

HOOFDSTUK 4

Gelijke behandeling

Albertine Veldman

4.1 Inleiding

4.1.1 Totstandkoming van het gelijkebehandelingsrecht

Het gelijkebehandelingsrecht vormt een belangrijk onderdeel van het EU arbeidsrecht. Het is ook een relatief omvangrijk deel ervan omdat de rechtsontwikkeling al vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw sterk is bevorderd door het Europese Hof van Justitie. De jurisprudentie van het Hof heeft in de loop van deze bijna vijftig jaar zijn weerslag gevonden in secundaire wetgeving (richtlijnen), die verschillende malen is uitgebreid en gemoderniseerd. Hiermee kent het Unierecht vandaag de dag een heel scala aan wetgevingsinstrumenten die discriminatie op diverse persoonsgebonden gronden zoals sekse en ras moeten tegengaan. De meeste instrumenten richten zich daarbij op het arbeidsproces en de aanvullende sociale zekerheid. Dit heeft met name historische redenen.

Bij de oprichting van de Europese economische gemeenschap was maar een beperkte plek toegedacht aan sociale politiek, laat staan dat het toenmalige Verdrag erop gericht was om mensenrechten te waarborgen, zoals gelijke kansen in de arbeid. Desondanks kwam de historische aanzet hiertoe voort uit artikel 119 EEG-Verdrag (nu art. 157 VWEU). Deze bepaling, die al deel uitmaakte van het oorspronkelijke EEG-Verdrag van 1957 en van toepassing is op het zuivere, interne recht van de lidstaten, legt het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid neer. Het artikel was er op aandringen van Frankrijk gekomen om oneerlijke concurrentie op arbeidskosten van mannen en vrouwen door met name Duitsland te voorkomen. Dit laatste land had, in tegenstelling tot Frankrijk, IAO-Verdrag nr. 100 over gelijke beloning van mannen en vrouwen (1951) destijds niet geratificeerd. Hoewel artikel 119 in zijn oorspronkelijke formulering tegen 1962 geïmplementeerd moest zijn, leidde het bijna twintig jaar lang een slapend bestaan. Hieraan kwam een einde met de zogeheten *Defrenne*-arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie.¹ De bepaling verkreeg niet alleen directe en horizontale werking, maar het Hof maakte eveneens duidelijk dat gelijkheid van mannen en vrouwen een fundamenteel recht vormt. Dit zette de Commissie aan tot een verderstrekkend wetgevingsprogramma waarbij het beginsel van gelijke behandeling gedurende de jaren zeventig en tachtig werd doorgevoerd, niet alleen in de beloning, maar in het hele arbeidsproces, de wettelijke en aanvullende sociale zekerheid en voor zelfstandigen. Dit pakket richtlijnen wordt wel aangeduid als de eerste-generatiewetgeving.

¹ HvJ EG 25 mei 1971, 80/70 (*Defrenne I*); HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne II*) en HvJ EG 15 juni 1978, 149/77 (*Defrenne III*).

De eerste generatie gelijkebehandelingswetgeving richtte zich uitsluitend op gelijke kansen voor mannen en vrouwen. In de jaren negentig van de vorige eeuw ontstond consensus om dit uit te breiden met ten minste de discriminatiegrond van ras. Bij het Verdrag van Amsterdam (1997) werd een nieuwe rechtsbasis ingevoerd voor het maken van secundaire wetgeving op het terrein van de bestrijding van discriminatie op de gronden van sekse, ras en etnische afstamming, godsdienst en levensovertuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid (art. 13 EG-Verdrag, nu art. 19 VWEU). De bepaling is voorin het Verdrag geplaatst en niet in de paragraaf over sociale politiek. Dit maakt het mogelijk om ook maatregelen te treffen op andere maatschappelijke gebieden dan de arbeid. Wel kent de bepaling een hoge drempel, omdat het unanimité vereist voor het aannemen van wetgeving ter bestrijding van discriminatie. Mede door de zogeheten Oostenrijkscrisis uit 2000 – waarbij dit land korte tijd geboycot werd binnen de EU vanwege de ‘buitenlandpolitiek’ van een rechts-populistische partij die destijds toetrad tot de nationale regeringscoalitie² – werd echter al snel een richtlijn aangenomen ter bestrijding van rassendiscriminatie (2000/43/EG). Deze richtlijn heeft naast arbeid betrekking op veel meer maatschappelijke gebieden, zoals bijvoorbeeld het aanbieden van goederen en diensten, gezondheidszorg, huisvesting en onderwijs en omvat daarmee meer toepassingsgebieden dan alle eerste generatie (sekse)richtlijnen bij elkaar. Nog in hetzelfde jaar volgde een tweede richtlijn, waarin de overige discriminatiegronden uit artikel 19 (godsdienst en levensovertuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid) tezamen geregeld werden (Richtlijn 2000/78/EG). Deze zogeheten Kaderrichtlijn beperkt zich wel tot alleen het arbeidsproces.

De richtlijnen uit 2000 betekenen zowel een verbreding als een verdieping van het gelijkebehandelingsrecht. De nieuwe wetgeving bestrijkt veel meer discriminatiegronden. Maar daarnaast is ook sprake van een modernisering van de discriminatiebegrippen en versterking van de handhaving met bijvoorbeeld de introductie van nationale gelijkebehandelingsorganen. Deze vernieuwingen gaven aanleiding ook de eerste generatie sekserichtlijnen aan te passen. Het discriminatieverbod op het terrein van het aanbieden van goederen en diensten dat in de Rassenrichtlijn te vinden is, werd doorgetrokken naar sekse (Richtlijn 2004/113/EG). Daarnaast werden veel van de oude sekserichtlijnen samengevoegd, en werden bepalingen op dezelfde wijze geformuleerd als in de Rassen- en Kaderrichtlijn; dit werd de nieuwe, ‘herschikte’ Sekserichtlijn (Richtlijn 2006/54/EG). Bij elkaar worden de (ver)nieuw(d)e richtlijnen die vanaf 2000 tot stand zijn gekomen, wel aangeduid als de tweede-generatiewetgeving.

4.1.2 Opzet van het hoofdstuk

In dit hoofdstuk worden allereerst de bronnen van het EU-gelijkebehandelingsrecht besproken (par. 4.2). De geldende, secundaire wetgeving wordt op een rijtje gezet en vervolgens wordt ook de relevantie van enkele bronnen van primair EU-recht besproken. Vervolgens wordt de personele werkingssfeer van de richtlijnen afgebakend, voor zover het de arbeid betreft (par. 4.3).

Hierna volgen de inhoudelijke delen: in paragraaf 4.4 gaat het om het concept van discriminatie dat ongeacht de specifieke discriminatiegrond van toepassing is. Aan bod

2 Zie hierover bijv. Fallend & Heinisch, *Democratization* 2016, p. 324-344.

komen de concepten van directe en indirecte discriminatie, instructie tot discriminatie, intimidatie en associatieve discriminatie. Tevens worden de uitzonderingen op het verbod op directe discriminatie besproken en mogelijkheden tot rechtvaardiging van indirecte discriminatie.

Paragraaf 4.5 tot en met 4.10 behandelen vervolgens thema's uit het materiële gelijkebehandelingsrecht. Per discriminatiegrond wordt ingegaan op de specifieke aard van de onderscheidingsgrond en komen daarmee verband houdende leerstukken en onderwerpen aan bod. De paragrafen kennen hiermee een thematische aanpak. Het gaat nadrukkelijk niet om een volledige en uitputtende beschrijving van het op de arbeid betrekking hebbende gelijkebehandelingsrecht; dat zou bij de huidige omvang van de rechtspraak het bestek van dit hoofdstuk te buiten gaan. Het hoofdstuk sluit af met de gemeenschappelijke, procesrechtelijke verplichtingen op het gebied van de bewijslast en de handhaving van het discriminatieverbod (par. 4.11).

Het gelijkheidsbeginsel is niet alleen onderdeel van Europese arbeidsrichtlijnen maar vormt een door de Unie erkend grondrecht (art. 20 EU-Handvest, zie verder par. 2.4.3.1). Dit hoofdstuk beperkt zich echter tot gelijke behandeling en non-discriminatie vanwege zogeheten persoonsgebonden onderscheidingsgronden zoals sekse, ras, handicap, godsdienst, seksuele geaardheid of leeftijd (zie art. 21 EU-Handvest). Gelijke behandeling op grond van nationaliteit – zoals dat een rol speelt binnen de EU in het vrij verkeer tussen de lidstaten – behoort hier niet toe (zie daarover hfdst. 3). Dat geldt eveneens voor gelijke behandeling op de zogeheten arbeidsgebonden gronden zoals de tijdelijkheid van het contract, deeltijdarbeid of uitzendarbeid (besproken in hfdst. 5). Verder concentreert dit hoofdstuk zich op gelijke behandeling binnen het arbeidsrecht. Wettelijke sociale zekerheid of het aanbieden van goederen en diensten blijft daarmee verder buiten beschouwing.

4.2 Bronnen van het gelijkebehandelingsrecht

4.2.1 Secundaire rechtsbronnen (gelijkebehandelingsrichtlijnen)

In de loop van bijna vijftig jaar zijn diverse gelijkebehandelingsrichtlijnen aangenomen, gewijzigd, uitgebreid en vervangen. Al deze richtlijnen bevatten minimumvereisten en staan de lidstaten dus toe om gunstiger bepalingen vast te stellen. Bovendien bevatten de richtlijnen non-regressieclausules (de richtlijn mag niet leiden tot een verlaging van het nationale beschermingsniveau). De lijst van de geldende gelijkebehandelingsrichtlijnen is als volgt samengesteld (zie ook par. 4.1.1).

Met betrekking tot de discriminatiegrond: *sekse*

- Richtlijn 2006/54/EG³ van toepassing op arbeid, aanvullende sociale zekerheid en beroepsopleiding (ook wel Herschikkingsrichtlijn of Sekserichtlijn genoemd);
- Richtlijn 2010/41/EU⁴ van toepassing op zelfstandigen (herzien);
- Richtlijn 79/7/EEG⁵ van toepassing op wettelijke sociale zekerheid;
- Richtlijn 2004/113/EG⁶ van toepassing op het aanbieden van goederen en diensten.

3 PbEG 2006, L 204/23.

4 PbEG 2010, L 180/1 (herziening van Richtlijn 86/613/EEG).

5 PbEG 1979, L 6/24.

6 PbEG 2004, L 373/37.

Met betrekking tot de discriminatiegrond: *ras of etnische afstamming*

- Richtlijn 2000/43/EG⁷ van toepassing op arbeid, beroepsopleiding, wettelijke en aanvullende sociale zekerheid, gezondheidszorg, sociale voordelen en bescherming en het aanbieden van goederen en diensten (ook wel Rassenrichtlijn genoemd).

Met betrekking tot de discriminatiegrond: *godsdienst, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid*

- Richtlijn 2000/78/EG⁸ van toepassing op arbeid, aanvullende sociale zekerheid en beroepsopleiding (ook wel Kaderrichtlijn genoemd).

Na de snelle vernieuwingen vanaf het jaar 2000, kwam het wetgevingsproces op het terrein van gelijke behandeling in 2008 langzamerhand tot stilstand met het voorstel om het discriminatieverbod op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid van de Kaderrichtlijn uit te breiden naar het aanbieden van goederen en diensten.⁹ Hiervoor is tot dusver geen politieke overeenstemming te vinden. Hetzelfde geldt voor het richtlijnvoorstel uit 2012 om de man-vrouwverhouding te verbeteren onder bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen (zie par. 4.4.6.2).¹⁰ Wel is na de nodige strubbelingen in 2019 een richtlijn over arbeidsverloven en flexibele werkregelingen voor ouders en mantelzorgers aangenomen.¹¹ Deze zal vanaf 2 augustus 2022 de (herziene) Ouderschaps-verlofrichtlijn 2010/18/EU¹² vervangen. Het bevorderen van de combinatie van arbeid en zorg voor werkenden betreft geen discriminatieverbod, maar draagt wel bij aan materiële gelijke kansen voor mannen en vrouwen in de arbeid. Hetzelfde geldt voor bepalingen uit de Zwangerschapsrichtlijn 92/85/EEG.¹³ Deze aspecten van beide richtlijnen worden daarom behandeld bij het verbod op seksediscriminatie.

4.2.2 Primaire rechtsbronnen

4.2.2.1 Artikel 157 VWEU

Tot de primaire rechtsbronnen van het gelijkebehandelingsrecht behoort ten eerste het al genoemde artikel 157 VWEU. De eerste twee leden regelen het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie beoordeelt alle prejudiciële vragen over beloningsdiscriminatie op grond van sekse op basis van artikel 157, hoewel het onderwerp ook onder de Herschikkingsrichtlijn valt, omdat de Verdragsbepaling rechtstreekse horizontale werking heeft sinds 8 april 1976 (zie over gelijke beloning par. 4.5.3).¹⁴ De leden 3 en 4 bevatten geen individuele rechten, maar vormen, respectievelijk, een wetgevingsbevoegdheid waarop bijvoorbeeld de Herschikkingsrichtlijn is aangenomen, en een bevoegdheid voor lidstaten om voorkeursbeleid te voeren voor vrouwen (zie par. 4.4.6.2).

7 PbEG 2000, L 180/22.

8 PbEG 2000, L 303/16.

9 COM(2008)426.

10 COM(2012)614.

11 Richtlijn 2019/1158/EU betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers, PbEG 2019, L 188/79.

12 PbEG 2010, L 68/13.

13 PbEG 1992, L 348/1.

14 HvJ EG 8 april 1976, 43/75, (*Defrenne II*), r.o. 40.

4.2.2.2 Het EU-Handvest en het algemene beginsel van gelijke behandeling

Voorts moet gewezen worden op het EU-Handvest,¹⁵ dat behoort tot het primaire Unierecht (art. 6 lid 1 VEU, zie daarover uitvoerig hoofdstuk 2). Gelijkheid staat centraal in de derde titel van het Handvest. Artikel 21 is met name van belang voor het non-discriminatierecht. Het bevat een discriminatieverbod op diverse persoonsgebonden gronden, waaronder die genoemd in artikel 19 VWEU. Hoewel discriminatie in de arbeid al door secundaire EU-wetgeving bestreken wordt, kan artikel 21 EU-Handvest een belangrijke rol spelen bij de toetsing van de secundaire EU-wetgeving zelf en bij de handhaving van deze secundaire wetgeving op nationaal niveau.

Een voorbeeld van het eerste is de *Test-Achats*-zaak. Het Hof oordeelde dat de seksgeheidsrichtlijn op het gebied van goederen en diensten (zie par. 4.2.1), voor zover het de uitzondering betrof om gebruik te maken van naar sekse gescheiden statistieken bij de berekening van verzekeringspremies, strijdig was met artikel 21 EU-Handvest.¹⁶ Ook in de zaak *Fries/Lufthansa CityLine* wordt de Uniewetgeving zelf getoetst. In dit geval oordeelde het Hof echter dat het vliegverbod voor piloten van 65 jaar en ouder vanwege veiligheidsredenen, zoals neergelegd in bijlage I bij Verordening 1178/2011, niet in strijd is met het discriminatieverbod uit artikel 21 Handvest.¹⁷

Ook voor de handhaving van de gelijkebehandelingsrichtlijnen op nationaal niveau kan artikel 21 EU-Handvest van belang zijn. EU-richtlijnen hebben geen directe horizontale werking, wat dus eveneens geldt voor de gelijkebehandelingsrichtlijnen in de arbeid. In geschillen tussen particulieren kan een nationale wet die strijdig is bevonden met een gelijkebehandelingsrichtlijn, daarom niet buiten toepassing worden gelaten wanneer geen richtlijnconforme uitleg mogelijk is. In onder meer *Mangold* en *Küçükdeveci* nam het Hof van Justitie van de Europese Unie echter aan dat gelijke behandeling op grond van leeftijd een algemeen beginsel van Unierecht vormt dat zelfstandige betekenis toekomt buiten de richtlijnen om.¹⁸ Dit beginsel van primair Europees recht heeft directe en horizontale werking, waardoor nationale, wettelijke bepalingen wegens leeftijdsdiscriminatie buiten toepassing gelaten moesten worden. Met de totstandkoming van het Handvest is het Unierechtelijke, algemene gelijkheidsbeginsel ook te vinden in artikel 21 EU-Handvest. Het is daarom mogelijk dat dit gecodificeerde grondrecht de plek van het ongeschreven, algemene beginsel steeds meer zal overnemen, zeker nu uit *Egenberger* is gebleken dat ook artikel 21 directe en horizontale werking toekomt (zie hierover ook par. 2.3.2.6).¹⁹

Voor de handhaving van het recht op gelijke behandeling in het geval van strijdige, nationale wettelijke bepalingen kunnen de primaire rechtsbronnen dus een belangrijke rol spelen. Wel is het in dat geval noodzakelijk dat de betreffende nationale, wettelijke bepaling binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt (zie par. 2.3.2.1).

15 Aangenomen in 2000 en in 2007 gewijzigd: *PbEG* 2007, C 303/1.

16 HvJ EU 11 maart 2011, C-236/09 (*Test-Achats*).

17 HvJ EU 5 juli 2017, C-190/16 (*Fries/Lufthansa CityLine*).

18 HvJ EG 22 november 2005, C-144/04 (*Mangold*); HvJ 19 januari 2010, C-555-07 (*Küçükdeveci*). Zie ook HvJ EU 10 mei 2011, C-147/08 (*Römer*) met betrekking tot de grond van seksuele geaardheid.

19 HvJ EU 17 april 2018, C-414/16 (*Egenberger*), r.o. 76, bevestigd in HvJ EU 22 januari 2019, C-193/17 (*Cresco/Achatzi*). Voor een voorbeeld van de gelijkschakeling van het algemene beginsel van gelijke behandeling met art. 21 Handvest: HvJ EU 23 april 2020, C-507/18 (*NH/LGBTI*), r.o. 38.

4.2.3 Implementatie in het Nederlandse recht

Het EU-gelijkebehandelingsrecht is in Nederland in verschillende wetten geïmplementeerd.²⁰ De Sekserichtlijn 2006/54 is geïmplementeerd in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGBm/v) en artikelen 7:646-647 BW. De bepalingen uit de Rassenrichtlijn 2000/43 en de Kaderrichtlijn 2000/78, althans voor zover het de discriminatiegronden van geloof, ras en seksuele geaardheid betreft, zijn terug te vinden in de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). De discriminatieverboden op grond van leeftijd en op grond van handicap zijn ten slotte in twee aparte wetten onder gebracht, respectievelijk de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd (WGBL) en de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ).

