

De Juristenkrant

nr 409 - 13 mei 2020

Justitie is creatief in tijden van corona.

‘Er heerst een doe-het-maar-zelfmentaliteit. We lopen hier tegenwoordig vaker rond met een meetlat en plakband dan met een balpen.’

Pagina 8-9



Advocaat die zegt geen homo's te willen aanwerven, maakt zich schuldig aan discriminatie

Contact tracing
Covid-19 dwingt
artsen tot
schending
beroepsgeheim

7

Recent zei strafpleiter Sven Mary in de media dat hij niet langer vrouwelijke stagiaires aanwerft. Het toeval wil dat het Hof van Justitie op 23 april 2020 oordeelde over een sterk gelijkaardige zaak, waarin het besloot dat vergelijkbare uitspraken op zichzelf discriminatie opleveren. Evelyne Maes en Jogchum Vrielink analyseren het arrest en de ruimere problematiek.

Evelyne Maes en Jogchum Vrielink

In een interview in *Nina*, de weekendbijlage van *Het Laatste Nieuws*, begin maart 2020, werd aan advocaat Sven Mary gevraagd welke invloed #MeToo heeft gehad. De krant verwees daarbij naar een analyse in *Harvard Business Review* die zou suggereren dat mannen sindsdien 'minder geneigd zijn om een knappe vrouw aan te nemen'. 'Klopt', zo antwoordt Sven Mary: op zijn advocatenkantoor in Brussel 'wordt geen enkele vrouw nog aangenomen'.

De reden? Een probleem dat hij had gehad met een stagiaire 'die beweerde dat ze haar slechte evaluatie te danken had aan het feit dat ze niet op [de] avances [van Mary] was ingegaan'. De klacht was, aldus de strafpleiter, op niets uitgedraaid omdat die 'nergens op gebaseerd was'. Maar Mary wil zich niet meer aan hetzelfde risico blootstellen.

Na kritiek op deze uitspraken door wat Mary 'de politiek correcte meute' noemde, 'nuanceerde' hij wat hij had gezegd. Van discriminatie zou geen sprake zijn: hij zou louter voorzichtig zijn en als hij moet kiezen tussen twee gelijkwaardige kandidaten als stagiair-advocaat - een man en een vrouw - is hij geneigd om voor de man te kiezen. Vrouwelijke secretaresses en boekhoudsters heeft hij wel.

Advocaat Hugo Lamon snelde Mary te hulp: het ging maar om 'een zinnetje' en Mary han-

delde 'naar eigen zeggen uit voorzorg'. Mary's criticasters - 'een hele stoet' van '(al dan niet zelfverklaarde) experten', zoals Lamon ze noemt - reageerden overdreven en konden 'met hun verontwaardiging geen blijf'. De 'stoet' in kwestie - die onder andere bestond uit de Vlaamse ombudsvrouw Gender, de adjunct-directeur van het Instituut voor de gelijkheid van Vrouwen en Mannen en de voorzitter van de Liga voor Mensenrechten - zou de balie in haar geheel wegzetten 'als broeihaard van discriminatie'.

Dat deed de kwestieuze 'stoet' evenwel niet: wel laakten de critici de uitspraken van Sven Mary. En in tegenstelling tot wat Lamon schreef en op Radio 1 herhaalde, zijn die uitspraken niet 'louter een zinnetje in de krant', maar vormen zij - zoals de 'stoet' terecht aangaf - een onwettige discriminatie.

'IK ZAL NOOIT HOMO'S AANWERVEN'

Tot de 'politiek correcte meute' of 'stoet' behoort, zeker sinds kort, ook het Europees Hof van Justitie. Op het moment dat Mary zijn uitspraken deed, boog het Hof van Justitie zich over een sterk gelijkaardige rechtsvraag: houden de verklaringen van een Italiaanse advocaat op de radio dat hij nooit homoseksuelen als medewerker zou aanwerven, hoewel er op dat moment geen aanwervingsprocedure loopt, discriminatie in? Ja, aldus het Hof van Justitie in de zaak C-507/18 (NH t. Associazione

