hier kort aanstippen, betreft het in beginsel exhaustief karakter van de lijst van discriminatiegronden. Hierboven hebben we er al op gewezen dat het Hof van Justitie in de zaak *Chacon Navas* heeft geweigerd om de grond 'ziekte' aan de lijst toe te voegen.⁶⁴ Wie niettemin nog zou twijfelen aan het gesloten karakter van de Europese lijst, kunnen we verwijzen naar een arrest van 7 juli 2011.⁶⁵ De prejudiciële vraag in deze zaak werd onontvankelijk verklaard, omdat de discriminatie niet was gebaseerd op een van de in de richtlijnen vermelde gronden. Het ging meer bepaald om de criteria 'beroepscategorie' en 'arbeidsplaats'. Het Hof stelde uitdrukkelijk dat de lijst van discriminatiegronden in artikel 1 van de Kaderrichtlijn een limitatief karakter heeft.⁶⁶ Daarenboven verschaft artikel 19 VWEU geen rechtsgrond om maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van beroepscategorie of arbeidsplaats aan te nemen.⁶⁷

Dat laatste is anders binnen de Belgische context. In 2004 vernietigde het Grondwettelijk Hof om te beginnen de lijst van discriminatiegronden uit de Antidiscriminatiewet van 2003, omdat die lijst zelf discriminatoir was, wegens het ontbreken van gronden zoals 'taal' en 'politieke overtuiging'.⁶⁸ Hierdoor was tussen 2004 en 2007 discriminatie in de horizontale (burgerrechtelijke)⁶⁹ verhoudingen op basis van elke denkbare grond verboden.⁷⁰ De wetten van 2007, waarin opnieuw gekozen werd voor gesloten lijsten, waren mede bedoeld om deze situatie te rectificeren.⁷¹ Ook bij de toetsing van de nieuwe lijsten werd een ongrondwettigheid vastgesteld, zij het dat het Hof niet weer overging tot volledige vernietiging ervan. Het Hof aanvaardde dat een wettelijke lijst van discriminatiegronden gesloten kan zijn,⁷² maar de wetgever moet zich bij het opstellen van een dergelijke lijst dan wel consequent houden aan zijn eigen

64 HvJ 11 juli 2006, *Chacon Navas*, C-13/05.

65 HvJ 7 juli 2011, *Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești*, C-310/10.

66 *Ibid.*, r.o. 34. Vgl. HvJ 11 juli 2006, *Chacon Navas*, C-13/05, r.o. 56.

67 HvJ 7 juli 2011, *Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești*, C-310/10, r.o. 35.

68 GwH 6 oktober 2004, nr. 157/2004, B.12-15. De reden hiervoor was in belangrijke mate gelegen in het feit dat de wetgever had aangegeven om met de Antidiscriminatiewet van 2003 "elke vorm van discriminatie" te willen bestrijden (*ibid.*, B.5-6, B.8.1 en B.13-14). In het licht van die doelstelling werd het uitsluiten van gronden zoals taal en politieke overtuiging als niet gerechtvaardigd beschouwd. Zie uitvoerig: D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, o.g., 1129-1144.

69 Voor de strafbepalingen volgde het Hof niet dezelfde benadering, omdat het legaliteitsbeginsel hieraan in de weg stond. De enige optie zou dus volledige vernietiging zijn geweest, maar dat vond het Hof niet nodig (bij de meeste strafbepalingen), omdat er door de vernietiging van de gronden in het burgerrechtelijk luik wel een zekere bescherming voor slachtoffers van discriminaties op andere gronden beschikbaar was, zodat de resterende ongelijkheid niet onevenredig was (*ibid.*, B.21 en B.26).

70 In verschillende zaken leidde dit ook tot rechtspraak op 'nieuwe' gronden. Zo oordeelde het Hof van beroep van Brussel over feiten uit de bewuste periode dat het afsluiten van de rekeningen van twee personen die onwettig in het land verbleven, maar die wel documenten konden voorleggen die hun identificatie mogelijk maakten, discriminerend was: Brussel 26 mei 2011 (www.diversiteit.be).

71 Als nieuw selectie criterium hanteerde de wetgever het principe dat 'alle belangrijke gronden' zouden worden opgenomen. Concreet betekende dit dat de lijst werd samengesteld door de gronden uit de wet van 2003 als uitgangspunt te nemen en deze aan te vullen met criteria die figureren in internationale mensenrechteninstrumenten.

72 Met dien verstande dat men dan nog altijd geen afbreuk mag doen aan het algemene discriminatieverbod dat het Hof vaststelde (cf. *supra*).

selectie criterium. En dat selectie criterium moet zelf bovendien redelijk zijn. Op basis hiervan oordeelde het Hof dat de wetgever ten onrechte het criterium ‘syndicale overtuiging’ had uitgesloten.⁷³ Ook legde het Hof de criteria vast onder dewelke (andere) gronden toegang kunnen verwerven tot de lijst. Met andere woorden, het Belgisch Grondwettelijk Hof hanteert, in afwijking van het Hof van Justitie, een soort ‘openingsclausule’, waardoor *de facto* gronden aan de ‘gesloten’ lijst kunnen worden toegevoegd.⁷⁴

B. Het materiële toepassingsgebied

Wat de Europese jurisprudentie over de omschrijving van het materiële toepassingsgebied van de antidiscriminatie wetgeving betreft, kunnen we verwijzen naar het overzicht van Bayart en Deiteren.⁷⁵ De recente rechtspraak heeft de principes uit de daar besproken arresten bevestigd. We vatten de belangrijkste punten kort samen. Om te beginnen heeft het Hof van Justitie zich moeten uitspreken over de draagwijdte van een aantal bepalingen in de consideransen van de richtlijnen, die het toepassingsgebied ervan beogen te beperken (of die althans een al te brede interpretatie ervan dienen te vermijden). Overweging 14 van de considerans van de Kaderrichtlijn bepaalt bijvoorbeeld dat de richtlijn “de nationale bepalingen die de pensioengerechtigde leeftijd vaststellen”, onverlet laat. In de zaken *Palacios de la villa* en *Age Concern England* heeft het Hof duidelijk gemaakt dat deze overweging er niet toe kan leiden dat een ongunstigere behandeling van werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt, buiten het toepassingsgebied van de richtlijn valt.⁷⁶

Een tweede voorbeeld hiervan vinden we terug in punt 22 van de considerans van de Kaderrichtlijn. Hierin staat te lezen dat de richtlijn “de nationale wetgeving inzake burgerlijke staat en de daaraan verbonden voordelen” onverlet laat. Het Hof van Justitie heeft de draagwijdte van deze overweging beperkend uitgelegd in de arresten *Maruko* en *Römer*.⁷⁷ Uit deze arresten blijkt dat punt 22 niet kan worden ingeroepen om een verschil in behandeling tussen gehuw-

73 GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.8.16-17. Vanaf dat moment moest de grond ‘syndicale overtuiging’ ingelezen worden in de wet door de burgerlijke rechter. Zoals aangegeven in voetnoot 17 heeft de wetgever de grond nadien echter ook uitdrukkelijk ingevoegd in de Antidiscriminatie wet.

74 De openingsclausule bestaat uit drie voorwaarden. De eerste voorwaarde is – in aansluiting bij de uitdrukkelijke doelstelling van de wetgever – dat een grond ‘belangrijk’ is, wat concreet wil zeggen dat hij voorkomt in internationale verdragen voor de bescherming van de mensenrechten (cf. *supra* voetnoot 71). De tweede voorwaarde houdt in dat het parlement een dergelijke ‘belangrijke’ grond niet uitdrukkelijk – en met redelijke argumenten – gediskwalificeerd heeft voor opname in de wettelijke lijst. De derde voorwaarde is dat de bestaande wetgeving niet al voorziet in een rechtsbescherming tegen discriminatie die gelijkwaardig is aan de bescherming die de wetten van 2007 bieden (GwH 2 april 2009, nr. 64/2009, B.8.1-17). Zie over de technische aspecten hiervan, alsook over de verdere implicaties: J. VRIELINK en D. DE PRINS, *l.c.*, nrs. 48-59.

75 C. BAYART en C. DEITEREN, *l.c.*, 50-54.

76 Zie HvJ 16 oktober 2007, *Palacios de la villa*, C-411/05 (betreffende de automatische ontbinding van de arbeidsovereenkomst bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd); HvJ 5 maart 2009, *Age Concern England*, C-388/07 (betreffende de voorwaarden voor ontslag van werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt).

77 HvJ 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, r.o. 58-60; HvJ 10 mei 2011, *Römer*, C-147/08, r.o. 34-35.

den en partners buiten het huwelijk, dat voor het overige binnen de materiële werkingssfeer van de richtlijn valt, aan de toepassing van de richtlijn te onttrekken. Het Hof kon dan ook nagaan of een verschil in behandeling tussen gehuwde en niet-gehuwde partners bij het toekennen van een nabestaandenuitkering in het raam van een beroepspensioenregeling (*Maruko*) en bij de berekening van de hoogte van een aanvullend ouderdomspensioen (*Römer*), neerkwam op discriminatie op grond van seksuele geaardheid. De potentieel ruime draagwijdte van overweging 22 werd als volgt gereduceerd:

Weliswaar behoren de burgerlijke staat en de daaraan verbonden voordelen tot de bevoegdheid van de lidstaten en laat het gemeenschapsrecht deze bevoegdheid onverlet, maar er zij aan herinnerd dat de lidstaten bij de uitoefening van deze bevoegdheid het gemeenschapsrecht in acht moeten nemen, met name de bepalingen inzake het discriminatieverbod.⁷⁸

De arresten *Maruko* en *Römer* zijn nog in een tweede opzicht belangrijk voor de afbakening van het toepassingsgebied *ratione materiae* van de richtlijnen. Het Hof moest zich in deze zaken namelijk ook buigen over de vraag of de voorliggende pensioensuitkeringen gezien moeten worden als een ‘beloning’ dan wel als een vorm van sociale zekerheid die niet door de richtlijn wordt bestreken. Artikel 3, lid 1, sub c van de richtlijn bepaalt dat zij van toepassing is zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen met betrekking tot onder andere de beloning. Ingevolge artikel 3, lid 3, echter, is de richtlijn “niet van toepassing op uitkeringen van welke aard dan ook die worden verstrekt door wettelijke of daarmee gelijkgestelde stelsels, met inbegrip van de stelsels voor sociale zekerheid of voor sociale bescherming”. Voor de interpretatie van deze bepalingen sluit het Hof zich aan bij de bestaande rechtspraak over artikel 157 VWEU. Kort samengevat komt die erop neer dat een uitkering binnen de werkingssfeer van de Kaderrichtlijn valt, indien zij kan worden gelijkgesteld met een ‘beloning’ in de zin van artikel 157 VWEU. Dit was volgens het Hof zowel het geval voor de nabestaande uitkering in *Maruko* als het aanvullende ouderdomspensioen in *Römer*.⁷⁹

Ook in de nationale rechtspraak is de afbakening van het materiële toepassingsgebied van de wetgeving voorwerp van discussie geweest. Dit was het geval in een arrest van het Hof van Beroep van Gent van 20 januari 2011.⁸⁰ Het ging in deze zaak over de vraag of het aanbod van een reisorganisator in een brochure of via een website onder het toepassingsgebied “toegang tot een aanbod van goederen en diensten, die publiekelijk beschikbaar zijn” in artikel 5 van de Antidiscriminatiewet valt. Een reisorganisator had aan een dove klant laten verstaan dat deze omwille van veiligheidsredenen niet kon deelnemen aan een van de aangeboden groepsreizen, tenzij hij zich, op eigen kosten, permanent zou laten vergezellen door een begeleider om zo een optimale communicatie te verzekeren. Volgens de reisorganisator vielen de feiten buiten de werkingssfeer van de Antidiscriminatiewet. Het verbod van discriminatie bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, zou

⁷⁸ HvJ 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, r.o. 58.

⁷⁹ HvJ 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, r.o. 40-57; HvJ 10 mei 2011, *Römer*, C-147/08, r.o. 29-33.

⁸⁰ Gent 20 januari 2011 (www.diversiteit.be).

immers niet van toepassing zijn op een aanbod dat niet juridisch bindend is. Het ging volgens de organisator *in casu* eerder over een contractsbelofte, waarbij de uiteindelijke uitvoering van de overeenkomst afhangt van een aantal factoren, zowel aan de zijde van de reisorganisator als aan de zijde van de reiziger.⁸¹ Voor het Gentse Hof van Beroep was dit geen reden om de toepassing van de wet uit te sluiten:

[M]et ‘publiekelijk beschikbaar aanbod’ worden niet onmiddellijk de gevallen (...) beoogd die beschouwd worden als een aanbod in de zin van een eenzijdige wilsuiking (waaronder een contract tot stand komt door den enkele toestemming van de wederpartij), maar wel het micro-economische begrip dat de beschikbaarheid van goederen en diensten voor het publiek aangeeft. Het feit dat het aanbod van de reisorganisator niet onmiddellijk bindend is, maar afhankelijk is van de bevestiging van de aanvaarding door de organisator, doet geen afbreuk aan het publiek karakter van het aanbod.⁸²

Het *intuitu personae* karakter dat de organisator aan een reiscontract toeschrijft en het feit dat het aangeboden product prestaties omvat die deels in het buitenland worden geleverd, achtte het Hof niet relevant.⁸³

IV. CONCEPTEN DIRECTE EN INDIRECTE DISCRIMINATIE

Zowel de actuele Europese richtlijnen als de Belgische regelgeving op de diverse niveaus hanteren het traditionele, dubbele begrippenpaar van directe versus indirecte discriminatie. In dit deel analyseren we de rechtspraak over de interpretatie van (de sleutelementen van) beide begrippen.

A. Directe discriminatie

Van directe discriminatie is aldus de richtlijnen sprake als “iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld”, en dit op basis van een door de richtlijnen beschermd kenmerk. Algemeen wordt uit deze definitie afgeleid dat het concept vereist dat er drie bestanddelen voorhanden zouden zijn voor het bestaan van directe discriminatie:

1. een ongunstigere behandeling;
2. de vergelijkbaarheid van de personen wiens behandeling onderling vergeleken wordt (vergelijkbaarheid);
3. een oorzakelijk verband tussen de ongunstigere behandeling en een beschermd criterium (causaliteitsbeginsel).⁸⁴

⁸¹ *Ibid.*, 3.

⁸² *Ibid.*, 4.

⁸³ *Ibid.*, 4.

⁸⁴ Zie uitvoerig: M.J. BUSSTRA, *The implications of the racial equality directive for minority protection within the European Union*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2010, 148-156

Vooraf in relatie tot de eerste en laatste bestanddelen heeft het Hof van Justitie de laatste jaren enkele belangrijke arresten gevel. Bij de bespreking van het oorzakelijk verband komt ook de vergelijkbaarheid kort aan bod.