4.3 Personele werkkingsfeer

De hier te bespreken gelijkebehandelingsrichtlijnen hebben betrekking op 'werknemers' – maar wat wordt daarmee bedoeld (zie ook paragraaf 10.2.1.2.)? De richtlijnen noch artikel 157 VWEU over gelijke beloning van mannen en vrouwen definiëren het begrip werknemer. Uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat het begrip *werknemer* uit de richtlijnen en artikel 157 een Unierechtelijke inhoud heeft, evenals het begrip *arbeid in loondienst*. De begrippen kunnen dus niet afhankelijk zijn van nationaalrechtelijke definities.²¹ Voor de betekenis van het Unierechtelijk begrip werknemer heeft het Hof aansluiting gezocht bij zijn 'vrij verkeer'-rechtspraak (zie hfdst. 10). Een werknemer wordt hierin gedefinieerd als 'iemand die gedurende bepaalde tijd, voor een ander en onder diens gezag, werkzaamheden verricht en als tegenprestatie hiervoor een vergoeding ontvangt'. Verder moet het gaan om 'reële en daadwerkelijke arbeid, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig blijken'.²² De aard van de rechtsbetrekking tussen werknemer en werkgever is op zichzelf niet bepalend. Ook ambtenaren vallen onder de richtlijnen.²³

In feite doelt het Hof met het begrip werknemer op de zogeheten 'afhankelijke beroepsbevolking'. Een zelfstandige dienstverrichter die niet ondergeschikt is aan de dienstontvanger behoort hier in principe niet toe. Het Hof legt het werknemersbegrip wel extensief uit. In *Danosa* oordeelt het Hof dat ook een bestuurslid van een kapitaalvennootschap beroep kan doen op bescherming tegen zwangerschapsdiscriminatie omdat zij haar werk onder 'het gezag of toezicht van een ander orgaan van deze vennootschap uitoefent en voor die activiteiten een vergoeding ontvangt'.²⁴ Voorts moet een persoon die naar nationaal recht gezien formeel een zelfstandige is, niettemin als een werknemer worden aangemerkt indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is en dus een arbeidsverhouding verhuult, aldus het Hof.²⁵ Ondanks dat hierdoor alleen de 'echte' zelfstandige niet als werknemer kwalificeert, blijkt

20 Voor een uitgebreid handboek over het Nederlands gelijkebehandelingsrecht: Vas Nunes 2018.

21 HvJ EG 19 maart 1964, C-75/63 (*Unger*) en HvJ EG 4 juni 1992, C-360/90 (*Bötel*).

22 O.a. HvJ EG 3 juli 1986, C-66/85 (*Lawrie-Blum*); HvJ EU 4 december 2014, C-413/13 (*FNV Kiem*).

23 O.a. HvJ EG 28 september 1994, C-7/93 (*Beune*).

24 HvJ EU 11 november 2010, C-232/09 (*Danosa*), r.o. 56. Zie JAR 2011/24, m.nt. E. Cremers-Hartman.

25 O.a. HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01 (*Allonby*); HvJ EU 4 december 2014, C-413/13 (*FNV Kiem*).

uit de tekst van de richtlijnen dat de werkingssfeer zich wel uitstrekt tot de *toegang* tot arbeid als zelfstandige.²⁶

4.4 Het concept van (verboden) discriminatie

In deze paragraaf worden de diverse discriminatiebegrippen en verboden vormen van discriminatie behandeld die de EU gelijkebehandelingsrichtlijnen op het terrein van de arbeid, soms met kleine verschillen, gemeenschappelijk hebben. Achtereenvolgens worden behandeld de concepten van directe discriminatie, intimidatie, instructie tot discriminatie, associatieve discriminatie en het weigeren van een redelijke aanpassing (par. 4.4.1 tot en met 4.4.5). Hierna komen de toegestane uitzonderingen op het verbod op directe discriminatie aan bod (par. 4.4.6). Vervolgens wordt het concept van (het verbod van) indirecte discriminatie besproken en de mogelijkheden voor het objectief rechtvaardigen van indirecte discriminatie (par. 4.4.7).

4.4.1 Directe discriminatie

In het Unierechtelijk gelijkebehandelingsrecht wordt een onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte discriminatie. Dit onderscheid is van groot belang, omdat de toetsingsmethodiek voor directe en indirecte discriminatie verschillend is.²⁷

Van directe discriminatie is sprake: “wanneer iemand op één van de verboden discriminatiegronden minder gunstig wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld”.²⁸ In geval van directe discriminatie wordt rechtstreeks verwezen naar één van de verboden discriminatiegronden, bijvoorbeeld een ontslag wegens het bereiken van de pensioenleeftijd of een afwijzing bij sollicitatie vanwege de etnische afkomst van de kandidaat. Hoewel dit niet voor alle gronden hetzelfde ligt, zal openlijke, directe discriminatie op grond van bijvoorbeeld sekse of ras steeds minder vaak voorkomen. Vooroordelen kunnen worden verbloed. Wanneer de direct discriminerende handeling of uitlating bovendien niet schriftelijk of elektronisch is vastgelegd, kan discriminatie in de arbeid moeilijk bewijsbaar zijn. Om hieraan, althans gedeeltelijk, tegemoet te komen is een verschuiving van de bewijslast opgenomen in de richtlijnen wanneer een vermoeden van discriminatie aantoonbaar is (zie par. 4.11).

Uit de definitie van directe discriminatie in de diverse richtlijnen blijkt dat er een vergelijking moet worden gemaakt tussen de behandeling van een persoon met een ander in een vergelijkbare situatie. De definitie maakt ook een hypothetische vergelijking mogelijk.²⁹ In veel zaken die voor het Hof van Justitie van de Europese Unie komen, is de vergelijking met iemand van een andere sekse, leeftijd, religie, et cetera een formaliteit omdat de directe discriminatie voor zich spreekt. De ‘vergelijkbaarheidsvraag’ speelt echter

26 Art. 3 lid 1, onder a Richtlijn 2000/43; art. 3 lid 1, onder a Richtlijn 2000/78; art. 14 lid 1, onder a Richtlijn 2006/54.

27 Zie over de toetsing van gelijkheid in het algemeen: Gerards 2002.

28 Zie art. 2 lid 1 onder a Richtlijn 2006/54/EG; art. 2 lid 2 onder a Richtlijn 2000/43/EG en art. 2 lid 2 onder a Richtlijn 2000/78/EG.

29 Fredman 2011, p. 166-177.

in een beperkt aantal, moeilijke gevallen een grotere en meer doorslaggevende rol.³⁰ Bij loonverschillen tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers speelt de vergelijkbaarheid bijvoorbeeld een grote rol, omdat vereist is dat beide werknemers gelijkwaardige arbeid binnen dezelfde onderneming verrichten (zie par. 4.5.3). Ook bij discriminatie op grond van seksuele geaardheid kan de vergelijkbaarheid van gevallen van doorslaggevend belang zijn (zie par. 4.10). Vergelijkbaarheid van gevallen is ten slotte juist niet vereist bij discriminatie op grond van zwangerschap. Het Hof oordeelde in *Dekker* dat een aanstelling weigeren wegens zwangerschap alleen vrouwen kan treffen en derhalve een directe seksediscriminatie vormt, los van de vraag of eventueel ook mannen hebben gesolliciteerd.³¹

4.4.2 Intimidatie

Het discriminatieverbod omvat tevens een verbod van intimidatie. Intimidatie wordt in de gelijkebehandelingsrichtlijnen omschreven als: “wanneer er sprake is van ongewenst gedrag dat verband houdt met één van de verboden discriminatiegronden en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.”³²

Alleen in de Sekserichtlijn wordt naast ‘intimidatie’ ook expliciet ‘seksuele intimidatie’ verboden. Dit wordt gedefinieerd als: “wanneer zich enige vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie voordoet met als doel of gevolg dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd.”³³

Op dit betekent dat seksuele intimidatie uitsluitend wordt verboden wanneer het verband houdt met de grond van sekse, dan wel met alle gronden verband zou kunnen houden, is niet duidelijk.³⁴ Gedrag met een seksuele connotatie zou eventueel onder ‘ongewenst gedrag’ te scharen zijn, en daarmee een species zijn van het begrip intimidatie. Overigens laten de Rassenrichtlijn en de Kaderrichtlijn het toe het begrip intimidatie te definiëren in overeenstemming met de nationale wetgeving en praktijken van de lidstaten.³⁵ Het laatste verklaart misschien dat het Hof van Justitie van de Europese Unie zich tot nu toe niet inhoudelijk over de beide begrippen heeft hoeven uit te laten.

In een deel van de lidstaten, waaronder Nederland, wordt het tegengaan van intimidatie op de werkplek (mede) geregeld in het arbeidsomstandighedenrecht. De gelijkebehandelingsrichtlijnen hebben duidelijk gemaakt dat intimidatie (ook) als een vorm van discriminatie moet worden gezien, waarmee het structurele en onderdrukkende karakter ervan meer zichtbaar wordt. Voordeel van de regulering onder het arbeidsomstandighedenrecht is echter dat hieruit veelal verplichtingen vloeien om al preventief risico’s vast te stellen en maatregelen te nemen ter bestrijding van intimidatie. Hoewel dergelijke plichten mogelijk ook tot het verbod van intimidatie in de gelijkebehandelingsrichtlijnen

30 Veldman, *TAP* 2010, p. 11-18.

31 HvJ EG 8 november 1990, C-177/88 (*Dekker*). Zie inmiddels ook art. 2 lid 2 onder c Richtlijn 2006/54/EG.

32 Zie art. 2 lid 3 Richtlijn 2000/43/EG, art. 2 lid 3 Richtlijn 2000/78/EG en art. 2 lid 1, onder c Richtlijn 2006/54/EG.

33 Zie art. 2 lid 1, onder d Richtlijn 2006/54/EG.

34 Bell & Numhauser-Henning 2019, p. 161.

35 Art. 2 lid 3 Richtlijn 2000/43/EG en art. 2 lid 3 Richtlijn 2000/78/EG. Een dergelijke mogelijkheid is niet opgenomen in de richtlijnen over discriminatie op grond van geslacht.

behoren, wordt alleen in de Sekserichtlijn expliciet tot het nemen van preventieve maatregelen opgeroepen.³⁶

Zowel intimidatie als seksuele intimidatie zijn verboden vormen van directe discriminatie.³⁷ Is een dergelijke vorm van discriminatie vastgesteld, dan is geen rechtvaardiging meer mogelijk.

4.4.3 Optricht tot discrimineren

In alle tweede-generatierichtlijnen wordt de opdracht tot discrimineren van personen die beschermd worden op grond van de richtlijnen, expliciet verboden.³⁸ Evenals bij intimidatie zal het vaak gaan om een vorm van directe discriminatie waarvoor geen rechtvaardiging kan worden gegeven.³⁹ Een voorbeeld van een dergelijke situatie is een werkgever die een uitzendbureau vraagt om geen uitzendkrachten te sturen met een migratie-achtergrond. Er is nog geen jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie waarin deze bepaling is geïnterpreteerd.

4.4.4 Associatieve discriminatie

Ook zogeheten associatieve discriminatie kan als een verboden vorm van directe discriminatie worden opgevat. Uit de *Coleman*-zaak blijkt dat een werknemer bescherming geniet, niet alleen als de discriminatie is ingegeven door de handicap van de werknemer zelf, maar ook indien de werknemer de zorgverantwoordelijkheid draagt voor een gehandicapt kind.⁴⁰ Het Hof leidt dit af uit de definitie van directe discriminatie die niet verwijst naar een bepaalde groep van personen, maar naar het gebruik van een bepaalde discriminatiegrond.⁴¹

Dit impliceert dat associatieve discriminatie ook op andere discriminatiegronden van toepassing kan zijn. De bevestiging hiervan volgde in *CHEZ*, waarin het ging om de levering van elektriciteitsmeters aan een stadswijk waarin voornamelijk Roma wonen.⁴² De klacht kwam van een niet-Roma vrouw die een bedrijf had in deze wijk. Het Hof oordeelde dat het niettemin de etnische afkomst van de Roma is die de grond vormt voor de ongunstiger behandeling van deze klaagster en dat dit derhalve onder het verbod van discriminatie valt (r.o. 59-60).

Hoewel hierover geen rechtspraak is, laat deze uitleg van het discriminatiebegrip het toe dat naast associatieve, ook *vermeende* discriminatie verboden kan zijn. Dit kan voorvallen wanneer een werkgever bijvoorbeeld een sollicitant afwijst omdat hij veronderstelt dat deze een handicap heeft, terwijl de sollicitant bijvoorbeeld kanker heeft gehad maar inmiddels hersteld is. Omdat deze ongunstiger behandeling ook gebaseerd is 'op de grond

36 Art. 26 Richtlijn 2006/54/EG.

37 Dit volgt niet met zoveel woorden uit de richtlijntekst maar het is moeilijk voorstelbaar hoe bijvoorbeeld seksuele intimidatie op ogenschijnlijk neutrale gronden kan berusten die alleen een indirect onderscheidend effect hebben.

38 Art 2 lid 4 Richtlijn 2000/43/EG, art 2 lid 4 Richtlijn 2000/78/EG en art 2 lid 2 onder b Richtlijn 2006/54/EG.

39 Zie verder Asscher-Vonk, *EGELR* 2012, p. 4-11.

40 Zie verder Veldman, *ArA* 2009, p. 63-84.

41 HvJ EG 17 juli 2008, C-303/06 (*Coleman*), r.o. 50.

42 HvJ EU 16 juli 2015, C-83/14 (*CHEZ*).

van handicap', zou dit logischerwijs ook onder de richtlijnen moeten vallen. In Nederland dekt de WGBH/CZ reeds een vermeende handicap of chronische ziekte.⁴³

4.4.5 *Weigeren van een redelijke aanpassing*

Omdat voor gehandicapten kan gelden dat de werkgever soms extra voorzieningen (bijvoorbeeld een lift of een aangepaste bureaustoel) moet bieden om uiteindelijk gelijke toegang tot arbeid te garanderen, kent de Kaderrichtlijn, naast een discriminatieverbod op grond van handicap, ook een plicht tot het treffen van een redelijke aanpassing: "de werkgever neemt, naargelang de behoefte, in een concrete situatie passende maatregelen 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, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen" (art. 5).

De Kaderrichtlijn geeft niet expliciet aan of het weigeren van een redelijke aanpassing kwalificeert als een vorm van (directe) discriminatie op grond van handicap. Dit volgt wel met zoveel woorden uit het VN-Gehandicaptenverdrag, dat in 2010 door de EU geratificeerd is (zie par. 4.8). Ook in de Nederlandse WGBH/CZ is het niet voorzien in 'doeltreffende aanpassingen' een expliciete vorm van discriminatie (art. 2 lid 1).

Wat onder passende maatregelen verstaan moet worden, volgt onder meer uit overweging 20 van de considerans bij Richtlijn 2000/78. Hieruit blijkt dat het bijvoorbeeld kan gaan om de aanpassing van gebouwen, uitrusting, arbeidsritme, taakverdeling of het voorzien in opleidings- en integratiemiddelen. Onder verwijzing hiernaar stelt het Hof van Justitie van de Europese Unie vast dat de plicht tot het treffen van passende maatregelen dus niet enkel materiële, maar ook organisatorische aanpassingen kan verlangen, zoals bijvoorbeeld de aanpassing van het tempo waarin de arbeid wordt verricht of van het aantal arbeidsuren dat is afgesproken.⁴⁴ Zoals uit artikel 5 van de richtlijn zelf blijkt, geldt de plicht tot het nemen van passende maatregelen niet, wanneer deze een onevenredige belasting vormen voor de werkgever. Uit overweging 21 van de considerans blijkt dat bij de vaststelling hiervan rekening gehouden moet worden met onder meer de financiële en andere kosten, de omvang en mogelijkheden van de organisatie en de mogelijkheden van publieke subsidies.

4.4.6 *Toegelaten uitzonderingen bij directe discriminatie*

Het verschil tussen direct en indirect onderscheid in het gelijkebehandelingsrecht is van belang, omdat indirecte discriminatie onder bepaalde voorwaarden gerechtvaardigd kan zijn (zie verder par. 4.4.7). Directe discriminatie daarentegen kent een zogeheten gesloten systeem. Met uitzondering van de grond van leeftijd, is directe discriminatie alleen in een beperkt aantal, uitzonderlijke situaties toegestaan. Deze uitzonderingen worden limitatief in de richtlijnen genoemd. Het gaat voor alle discriminatiegronden om de uitzonderingen van wezenlijk beroepsvereiste en positieve actie. Voor de discriminatiegronden godsdienst, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid scheidt artikel 2 lid 5 Kaderrichtlijn daarnaast

⁴³ Hof Amsterdam 10 november 2015, JAR 2015/309, m.nt. Vegter.

⁴⁴ HvJ EU 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11 (HK Danmark), r.o. 55.

nog een derde uitzonderingsmogelijkheid. De uitzonderingsgronden op het verbod op directe discriminatie worden hieronder behandeld.

4.4.6.1 Wezenlijke beroepsvereisten

Het is voorstelbaar dat in uitzonderlijke situaties een discriminatiegrond, zoals bijvoorbeeld sekse, toch een functie-eis kan zijn voor bepaalde beroepen. Zo kan een auditie voor een mannenrol in een theaterstuk alleen voor mannelijke acteurs openstaan of zoekt men een vrouwelijke veiligheidsbeambte op de luchthaven wanneer het werk bestaat uit het moeten fouilleren van vrouwen. De richtlijnen bepalen voor dit soort situaties dat een onderscheid bij de toegang tot arbeid of beroepsopleiding, “dat is gebaseerd op een kenmerk in verband met (een verboden discriminatiegrond), geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is”.⁴⁵

In *Bougnaoui* stelt het Hof dat het moet gaan om objectieve functie-eisen. De subjectieve overweging van een werkgever om rekening te houden met de wens van een klant om niet geholpen te worden door iemand met een hoofddoek, is geen wezenlijk beroepsvereiste.⁴⁶ Ook het Nederlandse College voor de Rechten van de Mens oordeelt dat het verbieden van religieuze kledingstukken alleen in uitzonderlijke situaties die verband houden met veiligheid of hygiëne een beroepsvereiste kan zijn.⁴⁷

Kerken, bijzondere scholen of andere organisaties op een religieuze of identiteitsgebonden grondslag hebben aanvullende mogelijkheden om beroepsvereisten te stellen gebaseerd op godsdienst (art. 4, lid 2 Kaderrichtlijn). Mits het geen discriminatie op een andere grond uit de richtlijn oplevert, mogen publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, van hun werknemers ‘een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie verlangen’. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft hieraan in *Egenberger* en *IR/JQ* een strikte invulling gegeven.⁴⁸ Het moet gaan om een noodzakelijk beroepsvereiste, dat gezien de grondslag van de desbetreffende kerk of organisatie objectief wordt bepaald door de aard van, en voorwaarden voor de uitoefening van de betrokken functie. Het nationale rechterlijke toezicht hierop kan niet met verwijzing naar de grondwettelijke godsdienstvrijheid worden beperkt tot een marginale toets.⁴⁹

Het arrest *IR/JQ* gaat over het ontslag vanwege zijn echtscheiding van een arts die werkzaam is in een katholiek ziekenhuis. Het Hof geeft zelf een concrete invulling aan de eisen uit *Egenberger*. De gestelde eisen met betrekking tot het huwelijk van de arts zijn niet noodzakelijk voor de bevestiging van de (katholieke) grondslag van het ziekenhuis, gezien de aard van zijn werkzaamheden, die bestaan uit het leidinggeven aan de afdeling interne geneeskunde. Bovendien blijkt dat het ziekenhuis soortgelijke, leidinggevende werkzaamheden ook heeft opgedragen aan niet-katholieke werknemers.⁵⁰

45 Art. 4 Richtlijn 2000/43; art. 4 Richtlijn 2000/78; art. 14 lid 2 Richtlijn 2006/54.

46 HvJ EU 14 maart 2017, C-188/15 (*Bougnaoui*).

47 CRM 6 april 2018, oordeelnummer 2018-40.

48 Over deze arresten o.a. Dorssemont, *ArA* 2019, p. 39-64.

49 HvJ EU 17 april 2018, C-414/16 (*Egenberger*).

50 HvJ EU 11 september 2018, C-68/17 (*IR/JQ*).

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat met name de grond van leeftijd relatief vaak voorkomt als een beroepsvereiste. Het gaat dan om zaken waarin bij de werving en selectie een maximale leeftijdsgrens wordt gesteld vanwege de vereiste, fysieke geschiktheid voor de functie. Het Hof sanctioneerde een maximale leeftijdsgrens van 30 jaar voor brandweerman en van 35 jaar voor een politieagent.⁵¹ Opvallend is dat een algemene generalisatie op grond van leeftijd toereikend kan zijn. Immers, niet elke sollicitant van boven een bepaalde leeftijd zal per definitie fysiek ongeschikt zijn voor de betreffende functie. In *Sorondo* verdedigde het Hof zijn oordeel door erop te wijzen dat, zeker binnen een vergrijsd personeelsbestand, het beschikken over bijzondere fysieke capaciteiten niet statisch moet worden gezien, dus alleen op het moment van selectie, maar dynamisch, door ook de dienstjaren in aanmerking te nemen die de agent nog na zijn aanwerving zal volmaken (r.o. 46-47). In *Pérez* wordt een maximale leeftijdsgrens van 30 jaar voor de lokale politie wel onevenredig geacht⁵² en recenter werd ook een uniforme lengte-eis voor mannelijke en vrouwelijke politieagenten als indirecte discriminatie afgewezen.⁵³ Toch lijkt over het algemeen dat een maximale leeftijdsgrens in bepaalde omstandigheden als een wezenlijk beroepsvereiste kan dienen. Dit is wel voorbehouden aan functies die verband houden met nationale orde en veiligheid.⁵⁴ In dat kader valt ook te wijzen op de mogelijkheid voor lidstaten om, voor zover het gaat om leeftijd en handicap, de strijdkrachten geheel uit te zonderen van de toepassing van Richtlijn 2000/78.⁵⁵ In het verleden hanteerde het Hof overigens een min of meer vergelijkbare benadering als het ging om de mogelijke geslachtsbepaaldheid van functies in het kader van nationale orde en veiligheid.⁵⁶

4.4.6.2 Positieve actie

Naast wezenlijke beroepsvereisten, vormt positieve actie de tweede uitzondering op het verbod van directe discriminatie. Deze uitzondering wordt in de Rassen- en Kaderrichtlijn als volgt omschreven: “Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen die verband houdend met (een van de genoemde discriminatiegronden) te voorkomen of te compenseren”.⁵⁷

In artikel 3 van de Sekserichtlijn wordt verwezen naar artikel 157 lid 4 VWEU dat een vergelijkbare maar wat uitgebreidere omschrijving geeft van positieve actie, waarbij van ‘specifieke voordelen’ wordt gesproken.