Avvocaturato per i diritti LGBTI - Rele Lenford). 'Dit was toch al aanvaard in de zaak Feryn?', horen wij de kenners van het discriminatierecht denken. Deels wel, maar ook weer niet helemaal. In Feryn stond centraal dat de eigenaar van een kantelpoortenbedrijf aangaf dat hij geen Marokkanen zou aanwerven (naar eigen zeggen omdat zijn klanten dat niet zouden willen). Het verschil met de Italiaanse zaak was dat Feryn die dingen zei tijdens een lopende aanwervingsprocedure. De resterende vraag was dus of het Hof van Justitie anders zou oordelen wanneer zulke uitspraken buiten een aanwervingsprocedure om worden gedaan.

Het Hof van Justitie maakt geen onderscheid. Ook buiten lopende aanwervingen leveren zulke uitspraken discriminatie op. Als uit de uitspraken blijkt dat er discriminerende voorwaarden (man of heteroseksueel zijn) voor de toegang tot een job zijn en het verband tussen de uitspraken en de daadwerkelijke toegang tot de job geen louter hypothetisch verband is, dan vormen de uitspraken op zich een (directe) discriminatie.

Net als bij Feryn wijst het Hof - wat het discriminerende karakter van zulke uitingen betreft - naar het 'preselectiemechanisme' dat ze vormen. Zoals het Hof het formuleert: bij elke aanwerving vindt 'de grootste selectie plaats tussen degenen die solliciteren en degenen die dat niet doen'. Als iemand hoort dat hij ergens niet welkom is om te solliciteren, zal hij daar ook minder gauw solliciteren. Dat gold voor 'Marokkanen' bij Feryn, dat gold voor homo's bij de Italiaanse advocaat en het geldt voor vrouwen bij Sven Mary.

Lees verder op pagina 3



Adrien van Den Branden
began dit jaar met een legal
tech startup:

'De kloof tussen wat justitie
aanbiedt en wat burgers
verwachten, wordt alsmaar
groter.'

15

Wet op onbelast bijverdienen is ongrondwettig

2

Ook sociale werkplaatsen vrijgesteld
van onroerende voorheffing

6

Advocaat die zegt geen homo's te willen aanwerven, maakt zich schuldig aan discriminatie

Vervolg van pagina 1

Om te oordelen welke uitspraken discriminatie opleveren en welke niet, hanteert het Hof van Justitie drie heldere criteria: 'wie', 'wat' en 'waar'. Eerst het 'wie': het kan niet gaan om uitspraken van eender welke persoon. Het moet een 'bevoegde' zijn die de uitspraken doet. Dat is de persoon die een positie of de hoedanigheid heeft waarin hij de toegang tot (toekomstige) jobs daadwerkelijk kan beperken tot diegenen die aan de discriminerende voorwaarden voldoet. Hij moet dus zelf een potentiële werkgever zijn of hij moet een beslissende invloed kunnen uitoefenen op (potentiële) aanwervingsbeslissingen. Als hij niet de bevoegde persoon is, moet hij ten minste door het publiek worden gezien als iemand die zo'n invloed kan uitoefenen. Zo besliste het Hof van Justitie al eerder dat er ook sprake van discriminatie was toen een topmanager van een voetbalclub stelde dat homoseksuelen niet worden aangenomen, ook al was de topmanager niet de persoon die de aanwervingsbeslissingen nam. Opdat er geen sprake van discriminatie zou zijn, had de voetbalclub zich voldoende moeten distantiëren van de uitspraken van de topmanager (Hof van Justitie, *Asociția Accept*).

Vanzelfsprekend is ook het 'wat' relevant, te weten: de aard en de inhoud van de uitingen. De verklaringen moeten verband houden met de voorwaarden voor toegang tot de (potentiële) job die bij die werkgever gelden en ze moeten blijken geven van een bedoeling om te discrimineren op een discriminatiegrond (geslacht, seksuele geaardheid, leeftijd...). Er is bijvoorbeeld een groot verschil tussen, pakweg, 'ik ben bang om vrouwelijke medewerkers aan te werven' en 'ik werf geen vrouwelijke medewerkers (meer) aan'. Ten slotte is de context, het 'waar', belangrijk. Worden de uitspraken gedaan in besloten kring dan wel in het openbaar? Werden ze verspreid onder het publiek, hetzij via de traditionele media hetzij via sociale netwerken? Hoe publieker, hoe problematischer, vanuit het 'afschrikkeffect'.