1. *Ongunstiger behandeling*

Wat betreft het eerste element blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie om te beginnen dat de vereiste ongunstigere behandeling geen betrekking hoeft te hebben op de behandeling van identificeerbare klagers, maar dat (loutere) *publieke verklaringen* – mits gedaan in het kader van een lopende aanwervingsprocedure, door de aanwervende partij – op zichzelf die ongunstigere behandeling kunnen inhouden. Dit werd duidelijk op grond van de prejudiciële procedure in de zaak *Feryn*.⁸⁵ De zaak draaide om een Belgisch bedrijf dat een openstaande vacature had en waarvan de directeur in de media verklaarde dat hij geen allochtonen in dienst kon nemen.⁸⁶ In eerste aanleg had de Brusselse Arbeidsrechtbank het niet bewezen beschouwd dat *Feryn* discrimineerde, omdat er niet was aangetoond dat er daadwerkelijk personen ongunstiger waren *behandeld* (dat wil zeggen: dat zij zich hadden aangemeld en dat zij werden afgewezen) op grond van hun etnische afstamming. De uitspraken in de media volstonden voor de rechtbank niet om hiervan het bewijs of vermoeden te wekken:

In casu wordt hoegenaamd niet aangetoond en wordt evenmin het vermoeden aangebracht dat ook maar één allochtone kandidaat-monteur zich bij verweester heeft aangemeld en hij of zij omwille van zijn of haar etnische afkomst niet werd aangeworven. Een persartikel kan noch dit bewijs noch dit vermoeden leveren.⁸⁷

In beroep legde het Arbeidshof enkele prejudiciële vragen voor aan het Hof van Justitie, waaronder de vraag of verklaringen van een werkgever – in de media en na het plaatsen van een werkaanbieding – dat hij geen personen van allochtone origine in dienst zou nemen, op zich voldoende waren om tot het bestaan van directe discriminatie te kunnen besluiten. Het Hof stelt dat dit inderdaad het geval is:

De omstandigheid dat een werkgever publiekelijk verklaart dat hij geen werknemers van een bepaalde etnische afstamming of van een bepaald ras zal aanwerven, hetgeen uiteraard voor bepaalde kandidaten een ernstige reden kan zijn om niet te solliciteren en dus een beletsel vormt voor hun toegang tot de arbeidsmarkt, vormt directe discriminatie bij aanwerving in de zin van richtlijn 2000/43. Het bestaan van een dergelijke directe discriminatie veronderstelt niet dat een klager kan worden geïdentificeerd die beweert het slachtoffer van zulke discriminatie te zijn geweest.⁸⁸

85 HvJ 10 juli 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, C-54/07.

86 Dit meer bepaald omdat zijn klanten daar (beweerdelijk) bezwaar tegen zouden hebben.

87 Arbrb. Brussel 26 juni 2006 (www.diversiteit.be).

88 HvJ 10 juli 2008, *Feryn*, C-54/07, r.o. 25.

Het Hof concludeert dus dat het ontmoedigende en afschrikkende effect van dergelijke uitingen, gedaan tijdens en met betrekking tot een lopende vacature, op zich al een ongunstiger behandeling oplevert, namelijk doordat het met grote waarschijnlijkheid de samenstelling van de sollicitantenpool *a priori* beïnvloedt.⁸⁹ Terzijde kan worden opgemerkt dat de soms gehoorde kritiek op het arrest, als zou het intern inconsequent zijn aangaande de vraag of de betrokken publieke verklaringen neerkomen op een ongunstiger behandeling of louter op een *vermoeden* van een dergelijke behandeling,⁹⁰ niet terecht lijkt. Die kritiek vloeit voort uit het gegeven dat het Hof enerzijds, zoals gezegd, aangeeft dat de gedane publieke verklaringen directe discriminatie opleveren, maar dat het anderzijds – in antwoord op een andere set vragen – aangeeft dat dergelijke publieke verklaringen “volstaan om het bestaan van een rechtstreeks discriminerend aanwervingsbeleid te *vermoeden*” en dat de werkgever vervolgens kan “bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden”.⁹¹ Deze ogenschijnlijke spanning wordt echter (weg)verklaard door de context van de zaak en de onderscheiden prejudiciële vragen waarop het Hof antwoord geeft. Waar het eerste antwoord betrekking heeft op de vraag of de verklaringen van Feryn (op zich) directe discriminatie kunnen opleveren ten aanzien van de lopende aanwervingsprocedure, heeft het tweede antwoord betrekking op de vraag of een dergelijke discriminatie *later*, dus bij een toekomstige aanwervingsprocedure, nog steeds kan gelden als een feit dat een vermoeden wekt voor het *voortduren* van een direct discriminerend aanwervingsbeleid.⁹² De voorgaande interpretaties door het Hof van Justitie, werden binnen de Belgische context overigens ook (op)gevolgd door het Brussels hof van Beroep, dat Feryn schuldig bevond aan directe discriminatie.⁹³

89 Zie uitvoerig over de spanningen die dit al dan niet oplevert met de vrijheid van meningsuiting: J. VRIELINK, “Silence is Golden. Charting the Intersections of Speech and Direct Discrimination Under EU Discrimination Law with a Special Focus on Racial and Religious Discrimination in Recruitment”, in K. ALIDADI, M.-C. FOLETS en J. VRIELINK (eds.), *A Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, Aldershot, Ashgate, 2012 (te verschijnen).

90 Zie bijv. Ambrus, Busstra en Henrard: “The ECJ (...) increased the confusion [about how a finding of discrimination is related to the establishment of a presumption of discrimination] by qualifying a public statement revealing a discriminatory recruitment policy both as a presumption of discrimination and as prohibited discrimination in itself without explicitly applying the review model and without explaining the respective qualifications in this context. In paragraph 28 of its judgment, the ECJ explicitly states that ‘the fact that an employer states publicly that it will not recruit employees of a certain racial or ethnic origin constitutes direct discrimination in respect of recruitment within the meaning of Article 2(2)(a) of Directive 2000/43’ (...) The Court subsequently stipulates in paragraph 31 that the statements concerned ‘may constitute facts of such a nature as to give rise to a presumption of a discriminatory recruitment policy’ (...) Hence, what a few paragraphs earlier is said to constitute direct discrimination, is now possibly merely a presumption of discrimination” (M. AMBRUS, M. J. BUSSTRA en K. HENRARD, “The Racial Equality Directive and Effective Protection Against Discrimination: Mismatches Between the Substantive Law and Its Application,” *Erasmus Law Review* 2010, 175). Zie ook: M.J. BUSSTRA, o.c., 150-151.

91 HvJ 10 juli 2008, *Feryn*, C-54/07, r.o. 34.

92 Zie uitvoerig J. VRIELINK, *l.c.*, (te verschijnen). De, op dit punt, relevante onderdelen van de bewuste vragen zijn o.m. de volgende: “In welke mate vormen *eerdere feiten* van discriminatie (publieke bekendmaking van direct discriminerende selectiecriteria in april 2005), feiten die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden”; “Vormt een *vastgestelde discriminatie* in april 2005 (publieke bekendmaking in april 2005) *later* een vermoeden voor het *voortduren* van een direct discriminerend aanwervingsbeleid?”.

93 Arbh. Brussel 1 september 2009 (www.diversiteit.be).

Wat betreft de vereiste ongunstigere behandeling bood voorts ook het Antwerpse Arbeidshof een saillante interpretatie, in verband met de grond 'godsdiens of overtuiging'.⁹⁴ De zaak draaide om een beveiligingsfirma, die een receptioniste een hoofddoekverbod oplegde, omdat het dragen van zichtbare politieke, filosofische of religieuze tekens zou indruisen tegen de door de NV nagestreefde principes van neutraliteit.⁹⁵ Het Hof meende dat van directe discriminatie geen sprake was, daar er geen ongunstigere behandeling plaatsvond. Om te beginnen, omdat niets deed vermoeden dat de NV zich toleranter zou hebben opgesteld ten aanzien van een werknemer met uiterlijke tekenen van een *ander* geloof of een *andere* levensbeschouwing. In het verlengde hiervan verwierp het Hof bovendien de claim dat het verbod *an sich* een directe discriminatie inhield tussen 'gelovigen' en 'niet-gelovigen'. Het Hof gaf aan dat het verbod niet alleen betrekking heeft op religieuze overtuigingen, maar ook op filosofische en politieke overtuigingen. Bovendien, zo overweegt het Hof, heeft het criterium 'geloof of levensbeschouwing' een ruime of zelfs alomvattende draagwijdte, die naast de klassieke godsdiensten ook het atheïsme, het agnosticisme of de vrijzinnigheid omvat, alsook het recht om geen enkel geloof te belijden (cf. *supra* titel III). Het hebben van een 'geloof of levensbeschouwing' zou dus op zich een *neutraal generiek kenmerk* zijn, net als het hebben van een 'afkomst', een 'huidskleur', of een 'leeftijd'. Daardoor zou het *onmogelijk* zijn om op basis van het kenmerk (in die generieke vorm) een onderscheid te maken tussen werknemers. Dit in tegenstelling tot een criterium als 'handicap'. Van discriminatie kan alleen sprake zijn, zo concludeert het Hof, als personen minder gunstig worden behandeld, wegens "het al dan niet hebben van een *bepaald* geloof of een *bepaalde* levensbeschouwing (bvb omdat zij moslim zijn of katholiek of atheïst)".⁹⁶ De claim daarentegen dat iemand ongunstiger werd behandeld "omwille van het hebben van 'een geloof of levensbeschouwing', 'een afkomst', 'een leeftijd', 'een huidskleur', 'een burgerlijke staat'", zou daarentegen "onzinnig" zijn, aldus het Hof.⁹⁷

De uitkomst van de voorgaande redenering lijkt verdedigbaar in de betreffende zaak. Dat gezegd zijnde, is de redenering van het Hof – dat er van directe discriminatie slechts sprake is als een *bepaald* geloof of een *bepaalde* levensbeschouwing wordt gevisieerd en dat de gronden, als algemene criteria, niet toelaten om onderscheid te maken – wel te algemeen van aard. Hoewel iedereen noodzakelijk een geloof of overtuiging heeft – op grond van de ruime, juridische definitie van die begrippen – lijken er bijvoorbeeld niettemin vormen van directe discriminatie denkbaar op grond van 'clusters' van geloven of overtuigingen. Een daadwerkelijk onderscheid tussen 'gelovigen' *sensu stricto* en 'niet-gelovigen' zou hiervoor o.i. wel degelijk in aanmerking kunnen komen.⁹⁸ Net als een onderscheid tussen 'godsdiensten van het boek' en andere

94 Arbh. Antwerpen 23 december 2011 (www.diversiteit.be). Deels heeft de kwestie overigens ook betrekking op het causaliteitsbeginsel (cf. *infra*).

95 Naar aanleiding van het conflict werd een dergelijke regel expliciet opgenomen in het arbeidsreglement. Tevens werd een uniformverplichting ingevoerd voor de receptiemedewerkers. Omdat de dame zelf weigerde te werken zonder hoofddoek, werd ze ontslagen, na betaling van een opzeggvergoeding.

96 Arbh. Antwerpen 23 december 2011 (www.diversiteit.be).

97 *Ibid.*

98 Immers, het is niet omdat de wetgeving een ruime definitie hanteert van het begrip godsdienst of overtuiging, dat het begrip ook door rechtsonderhorigen op die wijze geïnterpreteerd en toege-

geloven of overtuigingen, of tussen ‘oosterse’ en ‘westerse’ godsdiensten, etc. Alleen lijkt van een dergelijk ‘geclusterd’ direct onderscheid geen sprake in de Belgische zaak, door de ruimere en meer neutrale aard van het verbod.

Wat dat laatste betreft, kan eveneens de vergelijking worden gemaakt met wat als (directe) leeftijdsdiscriminatie wordt aanvaard. Hoewel ook iedereen ‘een leeftijd’ heeft – een analogie die het Antwerpse Hof zelf maakt – is het niet zo dat enkel discriminatie op grond van een ‘bepaalde leeftijd’, directe discriminatie oplevert. Ook onderscheid op grond van *clusters* of *cohorden* van leeftijden, aanvaardt het Hof van Justitie als vormen van direct onderscheid. Dat deed het bijvoorbeeld met een benadeling van ‘jonge(re) werknemers’ in de zaak *Hutter*.⁹⁹ Ook het Antwerpse Arbeidshof zelf aanvaardde een dergelijke redenering in een andere zaak, waarin het een afwijzingsbrief – die vermeldt dat de voorkeur wordt gegeven aan “jonge kandidaten met een beperkte ervaring” – behandelt als een vermoeden van *directe* discriminatie.¹⁰⁰ Hoewel er zekere verschillen zijn tussen enerzijds de grond leeftijd en anderzijds de gronden geloof of levensbeschouwing, wat betreft het gemak waarmee er ‘binnen’ het criterium clusters of cohorden kunnen worden onderscheiden, is dit niettemin ook voor de laatstgenoemde gronden wel degelijk mogelijk. Indien dit plaatsvindt, zou dit dan ook als directe discriminatie moeten worden aangemerkt.

2. Oorzakelijk verband (en vergelijkbaarheid)

Voor de vaststelling van directe discriminatie moet ook sprake zijn van een *oorzakelijk verband* tussen een ongunstigere behandeling en een beschermd criterium. Aangaande dat zogenaamde causaliteitsvereiste geldt dat het Hof van Justitie het niet nodig acht dat er daarbij sprake is van een *rechtstreeks* oorzakelijk verband. Voor de vaststelling van directe discriminatie volstaat het indien er een *onrechtstreeks* oorzakelijk verband voorhanden is. Dit houdt in dat gevallen waarin iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander, niet noodzakelijk op grond van een discriminatiegrond zelf, maar ook op basis van

past wordt. Een verbod (louter) op grond van ‘religieuze tekens’ op de werkvloer, zou – afhankelijk van de concrete toepassing die daarvan in een zaak gemaakt wordt – daarom vaak wel degelijk neerkomen op direct onderscheid.

99 HvJ 18 juni 2009, *Hutter*, C-88/08. Het ging in de zaak meer bepaald om een “ongunstigere behandeling van personen die hun beroepservaring, al was het maar gedeeltelijk, hebben verworven vóór de voltooiing van het achttiende levensjaar, ten opzichte van degenen die een soortgelijke ervaring van vergelijkbare duur na het bereiken van deze leeftijd hebben verworven” (*ibid.*, r.o. 18). Het Hof geeft aan dat deze maatstaf “zelfs [kan] leiden tot een verschil in behandeling van twee personen die dezelfde opleiding hebben gevolgd en dezelfde beroepservaring hebben verworven, en wel uitsluitend op grond van de respectieve leeftijd van deze personen”: “Een dergelijke bepaling voert dus een verschil in behandeling in dat rechtstreeks is gebaseerd op het leeftijds criterium” (*ibid.*).

100 Arbh. Antwerpen 22 juni 2011 (www.diversiteit.be). Weliswaar kon de NV *in casu* het vermoeden weerleggen, door te bewijzen dat zij niet discrimineerde op basis van leeftijd en het “een eerder ongelukkige formulering was” (o.m. doordat een andere kandidaat “die ongeveer even oud was” als de appellant “wel [werd] uitgenodigd voor een verder gesprek” (*ibid.*). Zie over deze zaak ook *infra*. Vgl. overigens ook Arbh. Brussel 29 februari 2009 (www.diversiteit.be). Daarin ging het om onderscheiden leeftijdscohorden die in een benadeling resulteerden.

een noodzakelijk of onlosmakelijk met een grond verbonden kenmerk kunnen plaatsvinden.¹⁰¹ Dit bleek, wat betreft de grond seksuele geaardheid, voor het eerst uit het arrest *Maruko*, uit 2008.¹⁰² In 2011 heeft het Hof deze uitspraak geconsolideerd in de zaak *Römer*.¹⁰³

Beide prejudiciële zaken hadden betrekking op de Duitse context. In *Maruko* werd een nabestaandenpensioen exclusief voorbehouden aan de overlevende echtgeno(o)t(e) van een overleden werknemer. Hierdoor werden levenspartners in de zin van de Duitse wet inzake geregistreerd partnerschap uitgesloten. In *Römer* was een gunstige loonbelastingaftrek op grond van een pensioenregeling voorbehouden aan “niet duurzaam gescheiden levende gehuwde pensioenontvangers”, waarmee personen in geregistreerde partnerschappen werden uitgesloten van deze regeling.¹⁰⁴

In beide gevallen meenden de betrokkenen dat zij door de regelingen het slachtoffer waren van discriminatie op grond van seksuele geaardheid, omdat het in Duitsland (vooralsnog) onmogelijk is voor partners van hetzelfde geslacht om te huwen. Die laatste zijn daardoor beperkt tot het kiezen voor een geregistreerd partnerschap. Interessant is daarbij dat in de zaak *Maruko*, de heer Maruko zelf, alsook de Commissie¹⁰⁵ en advocaat-generaal Colomer,¹⁰⁶ van mening waren dat de situatie weliswaar discriminatie betrof, maar dat het daarbij ‘slechts’ ging om *indirecte* discriminatie (zie ook *infra*). Het Hof zelf, daarentegen, komt zowel in *Maruko* als in *Römer* tot de conclusie dat de feiten resulteren in *directe* discriminatie, althans indien de nationale rechter zou vaststellen dat de (overlevende) levenspartners in de respectievelijke zaken in een (juridisch en feitelijk) vergelijkbare situatie verkeren als die van een (overlevende) echtgeno(o)t(e).¹⁰⁷ In dat geval is het zo dat – alhoewel de ongunstiger behandeling *prima facie* plaatsvindt op grond van burgerlijke staat – de verzoekers in de *onmogelijkheid* verkeerden om de vereiste burgerlijke staat te verwerven, waardoor er toch van de vereiste causaliteit sprake is: zowel Maruko als Römer zouden immers gunstiger behandeld zijn als zij een ‘heteroseksueel’ huwelijk waren aangegaan, in plaats van met iemand van hetzelfde geslacht een levenspartnerschap aan te gaan. Het maakt, voor de vaststelling van directe discriminatie, dus geen verschil of het oorzakelijke verband rechtstreeks of onrechtstreeks wordt vastgesteld.¹⁰⁸

101 C. BAYART en C. DEITEREN, *l.c.*, 55.

102 HvJ 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06.

103 HvJ 10 mei 2011, *Römer*, C-147/08.

104 Waardoor Römer en zijn partner U. ruim 300 euro belastingvoordeel per maand misliepen ten opzichte van getrouwde collega's.