Hoewel het begrip positieve actie al sinds de eerste-generatiewetgeving deel uitmaakt van het Europese recht, blijft de precieze betekenis weinig omlind. Het lijkt te staan voor

51 Resp. HvJ EU 12 januari 2010, C-229/08 (*Wolf*) en HvJ 15 november 2016, C-258/15 (*Sorondo*). Zie ook Gundt, *TRA* 2017.

52 HvJ EU 13 november 2014, C-416/13 (*Pérez*).

53 HvJ EU 18 oktober 2017, C-409/16 (*Esoterikon*).

54 Zie HvJ EU 7 november 2019, C-396/18 (*Cafaro/DQ*) waarin het automatisch ontslag van piloten op 60 jaar, in tegenstelling tot het arrest *Prigge* (zie par. 4.4.6.3), aan de eisen van een wezenlijk beroepsvereiste voldoet wanneer de vluchten worden uitgevoerd in het kader van de nationale veiligheid.

55 Art. 3 lid 4 Richtlijn 2000/78.

56 HvJ EG 15 mei 1986, 222/84 (*Johnston*) over politiefuncties ten tijde van de binnenlandse onlusten in Noord-Ierland; HvJ EG 26 oktober 1999, C-273/97 (*Sirdar*) over de Royal Marines.

57 Art. 5 Richtlijn 2000/43; art. 7 Richtlijn 2000/78.

vrijwillige en tijdelijke maatregelen die via extra inspanningen materiële of daadwerkelijke gelijkheid of diversiteit in de maatschappij beogen te bevorderen.⁵⁸ De relatie met actieve maatregelen die invulling geven aan het tegengaan van indirecte discriminatie, met het treffen van redelijke aanpassingen of het voeren van sociaal beleid, is hierbij niet altijd even helder. Volgens het Hof vormt positieve actie een uitzondering op het gelijkheidsbeginsel, die hierom strikt uitgelegd moet worden.⁵⁹ De term positieve actie lijkt in dat geval vooral te staan voor een voorkeurs- of voorrangbeleid dat rechtstreeks verband houdt met een verboden grond. Dit maakt dat de uitzondering voor positieve actie misschien minder relevant is voor discriminatiegronden zoals leeftijd en handicap. De ongelijke situatie van gehandicapten, ten opzichte van valide werknemers, maakt dat het (verplicht) treffen van aanpassingen en voorzieningen voor deze groep juist een vorm van gelijke behandeling is en niet een uitzondering hierop.⁶⁰ Ook sociaal beleid voor jongeren of ouderen op de arbeidsmarkt, ook als een leeftijdsgrens wordt gebruikt, zal niet snel kwalificeren als een positieve actie-maatregel.⁶¹

De Europese rechtspraak over de uitzondering voor positieve actie heeft tot dusver betrekking op de grond van sekse. Uit de zaken *Griesmar* en *Leone* blijkt dat het toekennen van speciale rechten aan alleen vrouwen bij pensionering vanwege zorgtaken in het verleden buiten de uitzonderingsgrond voor positieve actie valt, omdat het de beroepsloopbaan niet vergemakkelijkt.⁶² De arresten *Kalanke*, *Marschall* en *Abrahamsson* gaan alle over voorkeursbeleid bij de toegang tot arbeid.⁶³ In de eerste twee zaken ging het om een voorkeursbeleid voor vrouwen bij gelijke geschiktheid, wanneer zij ondervertegenwoordigd zijn in de functiegroep. Het Hof vatte dit beleid in *Kalanke* op als een regel die absolute of automatische voorrang geeft, hetgeen onverenigbaar is met het EU-recht. In *Marschall* volgde een kleine versoepeling. Het Hof overwoog dat vanwege sekstereotypen en vooroordelen vrouwelijke kandidaten die gelijk geschikt zijn voor een functie niet per definitie ook gelijke kansen hebben. Een voorkeursbeleid bij gelijke geschiktheid kan daarom toegestaan zijn, indien er een uitzonderingsclausule geldt die garandeert dat:

- alle kandidaten objectief beoordeeld worden, waarbij rekening wordt gehouden met alle criteria verbonden aan de individuele kandidaten en
- geen voorrang wordt gegeven zodra één of meer van deze criteria de balans in het voordeel van de mannelijke kandidaat doen doorslaan (r.o. 33).

Het arrest *Abrahamsson* bevestigt deze randvoorwaarden. Een voorkeursbeleid aan de universiteit waarbij vrouwelijke hoogleraren de voorkeur genieten bij voldoende geschiktheid wordt afgewezen, omdat sprake is van een automatische voorrang. Er wordt geselecteerd uit alle voldoende geschikte kandidaten op de enkele grond van sekse, zelfs wanneer sprake is van een beter gekwalificeerde, mannelijke kandidaat.⁶⁴

58 Vgl. overweging 22, Richtlijn 2006/54.

59 O.a. HvJ EG 17 oktober 1995, C-450/93 (*Kalanke*).

60 Zie ook de afwijkende formulering van art. 7 lid 2 Richtlijn 2000/78.

61 Art. 6 lid 1 Richtlijn 2000/78 biedt daarnaast al de mogelijkheid om directe leeftijdsdiscriminatie in het kader van sociaal beleid te rechtvaardigen.

62 HvJ EG 29 november 2001, C-366/99 (*Griesmar*) en HvJ EU 17 juli 2014, C-173/13 (*Leone*).

63 HvJ EG 17 oktober 1995, C-450/93 (*Kalanke*); HvJ EG 11 november 1997, C-409/95 (*Marschall*); HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98 (*Abrahamsson*).

64 HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98 (*Abrahamsson*), r.o. 52.

De zaken *Badeck* en *Lommers* maken duidelijk dat de eisen minder streng zijn wanneer het niet om de directe toegang tot een arbeidsplaats gaat.⁶⁵ Maatregelen als een vrouwenquotum van 50% voor opleidingsplaatsen of het bij voorkeur toekennen van crècheplaatsen aan vrouwelijke medewerkers worden toelaatbaar geacht, mits sprake is van een ondervertegenwoordiging van vrouwen, en buiten het bedrijf ook (commerciële) toegang bestaat tot opleidings- of crècheplaatsen.⁶⁶ Het gaat hier in de ogen van het Hof om *voorwaardelijke* maatregelen die de uitoefening van een beroepsactiviteit voor vrouwen vergemakkelijken.

De bovenstaande rechtsontwikkelingen lijken bindende quotaregelingen in het kader van diversiteitsbeleid uit te sluiten. Toch hebben verschillende lidstaten dergelijke wetgeving ingevoerd voor met name raden van bestuur of commissarissen in het bedrijfsleven. Ook in Nederland ligt er een wetsvoorstel voor een bindend vrouwenquotum.⁶⁷ Zolang als een raad van commissarissen van een beursgenoteerde vennootschap nog niet voor 30 procent uit vrouwen bestaat, mogen er geen nieuwe mannen worden benoemd.⁶⁸ In 2012 deed de Europese Commissie al een richtlijnvoorstel voor een verplicht vrouwenquotum van 40% voor niet-uitvoerende bestuurders van bedrijven.⁶⁹ De toelichting vermeldt dat bij de selectie de voorwaarden uit de rechtspraak van het Hof gevolgd moeten worden. Hoe dit met een bindend quotum te rijmen valt, is onduidelijk. Het voorstel is nog steeds aanhangig.⁷⁰

4.4.6.3 Artikel 2 lid 5 Richtlijn 2000/78

De Kaderrichtlijn biedt voor alle vormen van discriminatie op grond van godsdienst, leeftijd, handicap of seksuele geaardheid nog een exceptie. Artikel 2 lid 5 bepaalt: “Deze richtlijn laat de nationale wettelijke bepalingen onverlet 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.”

De bepaling echoot de formulering van de toegestane beperkingsgronden voor de uitoefening van individuele grondrechten uit het EVRM na. Waarom naast de algemene uitzonderingen van positieve actie en wezenlijke beroepsvereisten een derde uitzonderingsgrond nodig werd bevonden, waar deze in de Rassen- en Sekserichtlijn ontbreekt, is niet duidelijk. Wellicht vreesden de lidstaten dat de meer ‘moderne’ discriminatiegronden van leeftijd, handicap en seksuele geaardheid de bescherming van dwingende publieke belangen zouden kunnen hinderen.

De uitleg van artikel 2 lid 5 is tot nu toe aan bod gekomen in een aantal leeftijdsdiscriminatiezaken. De uitzondering moet – volgens het Hof in *Prigge* – als een afwijking van het discriminatieverbod strikt worden uitgelegd.⁷¹ Het Hof toetst aan artikel 2 lid 5 op een vergelijkbare wijze als het een objectieve rechtvaardiging toetst (zie par. 4.4.7), zij het dat

65 HvJ EG 28 maart 2000, C-158/97 (*Badeck*); HvJ EG 19 maart 2002, C-476/99 (*Lommers*).

66 HvJ EG 19 maart 2002, C-476/99 (*Lommers*), r.o. 44; HvJ EG 28 maart 2000, C-158/97 (*Badeck*), r.o. 53.

67 *Kamerstukken II* 2020/21, 35 628.

68 Zie Veldman 2020.

69 COM(2012)614.

70 Zie verder Senden & Visser, *EGELR* 2013, p. 17-33.

71 HvJ EU 13 september 2011, C-447/09 (*Prigge*).

het legitieme doel tot de in de bepaling genoemde gronden moet behoren. Dit betekende bijvoorbeeld in *Prigge*, dat het pensioenontslag voor verkeerspiloten bij het bereiken van de leeftijd van 60 jaar, terwijl de internationale veiligheidsvoorschriften een leeftijdsgrens van 65 jaar hanteren, geen noodzakelijke maatregel is voor de openbare veiligheid en volksgezondheid. Maatregelen moeten bovendien coherent zijn. Gedwongen pensionering van tandartsen bij de leeftijd van 68 jaar ter bescherming van de volksgezondheid is dat niet, wanneer tandartsen van 68 jaar en ouder hun praktijk buiten het ziekenfondsstelsel nog wel onbeperkt mogen voortzetten (*Petersen*).⁷²

4.4.6.4 Specifieke uitzonderingen voor sekse, leeftijd en handicap

Naast de algemene categorieën van uitzonderingen op directe discriminatie, zijn er tot slot nog enkele specifieke uitzonderingsbepalingen met betrekking tot slechts een enkele discriminatiegrond.

Voor de grond van sekse geldt een uitzondering voor directe discriminatie in het geval van beschermingsmaatregelen in verband met zwangerschap en moederschap (art. 28 lid 1 Richtlijn 2006/54). De reikwijdte van de uitzondering kwam aan de orde in *Hofmann*. De bescherming ziet enerzijds op de biologische gesteldheid van de vrouw tijdens en na de zwangerschap en anderzijds op de bijzondere relatie tussen moeder en kind.⁷³ Op het laatste is wel kritiek gekomen, omdat het vooroordelen over het moederschap kan bevestigen.⁷⁴ Uit de rechtspraak blijkt enerzijds dat het Hof geen speciale rechten voor werkende moeders accepteert waar deze niet voor mannelijke werknemers in een gelijke situatie gelden, zoals pensioentoeslagen of een lagere pensioenleeftijd.⁷⁵ Maar anderzijds sluit het Hof, ook recentelijk, niet volledig uit dat een cao-bepaling die een op het verplicht zwangerschapsverlof aansluitend verlof, variërend van anderhalve maand tot twee jaar, toekent aan alleen werkneemsters die een kind opvoeden, onder voorwaarden bedoeld kan zijn om de bijzondere relatie tussen moeder en kind te beschermen.⁷⁶

Voor de grond van leeftijd geldt de specifieke uitzonderingsbepaling van artikel 6 lid 1 Richtlijn 2000/78. Deze laat het toe directe discriminatie te rechtvaardigen met het oog op doelen van sociaal beleid.

Handicap, ten slotte, is een zogeheten asymmetrische grond. Dat houdt in dat valide werknemers geen bescherming aan het discriminatieverbod kunnen ontleen. Dit betekent ook dat, hoewel een kenmerk dat berust op handicap wel een wezenlijk beroepsvereiste kan vormen, al zal dat zeer uitzonderlijk zijn, het niet-gehandicapt zijn geen beroepsvereiste kan vormen. Dat er toch behoefte bestaat om het gesloten systeem bij directe discriminatie vanwege handicap op dit punt te kunnen doorbreken, blijkt uit de 'ongeschiktheidsexceptie' die het Hof heeft aangenomen. Het weigeren om iemand in dienst te nemen of te houden vanwege handicap is toegestaan 'wanneer deze persoon niet bekwaam, in

⁷² HvJ EU 12 januari 2010, C-341/08 (*Petersen*).

⁷³ HvJ EG 12 juli 1984, 184/83 (*Hofmann*).

⁷⁴ *Monster, Nemesis* 2001, p. 47-53.

⁷⁵ HvJ EG 30 juni 1988, 318/86 *Commissie/Frankrijk*; HvJ EG 29 november 2001, C-366/99 (*Griesmar*); HvJ EU 17 juli 2014, C-173/13 (*Leone*).

⁷⁶ HvJ EU 18 november 2020, C-463/19 (*Syndicat CFTC*). Over rechten van vaders op verlof in de EU-rechtspraak, zie *Burri* 2014.

staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betreffende functie uit te voeren, onverminderd de verplichting om in redelijke aanpassingen te voorzien'.⁷⁷

4.4.7 Indirecte discriminatie

Van indirecte discriminatie is sprake wanneer het *gevolg* of het *effect* van een ogenschijnlijk neutrale regel of handeling is, dat een bepaalde beschermde groep in het bijzonder wordt benadeeld. Het concept van indirecte discriminatie is door het Hof ontwikkeld in zijn jurisprudentie over ongelijke arbeidsvoorwaarden voor deeltijders en voltijders. Er is hier geen sprake van openlijk sekseonderscheid, maar in 1981 oordeelde het Hof voor het eerst dat een dergelijk verschil desalniettemin een verboden seksediscriminatie kan vormen, wanneer het in werkelijkheid enkel een *indirect* middel is om het loonpeil van deeltijders te verlagen omdat deze groep voornamelijk uit vrouwen bestaat.⁷⁸ In *Bilka* werd dit criterium aangescherpt. Het ging hier om een warenhuis dat deeltijders uitsloot van de bedrijfspensioenregeling.⁷⁹ Een dergelijke handelwijze schendt volgens het Hof het gelijkloonbeginsel wanneer de maatregel een veel groter aantal vrouwen dan mannen treft, tenzij de onderneming aantooit dat bedoelde maatregel haar verklaring vindt in factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht (r.o. 31). Het concept van indirecte discriminatie werd hierna gecodificeerd. De volgende definitie van indirecte discriminatie vinden we inmiddels in de diverse gelijkebehandelingsrichtlijnen: "wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een (zekere sekse, ras, godsdienst, leeftijd, et cetera) in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn".⁸⁰

De toetsing van indirecte discriminatie kent dus twee belangrijke onderdelen: (1) leidt de maatregel tot een bijzondere benadeling en, zo ja, (2) is deze objectief gerechtvaardigd?

4.4.7.1 Bijzondere benadeling

De eiser zal moeten aantonen dat een bepaalde maatregel personen van een zekere sekse, ras, godsdienst, leeftijd, et cetera, in vergelijking met andere personen *bijzonder* benadeelt. De opzet of intentie van de werkgever is niet relevant om een indirect discriminerend effect aan te tonen. Om een vergelijking te maken moet eerst het referentiekader worden bepaald. Uitgangspunt is dat de groep op wie het toegepaste criterium betrekking kan hebben, het referentiekader vormt.⁸¹ Wanneer het bijvoorbeeld om een ondernemingsregeling gaat, zal het effect gemeten worden onder de werknemers van deze onderneming. Gaat het om een arbeidswet dan kunnen alle werknemers in het land vergeleken worden.

77 HvJ EG 11 juli 2006, C-13/05 (*Chacón Navas*), r.o. 49-51 onder verwijzing naar overweging 17 uit de considerans van Richtlijn 2000/78.

78 HvJ EG 31 maart 1981, 96/80 (*Jenkins*).

79 HvJ EG 13 mei 1986, 170/84 (*Bilka*).

80 Art. 2 lid 2 onder b Richtlijn 2000/43; art. 2 lid 2 onder b Richtlijn 2006/54; art. 2 lid 2 onder b Richtlijn 2000/78.

81 HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01 (*Allonby*), r.o. 73.

Uit *Bilka* bleek vooral een kwantitatieve benadering. Indirecte discriminatie kan worden vastgesteld door gebruik te maken van statistische verschillen.⁸² Hierbij gaat het niet om een verschil in absolute aantallen, maar om het percentage van personen van een bepaalde groep die door een zekere maatregel nadelig geraakt worden, in vergelijking met het percentage van andere personen dat er nadelig door geraakt wordt. In veel gevallen is het indirect effect van een regel wel duidelijk zonder gebruik van statistieken. Zo is bekend dat het percentage vrouwen dat deeltijd werkt veel groter is dan het percentage mannen.⁸³ Elke maatregel die voor deeltijders ongunstiger voorwaarden kent, zal vrouwen dus in het bijzonder benadelen. Statistisch bewijs speelt hierom in de rechtspraak met name een rol, wanneer het effect niet zo voorspelbaar is. Een voorbeeld vormt *Seymour*. Het ging in deze zaak om het mogelijk nadelige effect voor vrouwen van de Engelse ontslagbeschermingsregels die pas van toepassing worden nadat aansluitend twee dienstjaren zijn vervuld. Het Hof stelt veel eisen aan de betrouwbaarheid van het statistisch bewijs, nu de verschillen klein blijken te zijn.⁸⁴ Het is overigens uiteindelijk aan de nationale rechter om met inachtneming van de aanwijzingen van het Hof de bewijswaarde te beoordelen.