VRIJHEID VAN MENINGSUITING?

Wie deze wie-wat-waar-vragen toepast op de uitspraken van Sven Mary, lijkt tot dezelfde conclusie te moeten komen als het Hof van Justitie in het arrest van 23 april 2020. Als een Italiaanse advocaat niet op de radio mag zeggen dat hij geen homoseksuelen aanneemt, dan kan een Belgische advocaat evenmin in de



Als een Italiaanse advocaat niet op de radio mag zeggen dat hij geen homoseksuelen aanneemt, dan kan een Belgische advocaat evenmin in de krant zeggen dat hij geen vrouwelijke stagiairs aanneemt.

krant zeggen dat hij geen vrouwelijke stagiairs aanneemt.

Maar wat dan met de expressievrijheid? Het Hof behandelt die kwestie in zijn arrest en geeft beknopt aan dat het weliswaar gaat om een beperking op die vrijheid, maar wel één die bij wet is voorzien en evenredig is. Hier tekent zich, terecht, een verschil af met Feryn. Daar achtte het Hof de expressievrijheid, wegens de directe band met een lopende aanwerving, niet van belang. Niet alles wat we 'zeggen' is voor de expressievrijheid immers relevant. Met woorden kan je allerlei daden stellen die burgerrechtelijke en strafrechtelijke verboden schenden, zonder dat je daarbij de vrijheid van meningsuiting kan inroepen. Je kan iemand opdracht geven een ander te vermoorden. Je kan fraude plegen door woorden. En je kan ook discrimineren: als je tijdens een aanwerving tegen iemand zegt 'bedankt voor het komen, maar we nemen niemand aan met uw huidskleur', dan is dat formeel gezien wellicht een 'uiting', maar het is ook een discriminatie en doorgaans niet één waarvoor je je achter de expressievrijheid kan verschuilen. In de Italiaanse zaak en bij Mary ligt dat echter genuanceerder dan in Feryn. Het betrof immers geen lopende aanwervingen. Bovendien

ging het om media-interviews over ruimere maatschappelijke kwesties. In dat soort gevallen is een bijkomende afweging tegen de expressievrijheid op zijn plaats: het discriminatieverbod is niet bedoeld en mag niet worden toegepast als verkapt 'hate speech-verbod': om die reden mag de band met tewerkstelling niet louter hypothetisch zijn en moeten de wie-wat-waar-criteria strikt worden toegepast. De toetsing door het Hof aan de vrijheid van meningsuiting is zelfs wat aan de magere kant in de Italiaanse zaak. Niettemin denken we dat de uitkomst verdedigbaar is. Wat doorweegt is de beperking van de toegang tot jobs, wegens beschermde criteria. Dat blijft discriminatie en daarvoor biedt de expressievrijheid niet zonder meer een vrijgeleide.

Evelyne Maes doceert discriminatierecht (ULiège) en rechtstheorie (Université Saint-Louis Bruxelles) en is advocate. Jogchum Vrielink doceert discriminatierecht en rechtstheorie (Université Saint-Louis Bruxelles).

HvJ, 23 april 2020, zaak C-507/18 (NH t. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rele Lenford)

<http://curia.europa.eu>

COVID-19

Alle maatregelen, info en tips voor u gebundeld

In deze woelige tijden zit u waarschijnlijk met heel wat (onbeantwoorde) vragen. De voorbije weken hebben de Europese, nationale en deelstaatoverheden namelijk heel wat maatregelen genomen tegen het COVID-19-virus. Die maatregelen hebben echter uiteenlopende data van inwerkingtreding en worden ook op verschillende data buiten werking gesteld.

Wolters Kluwer wil daarom graag uw leidraad zijn naar de meest recente en volledige informatie.

Ontdek het overzicht

wkbe.be/corona_nl



Wolters Kluwer
When you have to be right