105 HvJ 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, r.o. 63.

106 Concl. Adv. Gen. Colomer, 6 september 2007, *Maruko*, C-267/06, r.o. 96. De advocaat-generaal schreef meer bepaald het volgende: “Het nabestaandenpensioen wordt Maruko geweigerd omdat hij niet met zijn partner gehuwd was en geen ‘weduwenaar’ is, welke staat wettelijk is voorbehouden aan de echtgenoot van de overledene, en het staat niet vast dat het pensioen aan anderen in dezelfde of een vergelijkbare situatie is toegekend. De niet-toekenning is ook niet gebaseerd op de seksuele geaardheid van betrokkene, zodat geen sprake is van directe discriminatie als bedoeld in artikel 2 van richtlijn 2000/78”.

107 HvJ 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, r.o. 67-73; HvJ 10 mei 2011, *Römer*, C-147/08, r.o. 37-52.

108 C. BAYART en C. DEITEREN, *l.c.*, 54.

Zoals gezegd is de voorwaarde voor dit alles wel dat de nationale rechter tot *vergelijkbaarheid* zou besluiten. Wat betreft die *vergelijkbaarheid* aanvaardt het Hof in *Maruko* dat “niet is vereist dat de situaties identiek zijn, maar alleen dat zij vergelijkbaar zijn”.¹⁰⁹ In *Römer* expliciteert het Hof dat deze vergelijkbaarheidstoets bovendien inhoudt dat “de vergelijkbaarheid niet algemeen en abstract, maar specifiek en concreet dient te worden onderzocht voor de betrokken prestatie”.¹¹⁰

De vergelijking van de situaties moet dus worden gebaseerd op een analyse die zich concentreert op de rechten en verplichtingen van echtgenoten en van geregistreerde levenspartners, zoals deze voortvloeien uit de toepasselijke nationale bepalingen die, gelet op het voorwerp en de voorwaarden voor de toekenning van de in geding zijnde prestatie, relevant zijn. Zij mag niet bestaan in het onderzoek, of het geregistreerde partnerschap en het huwelijk in het nationale recht vanuit juridisch oogpunt algemeen en volledig zijn gelijkgesteld.¹¹¹

Een *algemeen* onderzoek zou allicht te snel tot de conclusie van onvergelijkbaarheid leiden, gezien beide instituten in Duitsland weliswaar steeds meer op elkaar zijn gaan lijken, maar uiteraard niet identiek zijn.¹¹² Opmerkelijk is wel dat zowel de advocaat-generaal als het Hof er in *Römer* op wijzen dat de hogere pensioenuitkering van gehuwden niet is “gekoppeld aan het inkomen van de echtgenoten, noch aan de aanwezigheid van kinderen, noch aan andere factoren zoals de economische behoeften van de echtgeno(o)t(e)”.¹¹³ Daarmee lijken ze *a contrario* te suggereren dat een dergelijke koppeling de legitimiteit van het onderscheid mogelijk kan redden. Met Peters zijn wij echter van mening dat dit geen gelukkige benadering zou zijn.¹¹⁴ Als het oogmerk is om de hoogte van het pensioen te koppelen aan het gezamenlijk inkomen van beide partners, rekening houdend met kinderen ten laste, dan zou men die elementen als criteria moeten hanteren, ongeacht de samenlevingsvorm van de partners:

Generaliserende aannames, zoals dat in een huwelijk de economische behoefte van een van de echtgenoten (lees: de vrouw) groter is dan die van een partner van hetzelfde geslacht in een levenspartnerschap, en dat alleen huwelijkspartners kinderen te hunnen laste kunnen hebben, sluiten anno 2011 onvoldoende aan bij het genoemde, eigenlijke criterium.¹¹⁵

¹⁰⁹ Samenvatting van *Maruko* zoals geboden door het Hof in HvJ 10 mei 2011, *Römer*, C-147/08, r.o. 42 (onder verwijzing naar HvJ 1 april 2008, *Maruko*, C-267/06, r.o. 67-73).

¹¹⁰ HvJ 10 mei 2011, *Römer*, C-147/08, r.o. 42.

¹¹¹ *Ibid.*, r.o. 43. Zie ook *ibid.*, r.o. 52: “De beoordeling van de vergelijkbaarheid behoort tot de bevoegdheid van de verwijzende rechter en moet worden toegespitst op de respectieve rechten en verplichtingen van gehuwden en personen die een levenspartnerschap hebben gesloten, zoals deze zijn geregeld in het kader van de desbetreffende instituten, die, gelet op het voorwerp en de voorwaarden voor de toekenning van de betrokken prestatie, relevant zijn”.

¹¹² Vgl. S.S.M. PETERS, “Discriminatie op grond van seksuele geaardheid – lagere pensioenuitkering voor (homoseksuele) levenspartners dan voor gehuwden”, *Tijdschrift recht en arbeid* 2011, nr. 8/9.

¹¹³ HvJ 10 mei 2011, *Römer*, C-147/08, r.o. 50 en Concl. Adv. Gen. Jääskinen 15 juli 2010, *Römer*, C-147/08, r.o. 99.

¹¹⁴ S.S.M. PETERS, *l.c.*

¹¹⁵ *Ibid.*

Wat betreft het vereiste oorzakelijke verband is het verder relevant dat het Hof van Justitie aanvaardt dat, alvast in sommige gevallen, ook zogenaamde *discriminatie bij associatie* (associatieve discriminatie) voldoet aan het causaliteitsvereiste en dat het daarmee een verschijningsvorm van directe discriminatie kan opleveren. Bij associatieve discriminatie wordt iemand niet ongunstiger behandeld omdat hij zelf beschikt over een beschermd kenmerk, maar omdat hij geassocieerd wordt met iemand voor wie dat wel het geval is.¹¹⁶ Een en ander bleek uit de zaak *Coleman*,¹¹⁷ die erom draaide of iemand zich kan beroepen op de bepalingen ter omzetting van de Kaderrichtlijn om te betogen dat zij werd gediscrimineerd in verband met de handicap van haar zoon, of dat alleen personen die zelf een handicap hebben bescherming toekomt op grond van de Kaderrichtlijn.¹¹⁸ Het Hof beantwoordt de eerste vraag bevesti-

116 Verschillende vormen van associatieve discriminatie kunnen worden onderscheiden. Bij een eerste type wordt een persoon die niet over een bepaald kenmerk beschikt tezamen gediscrimineerd met een of meer personen die daarover wel beschikken. Deze eerste vorm wordt ook wel aangeduid als 'overgedragen discriminatie' of soms ook als 'medebenedeling': iemand wordt mee 'geïmpliceerd' in de discriminatie die een ander ondergaat. Dergelijke 'overgedragen discriminatie' kan zowel een 'passief' als 'actief' karakter hebben. Bij 'passieve overgedragen discriminatie' wordt iemand gediscrimineerd, omdat hij door omstandigheden over dezelfde kam geschoren wordt als een persoon die gediscrimineerd wordt. Gedacht kan worden aan de situatie waarin een blanke persoon (ook) geweigerd wordt aan de ingang van een discotheek, omdat zijn vrienden van Marokkaanse origine de toegang ontzegd wordt om discriminatoire redenen. Overgedragen discriminatie kan ook een eerder 'actief' karakter hebben, zoals de situatie waarin een portier wordt ontslagen omdat hij weigert mee te werken aan de instructie van zijn werkgever om personen van allochtone origine buiten te houden. Een andere vorm van associatieve discriminatie (associatieve discriminatie *stricto sensu*) doet zich voor als iemand in verband wordt gebracht met de beschermde kenmerken van een ander, zoals een sollicitante die wordt afgewezen omdat haar psychologische gesteldheid wordt geassocieerd met de chronische ziekte van haar moeder of omdat ze een vriend van allochtone origine heeft, etc. Naast bij deze vormen van associatieve discriminatie doet zich ook bij zogenaamde 'attributieve discriminatie' een vorm van 'overdracht' voor. Ingeval van attributieve discriminatie wordt iemand (ongerechtvaardigd) benadeeld wegens een abusievelijk of ten onrechte aan die persoon toegeschreven kenmerk. Vgl., met een enigszins afwijkende categorisatie, A.G. VELDMAN, "Associatieve discriminatie, een nieuw begrip van Europees sociaal recht. Hof van Justitie EG 17 juli 2008, C-303/06, JAR 2008/208 NJ 2008, 501 (Coleman/Attridge Law)", *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2009, nr. 2, 64.

117 HvJ 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06. In de zaak *Grant*, in 1998, leek het volgens sommigen overigens nog alsof het Hof het begrip associatieve discriminatie weinig genegen was (HvJ 17 februari 1998, C-249/96). De zaak draaide om een werknemster bij een spoorwegmaatschappij die geen reisfaciliteiten kreeg voor haar partner van hetzelfde geslacht, waar aan heteroseksuele partners wel dergelijke faciliteiten werden toegekend. De verzoekster stelde dat dit neerkwam op seksediscriminatie. Het Hof stelde onder andere dat het onderscheid niet gebaseerd was op het geslacht van de betrokken werknemster (zelf). Belangrijk is evenwel dat seksuele geaardheid op het moment van het arrest nog geen beschermde grond was binnen het Europees recht. In de woorden van Veldman maakte *Grant* daarmee vooral duidelijk "dat het Hof niet bereid was tot een uitbreiding van discriminatiegronden (met seksuele oriëntatie) buiten de wetgever om" (A.G. VELDMAN, l.c., 75). Zie ook: M. PILGERSTORFER en S. FORSHAW, "Transferred Discrimination in European Law", *Industrial Law Journal* 2008, nr. 4, 391; L. WADDINGTON, "Case C-303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law", *CMLR* 2009, 46, 673.

118 HvJ 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, r.o. 24 en 27. De zaak voor het Hof van Justitie was overigens gebaseerd op veronderstelde feiten, waarbij de als uitgangspunt genomen feitenversie louter afkomstig was van Coleman. De werkgever had in de zaak (nog) geen kans gehad om zich te verweren of om de feiten te weerspreken. Dit was het gevolg van het feit dat het *Employment Tribunal* waarvoor de zaak in het VK diende, had besloten tot een 'preliminary hearing' over uitsluitend de rechtsvraag of de eisen van Coleman onder de nationale discriminatiewet-

gend en de laatste ontkennend. Het begint daarbij met de vaststelling dat uit de bepalingen van de Kaderrichtlijn niet blijkt “dat het beginsel van gelijke behandeling dat deze richtlijn beoogt te garanderen, beperkt is tot personen die zelf een handicap hebben”, maar dat zij integendeel tot doel heeft “om met betrekking tot arbeid en beroep alle vormen van discriminatie op grond van handicap te bestrijden”:

Het beginsel van gelijke behandeling dat zij op dit gebied formuleert, is niet van toepassing op een bepaalde categorie personen, maar uit hoofde van een van de in artikel 1 van de richtlijn genoemde gronden. Deze uitlegging vindt steun in de bewoordingen van artikel 13 EG, de rechtsgrondslag van richtlijn 2000/78, dat de Gemeenschap de bevoegdheid verleent om de noodzakelijke maatregelen te nemen om elke discriminatie op grond van onder meer handicap te bestrijden.¹¹⁹

Deze algemene doelstellingen van de richtlijn “en het nuttig effect [er]van”, zouden in het gedrang komen – zo oordeelt het Hof – “indien een werknemer in een situatie als die van verzoekster in het hoofdgeding zich niet kan beroepen op het (...) verbod van directe discriminatie, wanneer is aangetoond dat hij minder gunstig is behandeld dan een andere werknemer in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou zijn behandeld, op basis van de handicap van zijn kind, terwijl deze werknemer zelf niet gehandicapt is”.¹²⁰ Kortom, hoewel Coleman zelf niet gehandicapt is, vormde handicap “wel degelijk de reden van de minder gunstige behandeling waarvan zij stelt het slachtoffer te zijn geworden”. De relevante prejudiciële vragen werden dan ook beantwoord in die zin dat de Kaderrichtlijn en het daarin neergelegde verbod van directe discriminatie “niet alleen geldt ten aanzien van personen die zelf gehandicapt zijn”:

Wanneer een werkgever een werknemer die niet zelf een handicap heeft, minder gunstig behandelt dan een andere werknemer in een vergelijkbare situatie

geving toewijsbaar zouden zijn. De feiten, zoals voorgesteld door Coleman, werden daarom als uitgangspunt genomen om pas geverifieerd te worden bij behandeling van de zaak ten gronde door het *Tribunal*, in een ‘full hearing’. Het besluit om daar al dan niet toe over te gaan, was echter afhankelijk van de uitleg van de richtlijn. Vgl. A.G. VELDMAN, *l.c.*, 65.

119 HvJ 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, r.o. 38. Aan dit gegeven wordt geen afbreuk gedaan, aldus het Hof, door het feit dat de richtlijn “een aantal bepalingen [bevat] die blijkens hun bewoordingen uitsluitend voor gehandicapte personen gelden” (*ibid.*, r.o. 39). Verschillende tussenkomende regeringen hadden (o.a.) dat betoogd, onder verwijzing naar de verplichting te voorzien in redelijke aanpassingen voor personen met een handicap (art. 5 Kaderrichtlijn) en de mogelijkheid om met betrekking tot personen met een handicap maatregelen te handhaven of vast te stellen ter bescherming van de gezondheid en veiligheid op de arbeidsplek (art. 7.2 Kaderrichtlijn). Het Hof stelt dat dit gegeven “niet de conclusie [wettigt] dat het in deze richtlijn geformuleerde beginsel van gelijke behandeling restrictief moet worden uitgelegd, dat wil zeggen in die zin dat uitsluitend directe discriminaties op grond van handicap zijn verboden en dat dit verbod uitsluitend geldt ten aanzien van gehandicapte personen zelf” (*ibid.*, r.o. 43). Evenmin vloeit een dergelijke restrictieve interpretatie voort uit *Chacon Navas*, waarin het Hof “[weliswaar heeft] gepreciseerd dat de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 (...), niet kan worden uitgebreid tot andere discriminaties dan die welke zijn gebaseerd op de in artikel 1 van deze richtlijn limitatief opgesomde gronden”, maar daarbij had het naar eigen zeggen “niet geoordeeld dat het beginsel van gelijke behandeling en de personele werkingssfeer van deze richtlijn, met betrekking tot deze gronden, restrictief moeten worden uitgelegd” (*ibid.*, r.o. 46).