Met de tweede-generatierichtlijnen is er meer ruimte gekomen om ook niet-kwantitatieve methoden te gebruiken voor het bewijs van een indirect onderscheidend effect. In de considerans van de richtlijnen is te lezen dat indirecte discriminatie op 'enigerlei wijze, ook op basis van statistische gegevens' kan worden aangetoond.⁸⁵ Zoals voor sekse in duidelijke gevallen al werd aangenomen, is het gebruik van een kwantitatieve methode voor de discriminatiegronden uit de Kader- en Rassenrichtlijn derhalve niet verplicht. De achterliggende reden hiervan is dat arbeidsmarkt cijfers of bedrijfscijfers, uitgesplitst naar gronden zoals godsdienst, handicap of seksuele geaardheid, vaak niet voor handen zullen zijn. In dergelijke gevallen is er ruimte om een bijzonder benadelend effect aan te nemen op grond van redelijke aannames of meer globale cijfers. In relatie tot handicap zien we bijvoorbeeld dat het Hof bereid is om zonder cijfers aan te nemen dat een arbeidsongeschiktheidsontslag nadat een bepaalde maximale ziekteperiode is verstreken, indirect onderscheid oplevert, omdat gehandicapte werknemers een verhoogd risico zouden lopen wegens ziekte afwezig te zijn.⁸⁶

4.4.7.2 Objectieve rechtvaardiging

Nadat is aangetoond dat een maatstaf of handelwijze een bepaalde groep bijzonder benadeelt, moet beoordeeld worden of dit objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Het is

82 Zie bijv. HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92 (*Enderby*); HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97 (*Seymour*); HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01 (*Allonby*).

83 Zie bijv. HvJ EU 3 oktober 2019, C-274/18 (*Schuch-Ghannadan*), waarin aangenomen wordt dat algemene gegevens over de arbeidsmarkt volstaan wanneer nauwkeurigere gegevens moeilijk toegankelijk of zelfs niet beschikbaar zijn.

84 De nationale rechter dient te beoordelen of de statistische gegevens betrekking hebben op een voldoende groot aantal personen, of er niet zuiver toevallige of conjuncturele verschijnselen in tot uitdrukking komen en of ze in het algemeen significant lijken (HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97 (*Seymour*)).

85 Zie par. 15, preambule Richtlijn 2000/43/EG en par. 15, preambule Richtlijn 2000/78/EG.

86 HvJ EU 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11 (*HK Danmark*), r.o. 76; HvJ EU 18 januari 2018, C-270/16 (*Ruiz Conejero*), r.o. 39.

aan de verweerder om een objectieve rechtvaardiging aan te voeren en te bewijzen. Indien de verweerder daarin slaagt, is de bepaling of praktijk niet in strijd met het discriminatieverbod. In het geval van indirecte discriminatie is dus sprake van een zogenaamd open systeem van toegelaten uitzonderingen.⁸⁷ Uit de jurisprudentie van het Hof kunnen nadere aanwijzingen worden afgeleid over de toetsing van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Met de komst van de tweede-generatierichtlijnen blijkt bovendien dat de uitvoering van de rechtvaardigingstoets kan verschillen, afhankelijk van de discriminatiegrond (zie ook par. 4.8 en par. 4.9).

De toets die het Hof oorspronkelijk ontwikkelde in verband met de grond van sekse is een strikte toets. Het doel van de gewraakte regeling moet beantwoorden aan een 'daadwerkelijke behoefte van de onderneming' (*Bilka*). Bij een overheidsmaatregel geldt dat het moet gaan om een 'noodzakelijke doelstelling van sociaal beleid' (*Rinner-Kühn*).⁸⁸ De overheid of sociale partners hebben hierbij een ruime beoordelingsmarge. Doelen mogen echter niet berusten op algemene generalisaties (zoals 'deeltijders zijn minder geïntegreerd in een bedrijf' of 'ouderen hebben een lagere arbeidsproductiviteit') of enkel kostenoverwegingen.⁸⁹ Het middel moet geschikt en noodzakelijk zijn (tezamen ook wel aangeduid als de eis van proportionaliteit of evenredigheid). 'Geschikt' wil zeggen dat het middel daadwerkelijk tot het realiseren van het doel kan leiden. Soms neemt het Hof hierbij tevens in beschouwing of de toepassing coherent en stelselmatig is.⁹⁰ 'Noodzakelijk' wil zeggen dat het doel niet met andere (niet- of minder discriminerende) middelen kan worden bereikt (ook wel 'minst beperkende-middel'-toets).⁹¹

Op grond van de definities in de tweede-generatierichtlijnen moet het onderscheid een 'legitiem' doel dienen. Leeftijdscriminatie kan worden gerechtvaardigd door de in artikel 6 lid 1 Kaderrichtlijn genoemde redenen van sociale politiek.⁹² Voor alle discriminatiegronden is het Hof bereid om brede doelstellingen als legitiem te accepteren, zoals bijvoorbeeld de stimulering van de werkgelegenheid, het bevorderen van een evenwichtige personeelsopbouw of het bevorderen van een flexibele arbeidsmarkt.⁹³ Het komt daarom vaak aan op de (striktheid van de) proportionaliteitstoets of een indirecte discriminatie te rechtvaardigen valt of niet.

Met betrekking tot de grond van leeftijd lijkt de rechtvaardigingstoets, en dan met name de proportionaliteitstoetsing, in de rechtspraak een wat andere, lossere invulling te krijgen. Hoewel *Mangold* van start ging met een strikte toetsing, wordt in het decennium daarna de 'minst beperkende-middel'-toets vaker vervangen door een 'belangentoets'.⁹⁴ Het middel is in dat geval noodzakelijk wanneer 'geen excessieve inbreuk wordt gemaakt op de gerechtvaardigde belangen van werknemers'. Ook wordt vaker marginaal getoetst of

87 Zie over het concept van indirecte discriminatie Burri 2000 en Tobler 2005.

88 HvJ EG 13 mei 1986, 170/84 (*Bilka*) en HvJ EG 13 juni 1989, 171/88 (*Rinner-Kühn*).

89 HvJ EG 13 juni 1989, 171/88 (*Rinner-Kühn*), r.o. 13-14; HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07 (*Age Concern*); HvJ EU 21 juli 2011, C-159/10 (*Fuchs en Köhler*).

90 Bijv. HvJ EU 17 juli 2014, C-173/13 (*Leone*); HvJ EU 12 januari 2010, C-341/08 (*Petersen*).

91 HvJ EG 9 februari 1999, C-167/97 (*Seymour*), r.o. 72.

92 HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07 (*Age Concern*).

93 Bijv. HvJ EG 22 november 2005, C-144/04 (*Mangold*); HvJ EU 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11 (*HK Danmark*).

94 Veldman, *TRA* 2012/4.

de nationale wetgever of sociale partners 'in redelijkheid' tot het gekozen doel en middel hadden kunnen komen (verder par. 4.9).

Met betrekking tot indirecte discriminatie op grond van handicap is soms juist eerder sprake van een verzwaring van de rechtvaardigingstoets. Het Hof lijkt rekening te houden met het afwijkende karakter van de grond van handicap waardoor speciale maatregelen nodig kunnen zijn. Naast een legitiem doel en een geschikt en noodzakelijk middel, moet volgens het Hof tevens onderzocht worden of er bij het nemen van een ontslagmaatregel 'specifiek rekening is gehouden met factoren die in het bijzonder werknemers met een handicap betreffen, aangezien zij doorgaans meer moeite hebben dan werknemers zonder handicap om een nieuwe werkkring te vinden' (verder par. 4.8).⁹⁵

4.5 Thema's van materieel gelijkebehandelingsrecht: sekse

4.5.1 De discriminatiegrond van sekse

Sekse als discriminatiegrond maakt deel uit van het Unierecht vanaf de oprichting van de EEG (art. 119 EEG-Verdrag). Bedoeld wordt de gelijke behandeling van *mannen en vrouwen*. In de loop der tijd blijkt dat het begrip 'sekse' of 'gender' meer dan dat kan omvatten.

Het Hof oordeelde in *Dekker* dat een aanstelling weigeren wegens *zwangerschap* alleen vrouwen kan treffen en derhalve als een directe seksediscriminatie gezien moet worden.⁹⁶ Inmiddels is zwangerschap als discriminatiegrond gecodificeerd in artikel 2 lid 2 onder c van Richtlijn 2006/54. Toch verloopt de toetsing van zwangerschapsdiscriminatie door het Hof niet altijd langs het stramien van directe discriminatie en kunnen er dus toch rechtvaardigingen zijn, omdat ook de Zwangerschapsrichtlijn 92/85/EG in aanmerking wordt genomen. Dit is reden om zwangerschapsdiscriminatie verderop als thema te behandelen (par. 4.5.4).

Uit het arrest *P/S* blijkt dat ook *transseksualiteit* onder het verbod van seksediscriminatie valt. Ontslag omdat iemand een geslachtsverandering heeft ondergaan was om deze reden niet geoorloofd.⁹⁷ In *K.B.* is de uitsluiting van een nabestaandenpensioen omdat een huwelijk met de transseksuele partner volgens de nationale wetgeving niet mogelijk was, in strijd bevonden met het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen.⁹⁸ Uit *Grant* ten slotte blijkt dat het Hof in 1998 niet bereid was om ook discriminatie op grond van seksuele geaardheid onder het verbod van seksediscriminatie te scharen.⁹⁹ Deze grond vormt nu een zelfstandige discriminatiegrond, die onderdeel is van Kaderrichtlijn 2000/78.

4.5.2 Materiële werkingssfeer

Seksediscriminatie bij de arbeid wordt verboden door Richtlijn 2006/54. De werkingssfeer strekt zich, evenals voor de andere gelijkebehandelingsrichtlijnen geldt (voor zover het om

95 HvJ EU 18 januari 2018, C-270/16 (*Ruiz Conejero*), r.o. 50-51. Zo ook HvJ EU 4 december 2012, C-152/11 (*Odar*) en HvJ EU 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11 (*HK Danmark*).

96 HvJ EG 8 november 1990, C-177/88 (*Dekker*).

97 HvJ EG 30 april 1996, C-13/94 (*P/S*).

98 HvJ EG 7 januari 2004, C-117/01 (*K.B.*). Vanwege Richtlijn 79/7/EEG (zie par. 4.2.1) is onderscheid op grond van transseksualiteit ook verboden in het wettelijke nabestaandenpensioen (HvJ EG 7 april 2006, C-423/04 (*Richards*)).

99 HvJ EG 17 februari 1998, C-249/96 (*Grant*).

arbeid gaat), uit tot de toegang tot arbeid, de beroepsopleiding, promotie, de arbeidsvoorwaarden inclusief ontslag en beloning en het lidmaatschap, en de voordelen daarvan, van vakbonden en beroepsorganisaties (art. 14 lid 1 Richtlijn 2006/54). Uit *Melgar* blijkt dat het niet-vernieuwen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als een weigering tot aanstelling moet worden uitgelegd en daarmee ook door de richtlijnen bestreken wordt.¹⁰⁰

De toepasselijke arbeidsvoorwaarden kunnen uit contract, cao of wettelijke regeling voortvloeien. Het laatste wordt breed uitgelegd. Het gaat om alle regels die uit hoofde van een arbeidsovereenkomst worden toegepast. Dit kan bijvoorbeeld ook een wettelijke kinderbijslaguitkering omvatten.¹⁰¹ Het brede arbeidsvoorwaardenbegrip vloeit voort uit het loonbegrip van artikel 157 VWEU, zoals dat door het Hof in het verleden is ontwikkeld. Dit loonbegrip omvat tevens de aanvullende sociale zekerheid en wordt hieronder nader uitgewerkt. De thema's die de aandacht hebben getrokken als het gaat om de grond van sekse, zijn met name de gelijke beloning van mannen en vrouwen, zwangerschap en positieve actie. Het laatste is reeds besproken (par. 4.4.6.2). De overige thema's komen hierna aan de orde.

4.5.3 Gelijke beloning

Het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid is sinds 1957 verankerd in artikel 119 EEG-Verdrag (nu art. 157 VWEU) dat rechtstreekse horizontale werking toekomt sinds 8 april 1976 (*Defrenne II*).¹⁰² Sinds 1975 is het beginsel eveneens uitgewerkt in secundaire wetgeving, nu te vinden in artikel 4 van de Herschikkingsrichtlijn. Het gelijkloonbeginsel houdt volgens dit artikel in dat voor gelijke arbeid of voor arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend, ieder onderscheid naar sekse wordt afgeschaft ten aanzien van alle elementen en voorwaarden van de beloning. Wanneer voor de vaststelling van de waarde van arbeid gebruik wordt gemaakt van een functiewaarderingssysteem, moet dit systeem bovendien sekseneutraal zijn.

4.5.3.1 Het loonbegrip

In *Defrenne II* gaf het Hof een definitie van loon, die nu te vinden is in artikel 157 lid 2 VWEU en artikel 2 lid 1 onder e van Richtlijn 20006/54. Onder 'loon' wordt verstaan: "het gewone basis- of minimumloon of -salaris en alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer direct of indirect, uit hoofde van zijn dienstbetrekking, van zijn werkgever ontvangt".

Het loonbegrip heeft een grote reikwijdte. Doorslaggevend is of het 'uit hoofde van de arbeidsovereenkomst' wordt toegekend. Hiermee kunnen ook niet contractueel afgesproken voordelen of uitkeringen onder de beloning vallen, zoals ontslaguitkeringen of loon dat gedurende ziekte wordt doorbetaald, zelfs indien de verplichting tot loondoorbetaling berust op een nationale wettelijke regeling.¹⁰³ Uit de loondefinitie uit *Defrenne II* vloeide reeds voort dat ook *toekomstige* voordelen, mits uit hoofde van de arbeidsovereenkomst toegekend, zoals speciale reisfaciliteiten na de pensionering, onder het loonbegrip vallen

¹⁰⁰ HvJ EG 4 oktober 2001, C-438/99 (*Melgar*).

¹⁰¹ HvJ EG 13 juli 1995, C-116/94 (*Meyers*).

¹⁰² HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne II*).

¹⁰³ HvJ EG 13 juni 1989, C-171/88 (*Rinner-Kühn*).

(*Garland*).¹⁰⁴ Uit *Bilka*¹⁰⁵ en *Barber*¹⁰⁶ bleek dat dit ook opgaat voor (toekomstige) uitkeringen van aanvullend pensioen. Het belangrijkste criterium is dat dergelijke pensioenen uit hoofde van de dienstbetrekking worden verworven.¹⁰⁷ Dit geldt niet alleen voor bijvoorbeeld een ouderdoms- of arbeidsongeschiktheidspensioen, maar ook voor een nabestaandenpensioen.¹⁰⁸ De werknemer of de nabestaanden kunnen het beginsel van gelijke beloning tevens inroepen tegenover een fonds dat weliswaar geen partij is bij de arbeidsovereenkomst, maar dat belast is met de uitvoering van de pensioenregeling.¹⁰⁹ De vele rechtspraak over bedrijfspensioenen uit de jaren negentig is gecodificeerd in hoofdstuk 2 van de Herschikkingsrichtlijn.

Het Hof van Justitie bepaalde in het *Defrenne II*-arrest dat een vermoeden van seksediscriminatie rechtstreeks uit de beloningsbepalingen van een wet of cao kan worden afgeleid of anders uit het loonverschil tussen een mannelijke en vrouwelijke werknemer die gelijke arbeid verrichten in dezelfde onderneming.¹¹⁰ Dit levert twee manieren of methoden op om belonings-discriminatie vast te stellen.

De eerste methode onderzoekt rechtstreeks of de toegepaste beloningsvoorwaarden direct of indirect discrimineren op grond van sekse (zie par. 4.5.3.2). Aangezien het nauwelijks voorkomt dat het formele beloningsbeleid nog een rechtstreeks sekseonderscheid maakt, is deze methode vooral van belang voor mogelijk indirect onderscheid. De tweede methode probeert langs een indirecte weg beloningsdiscriminatie op te sporen, door een vergelijking te trekken tussen het loon dat een mannelijke en vrouwelijke werknemer verdienen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid binnen dezelfde onderneming (zie par. 4.5.3.3).

4.5.3.2 Indirect discriminerende beloningsvoorwaarden

De rechtspraak van het Hof waarin de eerste methode is gevolgd, ziet grotendeels op verschillende beloningsvoorwaarden voor deeltijders en voltijders. Een warenhuis dat deeltijders uitsloot van de bedrijfspensioenregeling, schond volgens het Hof het gelijkloonsbeginsel wanneer de maatregel een veel groter aantal vrouwen dan mannen treft, tenzij de onderneming aantoonde dat de bedoelde maatregel haar verklaring vindt in factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.¹¹¹ In *Helmig* volgde het Hof een wat afwijkende manier om een nadeel voor deeltijders vast te stellen.¹¹² Bij een overwerktoeslag die alleen werd toegekend bij overschrijding van een voltijdse werkweek, ging het Hof uit van een nadeel voor deeltijders als zij voor evenveel uren werk per week minder verdienen dan voltijders. Omdat Angelika Helmig, met een contractuele arbeidsduur van 18 uur per week, in het geval van 19 uren

104 HvJ EG 9 februari 1982, 12/81 (*Garland*).

105 HvJ EG 13 mei 1986, 170/84 (*Bilka*).

106 HvJ EG 17 mei 1990, 262/88 (*Barber*). Het Hof heeft de werking in tijd van dit arrest, gezien de financiële gevolgen, beperkt tot de datum van het arrest (zie Curtin, *CMLRev* 1990, p. 475-506).

