

ANALYSE

Marie Spinoy en Jogchum Vrielink

DE ACTUALITEIT ROEPT VAAK JURIDISCHE VRAGEN OP.
IN DEZE RUBRIEK ANALYSEERT DE JURISTENKRANT
DE JURIDISCHE ACHTERGRONDEN VAN EEN ACTUEEL THEMA.

Ijsjes en meisjes: discriminatie op grond van lengte?

Een Leuvense ijsjesbar weigerde een studente aan te nemen, omdat ze 'te klein' was. Als je kleiner bent dan 1m60, zo luidde het, dan kan je niet efficiënt aan de ijsjestoog (van 1m20 diep) werken. Volgens de studente in kwestie ging het om discriminatie, temeer omdat ze bij een test overal vlot bij kon, maar hoe gaat het recht om met zulke lengtevereisten? Marie Spinoy en Jogchum Vrielink leggen het uit.

Een eerste vraag die beantwoord moet worden, is of lengtevereisten een onderscheid op basis van een beschermd kenmerk opleveren. Discriminatie op grond van iemands lengte wordt ook wel 'heightism' genoemd. Vooral mensen die (aanzienlijk) kleiner of groter zijn dan gemiddeld zouden daardoor maatschappelijk benadeeld worden. Sommige antidiscriminatiewetten, zoals die van de Amerikaanse staat Michigan, verbieden ook expliciet discriminatie op grond van lengte. In België en Vlaanderen is iemands lengte geen specifieke, wettelijk of decretaal beschermde grond. Wel beschermd is een 'fysieke of genetische eigenschap'. Logischerwijs valt ook iemands lengte daaronder. Een onderscheid op grond van lengte zou bovendien een direct onderscheid op (de beschermde) grond van handicap kunnen uitmaken. Dat lijkt misschien verregaand en contra-intuïtief, gelet op wat we in het dagelijkse taalgebruik onder 'handicap' verstaan. Maar wetgeving en rechtspraak stapten sinds enige tijd over van een medische naar een sociale benadering van handicap. In dat sociale model wordt een handicap bepaald door een wisselwerking met drempels in de omgeving. Potentieel iedere 'langdurige' beperking kan dan een handicap vormen wanneer die een persoon belet 'ten volle, effectief en op voet van gelijkheid' te participeren in de samenleving (artikel 1 VN-verdrag inzake de rechten van personen met een handicap).

In een context waarin een bepaalde lengte vereist wordt kan het niet hebben van die lengte dus ongetwijfeld een handicap uitmaken daar het de participatie aan het beroepsleven op voet van gelijkheid verhindert. Een lengtevereiste maakt dan een direct onderscheid uit op grond van handicap.

Een andere beschermde grond die mogelijk geraakt wordt door het stellen van lengtevereisten, is die van geslacht. Omdat vrouwen gemiddeld aanzienlijk kleiner zijn dan mannen, zal een lengtevereiste doorgaans meer vrouwen dan mannen uitsluiten. Er is dan sprake van een indirect onderscheid op grond van geslacht: zo'n indirect onderscheid doet zich voor als 'een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen'.

Kortom: het lijkt op het eerste gezicht alsof er een neutrale eis of maatregel wordt gesteld, maar het resultaat is dat er disproportioneel veel personen worden benadeeld van een bepaalde groep. Hier dus vrouwen.

Het Hof van Justitie heeft over die problematiek al moeten oordelen in de zaak Kalliri (C-409/16) van oktober 2017. Daarin stond een lengtevereiste voor toegang tot de Griekse politie school centraal. Na analyse oordeelde het Hof dat het daadwerkelijk om een vorm van indirecte discriminatie op grond van geslacht ging, maar daarover straks meer.

Als tussenconclusie moet vooral duidelijk zijn dat lengtevereisten een verdacht onderscheid kunnen opleveren op verschillende beschermde gronden. De vervolgvraag is dan ook of een onderscheid op die criteria gerechtvaardigd kan worden binnen de gegeven context. De rechtvaardigingsmogelijkheden verschillen daarbij afhankelijk van de beschermde grond.

Een direct onderscheid op grond van handicap in de arbeidsbetrekkingen kan gerechtvaardigd worden door een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. De vraag is dan of een (hier: lengte)vereiste, die verband houdt met een handicap, wezenlijk en bepalend is vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin die worden uitgevoerd. Die vereisten moeten dan betrekking hebben op de specifieke activiteiten van de (aspirant-)werknemer. Zij moeten ook een legitiem doel nastreven en evenredig zijn ten aanzien van dat nagestreefde doel.

In het voorbeeld van de ijsjeszaak zou geclaimd kunnen worden dat het hebben van een bepaalde lengte vereist is voor het werk aan de ijsjestoog. Een legitiem doel zou dan de goede werking van de ijsjesbar of zelfs de veiligheid van het personeel kunnen zijn. De vraag lijkt vooral of de vereiste evenredig is. De evenredigheidstest vereist onder meer dat men moet aantonen dat het onderscheid (in deze zaak) gepast was om het doel te bereiken, iets wat de studente betwistte aangezien ze aangaf dat ze bij een test overal bij kon. Bovendien, zelfs al zou dat niet zo zijn, dan vereist de evenredigheidstest ook dat er geen minder restrictieve alternatieven bestaan die hetzelfde doel bereiken. De lengtevereiste moet dus niet alleen pertinent maar ook strikt noodzakelijk zijn.