120 HvJ 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, r.o. 48.

wordt, is of zou worden behandeld, en wanneer is aangetoond dat de ongunstige behandeling waarvan deze werknemer het slachtoffer is, is gebaseerd op de handicap van zijn kind, van wie hij de hoofdverzorger is, is een dergelijke behandeling in strijd met het verbod van directe discriminatie (...).¹²¹

In de literatuur is wel de vraag opgeworpen in hoeverre uit *Coleman* kan en mag worden geconcludeerd dat het Hof associatieve discriminatie in *algemene zin* heeft erkend. Alle gevolgtrekkingen en het *dictum* zijn qua formulering immers beperkt tot een ongunstigere behandeling van een werknemer die is gebaseerd op de handicap van haar kind, waarvan zij de hoofdverzorger is.¹²² Dit gegeven roept (minstens) twee vragen op over de algemene geldigheid van de conclusies. Om te beginnen in verband met de vereiste persoon. Sommige commentatoren menen dat uit het arrest voortvloeit dat enkel iemand “die tevens een emotionele band heeft met degene wiens verdachte kenmerken als discriminatiegrond worden gebruikt een beroep op de Richtlijn zou toekomen”.¹²³ In dat geval zouden bijvoorbeeld professionele zorgverleners of vrijwilligers mogelijk niet onder de richtlijn vallen. Een tweede vraag naar de algemene geldigheid is of de uitspraak al dan niet analoog kan en mag worden toegepast op *andere discriminatiegronden* dan handicap.¹²⁴

Aangaande het eerste element is het inderdaad zo dat uit de bewoordingen van het arrest niet met zekerheid kan worden geconcludeerd dat analoge redeneringen ook opgaan voor personen die in een andere verhouding staan tot een persoon met een handicap dan de verzoekster uit het geding. Tegelijk kan daartegen worden ingebracht dat een dergelijke restrictieve lezing wel tegen de geest van het arrest lijkt in te gaan.¹²⁵ De onderliggende redenering is dat het verbod op directe discriminatie uit de richtlijn(en) van toepassing is ‘uit hoofde van’ de *discriminatiegronden*, ongeacht of de benadeelde zelf over dat kenmerk beschikt.¹²⁶ De precieze status van de benadeelde en zijn relatie tot de persoon met wie hij wordt geassocieerd, lijken in het licht daarvan van ondergeschikt belang.¹²⁷ Wat betreft de vraag of de conclusies van het arrest extrapol eerbaar zijn naar *andere gronden*, lijkt de juistheid van een restrictieve lezing ons nog minder waarschijnlijk. Het Hof baseert zijn redenering immers op een grammaticale en teleologische analyse van de richtlijn,¹²⁸ die in begin-

121 HvJ 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, r.o. 56. *Mutatis mutandis* oordeelde het Hof dat hetzelfde opging voor het begrip ‘intimidatie’ (*ibid.*, r.o. 57-63), maar een discussie daarvan valt buiten het bestek van deze tekst.

122 A.G. VELDMAN, *I.c.*, 75; L. WADDINGTON, *I.c.*, 672.

123 N. GUNDT, “HvJ EG 17 juli 2008, JAR 2008/208 (*Coleman*). Personele werkingssfeer discriminatieverbod op grond van handicap”, in M.J.A.C. DRIESSEN, F.B.J. GRAPPERHAUS, N. GUNDT, S. KLOSSE en W.J.M. RAUS (eds.), *Het arbeidsrecht in 50 uitspraken*, Deventer, Kluwer, 2010, 94.

124 Zie bijv. L. WADDINGTON, *I.c.*, 673-674.

125 T. CONNOR, “Discrimination by association: a step in the right direction”, *Journal of Social Welfare and Family Law* 2010, nr. 1, 64.

126 Vgl. A.G. VELDMAN, *I.c.*, 82; T. CONNOR, *I.c.*, 64.

127 Daarenboven geeft het Hof ook aan dat de personele werkingssfeer van de richtlijn(en) in beginsel niet beperkend geïnterpreteerd moet worden (HvJ 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, r.o. 46. Zie ook *supra*).

128 A.G. VELDMAN, *I.c.*, 82; T. CONNOR, *I.c.*, 64.

sel overeenkomen voor alle gronden.¹²⁹ Ook verwijst het Hof wat dat betreft zelf regelmatig naar de discriminatiegronden in algemene zin. Als zodanig lijkt *prima facie* de mogelijkheid van analogie ten aanzien van andere discriminatiegronden juist voor de hand te liggen.¹³⁰

Binnen België is, voor zover wij konden achterhalen, in de rechtspraak nog geen sprake van geweest van discriminatie bij associatie. Wel gaf de Raad van Bestuur van het CGKR naar verluidt zijn fiat voor het inleiden van een zaak, waarbij een werknemer mogelijk ontslagen werd omwille van de meervoudige handicap van zijn kind.¹³¹ Verder is op het niveau van de Vlaamse wetgeving, associatieve discriminatie uitdrukkelijk in de wettekst van het Gelijkekansendecreet zelf verboden.¹³²

B. Indirecte discriminatie

Van 'indirecte discriminatie' is volgens de richtlijnen sprake "wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een" beschermd kenmerk, "in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt", tenzij er voor die 'bepaling, maatstaf of handelwijze' een rechtvaardiging voorhanden is (cf. *infra* titel VI).

Op Europees vlak is indirecte discriminatie in de recente zaken op grond van de genoemde richtlijnen tot op heden vooral zijdelings aan bod gekomen. Zoals in het voorgaande al aan bod kwam, werd in *Maruko* en in *Römer* bijvoorbeeld vastgesteld dat onderscheid op grond van criteria die noodzakelijk samenhangen met een discriminatiegrond, geen indirecte maar directe discriminatie oplevert (cf. *supra*). Meer bepaald maakte het feit dat homoseksuele levenspartners in geen geval konden trouwen, dat benadeling op grond van (die) burgerlijke staat, geen 'ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze' opleverde, maar een 'ongunstiger behandeling op basis van' het criterium seksuele geaardheid zelf; althans onder het voorbehoud dat de nationale rechter tot vergelijkbaarheid zou besluiten van het levenspartnerschap en het huwelijk (*supra*).

129 En dan niet alleen de gronden uit de Kaderrichtlijn, maar alle artikel 13-gronden gezien de gelijk-luidende definities in de andere 'actuele' richtlijnen. Evenmin lijkt de redenering, in het verlengde daarvan, een beperking te stellen aan analoge toepassing op andere onderdelen van de materiële werkingssfeer van de richtlijnen. Vgl. L. WADDINGTON, *l.c.*, 672.

130 *Ibid.*, 674 en 681.

131 Mondelinge informatie van het CGKR.

132 Net als attributieve discriminatie, meervoudige discriminatie en cross-sectionele discriminatie. Het decreet bepaalt dat er sprake is van "directe discriminatie als iemand minder gunstig wordt behandeld dan iemand anders in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van een of meer, werkelijke of vermeende, eigen of bij associatie toegekende, beschermde kenmerken" (onze cursivering). Terzijde kan worden opgemerkt dat het feit dat dit in de federale wetgeving niet het geval is, op zich niet noopt tot een herziening van de bewuste wetgeving in het licht van *Coleman*. Ook de huidige formulering van het discriminatieverbod uit de federale wetgeving verzet zich geenszins tegen een interpretatie in lijn met het arrest. Vgl. op dat laatste punt (meer algemeen): L. WADDINGTON, *l.c.*, 679.

Slechts indien dat laatste tot een negatief besluit zou leiden, en er dus geen sprake is van directe discriminatie, wordt het concept indirecte discriminatie in dergelijke situaties relevant. Zoals advocaat-generaal Jääskinen in zijn conclusies in de zaak *Römer* uitlegt, moet in dat geval eerst “worden nagegaan of er sprake is van ‘een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze’ die ‘personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt’”.¹³³ Bij de analyse daarvan geeft de advocaat-generaal aan dat het huwelijks criterium, zoals gehanteerd in *Römer*, in zijn optiek desgevallend inderdaad “als een neutrale onderscheidende factor (...) [kan] worden opgevat” en dat, “[a]angezien het huwelijk en de daaruit voortvloeiende voordelen zijn voorbehouden aan personen van verschillend geslacht (...), het onderscheid dat een dergelijk criterium teweegbrengt niet onbeduidend [is]”.¹³⁴ Meer bepaald blijkt dit criterium daarmee “bijzonder nadelig voor homoseksuelen, omdat voor hen geen andere juridische weg dan het geregistreerd partnerschap openstaat om hun samenleven te formaliseren en zij bijgevolg geen toegang tot de begunstigde groep hebben, behalve wanneer zij hun seksuele geaardheid zouden verloochenen”.¹³⁵ Het is daarbij, aldus de advocaat-generaal, niet van belang of het vereiste van een bestaand huwelijk al dan niet bedoeld is om koppels van hetzelfde geslacht uit te sluiten. Het enige wat telt is dat dit hen *de facto* “aanzienlijk benadeelt ten opzichte van paren van verschillend geslacht”. Immers:

Hoewel de litigieuze bepaling alle niet-gehuwde pensioengerechtigden uitsluit, worden homoseksuelen feitelijk sterker benadeeld dan bijvoorbeeld samenwonende heteroseksuelen, omdat laatstgenoemden niet definitief zijn uitgesloten van de verkrijging van een dergelijk voordeel, aangezien de toegang tot het huwelijk voor hen openstaat, mochten zij ooit hiervoor kiezen.¹³⁶

De situatie(s) uit *Römer* (en *Maruko*) zou(den) daarmee dus duidelijk indirect onderscheid opleveren, voor zover er – op grond van eventuele onvergelykbaarheid – toe zou worden besloten door de nationale rechter dat het niet om een *direct* onderscheid gaat. Onder welke voorwaarden een dergelijk indirect onderscheid ook indirecte discriminatie zou opleveren – dus de vraag naar de eventuele rechtvaardiging van het onderscheid – komt verder in deze tekst aan bod (cf. *infra* titel VI).

V. REDELIJKE AANPASSINGEN

Het begrip ‘redelijke aanpassingen’ werd in het Europese discriminatierecht geïntroduceerd door de Kaderrichtlijn. Artikel 5 van die richtlijn (getiteld ‘redelijke aanpassingen voor gehandicapten’) houdt in dat, “[t]eneinde te waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot personen met een handicap nageleefd wordt”, moet worden “voorzien in redelijke aanpassingen”. Het artikel vervolgt dat dit inhoudt “dat de werkgever, naargelang

¹³³ Concl. Adv. Gen. Jääskinen 15 juli 2010, *Römer*, C-147/08, r.o. 106.

¹³⁴ *Ibid.*, r.o. 106.

¹³⁵ *Ibid.*, r.o. 106.

¹³⁶ *Ibid.*, r.o. 107.

de behoefte, in een concrete situatie passende maatregelen neemt om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten". Dit alles "tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen".¹³⁷

In de rechtspraak van het Hof van Justitie is dit begrip tot nu toe enkel zijdelings aan bod gekomen, waarbij het eerder restrictief (of alleszins niet extensief) geïnterpreteerd leek te worden. Zo verduidelijkte het Hof in het arrest *Chacon Navas* dat de verplichting om te voorzien in redelijke aanpassingen, net als het discriminatieverbod, niet geldt voor de grond ziekte, maar enkel voor handicap.¹³⁸ Anders dan voor het discriminatieverbod, bleek uit *Coleman* dat de verplichting tot redelijke aanpassingen – overeenkomstig de bewoordingen uit de Kaderrichtlijn – enkel geldt ten aanzien van personen met een handicap zelf, en niet mede voor personen die met hen verbonden of geassocieerd zijn.¹³⁹ Het Hof acht deze inperking – en die van artikel 7 van de Kaderrichtlijn in vergelijkbare zin – gerechtvaardigd, omdat het "hetzij maatregelen van positieve discriminatie ten gunste van de gehandicapte persoon zelf betreffen, hetzij specifieke maatregelen die zinledig zouden zijn of onevenredig zouden kunnen blijken te zijn, indien zij niet waren beperkt tot personen met een handicap".¹⁴⁰

137 En waarbij geldt dat "[w]anneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het door de lidstaten gevoerde beleid inzake personen met een handicap, (...) zij niet als onevenredig [mag] worden beschouwd" (art. 5 *in fine*).

138 Waarbij handicap werd begrepen in de eerder verduidelijkte zin: cf. *supra*.

139 HvJ 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, r.o. 39. Zoals gezegd beargumenteerden verschillende regeringen dat het feit dat de richtlijn "een aantal bepalingen [bevat] die blijkens hun bewoordingen uitsluitend voor gehandicapte personen gelden" (r.o. 39), waaronder die inzake 'redelijke aanpassingen', tot de conclusie moest leiden dat het discriminatieverbod uit de richtlijn in het algemeen ook enkel gold voor personen die zelf een handicap hebben. Het Hof aanvaardt in reactie weliswaar dat de richtlijn bepalingen bevat specifiek voor personen die zelf een handicap hebben, maar niet dat dit de conclusie wettigt dat het discriminatieverbod ook enkel ten aanzien van hen geldt: "De omstandigheid dat richtlijn 2000/78 bepalingen bevat die specifiek beogen rekening te houden met de behoeften van gehandicapte personen, wettigt derhalve niet de conclusie dat het in deze richtlijn geformuleerde beginsel van gelijke behandeling restrictief moet worden uitgelegd" (*ibid.*, r.o. 43). Aan *Coleman* kan door een 'geassocieerde' derde hooguit een argument worden ontleend om situaties aan te vechten als associatieve discriminatie, in die gevallen waarin er bijv. "minder flexibiliteit in uren is geboden in vergelijking met werknemers die zorgen voor niet-gehandicapte kinderen" (A.G. VELDMAN, *I.c.*, 83 (cursivering in origineel)).

140 HvJ 17 juli 2008, *Coleman/Attridge Law*, C-303/06, r.o. 42. Zie kritisch over deze beide 'opties' van het Hof, waar het aankomt op redelijke aanpassingen: L. WADDINGTON, *I.c.*, 677-679. Waddington geeft aan dat het niet in lijn zou zijn met de Kaderrichtlijn zelf noch met het VN-Handicapverdrag om redelijke aanpassingen te zien als positieve actie. Evenmin zouden redelijke aanpassingen volgens haar gezien moeten worden als behorend tot "specifieke maatregelen die zinledig zouden zijn of onevenredig zouden kunnen blijken te zijn, indien zij niet waren beperkt tot personen met een handicap", omdat in verschillende jurisdicties een aanpassingsplicht bestaat voor *andere gronden* dan handicap (meer bepaald voor religie/overtuiging). Waddington lijkt, wat betreft het laatste punt de nadruk in de formulering van het Hof echter te leggen op de term 'handicap', terwijl het contextueel bezien logischer lijkt om de nadruk te leggen op 'personen (met een handicap)'. Het Hof probeert m.a.w. niet te beargumenteren dat een aanpassingsplicht voor *andere gronden* zinledig of onevenredig zou zijn, maar louter dat dat het geval zou zijn voor een aanpassingsplicht voor *andere personen*, dan zij die zelf een handicap hebben.