107 HvJ EG 28 september 1994, C-7/93 (*Beune*).

108 HvJ EG 6 oktober 1993, C-109/91 (*Ten Oever*).

109 O.a. HvJ EG 9 oktober 2001, C-379/99 (*Menauer*).

110 HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne II*).

111 HvJ EG 13 mei 1986, 170/84 (*Bilka*), r.o. 31.

112 HvJ EG 15 december 1994, C-399/92 (*Helmig*). Zie ook *NJCM-Bulletin* 1995, p. 239-244, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss.

verricht werk evenveel verdiende als een voltijder ontvangt voor 19 uur, was er geen sprake van benadeling. Dit arrest werd kritisch ontvangen.¹¹³ Het Hof volgde hier een formele gelijkheidsbenadering en bevestigde de voltijdse standaard, zonder te onderkennen dat overschrijding van de individuele arbeidsduur ook voor deeltijders extra belastend kan zijn. In de latere zaken *Elsner* en *Voß* werd een meer genuanceerde benadering gevolgd, met inachtneming van het *pro rata* beginsel.¹¹⁴ In het geval van een ander type overwerktoeslageregeling erkent het Hof dat eenzelfde aantal overwerkuren een grotere last betekent voor deeltijders dan voor voltijders. Indien hier geen rekening mee wordt gehouden, omdat een overwerkvergoeding pas volgt wanneer een vaste urendrempel is overschreden, dan levert dat een indirecte seksediscriminatie in de beloning op.¹¹⁵

Indien indirecte beloningsdiscriminatie wordt vastgesteld, moet daarna beoordeeld worden of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Uit *Enderby* blijkt dat een arbeidsmarkttekort een rechtvaardiging kan opleveren wanneer meer loon wordt betaald om de functie aantrekkelijker te maken voor kandidaten, mits duidelijk is welk deel van het loon valt toe te rekenen aan deze marktsituatie.¹¹⁶ Blijkens *Danfoss* kan flexibiliteit een objectieve rechtvaardiging vormen, indien wordt aangetoond dat dit van belang is voor de uitvoering van de specifieke werkzaamheden. Anciënniteit daarentegen hoeft niet specifiek gerechtvaardigd te worden omdat dienstjaren en beroepservaring hand in hand gaan.¹¹⁷ Het arrest *Danfoss* is ook van belang, omdat het duidelijk maakte dat in het geval van een volledig ondoorzichtig beloningssysteem een vermoeden van indirecte discriminatie uit een gemiddeld loonverschil tussen mannen en vrouwen mag blijken. Later heeft dit tot een algemene regeling voor bewijslastverschuiving geleid (zie par. 4.11). In het arrest *Royal Copenhagen*, ten slotte, blijkt dat de nationale rechter bij de beoordeling van een objectieve rechtvaardiging rekening mag houden met het feit dat loonbestanddelen via collectieve onderhandelingen zijn afgesproken.¹¹⁸

4.5.3.3 Paarsgewijze vergelijking

De tweede methode om een vermoeden van beloningsdiscriminatie aan te tonen, zoals deze oorspronkelijk in *Defrenne II* wordt genoemd en later in de rechtspraak is uitgewerkt, is met behulp van een zogeheten maatman. Wanneer een werknemer aantoont minder te verdienen dan een collega van het andere geslacht die gelijke of gelijkwaardige arbeid verricht in dezelfde onderneming, verschuift de bewijslast naar de werkgever. De werkgever heeft in dat geval de mogelijkheid te betwisten dat er sprake is van ongelijk loon dan wel gelijke arbeid, of kan objectieve gronden aanvoeren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht om het vastgestelde verschil in beloning te rechtvaardigen.¹¹⁹

Uit de rechtspraak volgt dat een werknemer die werk verricht van grotere waarde dan de maatman, zich ook op het gelijkloonbeginsel mag beroepen, maar in dat geval

113 O.a. Holtmaat, *Nemesis* 1996, p. 4-17; Burri 2000; Blom, AR 2001, p. 25.

114 HvJ EG 27 mei 2004, C-285/02 (*Elsner*); HvJ EG 6 december 2007, C-300/06 (*Voß*).

115 Hierover Burri, *NTER* 2008, p. 159-164.

116 HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92 (*Enderby*), r.o. 23 en 26-27.

117 HvJ EG 17 oktober 1989, C-109/88 (*Danfoss*). Zo ook HvJ EG 3 oktober 2006, C-17/05 (*Cadman*).

118 HvJ EG 31 mei 1995, C-400/93 (*Royal Copenhagen*). Anders: HvJ EG 27 oktober 1993, C-127/92 (*Enderby*).

119 HvJ EG 26 juni 2001, C-381/99 (*Brunnhofen*).

ten hoogste hetzelfde loon kan vorderen als deze maatman verdient.¹²⁰ Een belangrijke beperking, gezien de beroepensegregatie onder mannen en vrouwen, vormt het feit dat een maatman werkzaam moet zijn binnen dezelfde onderneming. In de standaardarresten *Lawrence* en *Allonby* oordeelde het Hof dat loonverschillen te herleiden moeten zijn tot één bron.¹²¹ Beide zaken gingen over de uitbesteding van diensten, in dit geval op het gebied van, respectievelijk, schoonmaak en onderwijs. De vrouwelijke werknemers die eerst rechtstreeks in dienst waren van de uitbestedende onderneming, verrichten nu dezelfde taken tegen een lager loon in dienst van de onderneming die de opdracht heeft gekregen, of zelfs als zelfstandige via een detacheringsbureau. Zij willen zich vergelijken met hun voormalige (mannelijke) collega's die nog steeds in dienst zijn van de uitbesteder. Een dergelijke situatie valt echter buiten het bereik van artikel 157 lid 1 VWEU, aldus het Hof. Omdat de vastgestelde verschillen in beloning niet toe te schrijven zijn aan één bron, ontbreekt de entiteit die verantwoordelijk is voor de ongelijkheid, en die gelijkheid dus zou kunnen herstellen.¹²²

Wanneer geen maatman voor handen is die dezelfde werkzaamheden verricht, mag ook een vergelijking worden gemaakt met andere werkzaamheden, mits die werkzaamheden arbeid van (nagenoeg) gelijke waarde vertegenwoordigen. Het laatste is niet zo eenvoudig vast te stellen. Er kan hierbij gebruik worden gemaakt van een functiewaarderingssysteem, maar het gebruik van een dergelijk systeem is niet verplicht in de onderneming. Soms kan een dergelijk systeem zelf op stereotypen over mannen- en vrouwenwerk berusten en bovendien verduidelijkte het Hof in *Brunnhofner* dat een indeling in dezelfde functiegroep nog niet betekent dat het om gelijkwaardige arbeid gaat. Het laatste moet door de rechter zelf worden vastgesteld, gelet op factoren zoals de aard van het werk, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden (*Royal Copenhagen*). Zo nam het Hof aan, dat er geen sprake was van gelijke arbeid indien verschillende groepen werknemers op het eerste gezicht identieke activiteiten verrichten, maar daarvoor niet dezelfde bevoegdheid of kwalificatie hebben (*Wiener Gebietskrankenkasse*).¹²³ Het betrof hier een vergelijking van artsen (voornamelijk mannen) met psychologen (voornamelijk vrouwen), die de ogenschijnlijk gelijke functie van psychotherapeut uitoefenden.

4.5.3.4 Pay Transparency

De zogeheten loonkloof tussen mannen en vrouwen bedroeg in de EU in 2018 ongeveer 16%.¹²⁴ Nederland zit hier met 15% net onder. De loonkloof is het laatste decennium min of meer onveranderd gebleven. Gezien de hardnekkigheid van het verschil verbaast het niet dat het verkleinen van beloningsverschillen m/v sinds jaar en dag deel uit maakt van de actieprogramma's van de Europese Commissie. Zoals gezegd, is de handhaving van gelijk loon door individuele werknemers niet gemakkelijk. Wanneer de formele looncriteria geen onderscheid maken, moet een paarsgewijze loonvergelijking gemaakt worden. Het vinden van een maatman vereist echter dat men inzicht heeft in de salarissen van collega's en in de

120 HvJ EG 4 februari 1988, 157/86 (*Murphy*).

121 HvJ EG 17 september 2002, C-320/00 (*Lawrence*); HvJ EG 13 januari 2004, C-256/01 (*Allonby*).

122 HvJ EG 17 september 2002, C-320/00 (*Lawrence*), r.o. 17-18.

123 HvJ EG 11 mei 1999, C-309/97 (*Wiener Gebietskrankenkasse*).

124 Eurostat, *Gender pay gap in unadjusted form* (online data code:SDG_05_20), beschikbaar op https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/sdg_05_20/default/table?lang=en.

waarderingwijze van diverse functies. Dat zal niet vaak het geval zijn. In veel EU-landen is het zelfs zo dat contractuele geheimhoudingsclausules gelden als het over het (eigen) salaris gaat.¹²⁵ In 2014 heeft de Europese Commissie daarom aanbevelingen vastgesteld om zogeheten *pay transparency* te versterken.¹²⁶ Het betreft maatregelen die loonverschillen tussen mannen en vrouwen beter zichtbaar moeten maken en daardoor meer (rechts) actie door werkgevers en werknemers moeten uitlokken, zoals informatierechten voor werknemers over de beloning van collega's en rapportage- en onderzoeksplichten voor werkgevers. Verschillende lidstaten hebben hiervoor wetgeving ingevoerd. In Nederland is dat (nog) niet het geval, wat in 2020 tot een veroordeling leidde door het Europees Comité voor Sociale Rechten wegens strijd met het ESH.¹²⁷ Inmiddels ligt er in Nederland een initiatiefwetsvoorstel over *pay transparency*.¹²⁸

Ondanks dergelijke initiatieven is de loonkloof hardnekkig. Een aanzienlijk deel ervan lijkt ook niet met het juridisch recht op gelijk loon alleen oplosbaar. Uit onderzoek blijkt een aanzienlijk deel van de loonverschillen tussen mannen en vrouwen veroorzaakt te worden door horizontale en verticale seksesegregatie op de arbeidsmarkt.¹²⁹ Vrouwelijke werknemers zijn oververtegenwoordigd in lagere (deeltijd)functies en in sectoren en beroepen met een lager algemeen loonniveau. Om de ongelijke arbeidsmarktpositie van vrouwen te verbeteren is het bijvoorbeeld nodig de mogelijkheden te scheppen om werk, zwangerschap en zorgtaken in het gezin op een evenwichtige manier te combineren. In het verleden is hiertoe op EU-niveau een Zwangerschapsrichtlijn aangenomen en een Ouderschapsverlofrichtlijn, welke laatste binnenkort wordt vervangen door een Arbeid & zorgrichtlijn (zie hierna).

4.5.4 Zwangerschapsdiscriminatie

Zwangerschap, bevalling en moederschap kunnen een barrière zijn voor materiële gelijke behandeling in de arbeid. In hoeverre benadeling als gevolg van zwangerschap of moederschap onder het seksediscriminatieverbod valt, komt hierna aan bod. Er bestaat op dit punt in de rechtspraak in sommige gevallen een wisselwerking met de bovengenoemde Zwangerschaps- en Arbeid & zorg-richtlijnen. Deze richtlijnen worden niet integraal behandeld, maar meegenomen voor zover ze van belang zijn voor het gelijkebehandelingsrecht.

Het Hof oordeelde in *Dekker* dat een zwangerschap alleen vrouwen kan treffen en derhalve een directe seksediscriminatie vormt.¹³⁰ Artikel 2 lid 2 onder c Richtlijn 2006/54/EG bevestigt dat een ongunstiger behandeling vanwege zwangerschap en bevalling een seksediscriminatie vormt. Dit betekent dat geen rechtvaardiging mogelijk is, wat tot een strikte toepassing door het Hof heeft geleid. Desondanks is ook een andere benadering te ontwaren in de jurisprudentie, waarbij niet altijd gelijkstelling valt af te dwingen met werknemers die daadwerkelijk hun arbeid verrichten.

125 Veldman 2017, p. 55.

126 Aanbeveling 2014/124/EU, *PbEU* (2014), L 69/112. Op 4 maart 2021 heeft de Europese Commissie een richtlijnvoorstel gedaan over beloningstransparantie op grond van sekse, COM(2021)93. Zie verder https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_881.

127 ECSR 6 December 2019, ECSR-klacht nr. 134/2016 (*University Women of Europe (UWE)/the Netherlands*).

128 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 157. Meer over het onderwerp: Veldman, *TRA* 2020/80.

129 Boll & Lagemann 2018.

130 HvJ EG 8 november 1990, C-177/88 (*Dekker*).

De eerste, zeer strikte benadering zien we in arresten zoals *Dekker, Lewen* en *Thibault*. In *Dekker* werd aangenomen dat ontslag wegens afwezigheid als gevolg van zwangerschap gelijkgesteld moet worden met de zwangerschap zelf. Het vormt dus een directe seksediscriminatie en de eventueel vereiste aanwezigheid op het werk van de zwangere werkneemster kan hiervoor geen rechtvaardiging zijn. In *Lewen* bepaalde het Hof dat een kerstgratificatie niet evenredig mag worden verlaagd wegens genoten zwangerschaps- en bevallingsverlof, indien de gratificatie is bedoeld als beloning met terugwerkende kracht voor in dat jaar verrichte arbeid. De afwezigheid wegens het zwangerschapsverlof mag hier niet gelijkgesteld worden met afwezigheid wegens ziekte of ouderschapsverlof, maar moet daarentegen worden aangemerkt als een periode van daadwerkelijk verrichte arbeid.¹³¹ Een soortgelijke redenering vinden we in het arrest *Thibault*. Een gemiste promotie omdat een beoordeling tijdens het zwangerschapsverlof niet mogelijk was, is een verboden directe discriminatie omdat als de werkneemster niet zwanger was geweest, ze de beoordeling wel had gekregen.¹³²

De strikte benadering geldt ook bij ontslag. Het Hof benadrukte in onder meer *Webb* dat (afwezigheid vanwege) zwangerschap op geen enkele wijze vergelijkbaar is met (afwezigheid vanwege) ziekte. Ontslag vanwege te verwachten afwezigheid in verband met zwangerschap is daarom niet toegestaan, ook als het gaat om een vrouw die wegens vervanging van een zwangere vrouw wordt aangenomen en kort na haar indiensttreding zelf zwanger blijkt te zijn.¹³³ Deze lijn is in *Tele Danmark* bevestigd in geval van een kort tijdelijk contract, waarvan de duur bijna samenvalt met het zwangerschapsverlof.¹³⁴ Deze zaak maakt ook duidelijk dat een zwangere werkneemster niet verplicht is haar werkgever in te lichten over haar zwangerschap bij sollicitatie, want de werkgever mag hiermee geen rekening houden.¹³⁵

4.5.4.1 Gelijke behandeling in wisselwerking met de Zwangerschapsrichtlijn

Bij de tweede toetsingswijze van zwangerschapsdiscriminatie kan, zo blijkt, wel in bepaalde gevallen een vergelijking met een zieke werknemer worden gemaakt en valt niet altijd een gelijkstelling af te dwingen met werknemers die daadwerkelijk hun arbeid verrichten. Het Hof refereert hierbij vaak aan bepaalde rechten uit de Zwangerschapsrichtlijn, die voor een beter begrip hieronder kort worden aangehaald.

Zwangerschapsrichtlijn 92/85/EEG is geen gelijkebehandelingsrichtlijn, maar een arborichtlijn (zie hfdst 9). Het gaat om de bescherming van de gezondheid en veiligheid van de zwangere werkneemster.¹³⁶ Hiertoe kan bijvoorbeeld een arbeidsverbod of overplaatsing noodzakelijk zijn en wordt een zwangerschapsverlof van ten minste veertien weken geboden.

Om te waarborgen dat zwangere werkneemsters hun rechten in verband met veiligheid kunnen doen gelden, kent de richtlijn een ontslagverbod vanaf het begin van de

131 HvJ EG 21 oktober 1999, C-333/97 (*Lewen*).

132 HvJ EG 30 april 1998, C-136/95 (*Thibault*).

133 HvJ EG 14 juli 1994, C-32/93 (*Webb*).

134 HvJ EG 4 oktober 2001, C-109/00 (*Tele Danmark*).

135 Vgl. HvJ EG 5 mei 1994, C-421/92 (*Habermann*); HvJ EG 27 februari 2003, C-320/01 (*Busch*).

136 Richtlijn 92/85/EEG van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn in de zin van art. 16 lid 1 Richtlijn 89/391/EEG), *PbEG* 1992, L 348.

zwangerschap tot het einde van het bevallingsverlof, behalve in uitzonderingsgevallen die geen verband houden met zwangerschap (art. 10 lid 1). Het laatste laat bijvoorbeeld een collectief ontslag toe, waarbij ook geen verplichting bestaat voorrang te geven aan de zwangere werkneemster bij behoud van de arbeidsplaats of herplaatsing in een andere functie.¹³⁷ Nederland biedt overigens tijdens de periode van het zwangerschapsverlof een absolute bescherming tegen bedrijfseconomisch ontslag.¹³⁸ Op grond van artikel 11 leden 2 en 3 van de Zwangerschapsrichtlijn bestaat tijdens het zwangerschapsverlof recht op behoud van een bezoldiging en/of een adequate uitkering, wat ten minste overeen moet komen met het inkomen dat een zieke werknemer bij afwezigheid zou ontvangen.

De alternatieve benadering door het Hof van zwangerschapsdiscriminatie is te vinden in een reeks van arresten, zoals *Brown*, *Mckenna* en recentelijk bijvoorbeeld *Ornano*¹³⁹. Wanneer welke benaderingswijze precies prevaleert, is niet helemaal duidelijk. Het heeft er misschien mee te maken dat de tweede toetsingswijze ziet op het verband tussen zwangerschap en arbeidsvoorwaarden op het moment dat niet daadwerkelijk arbeid wordt verricht vanwege ziekte of zwangerschapsverlof.¹⁴⁰

In *Brown* neemt het Hof aan dat een zwangerschapsverlof niet mee mag tellen voor de berekening of een maximale wekendrempel is gehaald waarna een ontslag wegens ziekte mogelijk is. Zwangerschap mag, net zoals in *Webb*, niet vergeleken worden met ziekte. Anders is echter dat het Hof bepaalt dat arbeidsongeschiktheid die zijn oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, maar optreedt ná de door artikel 10 van de Zwangerschapsrichtlijn beschermde periode, wél met een gewone ziekteperiode gelijkgesteld mag worden.¹⁴¹ Hoewel er in deze zaak een rechtstreekse verwijzing is naar zwangerschap, blijkt impliciet wel een rechtvaardiging mogelijk. Deze lijn wordt verder doorgetrokken in *Mckenna* naar de beloning. Omdat artikel 11 lid 2 van de Zwangerschapsrichtlijn geen volledige bezoldiging garandeert, hoeft de afwezigheid van een vrouwelijke werknemer die al vóór het verlof afwezig is wegens een zwangerschapsgebonden ziekte niet buiten beschouwing te blijven bij de berekening of het maximum aantal ziektedagen is bereikt gedurende welke recht bestaat op volledige loondoorbetaling.¹⁴² In deze arresten wordt de redenering dat als de werkneemster niet zwanger was geweest, ze langer recht had gehouden op volledig doorbetaalde ziektedagen (zie *Thibault*), of dat afwezigheid in verband met zwangerschap als een periode van daadwerkelijke arbeid moet worden gezien (zie *Lewen*), dus niet toegepast. In dezelfde trant bevestigde het Hof ook recentelijk dat vrouwelijke rechters geen recht hebben op een beroepskostentoeslag tijdens zwangerschapsverlof. “Werkneemsters kunnen zich niet met succes op (het EU recht) beroepen om gedurende hun zwangerschapsverlof het behoud van hun volledige bezoldiging te vorderen, alsov zij, net zoals de andere werknemers, daadwerkelijk hun arbeid zouden verrichten” (*Ornano*).¹⁴³ Er is geen sprake van seksdiscriminatie, tenzij zij minder ontvangen dan wat een zieke, mannelijke werknemer bij afwezigheid zou ontvangen.

137 HvJ EU 2 februari 2018, C-103/16 (*Porras Guisado/Bankia*).

138 Art. 7:670a lid 2 onder d BW.

139 HvJ EU 14 juli 2016, C-335/15 (*Ornano*).

140 Zie Veldman *Forder* 2012.

141 HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96 (*Brown*).

142 HvJ EG 8 september 2005, C-191/03 (*McKenna*).

143 HvJ EU 14 juli 2016, C-335/15 (*Ornano*), r.o. 31. Vergelijkbaar: HvJ EU 1 juli 2010, C-471/08 (*Parviainen*) en HvJ EU 1 juli 2010, C-194/08 (*Gassmayr*).

4.5.4.2 Gelijke behandeling in wisselwerking met de Ouderschapsverlofrichtlijn

Om materiële gelijkheid te bieden aan mannen en vrouwen is het nodig de mogelijkheden te scheppen om werk, zwangerschap en zorgtaken in het gezin op een evenwichtige manier te combineren. Zwangerschapsrichtlijn 92/85 voorziet in een zwangerschapsverlof. Hiernaast kent het EU-recht ook Ouderschapsverlofrichtlijn 2010/18.¹⁴⁴ Vanaf augustus 2022 wordt deze vervangen door Arbeid & zorg-richtlijn 2019/1158.¹⁴⁵ Richtlijn 2010/18 is van toepassing op mannelijke en vrouwelijke werknemers en biedt ouders bij geboorte of adoptie van een kind een individueel recht op onbetaald ouderschapsverlof van vier maanden totdat het kind acht jaar oud is (clause 2 lid 2). Ouderschapsverlof kan als vol- of deeltijdverlof worden toegekend (clause 3 lid 1 onder a). Na afloop van het ouderschapsverlof heeft de werknemer het recht terug te keren in dezelfde functie of, indien dat niet mogelijk is, in een gelijkwaardige of vergelijkbare functie (clause 5 lid 1). Met de nieuwe richtlijn 2019/1158 worden de verloven betaald (art. 8) en wordt een recht op vaderschapsverlof (art. 4) en zorgverlof (art. 6) toegevoegd, evenals een recht om een flexibele werkregeling voor zorgdoeleinden te verzoeken (art. 9).