Ook als die rechtvaardiging aanvaard zou worden (wat dus twijfelachtig lijkt), blijft er de verplichting om in redelijke aanpassingen te voorzien voor werknemers met een handicap. Zulke aanpassingen zijn maatregelen die de beperkende invloed van een onaangepaste omgeving op de participatie van een persoon met een handicap neutraliseren. Het weigeren om redelijke aanpassingen te treffen, maakt ook discriminatie uit. Er moet dus ook aangetoond worden dat er geen redelijke aanpassingen mogelijk zijn, wat concreet ook weer een evenredigheidstoets inhoudt: aangetoond moet worden dat een aanpassing een 'onevenredige belasting' zou opleveren (daarbij rekening houdend met beschikbare subsidies en zo meer).

Een direct onderscheid op grond van fysieke en genetische eigenschap en een indirect onderscheid op grond van geslacht kunnen tot slot allebei gerechtvaardigd worden door een objectieve en redelijke rechtvaardiging. Daartoe moet een legitiem doel voorhanden zijn en de middelen voor het bereiken van dat doel moeten als passend en noodzakelijk beschouwd kunnen worden.

In Kalliri toonde het Hof zich sceptisch over de gepastheid en noodzakelijkheid, zelfs voor de functie van politieagent. Enig noodzakelijk verband tussen lichamelijke geschiktheid en 'het bezit van een minimale lichaamslengte' was volgens het Hof niet aangetoond. Het Hof wees er ook op dat het doel van fysieke geschiktheid in de zaak bereikt kon worden door maatregelen die minder nadelig zijn voor vrouwen, zoals specifieke proeven om de lichamelijke geschiktheid van de kandidaten vast te stellen.

Ook in het geval van ijsjesverkoop moet dus de noodzakelijkheid van de maatregel eenduidig aangetoond worden. Allicht zal verantwoord moeten worden waarom individuele tests van de geschiktheid van kandidaten niet zou volstaan. Hier gaf de studente immers aan zo'n test doorstaan te hebben.

Kortom: onder Europees en nationaal recht moeten lengtevereisten een hoge drempel halen om geen discriminatie uit te maken.

Marie Spinoy is doctoraatsonderzoeker in discriminatierecht aan het Leuven Centre for Public Law (KU Leuven); Jogchum Vrielink doceert (onder meer) discriminatierecht aan de Université Saint-Louis - Bruxelles.



 Wolters Kluwer

COLOFON

KERNREDACTIE:

Bernard Hubeau (hoofdredacteur),
Ruth Boone (eindredacteur),
Annelien Keereman (redacteur)

REDACTIERAAD:

Eric Brewaeys, Dirk Collier,
Petra Foubert, Dirk Leestmans,
Ilse Samoy, Flip Voets, Bart Willocx

VASTE MEDEWERKERS:

Isabelle Bambust, Paul Bekaert, Paul Borghs,
Eric Brewaeys, Pieter Cannoot, Erik De Bock, Wim
De Bus, Erik De Ridder, Peter De Smedt, Walter
De Smedt, Ivo Flachet, Alexis Fierens, Simon
Geiregat, Maaike Geuens, Anthony Godfroid,
Jurgen Goossens, Frederic Helsen, Karl
Hendrickx, Frank Judo, Stef Keunen, Bert
Kruismans, Dirk Leestmans, Oliver Lenaerts,
Annelies Maes, Sarah Moens, Bart Nelissen, Jan
Nolf, Béatrice Ponet, Ruben Roex, Ilse Samoy,
Frank Schuermans, Raf Schoefs, Geert Somers,
Marc Taeymans, Karel Van Cauwenberghe,
Wannes Vandenbussche, Tom Vandromme, Cathy
Van Vyve, Pim Vanwalleghem, Roeland Vasseur,
Marek Verhoeven, Elisabeth Verjans, Diederik
Vermeir, Dorien Vervoort, Dirk Voorhoof, Jogchum
Vrielink, Brecht Warnez, Karen Weis. Kort: met
medewerking Kluwer Content Office.

FOTOGRAFIE:

Elisabeth Broekaert, Wouter Van Vaerenbergh

ONTWERP LAY-OUT:

Brussels Lof

UITGEVER:

Danny Ballet

REDACTIEADRES:

Wolters Kluwer België
De Juristenkrant
Ruth Boone, Motstraat 30, 2800 Mechelen
Tel.: 015/36 15 89
E-mail: juristenkrant@wolterskluwer.com

PRIJZEN:

(incl. BTW en verzendkosten)
Jaarabonnement 2019:
€ 75 voor papier, € 85,61 voor digitaal,
€ 104,39 voor papier én digitaal

VOOR VRAGEN OVER ABONNEMENTEN:

Klantenservice Wolters Kluwer Uitgevers
Tel.: 015 78 76 00
e-mail: klant.BE@wolterskluwer.com

ADRESWIJZIGING:

Bij wijziging van adres, graag een e-mail naar
klant.BE@wolterskluwer.com

ADVERTENTIES:

Kluwer Regie
Motstraat 30
2800 Mechelen
Tel.: 015/78.76.00
E-mail: kluwerregie@wolterskluwer.com

VERANTWOORDELIJKE UITGEVER:

Paul De Ridder, Motstraat 30, 2800 Mechelen

Behoudens de uitdrukkelijk bij Wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder uitdrukkelijk voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgever.

 cim
CONTROLE
2012

 E2B
PRESS