Binnen de Belgische context zijn wel verschillende arresten geveld die rechtstreeks betrekking hebben op redelijke aanpassingen,¹⁴¹ waarbij in sommige gevallen aan het concept ook een vrij ruime interpretatie is toegekend. Zo aanvaardde het Antwerpse Arbeidshof – in een zaak rond een poetsvrouw die was ontslagen wegens het feit dat zij medisch ongeschikt was voor het verrichten van schoonmaakwerk boven de schoudergordel – dat het redelijk en perfect mogelijk zou zijn geweest om de betrokkene “ondanks haar fysieke beperking, als poetsvrouw aan het werk te houden, mits een kleine wijziging in de taakverdeling tussen de verschillende poetsvrouwen en/of het ter beschikking stellen van een trapje of een ladder”.¹⁴² Enigszins in het verlengde van dat arrest ligt een uitspraak van het Luikse Arbeidshof inzake een zorgverleenster in een rust- en verzorgingstehuis, die het slachtoffer was van een werkongeval.¹⁴³ De vrouw werd ongeschikt verklaard voor de taak die ze tot dan toe vervulde, maar wel nog altijd geschikt om een andere activiteit op te nemen in de arbeidsmarkt. De preventieadviseur raadde overplaatsing aan, maar omdat de werkgever geen geschikte arbeidsplaats vond, maakte hij een einde aan de arbeidsovereenkomst met inroeping van overmacht. Het Hof stelde, mede met verwijzing naar de Antwerpse zaak, vast dat er niet of althans onvoldoende was gezocht naar aanpassingen, zoals lichter werk of toestellen die de persoon in kwestie konden ondersteunen.¹⁴⁴

In de context van goederen en diensten stelde het Gentse Hof van Beroep een weigering om te voorzien in redelijke aanpassingen vast bij een reisbureau dat avontuurlijke groepsreizen aanbiedt.¹⁴⁵ De zaak kwam in het voorgaande al ter sprake (*supra* titel III): het reisbureau had een dove man enkel willen inschrijven voor een groepsreis naar Jordanië, als hij op eigen kosten voor een

¹⁴¹ Terzijde kan worden opgemerkt dat de weigering om te voorzien in redelijke aanpassingen zowel in de federale wetgeving als in het Vlaamse Gelijkekansendecreet (uitdrukkelijk) wordt aange-merkt als een verschijningsvorm van discriminatie, hetgeen formeel niet het geval is in de Kader-richtlijn.

¹⁴² Arbh. Antwerpen 23 april 2010 (www.diversiteit.be). Het Hof stelde voorafgaand dat “het kunnen uitvoeren van poetswerk boven de schoudergordel voor een poetsvrouw in een instelling (...) met tal van vestigingsplaatsen, een grote waaier aan poetswerk en een uitgebreid team van poetsvrouwen, geen wezenlijke en bepalende beroepsvereiste” vormt. Zie hierover ook *infra* titel VI.

¹⁴³ Arbh. Luik 25 oktober 2011 (www.diversiteit.be).

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Gent 20 januari 2011 (www.diversiteit.be). Nog in de context van goederen en diensten werd door de voorzitter van de Dendermondse rechtbank van eerste aanleg het ontzeggen van de toegang tot een restaurant aan een assistentiehond van een persoon met een motorische functiebeperking aanvaard als een weigering van redelijke aanpassingen (Voorz. Rb. Dendermonde 4 november 2009 (www.diversiteit.be)). Hierbij werd onder andere de stelling verworpen van de restaurant-tuitbaters dat van de persoon met een handicap “ook een ‘redelijke aanpassing’ wordt verwacht”. De rechter geeft aan dat dit *in casu* neerkomt op “de zaak omdraaien”: “[E]r dient voor te worden gezorgd dat deze personen op een zo uitgebreid en comfortabel mogelijke wijze aan alle aspecten van het gewone leven van elke burger kunnen deelnemen”. De aangevoerde argumenten van hygiëne en het feit dat het om een kleine ruimte ging, konden de handelwijze niet verantwoorden gezien “geleidehonden op dergelijke situaties getraind [zijn] en mag aangenomen worden dat zij zich onopvallend, proper en hygiënisch gedragen”. De rechtbank zag zich hierin ook bevestigd door een Koninklijk besluit dat voor assistentiehonden uitdrukkelijk een uitzondering voorziet op het verbod op de aanwezigheid van huisdieren op plaatsen waar levensmiddelen worden bewerkt, gehanteerd of opgeslagen. Althans voor die “lokale waar levensmiddelen in de handel worden gebracht” (waarop de zaak uiteraard *in casu* betrekking had). Zie Bijlagen Hoofdstuk VI artikel 1 fine van het Koninklijk Besluit van 22 december 2005 betreffende levensmiddelenhygiëne.

begeleider zou zorgen. Dit vanuit de opvatting dat zijn veiligheid anders niet gegarandeerd zou kunnen worden, wanneer hij zou moeten communiceren met de lokale bevolking of indien er brand zou uitbreken in het hotel. Hoewel het Hof aangeeft dat “een zekere terughoudendheid” bij het “zonder meer (...) laten inschrijven” van de betrokkene “enigszins te begrijpen was”, oordeelde het dat er niettemin “enkele weinig kostelijke maatregelen” voorhanden waren geweest, die maakten dat de eis om een eigen begeleider te voorzien als “onredelijk en overdreven moet worden beschouwd”.¹⁴⁶ Zo kon het risico in geval van brand opgevangen worden door verwittiging via gsm met trilfunctie. Voor het overige zag het Hof niet in “welke ernstige veiligheidsrisico's er zouden zijn”:

Communicatie met een doof persoon verloopt hoe dan ook moeilijker dan met een persoon die hoort, maar het is niet duidelijk waarom dit een onoverkomelijk probleem zou vormen, ook niet in een moslimland als Jordanië, met een verschil in taal, cultuur en gewoontes van de plaatselijke bevolking.¹⁴⁷

Waar de voorgaande arresten betrekking hadden op de federale wetgeving, steunde een belangrijke toepassing ook op het Vlaamse Gelijkekansendecreet. Het ging daarbij om een vordering van drie dove en slechthorende leerlingen tot het verkrijgen van meer tolkuren in het reguliere middelbaar onderwijs. Meer concreet werd een minimum van 70% ondersteuning gevorderd. Volgens de jongeren had de Vlaamse Gemeenschap bij de toekenning (financiering) van het aantal tolkuren niet voldaan aan de plicht tot het treffen van redelijke aanpassingen, hetgeen het Hof bevestigde.¹⁴⁸ De Vlaamse Gemeenschap had naar het oordeel van de rechter geen concrete elementen aangedragen “die zouden kunnen bewijzen of aannemelijk maken dat de gevraagde aanpassing voor haar een onevenredige belasting zou kunnen betekenen op financieel en/of organisatorisch vlak”. Het had daarentegen louter verwezen naar de algemene criteria van de “organisatorische impact van de gevraagde aanpassing en de te verwachten frequentie en duur van het gebruik van de aanpassing”. Wat betreft het eerste, maakt het Hof de Vlaamse gemeenschap erop attent – in navolging van de rechter in eerste aanleg – dat de wetgever met het criterium van de ‘organisatorische impact’ de vraag bedoelde “of de gevraagde aanpassing een weerslag heeft op de organisatie van de activiteit waarop de aanpassing betrekking heeft, d.i. het verstrekken van onderwijs en niet de organisatie van de aanpassing zelf”. Ook het tweede criterium achtte het Hof niet overtuigend om tot ‘onredelijkheid’ te besluiten:

[H]et [is] evident (...) dat de overheid moet voorzien in een gelijke behandeling van personen met een identieke handicap, en de loutere vaststelling dat meer leerlingen daardoor aanspraak moeten kunnen maken op dezelfde redelijke aanpassing, uiteraard niet kan leiden tot de vaststelling van onevenredigheid. Een dergelijke redenering zou de verplichting tot het aanbieden van redelijke aanpassingen immers volledig uithollen.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Gent 20 januari 2011 (www.diversiteit.be).

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Gent 7 september 2011 (www.diversiteit.be).

¹⁴⁹ *Ibid.* Het Hof wees er in het verlengde daarvan op dat het hier “in de eerste plaats om een kwestie van sociale rechtvaardigheid gaat”, zodat “ook de efficiëntie en het terugverdieneffect niet uit het

Tot slot verwees het Hof, net als de rechter in eerste aanleg, ter ondersteuning van de redelijkheid van de vraag, naar de situatie in Nederland “waar personen met een auditieve beperking in beginsel recht hebben op een tolk in 100% van de tijd in reguliere onderwijssituaties, wat bevestigt dat een principieel volledige ondersteuning in elk geval een redelijke aanpassing is, en dat voor de overheid een dergelijke ondersteuning geen onevenredige belasting meebrengt”, alsook naar de “voorbeeldfunctie” die de overheid te vervullen heeft “in die gevallen waar de overheid verplichtingen oplegt aan zowel private als publieke actoren, zoals ondermeer de verplichting tot het organiseren van redelijke aanpassingen voor personen met een handicap”.¹⁵⁰

VI. RECHTVAARDIGING

De richtlijnen en de wetgeving voorzien in verschillende mogelijkheden om direct en indirect onderscheid op grond van de beschermde kenmerken te rechtvaardigen. In dit laatste deel staan we eerst stil bij de uitgebreide rechtspraak over de rechtvaardiging van onderscheid op grond van leeftijd. Vervolgens geven we een overzicht van enkele belangrijke arresten over de verantwoording van onderscheid op basis van andere gronden (seksuele geaardheid, godsdienst en overtuiging, en handicap).

A. Onderscheid op grond van leeftijd

De Kaderrichtlijn bevat verschillende rechtvaardigingsgronden voor leeftijds-onderscheid, die ook in de nationale wetgeving zijn opgenomen. Artikel 6 lid 1 van de richtlijn voorziet in een zogenaamd open systeem van rechtvaardiging.¹⁵¹ Het bepaalt dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen verboden discriminatie vormen “indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.¹⁵² Volgens artikel 4 lid 1 van de richtlijn, maakt een verschil in behandeling op basis van leeftijd geen discriminatie uit als leeftijd of een gerelateerd kenmerk een “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste” vormt. Artikel 2 lid 5 bepaalt, tot slot, dat de richtlijn “de nationale wettelijke bepalingen onverlet [laat] die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de

oog [mag] worden verloren, gezien ongelijke kansen er voor zorgen dat talenten en mogelijkheden ten onrechte onbenut blijven”.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Zie over de rechtvaardigingsproblematiek S. SOTTIAUX, “De rechtvaardigingsronden in het federale discriminatierecht”, in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination. Actuele topics discriminatierecht*, Brugge, die Keure, 2010, 227-257.

¹⁵² Volgens het Hof van Justitie vereist deze bepaling niet dat de Lidstaten bij de implementatie van de richtlijn een specifieke lijst opmaken van verschillen in behandeling die kunnen worden gerechtvaardigd. Zie HvJ 5 maart 2009, *Age Concern England*, C-388/07. Zie uitgebreid C. BAYART en C. DEITEREN, *l.c.*, 61-65.

bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden”.

1. Artikel 6 lid 1

Aangezien het overgrote deel van de jurisprudentie betrekking heeft op artikel 6 lid 1, komt deze bepaling eerst aan bod. De rechtvaardigingsgrond in artikel 6 lid 1 laat de rechter toe om een klassieke proportionaliteitstoets door te voeren. Dit betekent dat hij dient na te gaan of met het leeftijdsonderscheid een legitiem doel wordt nagestreefd en de middelen om dat doel te bereiken “passend en noodzakelijk” zijn. Dat laatste wil zeggen dat de middelen moeten kunnen bijdragen tot het realiseren van het doel (passend) en er geen minder belastende (discriminerende) alternatieven voorhanden zijn (noodzakelijk). Hoewel de richtlijn er niet uitdrukkelijk naar verwijst, omvat de proportionaliteitstoets traditioneel ook een onderzoek van de evenredigheid in de strikte zin. Daarbij dient de rechter te onderzoeken in welke mate het belang van het legitieme doel opweegt tegen de belangen aantasting van het slachtoffer van het leeftijdsonderscheid. In wat volgt gaan we achtereenvolgens na hoe het Hof van Justitie deze verschillende stappen toetst. We zullen zien dat het zich daarbij eerder terughoudend opstelt, zoals het met de volgende steeds terugkerende passage al aankondigt:

Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht beschikken de lidstaten, en in voorkomend geval de sociale partners, op nationaal niveau over een ruime beoordelingsvrijheid, niet alleen bij de beslissing welke van meerdere doelstellingen van sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid zij specifiek willen nastreven, maar ook bij het bepalen van de maatregelen waarmee deze doelstelling kan worden verwezenlijkt.¹⁵³

De lage toetsingsintensiteit komt om te beginnen tot uiting bij de controle van het legitieme doel. Het is ondertussen vaste rechtspraak dat de nationale wetgever niet verplicht is om de doelstellingen duidelijk te preciseren in de wetgeving.¹⁵⁴ Het ontbreken van een nadere omschrijving van het doel in de voorbereidende werkzaamheden, parlementaire debatten of de memorie van toelichting, impliceert niet dat een verantwoording niet mogelijk is. Het volstaat dat het Hof het doel kan achterhalen op basis van de “algemene context” van de maatregel.¹⁵⁵ Het Hof zal daarbij rekening houden met de argumenten die door de verschillende interveniërende partijen worden ontwikkeld.¹⁵⁶ Uiteindelijk is het de taak van de nationale rechter om de nagestreefte doelstelling te bepalen en na te gaan of de door de partijen aangehaalde, en door het Hof als legitiem aanvaarde, doelstellingen ook werkelijk achter de nationale

¹⁵³ Zie o.a. HvJ 12 december 2002, *Mangold*, C-144/04, r.o. 63; HvJ 16 oktober 2007, *Palacios de la villa*, C-411/05, r.o. 57; HvJ 12 oktober 2010, *Rosenbladt*, C-45/09, r.o. 41.

¹⁵⁴ Zie o.a. HvJ 16 oktober 2007, *Palacios de la villa*, C-411/05, r.o. 57; HvJ 5 maart 2009, *Age Concern England*, C-388/07, r.o. 45; HvJ 12 januari 2010, *Petersen*, C-341/08, r.o. 40; HvJ 21 juli 2011, *Fuchs*, C-159/10 en C/160/10, r.o. 38.

¹⁵⁵ Zie bijv. HvJ 16 oktober 2007, *Palacios de la villa*, C-411/05, r.o. 57; HvJ 21 juli 2011, *Fuchs*, C-159/10 en C/160/10, r.o. 39.

¹⁵⁶ HvJ 18 november 2010, *Georgiev*, C-250/09 en C-268/09, r.o. 44.

maatregel schuilen.¹⁵⁷ Het Hof sluit niet uit dat het doel van een regelgeving verandert in de tijd als gevolg van een gewijzigde context.¹⁵⁸ Daarenboven aanvaardt het Hof dat Lidstaten zich tezelfdertijd beroepen op verschillende doelstellingen die met elkaar kunnen samenhangen of naar belangrijkheid kunnen worden geordend.¹⁵⁹

Wanneer we meer concreet kijken naar de manier waarop het Hof de aangevoerde doelstellingen onderzoekt, blijkt dat het zich bijzonder flexibel opstelt en een ruime beoordelingsmarge aan de Lidstaten laat. De meeste rechtspraak heeft betrekking op leeftijdsonderscheid en pensioen: het ontslag of de gedwongen pensionering van werknemers (*Palacios de la Villa*, *Age Concern England* en *Rosenblatt*), ambtenaren in vaste dienst (procureurs) (*Fuchs*) en hogleraren (*Georgiev*) bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd; een leeftijdsgrens van 68 jaar voor de uitoefening van het beroep van tandarts in het kader van de verplichte zorgverzekering (*Petersen*) en het ontzeggen van het recht op een speciale ontslagvergoeding aan werknemers die in aanmerking komen voor een ouderdomspensioen dat door hun werkgever wordt betaald (*Ingeniørforeningen i Danmark*). In deze context werden onder meer de volgende doelstellingen als legitiem erkend: het bevorderen van de werkgelegenheid en de bestrijding van de werkloosheid;¹⁶⁰ de integratie van bepaalde categorieën van werknemers en het verdelen van de werkgelegenheidskansen over de generaties;¹⁶¹ het creëren van een evenwichtige en gunstige leeftijdsstructuur tussen jonge en oudere ambtenaren en docenten om de kwaliteit van de rechterlijke macht en het universitair onderwijs en onderzoek te bevorderen¹⁶² en het optimaliseren van het personeelsbeheer en het daarmee voorkomen van eventuele (vernederende) geschillen over de geschiktheid van de werknemer om zijn activiteit na een bepaalde leeftijd uit te oefenen.¹⁶³ Ondanks kritische tegenwerpingen van de partijen, lijkt het Hof de geldigheid van deze soms zeer algemeen geformuleerde oogmerken niet in vraag te willen stellen.