Om te waarborgen dat werknemers hun rechten kunnen doen gelden als het gaat om het opnemen van verlof, dienen verworven rechten of rechten in wording behouden te blijven. Artikel 15 van de Herschikkingsrichtlijn bepaalt: "Een vrouw die zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft, heeft na afloop van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof het recht om onder voor haar niet minder gunstige voorwaarden en omstandigheden naar haar baan of naar een gelijkwaardige functie terug te keren en te profiteren van elke verbetering van de arbeidsvoorwaarden waarop zij tijdens haar afwezigheid aanspraak had kunnen maken."

Beperking van rechten vormt een seksediscriminatie. Dat bleek al uit het hierboven behandelde arrest *Thibault*, waarin een promotie gemist werd omdat een noodzakelijke beoordeling tijdens het zwangerschapsverlof uitbleef, hetgeen strijdig is met het discriminatieverbod. Uit arresten zoals *Ornano* of *Parviainen* bleek echter ook dat een beperking van het recht op het volledige loon tijdens het zwangerschapsverlof, niet altijd een seksediscriminatie vormt. Voor een zwangerschapsverlofuitkering die is gebaseerd op het bij aanvang van het verlof verdiende loon, moet daarentegen wel rekening worden gehouden met de eventuele loonsverhogingen tijdens verlof.¹⁴⁶

Ook de verlofrichtlijnen kennen een vergelijkbare bepaling over behoud van verworven rechten (clause 2 lid 6 Richtlijn 2010/18 en art. 10 lid 1 Richtlijn 2019/1158). Een ontslagvergoeding mag niet (deels) worden berekend op grond van het verminderde loon dat een voltijdwerknemer gedurende het deeltijds ouderschapsverlof heeft ontvangen. Wanneer dat wel gebeurt en een aanzienlijk groter aantal vrouwen dan mannen voor deeltijds ouderschapsverlof kiest, is er in dat geval een vermoeden van indirecte seksediscriminatie.¹⁴⁷

144 Richtlijn 2010/18/EU tot uitvoering van de door BUSINESSEUROPE, UEAPME, het CEEP en het EVV gesloten herziene raamovereenkomst en tot intrekking van Richtlijn 96/34/EG, *PbEU* 2010, L 68.

145 Richtlijn 2019/1158/EU van 20 juni 2019 betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers (zie par. 4.2.1).

146 HvJ EG 13 februari 1996, C-342/93 (*Gillespie*); HvJ EG 30 maart 2004, C-147/02 (*Alabaster*).

147 HvJ EU 8 mei 2019, C-486/18 (*RE/Praxair*). Zo ook HvJ EG 22 oktober 2009, C-116/08 (*Meerts*). Overigens mag het recht op pensioenopbouw wel verminderen gedurende deeltijds ouderschapsverlof, HvJ EG 16 juli 2009, C-537/07 (*Goméz-Limón*).

4.6 Thema's van materieel gelijkebehandelingsrecht: ras en etnische afstamming

4.6.1 De discriminatiegrond van ras

De richtlijn over gelijke behandeling op grond van ras en etnische afstamming (Richtlijn 2000/43/EG) is de eerste richtlijn die is aangenomen op de rechtsbasis van artikel 19 VWEU. De aanleiding was de zogeheten Oostenrijkscrisis uit 2000, als gevolg waarvan er in Europa destijds grote politieke consensus was om vreemdelingshaat en racisme aan te pakken (zie par. 4.1.1). Dit laatste blijkt ook uit de considerans (punten 6-13) en de brede materiële werkingssfeer van de richtlijn. Naast arbeid heeft de richtlijn betrekking op veel meer maatschappelijke gebieden, zoals bijvoorbeeld het aanbieden van goederen en diensten, gezondheidszorg, huisvesting en onderwijs. Zij omvat daarmee meer toepassingsgebieden dan alle eerste-generatierichtlijnen op grond van sekse bij elkaar. Dat roept meteen ook de vraag op of (bestrijding van) rassendiscriminatie daarmee 'belangrijker' is in vergelijking met discriminatie op de andere gronden.¹⁴⁸

Gezien het gewicht dat bij de totstandkoming aan de Rassenrichtlijn werd gehecht, is het opvallend dat deze richtlijn al twintig jaar lang nauwelijks rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie uitlokt. Dit is wellicht verklaarbaar door de aard van de discriminatiegrond. Hoewel racisme nog steeds een dagelijks fenomeen lijkt te zijn als het om (toegang tot) arbeid gaat, is de bestrijding ervan via rechtsprocedures moeilijk. Omdat mogelijk racistische voorkeuren door werkgevers vaak niet uitgesproken worden of niet vastgelegd zijn, is zelfs een vermoeden van onderscheid op grond van ras of etnische afstamming moeilijk aantoonbaar. Dit fenomeen gaat uiteraard voor een deel ook op voor andere discriminatiegronden. Maar als de rechtspraak in relatie tot de andere gronden wordt geanalyseerd, dan betreft dat in het overgrote deel van de gevallen onderscheid in geformaliseerde regels of praktijken. Andere gronden lijken relatief vaker direct of indirect onderdeel te kunnen zijn van schriftelijk vastgelegd beleid, met minder bewijsproblemen als gevolg. Leeftijd bijvoorbeeld wordt zelfs op directe wijze vaak gebruikt binnen sociaal beleid. Voor sekse betekent de maatschappelijke arbeidsverdeling tussen mannen en vrouwen dat formele criteria als deeltijdarbeid, dienstjaren, huwelijk, zwangerschap of ouderschap tot (in)direct onderscheid kunnen leiden. Ras of etnische afstamming daarentegen, is zelden deel van geformaliseerd beleid, zeker niet met betrekking tot arbeid. Van de weinige Europese arresten op het gebied van rassendiscriminatie heeft de meerderheid ook geen betrekking op het gebied van de arbeid. Toch bespreken we ook deze rechtspraak hier kort omdat het licht werpt op de vraag wat precies begrepen moet worden onder de grond van 'ras en etnische afstamming'.

4.6.2 Afbakening van ras, etnische afstamming en nationaliteit

Wat moet worden verstaan onder 'ras'? De term is sinds de Tweede Wereldoorlog een beladen begrip omdat het idee dat er een wetenschappelijke classificatie van menselijke rassen zou bestaan, moet worden afgewezen. Ook de considerans geeft duidelijk aan dat

¹⁴⁸ Zie verder bij Waddington & Bell, *CMLRev* 2001, p. 587-611 en Senden, *Nemesis* 2003, p. 144-151.

de Europese Unie 'theorieën verwerpt die het bestaan van verschillende menselijke rassen trachten aan te tonen' (overweging 6).

De richtlijn spreekt ook van het neutralere 'etnische afstamming', maar een definitie blijft achterwege. In het geval van racisme of vreemdelingenhaat kan het in de praktijk gaan om (denigrerende) uitlatingen over bijvoorbeeld 'immigranten', 'buitenlanders' of, in de Nederlandse situatie, 'Marokkanen', 'Antillianen', et cetera. Dit betreft eigenlijk vooral verwijzingen naar nationaliteit. Verwarrend genoeg zondert de Rassenrichtlijn verschillen in behandeling gebaseerd op nationaliteit juist uit van de richtlijn, evenals (de positie van) derdelanders (art. 3 lid 2). Naar alle waarschijnlijkheid vloeit dit voort uit de separate EU-regelgeving met betrekking tot nationaliteit in het kader van het vrije verkeer (zie hfdst. 3).

De rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie concentreert zich op de term 'etnische afstamming' die met ras gelijk wordt gesteld. In *CHEZ* werd de vraag voorgelegd of deze grond van toepassing is op een Romagemeenschap in een bepaalde stadswijk. Het antwoord is bevestigend. Met verwijzing naar rechtspraak van het EVRM-Hof legt het Hof het begrip etnische afstamming uit als verwijzend naar: "de gedachte dat maatschappelijke groepen worden gekenmerkt door met name een gemeenschappelijke nationaliteit, religie, taal, culturele en traditionele achtergrond, en gemeenschappelijke levensomstandigheden".¹⁴⁹

In deze definitie keert 'nationaliteit' als criterium terug. Ook wordt verwezen naar het criterium 'religie', wat tevens een zelfstandige discriminatiegrond is op basis van Richtlijn 2000/78. Dit lijkt te impliceren dat een onderscheid op grond van 'godsdienst' of 'nationaliteit' onderdeel kan uitmaken van het discriminatieverbod op grond van 'ras en etnische afstamming'. In *Jyske Finans* stond de vraag centraal of onderscheid op grond van geboorteland een discriminatie op grond van ras vormt.¹⁵⁰ Een kredietinstelling verlangt aanvullende legitimatie van klanten die buiten de Europese Unie zijn geboren. Het Hof bevestigde de bovengenoemde criteria uit *CHEZ* om etnische afstamming te bepalen. 'Geboorteland' staat daar niet expliciet bij, maar de lijst is niet uitputtend, aldus het Hof. 'Evenwel kan etnische afstamming niet worden bepaald aan de hand van slechts één criterium, maar moet juist berusten op een samenstel van factoren, waarvan sommige objectief en andere subjectief van aard zijn' (*Jyske Finans*, r.o. 19). Het Hof voegde hieraan toe dat een nationaliteit niet gelijkgesteld kan worden met één bepaalde etnische afstamming (r.o. 21). Er is daarmee geen sprake van discriminatie op grond van ras wanneer naar geboorteland wordt verwezen. *Maniero* bevestigt deze uitleg.¹⁵¹ De voorwaarde van een Duits juridisch diploma voor de subsidiëring van een studieproject is geen directe of indirecte discriminatie op grond van ras, omdat het geen bepaalde etnische groep (bijzonder) benadeelt.

De conclusie lijkt te zijn dat discriminatie vanwege ras en etnische afstamming niet op grond van een enkel criterium, zoals nationaliteit of religie, mag worden bepaald, maar een afweging van een samenstel van factoren vereist. Bovendien stelt het Hof dat 'niet algemeen en in abstracto kan worden vastgesteld dat er sprake is van een ongunstige behandeling, maar dat dit specifiek en in concreto moet blijken tegen de achtergrond van

149 HvJ EU 16 juli 2015, C-83/14 (*CHEZ*), r.o. 46.

150 HvJ EU 6 april 2017, C-668/15 (*Jyske Finans*).

151 HvJ EU 15 november 2018, C-457/17 (*Maniero*).

de gunstige behandeling in kwestie'.¹⁵² Dit betekent dat het moet gaan om een ongunstiger behandeling van een *bepaalde* etnische groep in vergelijking met andere (begunstigde) etnische groepen (*Maniero*, r.o. 50). Deze redeneerwijze is ook terug te vinden bij de uitleg van godsdienstdiscriminatie (zie par. 4.7) en lijkt een restrictief effect te kunnen hebben. Beslissingen gebaseerd op vooroordelen over 'buitenlanders' of 'Marokkanen' verwijzen alleen naar nationaliteit en zijn mogelijk onvoldoende specifiek om onder het begrip van rassendiscriminatie te kunnen vallen. Toch nam het Hof in de (eerdere) zaak *Feryn* (zie hieronder) wel aan dat publieke uitlatingen over het niet willen aannemen van 'allochtonen' een directe discriminatie op grond van ras vormden.¹⁵³

4.6.3 Algemene racistische uitlatingen en toegang tot de arbeid

De zaak *Feryn* ging over arbeid. Een installatiebedrijf had publieke uitlatingen gedaan over het feit dat men geen allochtone monteurs aannam 'omdat de klanten dat niet wilden'. Het Hof heeft later in *Runevic* overwogen, met verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel van artikel 21 Handvest, dat de werkingssfeer van de richtlijn breed moet worden uitgelegd.¹⁵⁴ Dat gebeurde ook in *Feryn*. Hoewel er geen identificeerbaar slachtoffer was en er geen concrete sollicitatieprocedure liep, konden de racistische uitlatingen, volgens het Hof, reden zijn om niet te solliciteren en dus een beletsel vormen voor de toegang tot de arbeidsmarkt (r.o. 25). Het Hof hanteerde dezelfde benadering bij publieke uitspraken over homo's (zie par. 4.10).

4.7 Thema's van materieel gelijkebehandelingsrecht: godsdienst of overtuiging

4.7.1 De discriminatiegrond van godsdienst

Wat precies een (erkende) godsdienst, geloof of overtuiging vormt is niet gemakkelijk af te bakenen. Volgens de Europese Commissie kan een geloof ook een filosofische overtuiging zijn (zoals van agnosten of atheïsten bijvoorbeeld) maar wordt geen politieke overtuiging bedoeld.¹⁵⁵ Een andere vraag is in hoeverre bepaalde geloofsuitingen zoals religieuze praktijken, tradities, feestdagen of het dragen van bepaalde kleding (ook) tot het hebben van een geloof behoren. Dit is van belang omdat als (publieke) geloofsuitingen tot het 'hebben van een geloof' gerekend moeten worden, het afwijzen van bijvoorbeeld een (islamitische) hoofddoek directe discriminatie op grond van godsdienst kan zijn. In *Achbita* en *Bouagnaoui* nam het Hof van Justitie van de Europese Unie de benadering van het EHRM over, waardoor godsdienst zowel betrekking heeft op het *forum internum*, dit is het hebben van een geloof of overtuiging, als het *forum externum*, dat wil zeggen de belijdenis in het openbaar van een godsdienstige overtuiging.¹⁵⁶

152 HvJ EU 6 april 2017, C-668/15 (*Jyske Finans*), r.o. 31 en 32; HvJ EU 15 november 2018, C-457/17 (*Maniero*), r.o. 48.

153 HvJ EG 10 juli 2008, C-54/07 (*Feryn*).

154 HvJ EU 12 mei 2011, C-391/09 (*Runevic*).

155 Europese Commissie SWD(2014)5, p. 22; zie verder bij Bell & Numhauser-Henning 2019, p. 147.

156 HvJ EU 14 maart 2017, C157/15 (*Achbita*), r.o. 29; HvJ EU 14 maart 2017, C188/15 (*Bouagnaoui*), r.o. 28.

Discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging wordt verboden door Kaderrichtlijn 2000/78. De richtlijn is alleen van toepassing op arbeid.¹⁵⁷ Het gaat, vergelijkbaar met de Herschikkingsrichtlijn, om toegang tot de arbeid (in loondienst of als zelfstandige), de beroepsopleiding, promotie, de arbeidsvoorwaarden inclusief ontslag en beloning en het lidmaatschap van vak- en beroepsorganisaties (art. 3 lid 1 Richtlijn 2000/78). In verband met godsdienst kent de richtlijn een extra uitzondering. Er zijn verruimde mogelijkheden voor publieke of particuliere organisaties op een religieuze of identiteitsgebonden grondslag om beroepsvereisten te stellen (art. 4 lid 2 Kaderrichtlijn). De bepaling is ingewikkeld geformuleerd, maar in de arresten *Egenberger* en *IR/JQ* heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie meer duidelijkheid verschaft (zie par. 4.4.6.1).

4.7.2 Hoofddoeken en neutraliteitsvoorschriften

De zaken *Bouagnaoui* en *Achbita* gaan over een hoofddoekverbod op het werk. In het geval van een rechtstreekse afwijzing van een (islamitische) hoofddoek vanwege de wens van een klant, is geen beroep mogelijk op de uitzondering van een wezenlijk beroepsvereiste van artikel 4 Richtlijn (*Bouagnaoui*, zie par. 4.4.6.1).

Achbita, een receptioniste in dienst van G4S, werd ontslagen vanwege haar voornemen om als moslima op het werk een hoofddoek te gaan dragen. Dit is in strijd met een beleidsregel van G4S die voorziet in een algemeen verbod op het zichtbaar dragen van enig politiek, filosofisch of religieus teken. Volgens het Hof is geen sprake van directe discriminatie omdat alle overtuigingen gelijk worden getroffen. Wel kan het verbod indirect discriminerend zijn wanneer het tot gevolg heeft dat personen die een bepaalde godsdienst aanhangen bijzonder worden benadeeld.¹⁵⁸ Deze uitleg van het discriminatiebegrip doet denken aan dat van ras en etnische afstamming. Rechtstreekse verwijzing naar de (verboden) grond in zijn algemeenheid levert geen discriminatie op. Het moet gaan om een specifieke, ongunstiger behandeling van een *bepaalde* godsdienst of overtuiging in vergelijking met andere overtuigingen. Deze definitie suggereert tevens dat de discriminatiegrond van godsdienst asymmetrisch van aard kan zijn, zoals geldt voor handicap. Personen zonder geloof zouden dan geen beroep op het discriminatieverbod kunnen doen omdat ze geen 'bepaald' geloof of overtuiging hebben, of het zou moeten dat zij zichzelf tot het agnosticisme of atheïsme rekenen en dit vervolgens door het Hof als een 'overtuiging' zou worden opgevat.

Het hoofddoekverbod uit *Achbita* kan wel *indirect* een bepaalde godsdienst, namelijk de Islam, in het bijzonder benadelen. Door deze kwalificering staat het onderscheid echter open voor een mogelijke, objectieve rechtvaardiging. Deze neemt het Hof in casu ook aan. De beleidsregel van G4S dient een legitiem doel, namelijk om ten aanzien van de klanten van neutraliteit blij te geven, en is daartoe geschikt en noodzakelijk als de toepassing wordt beperkt tot personeelsleden die in contact met klanten staan. Het arrest heeft kritiek ondervonden,¹⁵⁹ nu een strikt neutraliteitsbeleid vandaag de dag haaks staat op een meer modern personeelsbeleid gericht op inclusiviteit en diversiteit. Het Hof heeft

157 Een voorstel om de werkingssfeer van de Kaderrichtlijn gelijk te trekken met die van de Rassenrichtlijn is al sinds 2008 aanhangig, zie COM(2008)426.

158 HvJ EU 14 maart 2017, C157/15 (*Achbita*), r.o. 34.

159 Voor een bespreking o.a. Cremers-Hartman, *JAR* 2017/96; Steijns, *NJB* 2017/844; Dorssemont, *ArA* 2017, p. 36-65; Baldi, *OJLR* 2018, p. 296-312.

wellicht rekening willen houden met de uiteenlopende opvattingen in de lidstaten, waarin in sommige gevallen strikte scheiding van kerk en staat wordt aangehouden.¹⁶⁰

4.7.3 *Religieuze feestdagen*

In het arrest *Cresco/Achatzi* komen voor het eerst religieuze feestdagen aan de orde. De Oostenrijkse wet erkent Goede Vrijdag slechts voor werknemers die lid zijn van *bepaalde* christelijke kerken als een feestdag, waardoor ook alleen deze werknemers recht hebben op een overwerktoeslag als die dag toch gewerkt moet worden.¹⁶¹ Het Hof neemt hier verboden directe discriminatie aan. De leden van andere kerken dan de genoemde, worden ongunstiger behandeld op grond van godsdienst. Interessant is dat het Hof ondanks zijn eerdere uitleg dat een persoon op grond van een *bepaalde* godsdienst ongunstiger behandeld moet worden, toch aanneemt dat ook niet-godsdienstige werknemers nadeel ondervinden van de regel. Omdat de leden van de genoemde kerken slechts formeel lid hoeven te zijn en de vrije dag dus niet hoeven te gebruiken voor het vervullen van een religieuze verplichting, bevinden alle werknemers zich in een vergelijkbare situatie, aldus het Hof (r.o. 47).¹⁶² Een uitzondering op het directe discriminatieverbod op grond van artikel 2 lid 5 Kaderrichtlijn (zie par. 4.4.6.3), zoals bepleit door Oostenrijk, wordt niet aangenomen. De bescherming van de godsdienstvrijheid valt daar als doel onder, maar de extra feestdag is daarvoor niet noodzakelijk omdat leden van andere kerken voor een religieus feest dat niet samenvalt met een erkende feestdag, dispensatie van hun werkgever kunnen krijgen indien dat noodzakelijk is voor het volbrengen van religieuze rituelen (r.o. 60-61).