Ook in de meeste niet pensioengerelateerde leeftijdszaken aanvaardde het Hof de aangevoerde doelstellingen. In een arrest over het gebruik van leeftijdscriteria voor het bepalen van het salaris, overwoog het Hof dat het doel om een beloningsstelsel op te zetten waarin de beroepservaring van de arbeidscontractanten in aanmerking wordt genomen, legitiem is (*Hennings*).¹⁶⁴

157 HvJ 12 januari 2010, *Petersen*, C-341/08, r.o. 42; HvJ 18 november 2010, *Georgiev*, C-250/09 en C-268/09, r.o. 44 en 48.

158 HvJ 21 juli 2011, *Fuchs*, C-159/10 en C/160/10, r.o. 41-42.

159 *Ibid.*, r.o. 44-46.

160 Zie o.a. HvJ 16 oktober 2007, *Palacios de la villa*, C-411/05, r.o. 64.

161 HvJ 12 januari 2010, *Petersen*, C-341/08, r.o. 68; HvJ 18 november 2010, *Georgiev*, C-250/09 en C-268/09, r.o. 45.

162 Zie HvJ 21 juli 2011, *Fuchs*, C-159/10 en C/160/10, r.o. 50; HvJ 18 november 2010, *Georgiev*, C-250/09 en C-268/09, r.o. 46. Volgens het Hof wordt door "het samenleven van verschillende generaties docenten en onderzoekers (...) de uitwisseling van ervaring en de vernieuwing, en dus de kwaliteit van het onderwijs en het onderzoek aan de universiteit bevorderd".

163 HvJ 12 oktober 2010, C-45/09, *Rosenblatt*, r.o. 43-45; HvJ 21 juli 2011, *Fuchs*, C-159/10 en C/160/10, r.o. 50.

164 HvJ, 8 september 2011, *Hennings*, C-297/10 en C-298/10, r.o. 72. Zie ook m.b.t. tot geslachtsdiscriminatie HvJ 3 oktober 2006, *Cadman*, C-17/05, r.o. 35-36.

Bij de beoordeling van een regeling waarbij de vóór de voltooiing van het 18^{de} levensjaar verworven beroepservaring niet in aanmerking werd genomen voor de indeling in salaristrappen, werd de bevordering van de algemene middelbareschoolopleiding als een legitiem doel gekwalificeerd (*Hütter*).¹⁶⁵ In de hoger vermelde zaken *Mangold* en *Kücükdevici*, tot slot, gold de flexibele integratie van respectievelijk oudere en jongere werknemers in het arbeidsproces als een legitieme doelstelling, enerzijds voor een regeling die het sluiten van overeenkomsten voor bepaalde tijd met oudere werknemers eenvoudiger maakte; en anderzijds voor een regel die de dienstjaren voor de 25^{ste} verjaardag van een werknemer uitsloot voor de berekening van de duurtijd van een opzegtermijn.¹⁶⁶

Ondanks de terughoudendheid die het Hof aan de dag legt bij het beoordelen van de doelstellingen van leeftijdsonderscheid, heeft het niettemin een aantal grenzen gesteld. De belangrijkste beperking is ongetwijfeld het vereiste dat het moet gaan om een doel van “algemeen belang”, d.i. een doel dat zich onderscheidt van “louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever, zoals de vermindering van de kosten of de verbetering van het concurrentievermogen.”¹⁶⁷ Het Hof sluit echter niet uit dat de wetgever, bij het nastreven van die legitieme doelstellingen, de werkgever een “zekere mate van flexibiliteit toekent”.¹⁶⁸ Daarbij komt dat niet elk potentieel doel van algemeen belang in aanmerking komt. Het moet gaan om een doelstelling van “sociaal beleid”.¹⁶⁹ Hoewel de tekst van artikel 6 lid 1 deze bijkomende beperking niet voorschrijft,¹⁷⁰ leidt het Hof dit af uit de niet-exhaustief opgesomde doelstellingen in artikel 6 lid 1, die allen verband houden met het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding.¹⁷¹ Zo was het Hof van oordeel dat het waarborgen van de veiligheid van het luchtverkeer geen legitiem doel is in de zin van artikel 6 lid 1 (*Prigge*).¹⁷² Hiermee wordt het potentieel volledig open karakter van deze rechtvaardigingsgrond deels gesloten.

In het arrest *Fuchs*, dat handelt over de verplichte pensionering van ambtenaren in vaste dienst op de leeftijd van 65 jaar, heeft het Hof voorts aangegeven

¹⁶⁵ HvJ 18 juni 2009, *Hütter*, C-88/08, r.o. 40.

¹⁶⁶ HvJ 22 november 2005, *Mangold*, C-144/04, r.o. 59; HvJ 19 januari 2010, *Kücükdevici*, C-555/07, r.o. 35. De in de zaak *Kücükdevici* door de advocaat-generaal opgeworpen vraag of het particuliere belang van werkgevers om een flexibel personeelsbeleid te voeren wel gerechtvaardigd kon worden als een sociaal beleidsdoel, werd door het Hof niet uitdrukkelijk beantwoord. Zie Concl. Adv. Gen. Bot, 7 juli 2009, *Kücükdevici*, C-555/07, r.o. 46-47. Zie ook C. VAN DE HEYNING, “Noot onder Zaak C-229/08, Wolf, Zaak C-341/08 Petersen en Zaak C-555/07 Küçükdevici”, *Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht* 2010, 485-487.

¹⁶⁷ Zie o.a. HvJ 5 maart 2009, *Age Concern England*, C-388/07, r.o. 46; HvJ 18 juni 2009, *Hütter*, C-88/08, r.o. 41.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ De in artikel 6 lid 1 gebruikte bewoordingen “met inbegrip van” lijken er op te wijzen dat elk legitiem doel onder deze bepaling kan vallen.

¹⁷¹ HvJ 13 september 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 80-81. Het Hof sluit zich daarmee aan bij het standpunt van de advocaat-generaal. Zie Concl. Adv. Gen. Villalón, 19 mei 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 72-76).

¹⁷² *Ibid.*, r.o. 82.

dat louter budgettaire overwegingen niet kunnen volstaan om een leeftijds-onderscheid te rechtvaardigen:

Weliswaar kunnen budgettaire overwegingen aan de basis liggen van de keuzes van sociaal beleid van een lidstaat en de aard of de omvang van de maatregelen die deze wenst vast te stellen beïnvloeden, maar dergelijke overwegingen kunnen op zich geen legitiem doel in de zin van artikel 6 lid 1 zijn.¹⁷³

De lage toetsingsintensiteit blijkt voorts uit de manier waarop het Hof de pertinentie en de noodzakelijkheid van een op leeftijd gebaseerde ongelijke behandeling onderzoekt (of net niet onderzoekt). In de meeste arresten wordt het passend karakter van de maatregel slechts marginaal getoetst, wat blijkt uit bewoordingen zoals “niet kennelijk ongeschikt” en “niet onredelijk”, en dit wordt bevestigd door het feit dat het Hof geen statistieken of concrete gegevens vereist voor het onderbouwen van de functionaliteit van de betwiste maatregel.¹⁷⁴ In de hogervermelde pensioenzaken heeft het Hof geoordeeld dat het niet onredelijk is om aan te nemen dat een verplichte pensionering kan bijdragen tot doelen zoals het bevorderen van werkgelegenheid (voor jongeren), het creëren van een evenwichtige leeftijdsstructuur en het optimaliseren van het personeelsbeheer.¹⁷⁵ Deze terughoudendheid betekent niet dat het adequate karakter van een maatregel geheel niet wordt gecontroleerd. In de zaak *Hennigs* kwam het Hof tot het besluit dat het vaststellen van het basissalaris van een arbeidscontractant bij diens aanstelling louter op basis van leeftijd, niet passend was om het vooropgestelde doel – het belonen van beroepservaring – te bereiken.¹⁷⁶ Een criterium dat op anciënniteit berust, wat volgens het Hof hand in hand gaat met beroepservaring, was naar het oordeel van het Hof beter geschikt om het doel te bereiken.¹⁷⁷ Ook de regel in *Kücükdeveci* die de dienstjaren voor de 25^{ste} verjaardag van een werknemer uitsloot voor de berekening van de duurtijd van diens opzegtermijn, werd niet passend bevonden in verhouding tot het nagestreefde doel (een flexibeler personeelsbeheer dat de aanwerving van jongeren moet bevorderen, een groep die doorgaans een grotere professionele mobiliteit heeft).¹⁷⁸ De maatregel trof immers alle werknemers (dus ook de oudere werknemers) die hun beroepsactiviteit voor de leeftijd van 25 jaar hadden aangevat.¹⁷⁹

Het noodzakelijkheidsvereiste – de afwezigheid van minder belastende alternatieven om het legitieme doel te bereiken – wordt doorgaans niet afzonderlijk onderzocht, wat opnieuw een bewijs van de lage toetsingsintensiteit is. De enige uitzondering hierop lijkt het vroege *Mangold* arrest, waarin het Hof een flexibele regeling, die het toeliet om arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur te sluiten met werknemers ouder dan 52 jaar, disproportioneel bevond,

173 HvJ 21 juli 2011, *Fuchs*, C-159/10 en C/160/10, r.o. 74.

174 Bijv.: HvJ 12 oktober 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-499/08, r.o. 34; HvJ 18 november 2010, *Georgiev*, C-250/09 en C-268/09, r.o. 51.

175 Zie bijv.: HvJ 16 oktober 2007, *Palacios de la villa*, C-411/05, r.o. 72; HvJ 21 juli 2011, *Fuchs*, C-159/10 en C-160/10, r.o. 60; HvJ 18 november 2010, *Georgiev*, C-250/09 en C-268/09, r.o. 51.

176 HvJ, 8 september 2011, *Hennings*, C-297/10 en C-298/10, r.o. 77

177 *Ibid.*

178 HvJ 19 januari 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, r.o. 35.

179 *Ibid.*, r.o. 40. Het Hof wees er ook op dat de maatregel vooral jonge werknemers in een professioneel zwakke positie trof (*ibid.*, r.o. 42).

“voor zover zij de leeftijd van de betrokken werknemer als enig criterium hanteert voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zonder dat is aangetoond dat de vaststelling van een leeftijdsgrens als zodanig, los van iedere andere overweging ter zake van de structuur van de betrokken arbeidsmarkt en de persoonlijke situatie van de betrokkene, objectief noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het doel, de opnemings in het arbeidsproces van oudere werkloze werknemers te bevorderen.”¹⁸⁰

Wat het Hof in sommige leeftijdssaken wel lijkt te toetsen – zij het opnieuw marginaal – is de evenredigheid in strikte zin (het evenwicht tussen de tegenstelde belangen). Dit komt het duidelijkste tot uiting in de zaken die betrekking hebben op de verplichte pensionering. Het Hof maakt hierin duidelijk een afweging tussen de individuele belangen van de werknemer die zijn beroepsactiviteit ook na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd wenst voor te zetten, en de doelstellingen van algemeen belang die met de verplichte pensionering worden nagestreefd (zoals het bevorderen van de werkgelegenheid). Luidens een steeds terugkerende overweging, vormt de verplichte pensionering “geen excessieve inbreuk op de gerechtvaardigde aanspraken van de betrokken werknemers (...) indien zij recht hebben op een pensioen waarvan de hoogte niet als onredelijk kan worden beschouwd”.¹⁸¹

2. Artikel 4 lid 1

Een tweede rechtvaardigingsgrond voor (direct) leeftijdsonderscheid vinden we in artikel 4 lid 1. Volgens deze bepaling kunnen de Lidstaten bepalen “dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met een van de in artikel 1 genoemde gronden berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is”. Het Hof heeft toepassing gemaakt van deze bepaling in de zaken *Wolf* en *Prigge*, die respectievelijk betrekking hadden op een leeftijdsgrens van 30 jaar voor de aanwerving voor het middenkader van de brandweertechnische dienst en het beëindigen van de arbeidsverhoudingen van verkeerspiloten bij het bereiken van de leeftijd van 60 jaar.¹⁸²

Het Hof heeft artikel 4 lid 1 in deze arresten als volgt uitgelegd. Het uitgangspunt, gebaseerd op de tekst van artikel 4 lid 1, is dat niet alleen het criterium van onderscheid zelf – in geval van direct onderscheid is dat het beschermd criterium –, maar ook een *daarmee verband houdend kenmerk* de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan vormen.¹⁸³ In de hier besproken gevallen van leeftijdsonderscheid was de beroepsvereiste niet de leeftijd zelf, maar geas-

¹⁸⁰ HvJ 22 november 2005, *Mangold*, C-144/04, r.o. 65.

¹⁸¹ Zie o.a. HvJ 16 oktober 2007, *Palacios de la villa*, C-411/05, r.o. 73; HvJ 21 juli 2011, *Fuchs*, C-159/10 en C-160/10, r.o. 66; HvJ 18 november 2010, *Georgiev*, C-250/09 en C-268/09, r.o. 54.

¹⁸² HvJ 12 januari 2010, *Wolf*, C-229/08; HvJ 13 september 2011, *Prigge*, C-447/09.

¹⁸³ Het Hof leidt dit af uit de woorden “in verband met een van de in artikel 1 genoemde gronden” in artikel 4 lid 1. HvJ 12 januari 2010, *Wolf*, C-229/08, r.o. 35; HvJ 13 september 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 66. Zie ook Concl. Adv. Gen. Villalón, 19 mei 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 58-59.

socieerde kenmerken zoals fitheid en gezondheid, waarbij leeftijd als ‘proxy’ werd gehanteerd van die kenmerken. In *Wolf* en *Prigge* kwalificeerde het Hof het beschikken over “fysieke capaciteiten van een bijzonder hoog niveau” en “bijzondere fysieke capaciteiten” als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste voor respectievelijk de uitoefening van het beroep van brandweerman en van verkeerspiloot.¹⁸⁴ Het beschikken over dergelijke capaciteiten is “leef-tijdsgebonden”, aldus het Hof.¹⁸⁵

In een volgende stap onderzoekt het Hof de proportionaliteit van de gehanteerde leeftijdsgrens. De doeltoets leverde in geen van beide zaken een probleem op: de goede werking van het middenkader van de brandweertech-nische dienst en het verzekeren van de veiligheid van het luchtverkeer konden doorgaan als legitieme doelen in de zin van artikel 4 lid 1.¹⁸⁶ Wat, tot slot, het passend en noodzakelijk karakter van het onderscheid betreft, is er een duidelijk verschil tussen beide zaken. In *Wolf* beperkte het Hof zich tot een eerder marginale toetsing van de geschiktheid van de maatregel.¹⁸⁷ Het ging mee in de argumentatie van de Duitse regering dat een leeftijdsgrens van 30 jaar er voor kan zorgen dat er steeds een goed evenwicht is tussen jongere en oudere brandweermannen die in staat zijn de verschillende taken te vervullen. Personen die op oudere leeftijd worden aangeworven zullen minder lang in staat zijn om de fysiek veeleisende taken te vervullen, en sneller moeten worden ingezet voor de minder zware taken, wat de goede werking van de dienst zou verstoren. In *Prigge*, daarentegen, kon de leeftijdsgrens de evenredigheids-toets niet doorstaan. Na te hebben vastgesteld dat het concept van de ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereisten’ een verhoogde toetsingsintensiteit veronderstelt,¹⁸⁸ oordeelde het Hof dat de automatische beëindiging van de tewerkstelling van verkeerspiloten op de leeftijd van 60 jaar een onevenredige maatregel was.¹⁸⁹ Het kwam tot dat besluit door erop te wijzen dat (andere) nationale en ook internationale voorschriften toelaten dat piloten tussen 60 en 65 jaar hun beroep onder bepaalde voorwaarden voortzetten.¹⁹⁰ Het Hof

184 HvJ 12 januari 2010, *Wolf*, C-229/08, r.o. 40; HvJ 13 september 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 67.

185 HvJ 12 januari 2010, *Wolf*, C-229/08, r.o. 41; HvJ 13 september 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 67. In *Wolf* verwees het Hof bijv. naar door de regering aangehaalde wetenschappelijke gegevens van arbeids- en sportgeneeskundige onderzoeken die zouden aantonen dat de longcapaciteit, de spieren en de weerstand van het menselijke lichaam afnemen naarmate men ouder wordt. Hieruit zou blijken dat slechts zeer weinig ambtenaren van 45 jaar of ouder voldoende fysieke capaciteiten hadden om deel te nemen aan brandbestrijding.

186 HvJ 12 januari 2010, *Wolf*, C-229/08, r.o. 43; HvJ 13 september 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 69.

187 HvJ 12 januari 2010, *Wolf*, C-229/08, r.o. 43-44.

188 HvJ 13 september 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 69. Het Hof verwees daarbij naar punt 23 van de considerans van richtlijn 200/78 die preciseert dat een verschil in behandeling slecht in een “zeer beperkt aantal omstandigheden” gerechtvaardigd kan zijn wanneer een met leeftijd verband houdend kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt. Voorts stelde het dat, aangezien het om een afwijking van het beginsel van non-discriminatie gaat, artikel 4 lid 1 strikt moet worden uitgelegd. Zie ook Concl. Adv. Gen. Villalón, 19 mei 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 60. Volgens de advocaat-generaal volgt de verhoogde toetsingsintensiteit uit de adjectieven “wezenlijk en bepalend”.

189 *Ibid.*, r.o. 75.

190 *Ibid.*, r.o. 73-75. De advocaat-generaal leidde uit de internationale regeling af dat “het jonger zijn dan 65” (en niet 60) voor de uitoefening van het beroep van piloot als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan worden beschouwd. Zie Concl. Adv. Gen. Villalón, 19 mei 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 66.

voegde daar nog aan toe dat noch in het dossier noch in de opmerkingen van de partijen redenen konden worden gevonden waarom piloten bij het bereiken van de leeftijd van 60 jaar niet langer over de fysieke capaciteiten beschikken om een vliegtuig te besturen.

Met deze interpretatie van artikel 4 lid 1 heeft het Hof de rechtvaardigingsgrond van de 'wezenlijke en bepalende beroepsvereisten' bijzonder ruim geïnterpreteerd. Voor de toepassing van dit concept, dat in de Europese rechtsorde werd geïntroduceerd als een rechtvaardigingsgrond voor (direct) geslachtsonderscheid, wordt er traditioneel van uitgegaan dat het *criterium van onderscheid zelf* de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste moet vormen. De zwarte acteur voor de rol van President Obama (huidskleur) of het vrouwelijke model voor het presenteren van vrouwenkleding (geslacht), zijn twee voorbeelden van situaties waarbij een beschermd persoonskenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan zijn. Huidskleur en geslacht kunnen hier cruciaal zijn voor de authenticiteit van de rol van acteur of model. In de oudere arresten waarin het Hof toepassing heeft gemaakt van de voorloper van artikel 4 lid 1 van de Kaderrichtlijn in de geslachtsrichtlijn, draaide de discussie ook steeds over de vraag of geslacht *zelf* een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is, bijvoorbeeld voor tewerkstelling bij het leger of bepaalde politiediensten.¹⁹¹

Aangenomen werd dat leeftijd op zich slechts in uitzonderlijke omstandigheden een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste zou vormen (bijvoorbeeld voor modellenwerk voor kleding voor een specifieke leeftijdsgroep).¹⁹² In de arresten *Wolf* en *Prigge* heeft het Hof echter een ruimere invulling aan dit concept gegeven, door toe te laten dat leeftijd (direct) wordt gebruikt als proxy voor andere kenmerken die een beroepsvereiste kunnen vormen. De leeftijds-grens wordt hier gebruikt als indicator voor eigenschappen zoals gezondheid of fysieke geschiktheid. Deze werkwijze is niet zonder gevaren. De vraag rijst immers of leeftijd een voldoende nauwkeurig criterium is om als substituut voor andere persoonlijke eigenschappen te dienen, en of het gebruik ervan niet dreigt te leiden tot het in stand houden van stereotypes die een automatisch verband leggen tussen leeftijd en bepaalde, voor een job gunstige of ongunstige, eigenschappen.¹⁹³ Het Hof lijkt zijn redenering overigens niet (uitdrukkelijk) te beperken tot de grond leeftijd, wat bijvoorbeeld de vraag doet rijzen in hoeverre werkgevers geslacht kunnen gebruiken als indicator voor andere eigenschappen, zoals fysieke kracht. Er bestaat, met andere woorden, het risico van een hellend vlak.

Is het Hof met zijn ruime interpretatie van artikel 4 lid 1 de juiste weg in geslagen? Het is interessant om in dit verband kort stil te staan bij de benadering van deze problematiek in de Verenigde Staten. De Amerikaanse *Age Discrimination in Employment Act* bevat namelijk een vergelijkbare rechtvaar-

191 Zie bijv. HvJ 15 mei 1986, *Johnston*, C-222/84; HvJ 26 oktober 1999, *Sirdar*, C-273/97; HvJ 11 januari 2000, *Kreil*, C-285/98.

192 Zie algemeen C. O'CONNIDE, *Age Discrimination and European Law*, European Commission, 2005, 34-35. Zie ook B. MESTRE, "The Rulings Collin Wolf and Domnica Petersen – Reflections on the Justifications of Age Discrimination", *European Law Reporter* 2010, nr. 3, 92.

193 C. O'CONNIDE, *o.c.*, 35.

digingsgrond voor “bona fide occupational qualifications”.¹⁹⁴ Ook het Hoogste Gerechtshof aanvaardt dat leeftijd soms wordt gebruikt als proxy voor eigenschappen die verband houden met fysieke capaciteiten. Het heeft daarbij echter een test ontwikkeld die uit twee stappen bestaat.¹⁹⁵ Eerst moet worden nagegaan of de door de werkgever vereiste kwalificaties voor de job “reasonably necessary” zijn om het door hem vooropgestelde doel (bijvoorbeeld de veiligheid) te garanderen. Deze test wordt omschreven als een strict scrutiny test. In tweede instantie moet worden onderzocht of het bovendien wel nodig is om leeftijd te hanteren als indicator voor andere eigenschappen. Hiervoor moet de werkgever ofwel (a) aantonen dat zo goed als alle personen boven een bepaalde leeftijdsgrens niet meer in staat zijn het beroep (veilig of efficiënt) uit te oefenen ofwel (b) dat het onmogelijk of hoogst onpraktisch is om elke werknemer op individuele basis te beoordelen. Op basis van deze test worden leeftijdsgrenzen voor veiligheidsfuncties (piloten, buschauffeurs), naar gelang de omstandigheden, soms wel en soms niet aanvaard.¹⁹⁶

Op het eerste gezicht sluiten de zaken *Wolf* en *Prigge* van het Hof van Justitie aan bij de gevestigde Amerikaanse rechtspraak. Er moet echter op een aantal belangrijke verschillen worden gewezen. Om te beginnen lijkt in de Amerikaanse rechtspraak en literatuur te worden aangenomen dat de proxybenadering enkel kan worden toegepast voor de grond leeftijd. Voor de andere gronden (godsdienst, geslacht, ...) zou een beroep op het concept van de “bona fide occupational qualifications” enkel mogelijk zijn wanneer het (bezitten van) het beschermde kenmerk op zich een beletsel vormt voor de uitoefening van de functie.¹⁹⁷ Daarbij komt dat de Amerikaanse wetgeving geen andere, algemene rechtvaardigingsgrond voor direct leeftijdsonderscheid voorziet, wat een relatief ruime interpretatie van het concept beroepsvereisten voor veiligheidsfuncties kan verklaren. De Kaderrichtlijn bevat in beginsel wel een dergelijke algemene open rechtvaardigingsgrond: het hierboven besproken artikel 6 lid 1. Indien het Hof van Justitie in de zaken *Wolf* en *Prigge* een te ruime interpretatie van artikel 4 lid 1 had willen voorkomen (met alle potentiële gevolgen voor de andere beschermde criteria van de richtlijn van dien), was een beroep op deze bepaling mogelijk geweest (in de mate dat aan de andere

194 Deze luidt als volgt: “It shall not be unlawful for an employer, employment agency, or labor organization (1) to take any action otherwise prohibited under subsections (a), (b), (c), or (e) of this section where age is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of the particular business, or where the differentiation is based on reasonable factors other than age, or where such practices involve an employee in a workplace in a foreign country, and compliance with such subsections would cause such employer, or a corporation controlled by such employer, to violate the laws of the country in which such workplace is located.” (29 U.S.C. § 623 (f)(1))

195 Zie *Western Airlines v. Criswell*, 472 U.S. 400 (1985).

196 Voor een goed overzichtsartikel met verwijzingen, zie bijv. D.R. SAMPEN, “Age Discrimination and Reasonable Non-Age Factors”, *Journal of College and University Law* 1997, 1.

197 Zie *International Union, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U.S. 187 (1991) (“We (...) required (...) a high correlation between sex and ability to perform job functions and refused to allow employers to use sex as a proxy for strength although it might be a fairly accurate one.”). Zie hierover D.R. SAMPEN, *l.c.*, 20-22. Daarbij kan worden opgemerkt dat de rechtvaardigingsgrond van de “bona fide occupational qualifications” voor al de discriminatiegronden op dezelfde wijze is geformuleerd, hoewel voor de grond leeftijd een aparte wettekst bestaat. Zie *supra* voetnoot 194. Voor de andere gronden, zie Titel VII van de Civil Rights Act (42 U.S.C. § 2000e-2(f)).

toepassingsvoorwaarden van deze bepaling is voldaan). Zoals hoger aangegeven lijkt het Hof echter voor de tegengestelde piste te opteren: een restrictieve interpretatie van artikel 6 lid 1 wat betreft de doelstellingen waarop, in het kader van die bepaling, een beroep kan worden gedaan.

Daarbij kan nog worden aangestipt dat de formulering van artikel 4 lid 1 dubbelzinnig is. Zij stelt “dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met een van de in artikel 1 genoemde gronden berust” kan worden verantwoord. De woorden “een kenmerk in verband met” lijken er inderdaad op te wijzen dat niet de discriminatiegrond zelf, maar de daarmee geassocieerde eigenschappen een wezenlijke en bepalende beroepsvereisten kunnen vormen. Daartegenover staat dat volgens dezelfde tekst het “verschil in behandeling” op dat geassocieerde kenmerk moet berusten. In de zaken *Wolf* en *Prigge* beruste het verschil in behandeling echter niet op het geassocieerde kenmerk (de fysieke geschiktheid werd niet getest), maar op de leeftijd, die een indicator voor het kenmerk was. Als we artikel 4 lid 1 zo interpreteren dat het een onderscheid toelaat tussen de discriminatiegrond en een geassocieerd kenmerk, dan lijkt deze bepaling (mede) als een verantwoordingsgrond voor indirect onderscheid te dienen. Dit terwijl de bepaling veelal wordt opgevat als een rechtvaardiging voor louter direct onderscheid (en in veel landen en regio's ook als zodanig geïmplementeerd is).¹⁹⁸ Opgevat in die zin zou een meer coherente interpretatie van de tekst van artikel 4 lid 1 er in kunnen bestaan dat het minstens moet gaan om een ‘onlosmakelijk’ verbonden kenmerk (zoals zwangerschap bij geslacht), eerder dan om een indirect geassocieerd kenmerk (zoals fysieke geschiktheid bij leeftijd). Dit teneinde te vermijden dat de rechtvaardiging te zeer wordt verruimd.

Het alternatief is om artikel 4 lid 1 van de richtlijn te interpreteren als een uitzondering voor zowel direct als indirect onderscheid (hetgeen de formulering van het artikel lijkt toe te laten, gezien het ongedifferentieerd terugverwijst naar artikel 2, lid 1 en 2 van de richtlijn en het bovendien de term ‘discriminatie’ in algemene zin hanteert).¹⁹⁹ In die lezing zou de tekst van artikel 4 lid 1 bij voorkeur zo geïnterpreteerd worden dat het – waar het gaat om de rechtvaardiging van direct onderscheid – ofwel moet gaan om het criterium zelf of minstens om een ‘onlosmakelijk’ verbonden kenmerk (cf. *supra*), en dat slechts bij de rechtvaardiging van indirect onderscheid aan de hand van artikel 4 lid 1 indirect geassocieerde kenmerken relevant kunnen zijn (zoals fysieke geschiktheid bij (indirect) leeftijd(sonderscheid)).

¹⁹⁸ Ook binnen België is dat zowel op federaal vlak als in het Vlaamse Gelijkekansendecreet het geval. Zie ook Arbh. Antwerpen 22 juni 2011, 8 (www.diversiteit.be): “Aangezien er geen sprake is van enige directe discriminatie op basis van leeftijd, dient niet onderzocht te worden of de diplomavereiste een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is in de zin van artikel 8, § 2 wet van 10 mei 2007. Dit onderzoek moet immers maar plaats vinden als er sprake is van enige directe discriminatie dat hierdoor gerechtvaardigd kan worden maar dit is hier niet het geval”. Ook sommige onderdelen uit artikel 4 lid 1 wijzen in deze richting (zoals de verwijzing naar een “verschil in behandeling”), en voor indirect onderscheid gelden bovendien andere (en ruimere) rechtvaardigingsgronden.

¹⁹⁹ Dat wil zeggen zonder toevoeging van de kwalificatie ‘directe’.

3. Artikel 2 lid 5

Een laatste rechtvaardigingsclausule waarop ingeval van (direct) leeftijdsonderscheid een beroep kan worden gedaan is artikel 2 lid 5. Dit artikel stelt dat de richtlijn “de nationale wettelijke bepalingen onverlet [laat] die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden”. Het Hof heeft gebruik gemaakt van deze rechtvaardigingsgrond in de arresten *Petersen* en *Prigge*.²⁰⁰ Daar erkende het Hof dat een leeftijdsgrens voor de uitoefening van het beroep van tandarts (68 jaar) en piloot (60 jaar) verantwoord kon zijn met het oog op de bescherming van de volksgezondheid en de openbare veiligheid, mits aan de andere vereisten van artikel 2 lid 5 van de richtlijn is voldaan.

Om te beginnen moet de maatregel “noodzakelijk” zijn om de nagestreefde doelstellingen te bereiken. Aangezien het om een ‘afwijking’ van het discriminatieverbod gaat, moet de voorwaarde strikt worden uitgelegd, aldus het Hof.²⁰¹ In *Prigge* overleefde de leeftijdsgrens deze toets niet: omdat de nationale en internationale voorschriften het besturen van een vliegtuig na het bereiken van de leeftijd van 60 niet verbieden, ging de automatische beëindiging van het arbeidscontract tussen de piloot en de luchtvaartmaatschappij verder dan nodig om het doel te bereiken.²⁰² In de zaak *Petersen* werd de leeftijdsgrens voor tandartsen wel evenredig geacht, althans met het oog op de bescherming van het financiële evenwicht van de sociale zekerheid (wat onder de doelstelling van de bescherming van de volksgezondheid valt).²⁰³ De overheid kon er naar streven om een overaanbod aan zorg, met te hoge uitgaven ten laste van de staat, terug te dringen.²⁰⁴ De andere volksgezondheidsdoelstelling – het garanderen van een kwalitatief hoogwaardige medische dienstverlening – werd volgens het Hof echter niet coherent nagestreefd, omdat niet-gecontracteerde tandartsen hun beroep buiten het verplichte zorgverzekeringsstelsel onbeperkt konden voortzetten.²⁰⁵ Ten aanzien van dit doel was de maatregel dan ook onevenredig.²⁰⁶

Een tweede vereiste van artikel 2 lid 5 luidt dat de verantwoording van de ongelijke behandeling moet voortvloeien uit een “wettelijke bepaling”. Op dit punt lijkt artikel 2 lid 5 strenger te zijn geformuleerd dan de artikelen 4 lid 1

²⁰⁰ HvJ 12 januari 2010, *Petersen*, C-341/08; HvJ 13 september 2011, *Prigge*, C-447/09.