4.8 **Thema's van materieel gelijkebehandelingsrecht: handicap**

4.8.1 *De discriminatiegrond van handicap*

Het discriminatieverbod op grond van handicap is de tweede grond die onder Kaderrichtlijn 2000/78 valt en derhalve betrekking heeft op de arbeid.¹⁶³ Handicap onderscheidt zich als discriminatiegrond van de andere gronden om verschillende redenen. Ten eerste zullen, anders dan bij sekse, ras, leeftijd of seksuele geaardheid geldt, valide en niet-valide werknemers met betrekking tot werk niet zonder meer in vergelijkbare situaties verkeren. Voor een materiële, gelijke behandeling kan het daarom nodig zijn rekening te houden met relevante verschillen. Alleen met betrekking tot handicap kent de richtlijn een plicht tot het bieden van een redelijke aanpassing (over de redelijke aanpassing: par. 4.4.5). Ten tweede is handicap een zogeheten asymmetrische grond. Een valide werknemer kan geen bescherming ontnemen aan het verbod op discriminatie wegens handicap. Dit houdt ook in dat het niet-gehandicapt zijn geen beroepsvereiste kan vormen dat als een exceptie zou kunnen dienen voor het directe discriminatieverbod op grond van handicap. Het Hof

160 Vgl. Loenen, *REALaw* 2017, p. 47-73.

161 HvJ EU 22 januari 2019, C-193/17 (*Cresco/Achatzi*).

162 Of hiermee niet-gelovigen dus ook altijd beroep kunnen doen op het verbod van godsdienstdiscriminatie is nog wel de vraag. Het Hof suggereert dat als de vrije dag wel gebruikt had moeten worden voor het vervullen van een religieuze plicht, de niet-gelovigen niet gediscrimineerd kunnen worden omdat ze niet langer in een vergelijkbare situatie verkeren.

163 Over het Europees gelijkebehandelingsrecht op grond van handicap o.a. Waddington & Hendriks, *IJCLIR* 2002, p. 403-427; over de implementatie in Nederland o.a. Van der Kraats, *TAP* 2013/4.

heeft hier zelf een 'ongeschiktheidsexceptie' aangenomen: het weigeren om iemand in dienst te nemen of te houden vanwege handicap is toegestaan 'wanneer deze persoon niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betreffende functie uit te voeren, onverminderd de verplichting om in redelijke aanpassingen te voorzien'.¹⁶⁴

4.8.2 Afbakening van handicap en ziekte

In het arrest *Chacón Navas* uit 2006 heeft het Hof voor het eerst uitleg gegeven aan het begrip handicap.¹⁶⁵ Het moet gaan om een langdurige beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen. Door het gebruik van 'handicap' in de richtlijn heeft de wetgever bewust gekozen voor een term die verschilt van de term 'ziekte', aldus het Hof. Een eenvoudige gelijkstelling van de twee begrippen is dus uitgesloten (r.o. 44). Hieruit volgt dat een persoon die uitsluitend wegens ziekte door zijn werkgever is ontslagen, niet onder de bescherming van de richtlijn valt. Het arrest *HK Danmark* uit 2013 brengt een belangrijke wijziging in de definitie van handicap.¹⁶⁶ Werkneemster Ring was vanwege een onbehandelbare rugpijn meermaals afwezig wegens ziekte. Hierop is zij ontslagen wegens arbeidsongeschiktheid. Het Hof geeft een nieuwe definitie van handicap, gebaseerd op het VN-Gehandicaptenverdrag. De EU heeft in 2010 het Verdrag geratificeerd waardoor het deel is gaan uitmaken van de rechtsorde van de Unie. 'Handicap' moet volgens het Hof worden opgevat als een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen die in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met andere werknemers aan het beroepsleven deel te nemen.¹⁶⁷

Kenmerkend voor de nieuwe definitie is dat deze meer op een 'maatschappelijk model' dan op een 'medisch model' van handicap berust.¹⁶⁸ Binnen het maatschappelijke model is niet bepalend of een bepaalde aandoening of ziekte in zichzelf als 'handicap' moet worden beschouwd; het doorslaggevende criterium betreft de beperkingen die iemand ondervindt in zijn omgeving als gevolg van die aandoening. Doordat de nadruk in de definitie is verschoven naar het vaststellen van een beperking als gevolg van de wisselwerking met praktische drempels, lijkt de oorzaak van de aandoening er minder toe te doen. De rugpijn van Ring, ook als deze tijdelijk of omkeerbaar zou zijn, kan onder 'handicap' vallen, mits die ziekte tot een dergelijke beperking leidt en langdurig is. Handicap is niet beperkt tot aangeboren handicaps, aldus het Hof, maar strekt zich ook uit tot handicaps die het gevolg zijn van ziekte of ongeval.¹⁶⁹ Het laatste blijkt ook uit de zaak *Daouidi*.¹⁷⁰ Een keukenhulp loopt een ontworpen elleboog op als gevolg van een val op de keukenvloer van het restaurant. Volgens het Hof ondervindt Daouidi een functiebeperking die het gevolg is van een lichamelijke aandoening. Of dit een handicap oplevert, hangt derhalve alleen nog af van de vraag of die functiebeperking 'langdurig' lijkt te zijn.

164 Zie par. 4.4.6.4.

165 HvJ EG 11 juli 2006, C-13/05 (*Chacón Navas*).

166 C-335/11 en C-337/11 HvJ EU 11 april 2013, (*HK Danmark*). Voor een bespreking: Laagland, *JAR* 2013/142.

167 HvJ EU 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11 (*HK Danmark*), r.o. 38-39.

168 Hierover o.a. Gerards, *EHRC* 2013/133; Hendriks, *NtER* 2015, p. 232-236; Houtzager, *H&R* 2017, p. 22-26.

169 HvJ EU 11 april 2013, C-335/11 en C-337/11 (*HK Danmark*), r.o. 40.

170 HvJ EU 1 december 2016, C-395/15 (*Daouidi*).

Het begrip handicap uit de Kaderrichtlijn lijkt hiermee ook het begrip ‘chronische ziekte’ uit de WGBH/CZ in te sluiten.¹⁷¹ In Nederland is onder handicap bijvoorbeeld al ADHD, astma, manische depressie, dyslexie, whiplash en RSI verstaan.¹⁷² In FOA neemt het Hof van Justitie van de Europese Unie aan dat obesitas een handicap kan zijn indien het in wisselwerking met diverse drempels de betrokkene belet op voet van gelijkheid aan het beroepsleven deel te nemen.¹⁷³ Werknemer Kaltoft stelde in die zaak zelf, dat hij was ontslagen op grond van zwaarlijvigheid, terwijl hij van zijn zwaarlijvigheid geen enkele beperking ondervond. Het laatste zou juist kunnen voorkomen dat zijn obesitas als handicap heeft te gelden. De vraag of ook een (door de werkgever) *vermeende* handicap onder de richtlijn valt, zoals in Nederland wel het geval is voor wat betreft de WGBH/CZ (zie par. 4.4.4), is nog niet beantwoord door het Hof.

4.8.3 Ontslag van de gehandicapte werknemer

In *HK Danmark* en *Ruiz Conejero* worden nationale ontslagregelingen die zijn gegrond op ziekteverzuim en langdurige arbeidsongeschiktheid getoetst op discriminatie op grond van handicap. In *Nobel* uit 2019 gaat het om een bedrijfseconomisch ontslag waarin voor de ontslagvolgorde wordt geselecteerd op de criteria hoog ziekteverzuim, productiviteit en multi-inzetbaarheid.¹⁷⁴ In alle drie de zaken besliste het Hof dat een ontslag dat (mede) is gegrond op ziekteverzuim indien die afwezigheid het gevolg is van handicap, een indirecte discriminatie op grond van handicap oplevert. Het Hof baseerde dit op het uitgangspunt dat gehandicapte werknemers in het algemeen een hoger ziekterisico hebben en in beginsel een minder grote kans hebben om goede resultaten te behalen dan een werknemer zonder handicap.¹⁷⁵

Bij de objectieve rechtvaardigingstoets vereist het Hof in *HK Danmark* en *Ruiz Conejero* een strikte proportionaliteit. Het middel is alleen noodzakelijk wanneer bij de ontslagmaatregel specifiek ‘rekening wordt gehouden met de bijzondere behoeften van gehandicapten die in het algemeen meer moeite hebben om een nieuwe werkkring te vinden’ (zie ook par. 4.4.7.2).¹⁷⁶ Dit kan betekenen dat bepaald ziekteverzuim buiten beschouwing moet blijven bij een arbeidsongeschiktheidsontslag. Ook in *Odar* geldt een verzwaarde toets voor rechtvaardiging van indirect onderscheid op grond van handicap. Voor ‘gewone’ werknemers is de leeftijdsdiscriminatie, te weten een pensioenaftopping van een ontslagvergoeding, gerechtvaardigd (par. 4.9.3), maar voor gehandicapte werknemers met een drie jaar lagere prepensioenleeftijd niet.¹⁷⁷ Het voordeel van de vroegere pensionering voor arbeidsongeschikten waarbij met de bijzondere behoeften van gehandicapten is rekening gehouden, mag voor de hoogte van de ontslagvergoeding dus niet omslaan in een nadeel.¹⁷⁸

171 Vgl. Houweling, AR 2013-0331.

172 Vas Nunes 2018, p. 169.

173 HvJ EU 18 december 2014, C-354/13 (FOA). Zie Foubert & Veronesi, ArA 2015, p. 60-82.

174 HvJ EU 11 september 2019, C-397/18 (*Nobel*).

175 Gerards heeft zich eerder al afgevraagd of dergelijke aannames door cijfers worden gestaafd, of misschien juist vooroordeelbevestigend zijn (Gerards, *EHRC* 2013/133).

176 Vgl. HvJ EU 18 januari 2018, C-270/16 (*Ruiz Conejero*), r.o. 50-51.

177 HvJ EU 4 december 2012, C-152/11 (*Odar*).

178 Vgl. voor het niet-toegestaan verlies van een overbruggingspensioen om dezelfde reden, HvJ EU 19 september 2018, zaak C-312/17 (*Bedi*).

In *Nobel*, waarin voor de ontslagvolgorde wordt geselecteerd op ziekteverzuim, productiviteit en inzetbaarheid, achtte het Hof deze indirecte discriminatie gerechtvaardigd wanneer de werkgever vooraf ten aanzien van de gehandicapte werknemer heeft voorzien in redelijke aanpassingen.¹⁷⁹ Wanneer dit een switch zou betekenen in de toetsingswijze van de objectieve rechtvaardiging dan valt dat niet toe te juichen.¹⁸⁰ De beoordeling aan de hand van de plicht tot redelijke aanpassingen gaat uit van de idee dat deze aanpassingen de gehandicapte werknemer in een gelijke situatie brengen als de 'gewone' werknemer, waardoor hij geen bijzondere bescherming meer nodig heeft. In werkelijkheid hoeft dat echter niet zo te zijn. De gedachte dat redelijke aanpassingen de werknemer in een gelijke positie als niet-gehandicapte werknemers brengt, miskent dat redelijke aanpassingen niet alle nadelen hoeven weg te nemen, niet voor iedere handicap mogelijk zijn of een onevenredige belasting voor de werkgever kunnen vormen. In deze minder ideale gevallen zal het kunnen dat de gehandicapte werknemer, ondanks de aanpassingen, nog steeds een verhoogd ziekterisico loopt, minder breed inzetbaar is of niet op topniveau kan presteren.

4.9 Thema's van materieel gelijkebehandelingsrecht: leeftijd

4.9.1 De discriminatiegrond van leeftijd

Het discriminatieverbod op grond van leeftijd maakt deel uit van Kaderrichtlijn 2000/78 en heeft dus alleen betrekking op de arbeid, waaronder ook de toegang tot arbeid. Toegang tot arbeid en beroep is, evenals bij ras en etnische afkomst, ook in relatie tot het gebruik van leeftijd diverse malen zeer ruim uitgelegd door het Hof. Zo vielen bijvoorbeeld een belastingaftrek voor beroepskosten en de aanbestedingsvoorwaarden van overheidsdiensten voor onderzoekopdrachten onder de werkingssfeer van de richtlijn.¹⁸¹

Leeftijd onderscheidt zich op meerdere aspecten van de andere discriminatiegronden. Het is geen dichotome grond, dat wil zeggen het is geen grond die twee groepen naast elkaar zet, zoals man-vrouw, wit-zwart, gehandicapte-valide, et cetera. Integendeel, leeftijd laat het toe vergelijkingen tussen vele groepen te trekken, zoals tussen achttien-min en achttien-plus, vijftig-min en vijftig-plus, 65-min en 65-plus, et cetera. Ook zal een ongunstige behandeling op grond van leeftijd niet structureel en systematisch hoeven te zijn voor het individu: gedurende het leven zal men, als het goed gaat, alle levensstadia doorlopen en dan eens nadeel en dan weer voordeel ervaren van leeftijd. Ten slotte moet juist voor wat betreft het arbeidsveld geconstateerd worden dat leeftijd een veel gebruikt onderscheidingscriterium is voor sociaal beleid. Leeftijd is bijvoorbeeld bepalend voor het verbod op kinderarbeid, voor het moment van pensionering, voor bepaalde sociaal-plan-regelingen, vaak voor overgangsregelingen, en voor de hoogte van een ontslagvergoeding.

De eigen aard van leeftijd, waarbij met name het gebruik van leeftijdsgrenzen in beleid soms minder 'verdacht' lijkt te zijn, kan een reden zijn geweest voor het wat lichtere toetsingsregime in Richtlijn 2000/78. Leeftijd is de enige discriminatiegrond waarvan het directe onderscheid gerechtvaardigd kan worden. Dit is te vinden in artikel 6 lid 1 dat lidstaten de mogelijkheid geeft om te bepalen dat: "verschillen in behandeling op

179 Het Hof verwijst naar de tweede grond van art. 2 lid 2 sub b Richtlijn.

180 Uitgebreid Veldman, *TvO* 2020, p. 66-74.

181 Resp. HvJ EU 10 november 2016, C 548/15 (*De Lange/Staatssecretaris van Financiën*); HvJ EU 4 april 2020, C-670/18 (*CO/Comune di Gesturi*).

grond van leeftijd geen 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”.

In *Age Concern* heeft het Hof verduidelijkt dat artikel 6 lid 1 ziet op doelstellingen van sociaal beleid, zoals arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid.¹⁸² Direct leeftijdsonderscheid vanwege volksgezondheid bijvoorbeeld valt daar niet onder.¹⁸³ Door hun karakter van algemeen belang onderscheiden sociale doelen zich van louter individuele beweegredenen die eigen zijn aan de situatie van de werkgever. Het laatste sluit echter niet uit, aldus het Hof, dat een nationale regel de werkgever een zekere mate van flexibiliteit toekent (r.o. 46).

Waarschijnlijk doordat leeftijd relatief vaker op een geformaliseerde wijze direct of indirect onderdeel uitmaakt van sociaal beleid, zijn er veel arresten van het Hof verschenen over het verbod van leeftijdsdiscriminatie.¹⁸⁴ Uit deze jurisprudentie blijkt onder meer dat met name de (striktheid van de) proportionaliteitstoets verschillend kan uitpakken bij de rechtvaardiging van directe leeftijdsdiscriminatie.

4.9.2 Pensioenontslag

Een lichte en meer marginale toets is vooral te vinden in de reeks van arresten over het gedwongen pensioenontslag.¹⁸⁵ De eerste zaak, *Palacios*, betrof het automatisch pensioenontslag van een Spaanse werknemer wegens het bereiken van de leeftijd van 65 jaar. Ondanks dat de richtlijn in haar considerans vermeldt dat zij nationale bepalingen over de pensioengerechtigde leeftijd onverlet laat (punt 14), had het Hof geen moeite de bevoegdheid tot het vaststellen van een pensioenleeftijd te onderscheiden van een automatisch ontslag op die leeftijd – hetgeen een arbeidsvoorwaarde betreft.¹⁸⁶ De beoogde doelen van het pensioenontslag waren in casu onduidelijk, maar het Hof nam aan dat het om een legitieme werkgelegenheidsmaatregel gaat die de duur van het arbeidsleven bepaalt, waarbij een evenwicht is gezocht tussen redenen van politieke, economische, sociale, demografische en budgettaire aard (r.o. 69). In daaropvolgende arresten zoals *Rosenblatt*,¹⁸⁷ *Georgiev*¹⁸⁸ en *Hörnfeldt*,¹⁸⁹ accepteert het Hof dezelfde, brede doelstelling van het pensioenontslag, maar ook meer specifieke doelen, zoals de bevordering van intergenerationele solidariteit, de arbeidsintegratie van jongeren of het voorkomen dat de werkgever voor elke oudere werknemer het bewijs moet leveren dat deze niet meer geschikt is.

Niet alleen uit de legitimiteitstoets, maar ook uit de lossere proportionaliteitstoets blijkt dat het Hof de nationale systemen van gedwongen pensioenontslag, die al lange tijd deel uitmaken van het arbeidsrecht in veel lidstaten, ongemoeid wil laten. In *Palacios* wordt een andere invulling aan de proportionaliteitstoets gegeven dan in bijvoorbeeld *Mangold*

182 HvJ EG 5 maart 2009, C-388/07 (*Age Concern*).

183 HvJ EU 13 september 2011, C-447/09 (*Prigge*). In dat geval kan beroep op art. 2 lid 5 worden gedaan (zie par. 4.4.6.3).

184 O.a. De Wolff, *AR* 2010/50.

185 Veldman, *TRA* 2012/4; De Witte & Van Arkel 2014.

186 HvJ EG 16 oktober 2007, C-411/05 (*Palacios*), r.o. 44-46.

187 HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09 (*Rosenblatt*).

188 HvJ EU 18 november 2010, C-250/09 en C-268/09 (*Georgiev*). Zie Peters, *JAR* 2011/25.

189 HvJ EU 5 juli 2012, C-141/11 (*Hörnfeldt*).

(zie par. 4.4.7.2). Het middel gaat niet verder dan nodig, wanneer 'geen excessieve inbreuk wordt gemaakt op de gerechtvaardigde belangen van werknemers' (r.o. 73). Dat laatste is in *Palacios* niet het geval, omdat het pensioenontslag aanspraak geeft op een pensioenuitkering, waarvan de hoogte niet onredelijk is. Uit de latere zaken *Rosenblatt* en *Hörmfeldt* blijkt echter dat een lage pensioenaanspraak vanwege een onvolledige opbouw het ontslag niet disproportioneel maakt. Proportionaliteit betekent dat 'rekening moet worden gehouden zowel met het nadeel dat aan de maatregel kleeft voor de betrokken personen als met het voordeel daarvan voor de samenleving'.¹⁹⁰ Dit wordt marginaal getoetst door te bezien of de nationale wetgever of de sociale partners 'in redelijkheid tot het gekozen doel en middel hadden kunnen komen'.¹⁹¹ Het gebruik van cao's kan daaraan ook bijdragen omdat cao's opzegbaar en daarmee flexibel zijn.