²⁰¹ HvJ 12 januari 2010, *Petersen*, C-341/08, r.o. 60; HvJ 13 september 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 56.

²⁰² HvJ 13 september 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 64.

²⁰³ *Ibid.*, r.o. 51-52. Volgens het Hof beschikken de Lidstaten hiervoor over een ruime beoordelingsmarge.

²⁰⁴ *Ibid.*, r.o. 52. Het Hof merkt nog op dat de leeftijd van 68 jaar voldoende vergoed is om als einde van de toelating als gecontracteerde tandarts te dienen.

²⁰⁵ *Ibid.*, r.o. 62.

²⁰⁶ Zie ook *ibid.*, r.o. 53: “Bij de beoordeling van de noodzaak van de maatregel in verhouding tot het nagestreefde doel moet voorts nog worden nagegaan of de uitzonderingen op de leeftijdsgrens die in het hoofdgeding aan de orde is, geen afbreuk doen aan de coherentie van de regelgeving doordat zij tot een met die doelstelling strijdig resultaat leiden. Er dient immers aan te worden herinnerd dat met een regeling slechts de verwezenlijking van het ingeroepen doel kan worden waarborgd wanneer zij daadwerkelijk ertoe strekt, dat doel coherent en stelselmatig te bereiken”.

en 6 lid 1, waarin niet naar een welbepaald rechtsinstrument wordt verwezen, maar enkel wordt aangegeven dat ‘de lidstaten kunnen bepalen’ dat een verschil in behandeling op onder meer leeftijd kan worden verantwoord.²⁰⁷ Met betrekking tot artikel 6 lid 1 heeft het Hof herhaaldelijk geoordeeld dat ook de sociale partners op nationaal niveau maatregelen kunnen vaststellen die een op leeftijd gebaseerd verschil in behandeling bevatten.²⁰⁸ In *Prigge* overweegt het Hof dat de verwijzing naar “wettelijke bepalingen” in artikel 2 lid 5 niet verhindert dat de Lidstaten de sociale partners machtigen om maatregelen te nemen, mits de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven om te verzekeren dat de voorwaarden van die bepaling worden nageleefd.²⁰⁹

4. *Belgische rechtspraak over de rechtvaardiging van leeftijdsdiscriminatie*

Ook de Belgische rechter heeft zich ondertussen verschillende keren gebogen over de rechtvaardiging van leeftijdsonderscheid. Om de rechtvaardigings-toets in te zetten, dient natuurlijk eerst direct of indirect leeftijdsonderscheid te worden vastgesteld. Dat dit niet altijd evident is, blijkt uit een arrest van het Antwerpse Arbeidshof van 22 juni 2011.²¹⁰ Hoewel een werkgever in een afwijzing van een kandidaat voor een functie van accountmanager had vermeld dat zijn voorkeur uitging naar “jonge kandidaten met een beperkte ervaring” – wat volgens het Hof volstond om een vermoeden van discriminatie te wekken²¹¹ – bleek volgens het Hof uit de feiten dat er geen sprake was van direct of indirect leeftijdsonderscheid. Ondanks de “ongelukkige bewoordingen” zou de werkgever enkel op zoek zijn geweest naar een “lager opgeleide kandidaat” die de functie van “junior account manager” het beste kon invullen. Het criterium leeftijd zou daarbij van geen belang zijn geweest (zie ook *supra* titel IV).

Wel sprake van direct leeftijdsonderscheid was er in twee zaken die voor het Brusselse Arbeidshof kwamen. Beide hadden betrekking op de door de Koninklijk Belgische Voetbalbond gehanteerde leeftijdsgrens die gold voor bepaalde categorieën van scheidsrechters. Volgens een arrest van 29 februari 2008 was er sprake van directe discriminatie omdat de Voetbalbond niet had aangetoond dat het onderscheid werd gerechtvaardigd op grond van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.²¹² In een arrest van 11 april 2008 voegde het Hof daar nog de volgende overweging aan toe:

Vanuit de thans geldende normen houdt de leeftijdsgrens voor scheidsrechters op 45 jaar een leeftijdsdiscriminatie in (...), want er zijn alleszins andere middelen dan een leeftijdsgrens om de fysieke mogelijkheden van een scheidsrechter te toetsen.²¹³

207 HvJ 13 september 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 64. Zie ook Zie Concl. Adv. Gen. Villalón, 19 mei 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 51.

208 Zie reeds HvJ 16 oktober 2007, *Palacios de la villa*, C-411/05, r.o. 68.

209 HvJ 13 september 2011, *Prigge*, C-447/09, r.o. 61.

210 Arbh. Antwerpen 22 juni 2011, 8 (www.diversiteit.be).

211 *Ibid.*, 4.

212 Arbh. Brussel 29 februari 2008, 24 (www.diversiteit.be).

213 Arbh. Brussel 11 april 2008, 8 (www.diversiteit.be).

De maatregel strandde met andere woorden op de noodzakelijkheidstoets. Bovendien had de betrokken scheidsrechter voldoende aannemelijk gemaakt dat hij, ongeacht zijn leeftijd, over voldoende fysieke capaciteiten beschikte om zijn functie verder uit te oefenen.²¹⁴ Een ander voorbeeld van direct leeftijdsonderscheid waarvoor geen rechtvaardiging bestond, vinden we in een arrest van het Antwerpse Hof van Beroep van 26 april 2007. De zaak betrof een reclameactie van een verkoper van brilmonturen, waarbij bij de aankoop van een montuur een korting werd aangeboden gelijk aan de leeftijd van de koper. Dit direct leeftijdsonderscheid vond geen genade is de ogen van het Hof:

Geen redenen – laat staan een objectieve of redelijke verantwoording – kunnen immers aangevoerd worden om aan een dertigjarige consument een korting toe te staan van 30% en aan een tweeëndertigjarige een korting van 32%; bezwaarlijk kan hiervoor het argument van een jaarlijkse minderende koopkracht ingeroepen worden.²¹⁵

Tot slot vermelden we nog een arrest van de Raad van State van 26 april 2011.²¹⁶ Aan de orde was een nieuw systeem voor de vaststelling van het jaarlijks vakantiegeld bij de politie, dat een stapsgewijze verhoging van het vakantiegeld invoerde. Uit het verslag aan de Koning bleek dat “de huidige budgettaire context [ertoe] noopt om de kostprijs van een dergelijke statutaire maatregel te spreiden in de tijd”.²¹⁷ De oudere werknemers konden als eerste van de maatregel genieten. Het besluit bepaalde dat het verhoogde vakantiegeld eerst werd toegekend aan de inspecteurs en de hoofdinspecteurs die op 1 oktober 2008 de volle leeftijd van 57 jaar hadden bereikt. Volgens de Raad kon het aldus gemaakte leeftijdsonderscheid worden verantwoord. Het doel bestond erin om – binnen de beperkte budgettaire ruimte – de personeelsleden op korte termijn ertoe aan te zetten langer aan het werk te blijven. De Raad was van oordeel dat dit als een legitiem doel in het raam van het tewerkstellingsbeleid kon worden aangemerkt.²¹⁸ Wat het passend en noodzakelijk karakter van de maatregel betreft, was de Raad de mening toegedaan dat het “niet kennelijk onredelijk” is om “in het verlenen van een vakantiebonus een middel te zien om personeelsleden te motiveren om geen pensioenaanvraag in te dienen”.²¹⁹ De eerder marginale proportionaliteitscontrole ligt in de lijn van de hoger geschetste benadering van het Hof van Justitie.

B. Overige gronden

Wat de rechtvaardigingstoets voor de overige gronden betreft, is de Europese en nationale rechtspraak beperkter en minder ver ontwikkeld en is eenzelfde systematische analyse als voor leeftijdsonderscheid bijgevolg niet mogelijk. We beperken ons daarom tot een bespreking van enkele markante arresten.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Antwerpen 26 april 2007, 8 (www.diversiteit.be). “En”, zo vervolgt het Hof, “de prijs van een bril-montuur stijgt ook niet per jaar verschil in leeftijd” (*ibid.*).

²¹⁶ RvSt 26 april 2011, nr. 212.774.

²¹⁷ *Ibid.*, nr. 12.

²¹⁸ *Ibid.*, nr. 13.

²¹⁹ *Ibid.*, nr. 15.

Een eerste uitspraak waarbij we kort stilstaan is het hogervermelde arrest van het Antwerpse Arbeidshof van 21 november 2011.²²⁰ Nadat het Hof in deze zaak had vastgesteld dat de uitsluiting van een kandidaat voor de functie van havenarbeider vanwege diabetes moest worden gekwalificeerd als onderscheid op grond van handicap, diende in een tweede stap te worden onderzocht of voor het onderscheid niettemin een verantwoording bestond. In navolging van de Kaderrichtlijn kan direct onderscheid op grond van handicap in de arbeidsverhoudingen onder de federale antidiscriminatiewet enkel worden verantwoord op grond van een “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste” (artikel 8). Het wezenlijk en bepalend karakter van een beroepsvereiste kan op twee manieren worden beoordeeld: ofwel op basis van “de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten”, ofwel op basis van “de context waarin deze worden uitgevoerd” (artikel 8 § 2). In de voorliggende zaak werd vooral op het eerste aspect de nadruk gelegd. Met verwijzing naar de parlementaire voorbereidingen stelde het Hof dat een beroepsvereiste steeds “functiespecifiek” moet zijn, dat wil zeggen: “afgestemd op de concrete activiteiten die door een werknemer zullen worden verricht”.²²¹ In casu was dat niet het geval. In de Antwerpse haven werden immers alle kandidaat havenarbeiders – ongeacht hun concrete taak – aan dezelfde hoge medische geschiktheidsvereisten onderworpen. Volgens het Hof dient een functiespecifieke medische beoordeling plaats te vinden, die rekening houdt met de concrete taken die de sollicitant uiteindelijk zal uitoefenen.²²²

Een tweede arrest dat hier onze aandacht verdient, is een ‘hoofddoekenarrest’ van het Antwerpse Arbeidshof van 23 december 2011.²²³ Zoals ondertussen bekend, diende het Hof zich in deze zaak uit te spreken over een verbod op het dragen van “zichtbare tekens” die de “politieke, filosofische of religieuze overtuiging” van een werknemer op de werkplaats manifesteren. Uitgaand

220 Arbh. Antwerpen 21 november 2011 (www.diversiteit.be).

221 *Ibid.*, 13. De memorie van toelichting stelt hierover het volgende: “De regel van de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten dient als uitzonderingsregel zorgvuldig te worden gehanteerd en mag alleen gebruikt worden voor die beroepsvereisten die strikt noodzakelijk zijn om de activiteiten in kwestie uit te oefenen. Het voorontwerp vereist – in lijn met de Europese richtlijnen – dat het moet gaan om specifieke beroepsactiviteiten. Dit betekent dat de noodzaak tot het stellen van het vereiste steeds afhankelijk dient te zijn van de concrete activiteiten die door een (aan te werven) werknemer zullen worden verricht. Als het gevraagde criterium voor een bepaalde categorie van werknemers in sommige gevallen noodzakelijk is en in sommige gevallen niet, kan het criterium niet per definitie opgelegd worden aan de volledige categorie van werknemers (...)” (*Parl.St.* 2006-07, nr. 2722/001, 48-49). De richtlijnen liggen wat dit aspect betreft in lijn met de oudere rechtspraak van het Hof van Justitie over geslachtsdiscriminatie. Zie bijv. HvJ 11 januari 2000, *Kreil*, C-285/98.

222 Het Hof ging verder ook na of het niet lijden aan diabetes mellitus type 2 als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kon gelden voor de specifieke functie van containermarkeerder. Het stelde vast dat met de gehanteerde medische criteria weliswaar een legitiem doel werd nagestreefd, namelijk de arbeidsveiligheid, de veiligheid van de betrokkene en van derden, maar dat het vereiste niettemin disproportioneel was. Er werd immers geen rekening gehouden met de grote verschillen binnen de categorie van personen die lijden aan diabetes mellitus 1. Het risico op bewustzijnsverlies (en het daarmee verbonden veiligheidsrisico) zou immers verschillen van patiënt tot patiënt, en afhankelijk zijn van variabele factoren, zoals het hebben van stabiele diabetes, het voldoende inzicht hebben in zijn aandoening, het blijf geven aan strikte therapietrouw, het herkennen van de eigen symptomen, ...) (*ibid.*, 17).

223 Arbh. Antwerpen 23 december 2011 (www.diversiteit.be).

van de hypothese dat het over indirect onderscheid op grond van godsdienst ging, leek het Hof van oordeel dat een objectieve en redelijke verantwoording mogelijk was. Omdat de analyse van het Hof beperkt blijft tot de vraag of er in *casu* sprake was van een kennelijk onredelijke ontslag, en een volwaardige discriminatierechtelijke analyse achterwege bleef, kunnen er echter weinig definitieve lessen uit dit arrest worden getrokken. De toetsing aan het discriminatieverbod gebeurde slechts uiterst marginaal. Met betrekking tot de doeltoets, lijkt het Hof zich niet te willen uitspreken over de belangrijke vraag of neutraliteit ook in de relatie werkgever-werknemer in de private sector een legitiem na te streven doelstelling is, zoals in de overheidssector. Het Hof aanvaardt, bij wijze van 'omzeiling', wel dat "het streven naar een vreedzame arbeidsomgeving, waar (gender)gelijkheid en pluralisme wordt beschermd en waar religieus fundamentalisme en maatschappelijke druk wordt geweerd, evident voor een werkgever uit de private sector een legitieme doelstelling [is]".²²⁴ Wat de evenredigheid betreft, laat het Hof na om zelf een toetsing door te voeren, en beperkt het zich tot de vaststelling dat er "binnen onze westerse samenleving" twee stromingen bestaan die beide streven naar hetzelfde, "volstrekt legitieme doel". De eerste stroming zet in op een diversiteitspolitiek in het werkmilieu, terwijl de tweede stroming een neutraliteitspolitiek hanteert.²²⁵ Het bestaan van deze twee stromingen volstaat voor de rechter om te besluiten dat er in *casu* geen kennelijk onredelijk ontslag was.²²⁶

In de rechtspraak van het Hof van Justitie, tot slot, is de problematiek van de rechtvaardiging van direct en indirect onderscheid tot op heden weinig aanbod gekomen (met uitzondering van de rechtspraak over de gronden geslacht en leeftijd). In de zaken *Maruko* en *Römer*, waarin de grond seksuele geaardheid aan de orde was, kon het Hof volstaan met de vaststelling dat er (mits vergelijkbaarheid) sprake was van direct onderscheid, wat betekende dat niet verder op de rechtvaardiging moest worden ingegaan. Uitgaande van de hypothese dat de benadeling van homoseksuele paren bij de berekening van de hoogte van een aanvullend ouderdomspensioen zou worden gekwalificeerd als indirect onderscheid (cf. *supra* titel IV), ging de advocaat-generaal in *Römer* wel kort in op de vraag of de maatregel objectief en redelijk kon worden verantwoord. Het antwoord was negatief. Zonder zich uit te spreken over de legitimiteit van het aangegeven doel – de bescherming van het huwelijk en het gezin – moest de advocaat-generaal vaststellen dat de maatregel niet passend en noodzakelijk was:

Mijns inziens zijn er andere middelen om het instituut van het huwelijk te bevorderen dan door financiële belangen aan te tasten, ook al gebeurt dit indirect, van homoseksuele paren die hoe dan ook in Duitsland geen toegang tot het huwelijk hebben en zich er dus ook niet van dreigen af te wenden om in plaats hiervan voor het geregistreerd partnerschap te kiezen.²²⁷

²²⁴ *Ibid.*, 18.

²²⁵ *Ibid.*, 19.

²²⁶ *Ibid.*, 19.

²²⁷ Concl. Adv. Gen. Jääskinen 15 juli 2010, *Römer*, C-147/08, r.o. 110.