In Nederland achtte de Hoge Raad op basis van bovenvermelde jurisprudentie het pensioenontslag bij 56 jaar van KLM-piloten toegestaan.¹⁹² Overigens besteedde de HR geen aandacht aan het feit dat de in geding zijnde pensioengerechtigde leeftijd veel lager is dan de gebruikelijke pensioengerechtigde leeftijd in Nederland.

4.9.3 Aftopping van ontslagvergoedingen

Een wat strengere proportionaliteitstoetsing door het Hof van Justitie van de Europese Unie is te vinden in een reeks van (Deense) zaken over het weigeren van een ontslagvergoeding wanneer de werknemer aanspraak kan maken op een (vervroegd) bedrijfspensioen of algemeen ouderdomspensioen. De ratio van het leeftijdsonderscheid is te voorkomen dat de vergoeding ten goede komt aan gepensioneerden die de arbeidsmarkt in de regel zullen hebben verlaten.

In het *Andersen*-arrest uit 2010 – over een ontslagen 63-jarige werknemer die in aanmerking komt voor vervroegd bedrijfspensioen maar wil doorwerken – achtte het Hof de uitsluiting van prepensioengerechtigden van een ontslagvergoeding van drie maandsalarissen niet ongeschikt voor het legitieme doel van de regeling.¹⁹³ Het voorkomt dat personen die in de regel de arbeidsmarkt verlaten, een vergoeding krijgen die bedoeld is om nieuw werk te vinden. De regeling gaat echter, door aan te knopen bij het *in aanmerking komen* voor een vroegpensioen, verder dan noodzakelijk, indien de werknemer zijn beroepsloopbaan wil voortzetten. Uitsluiting van een ontslagvergoeding bemoeilijkt in dat geval het recht op doorwerken en kan werknemers ertoe dwingen om een lager ouderdomspensioen te accepteren, hetgeen tot aanzienlijk inkomensverlies op lange termijn leidt. "Dit tast op excessieve wijze legitieme werknemersbelangen aan", aldus het Hof.¹⁹⁴

Het pensioengerechtigd-zijn is in zichzelf dus onvoldoende om werknemers die willen doorwerken, uit te sluiten van een ontslagvergoeding. Onduidelijk is echter of dit alleen opgaat bij een aanspraak op vervroegde pensionering. In *Toftgaard* uit 2013 – over een 65-jarige ambtenaar die de algemeen pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt – bevestigde

190 HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09 (*Rosenblatt*).

191 HvJ EG 16 oktober 2007, C-411/05 (*Palacios*), r.o. 73; HvJ EU 12 oktober 2010, C-45/09 (*Rosenblatt*), r.o. 47 en r.o. 73; HvJ EU 18 november 2010, C-250/09 en C-268/09 (*Georgiev*), r.o. 54.

192 HR 13 juli 2012 (*Werknemer/KLM en VNV*).

193 HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08 (*Andersen*), bevestigd in HvJ EU 19 april 2016, C-441/14 (*Rasmussen*).

194 Zie over de 'Deense arresten', Veldman, *TRA* 2018/67.

het Hof de toepasselijkheid van *Andersen*.¹⁹⁵ Toftgaard wilde doorwerken na een bedrijfs-economisch ontslag op de algemeen pensioengerechtigde leeftijd (ambtenaren mogen doorwerken tot 70 jaar). Hij stelde daarom zijn algemeen ouderdomspensioenaanspraak uit, wat in Denemarken kan, met een hogere opbouw als gevolg. Het Hof oordeelde opnieuw dat de uitsluiting van een vergoeding, in dit geval wachtgeld gedurende drie jaar, verder strekt dan noodzakelijk, omdat het ambtenaren ertoe kan dwingen een lager pensioen te accepteren dan dat waarop recht bestaat bij langer doorwerken. Ten overvloede wordt ook gewezen op de alternatieve mogelijkheid van het uitvoeren van een individuele toets om vast te stellen of de pensioengerechtigde ambtenaar de arbeidsmarkt wil verlaten of niet. Het laatste kan vanwege redenen van uitvoerbaarheid niet in zijn algemeenheid worden gevraagd bij ontslagvergoedingsregelingen, zo voegt het Hof hieraan toe, maar in casu had de werkgever reeds vergelijkbaar onderzoek gedaan onder jongere ambtenaren.

In de daarop volgende zaak *Landin* uit 2015 gaat het eveneens om een werknemer die de algemene pensioengerechtigde leeftijd al bereikt heeft.¹⁹⁶ Hij is blijven werken bij dezelfde werkgever en heeft, zoals Toftgaard, zijn aanspraak op ouderdomspensioen uitgesteld. Bij zijn ontslag op 67-jarige leeftijd ontvangt hij geen ontslagvergoeding omdat hij pensioengerechtigd is. Anders dan in de vorige zaken, oordeelde het Hof dat de uitsluiting niet verder strekte dan noodzakelijk. Werknemersbelangen werden niet buitensporig aangetast omdat Landin, die de algemene pensioengerechtigde leeftijd al was gepasseerd, niet het risico liep op verlaging van ouderdomspensioen vanwege vervroegde pensionering. De omstandigheid dat een werknemer door te blijven doorwerken na zijn 65^e zijn pensioen kan verhogen, doet daar niet aan af, aldus het Hof (r.o. 43).

De Deense regelingen doen denken aan de uitsluiting van pensioengerechtigden van de Nederlandse transitievergoeding (art. 7:673 lid 7 sub b BW). Voor zover het om een vroegpensioenaanspraak zou gaan terwijl de betrokkene wil doorwerken, is de regeling mogelijk strijdig met *Andersen*.¹⁹⁷ De Hoge Raad oordeelde tot nu toe alleen over de uitsluiting van AOW-gerechtigden, wat niet strijdig werd bevonden met het Europese recht.¹⁹⁸

De zaak *Odar* uit 2012 ten slotte draaide om een sociaal-planvergoeding.¹⁹⁹ Bovendien ging het om zowel onderscheid op grond van leeftijd, als op grond van handicap (voor het laatste par. 4.8.3). De hoogte van de ontslagvergoeding van werknemers van 54 jaar en ouder werd bij bedrijfseconomisch ontslag afgetopt op basis van de vroegst mogelijke pensioendatum. De vergoeding was hiermee lager dan wanneer de standaardformule gebaseerd op het aantal dienstjaren zou worden toegepast, ook al werd wel ten minste de helft van de standaardvergoeding gegarandeerd. Het Hof achtte de doelstellingen van het sociaal plan om werknemers te helpen nieuw werk te vinden, te voorkomen dat de ontslagvergoeding toekomt aan personen die geen nieuwe dienstbetrekking zoeken maar een vervangingsinkomen in de vorm van een pensioen ontvangen, en het rekening houden met de beperkte, financiële middelen, legitiem. Het middel is passend en noodzakelijk. Het was bij cao overeengekomen en de helft van de standaardvergoeding werd gegarandeerd.

195 HvJ EU 26 september 2013, C-546/11 (*Toftgaard*).

196 HvJ EU 26 februari 2015, C-515/13 (*Landin*).

197 Zie Veldman, *TRA* 2018/67.

198 HR 20 april 2018 (*Verzoeker/Stichting Diakonessenhuis*).

199 HvJ EU 4 december 2012, C-152/11 (*Odar*).

Het Hof besteedde geen speciale aandacht aan het feit dat de aftopping ook bij een vroegpensioenaanspraak plaatsvindt.

4.9.4 Aanstellingsbeleid voor jonge werknemers

Een strikte proportionaliteitstoets is te vinden in het merendeel van de zaken die gaan over leeftijdsdiscriminatie ten nadele van jongeren, met name bij de voorwaarden voor aanstelling.²⁰⁰ Zowel in *Küçükdeveci* als in *Hütter* waren regelingen aan de orde die ongunstig waren voor werknemers die al op jonge leeftijd zijn gaan werken. Op grond van de Duitse wettelijke regeling in *Küçükdeveci* telden dienstjaren onder de leeftijd van 25 jaar niet mee voor de berekening van de duur van de opzegtermijn. Het Hof constateerde dat werknemers met dezelfde anciënniteit een andere opzegtermijn krijgen naargelang de leeftijd waarop ze in dienst zijn getreden. De doelstelling van de regeling, waaronder de arbeidsmobiliteit bevorderen van jongeren, is legitiem, maar het middel is niet geschikt om dat doel te bereiken. De regeling gold immers voor alle werknemers ongeacht hun leeftijd op het tijdstip van ontslag, en was dus niet alleen van toepassing op jonge werknemers.²⁰¹

Op een vergelijkbare wijze werd de regeling in *Hütter*, waarbij werkervaring opgedaan voor het 18^e levensjaar niet meetelde voor de looninschaling bij aanstelling, discriminatoir geacht.²⁰² In het verlengde hiervan wees het Hof in *Hennigs* het gebruik van leeftijd in zijn algemeenheid af als een maatstaf voor senioriteit of ervaring.²⁰³ Oplopende salarisschalen per leeftijd betekent volgens het Hof dat vergelijkbare werknemers bij het begin van hun loopbaan enkel op de grond van leeftijd verschillend beloond worden. Het Hof paste een strikte proportionaliteitstoets toe. Er zijn minder discriminerende middelen voorhanden voor salarisinschaling, zoals het gebruik van criteria als beroepsopleiding of dienstjaren. Dat het hier om cao-regelingen ging, was niet van belang. Ook sociale partners moeten de richtlijn eerbiedigen (r.o. 68).

Toch blijkt niet in alle gevallen een uitsluiting van jonge werknemers van bepaalde arbeidsbescherming in strijd met het verbod van leeftijdsdiscriminatie.²⁰⁴ Dit lijkt met name te gelden wanneer de maatregel is ingesteld om jeugdwerkloosheid te bestrijden. In *Abercrombie & Fitch* achtte het Hof een Italiaanse bepaling op grond waarvan een werkgever een oproepovereenkomst met een werknemer jonger dan 25 mag sluiten ongeacht de aard van de te verrichten prestaties, en deze werknemer mag ontslaan zodra hij 25 wordt, objectief gerechtvaardigd op grond van artikel 6 lid 1 Kaderrichtlijn.²⁰⁵ De maatregel, die aansluit bij het Europees jeugdbeleid na de financiële crisis,²⁰⁶ is bedoeld om flexibele en tijdelijke banen te creëren om jongeren werkervaring te laten opdoen. Het Hof toetste marginaal of de nationale wetgever, gelet op de ruime beoordelingsmarge waarover de lidstaten beschikken, redelijkerwijze kon oordelen dat het noodzakelijk was om de bepaling vast te stellen (r.o. 46).

200 Over het verschil in toetsing van discriminatie van ouderen en jongeren: Ter Haar, *ELR* 2020, p. 78-91.

201 HvJ 19 januari 2010, C-555-07 (*Küçükdeveci*).

202 HvJ EG 18 juni 2009, C-88/08 (*Hütter*).

203 HvJ EU 8 september 2011, C-297/10 (*Hennigs*).

204 Vgl. ook HvJ EU 1 oktober 2015, C-432/14 (*Bio Philippe Auguste*) en HvJ EU 21 januari 2015, C-529/13 (*Felber*). Zie over het onderwerp Ter Haar, *ELR* 2020, p. 78-91.

205 HvJ EU 19 juli 2017, C-143/16 (*Abercrombie & Fitch*).

206 Ter Haar, *ArA* 2018, p. 33-53.

Ook het Nederlandse recht kent uitsluitingen van jongere werknemers. Zo zijn werknemers jonger dan 18 jaar die gemiddeld minder dan 12 uur per week werken, uitgesloten van de ketenregeling (art. 7:668a lid 11 BW) en van het recht op een transitievergoeding (art. 7:673 lid 7 BW). Of dit in overeenstemming is met het Unierecht lijkt, gezien de bovenstaande rechtspraak, sterk afhankelijk van de vraag of het Hof zou kiezen voor strikte of 'zwakke' proportionaliteitstoetsing.

4.10 Thema's van materieel gelijkebehandelingsrecht: seksuele geaardheid

4.10.1 De discriminatiegrond van seksuele geaardheid

De laatste grond van Kaderrichtlijn 2000/78 die besproken wordt, is die van seksuele geaardheid. De grond zelf is, zoals alle andere, niet gedefinieerd. Naar aangenomen mag worden, zal er ten minste homoseksualiteit, heteroseksualiteit of biseksualiteit onder vallen.²⁰⁷ Transseksualiteit (wat overigens geen seksuele geaardheid is) valt onder het seksediscriminatieverbod (par. 4.5.1). De Europese rechtsontwikkeling op het gebied van deze discriminatiegrond is, evenals op het terrein van ras en etnische afstamming, beperkt. De discriminatiegrond van seksuele geaardheid zou uiterst relevant kunnen zijn voor het familierecht, maar familierecht is geen Europese bevoegdheid.²⁰⁸ De Kaderrichtlijn waaronder het verbod valt, is beperkt tot arbeid. Ook binnen de arbeid kunnen vooroordelen en stereotypen wel degelijk aanleiding zijn voor discriminatie of intimidatie op grond van seksuele geaardheid, maar, opnieuw vergelijkbaar met de grond van ras, werkgevers zullen hier veelal niet voor uit komen. Dit maakt het voeren van rechtszaken lastig. Het merendeel van de Europese arresten dat is verschenen, handelt dan ook over geformaliseerd beleid waarbij er een link bestaat tussen de geboden arbeidsvoorwaarden en de burgerlijke staat van de werknemer, zoals bij partnerpensioenen of verlofdagen in verband met familieomstandigheden. In de lidstaten zonder homohuwelijk kunnen dergelijke arbeidsregelingen tot discriminatie van homoseksuelen leiden. Interessant is of dit als een directe of indirecte discriminatie zou moeten gelden en wat daarvan de consequenties zijn. Het thema wordt hieronder uitgewerkt. De enige arresten over de discriminatiegrond van seksuele geaardheid die niet over burgerlijke staat gaan, maar waarin rechtstreeks homofobe opvattingen ter discussie worden gesteld, zijn niet aangespannen door individuen, maar door belangenverenigingen (zie ook par. 4.11). Op deze arresten wordt allereerst ingegaan.

4.10.2 Algemene homofobe uitlatingen en toegang tot de arbeid

In hoeverre vallen discriminerende uitlatingen die in de media worden gedaan door werkgevers onder de werkingssfeer van de gelijkebehandelingsrichtlijnen? In *Feryn* had het Hof al aangenomen dat algemene racistische uitlatingen door werkgevers als een belemmering van de toegang tot arbeid gezien mogen worden op grond van Richtlijn 2000/43, ook zonder identificeerbaar slachtoffer of zonder lopende sollicitatieprocedure (par. 4.6). In *Accept* trekt het Hof deze lijn door naar publieke uitlatingen door een (vermeend) manager van een voetbalclub, die stelt dat de club nooit een homoseksuele voetballer zou

²⁰⁷ Waaldijk & Bonini-Baraldi 2006.

²⁰⁸ Punt 22 van de considerans van de Kaderrichtlijn stelt dat de richtlijn nationale wetgevingen inzake burgerlijke staat en de daaraan verbonden voordelen onverlet laat.

aannemen.²⁰⁹ Dit valt onder het discriminatieverbod op grond van seksuele geaardheid uit de Kaderrichtlijn. Hiervoor is geen identificeerbaar slachtoffer nodig en hiervoor hoeft de persoon die de uitlatingen doet, niet over de formele bevoegdheid te beschikken om het aanwervingsbeleid van een voetbalclub te bepalen. In de soortgelijke zaak *NH/LGBTI* wordt dit bevestigd, al dient het verband tussen de uitlatingen in de media en het wervingsbeleid van de onderneming niet hypothetisch te zijn.²¹⁰

4.10.3 Arbeidsvoorwaarden gekoppeld aan burgerlijke staat

In *Maruko* en *Römer* ging het om de toekenning van aanvullende pensioenen aan gehuwden maar niet aan geregistreerde partners, terwijl de nationale wetgeving geen homohuwelijk toestond. Het Hof oordeelde in Duitse zaak *Maruko* dat de in geding zijnde nabestaandenuitkering binnen de werkingssfeer van de Kaderrichtlijn valt, waarbij het Hof aansluit bij de uitleg van het beloningsbegrip van artikel 157 VWEU (zie par. 4.5.3). Het was de vraag of het Hof het onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden zou kwalificeren als directe of indirecte discriminatie op grond van seksuele geaardheid. Directe discriminatie zou geen rechtvaardiging toelaten. De formele onderscheidingsgrond is echter het 'gehuwd zijn' en zou daarom als indirect onderscheid op grond van seksuele geaardheid opgevat kunnen worden, omdat deze vooral homoseksuelen nadelig treft (maar ook heteroseksuele ongehuwden). Aan de andere kant sluit deze onderscheidingsgrond alle homoseksuelen uit, omdat zij destijds in Duitsland niet konden huwen. Het Hof lost het dilemma op door te kiezen voor directe discriminatie, waarvoor wel vereist is dat gehuwden en geregistreerde partners voor wat betreft de nabestaandenuitkering in een vergelijkbare situatie verkeren.²¹¹ De verwijzende rechter moet beoordelen of dit zo is, waarbij de rechten en verplichtingen van gehuwden en geregistreerden relevant zijn, evenals de voorwaarden om aanspraak te kunnen maken op het pensioen.²¹²

Hoewel de uitleg van het onderscheid als een vorm van directe discriminatie stringent lijkt, suggereren de uitspraken in *Maruko* en *Römer* toch dat lidstaten die geen enkele poging doen tot het scheppen van juridische 'levenspartnerschappen' voor homoseksuele stellen, per definitie niet kunnen discrimineren. Dit, omdat er geen vergelijkbare situatie is.²¹³ Dit blijkt inderdaad het geval te zijn. In *Parris* leidde het Hof uit overweging 22 van de considerans van de Kaderrichtlijn af dat 'het de lidstaten vrijstaat een huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht of een alternatieve vorm van wettelijke erkenning van hun relatie in te voeren, en, in voorkomend geval, de datum vast te stellen vanaf wanneer een dergelijk huwelijk of een dergelijke alternatieve vorm gevolgen heeft'.²¹⁴ De uitsluiting van een aanvullend nabestaandpensioen vormt daarom geen directe of indirecte discriminatie op grond van seksuele geaardheid, wanneer de homoseksuele verzekerde voor zijn 60^{ste} een geregistreerd partnerschap moest sluiten, maar dit naar nationaal recht (nog) niet mogelijk was, en toen dit wel mogelijk werd, de lidstaat geen overgangsregeling heeft getroffen.

209 HvJ EU 25 april 2013, C-81/12 (*Accept*).

210 HvJ EU 23 april 2020, C-507/18 (*NH/LGBTI*).

211 HvJ EG 1 april 2008, C-267/06 (*Maruko*).

212 HvJ EU 10 mei 2011, C-147/08 (*Römer*), r.o. 59.

213 Hierover Veldman, *NTER* 2011/8.

214 HvJ EU 24 november 2016, C-443/15 (*Parris*), r.o. 59.

In *Hay* is dezelfde redenering toegepast als in *Maruko* in het geval van een cao-bepaling die bijzondere verlofdagen toekent aan gehuwden, maar niet aan werknemers met een samenlevingsovereenkomst. Dit is in strijd met het verbod op discriminatie op grond van seksuele geaardheid indien personen van hetzelfde geslacht in de betrokken lidstaat niet mogen huwen, mits deze werknemer zich in een vergelijkbare situatie bevindt als een gehuwde werknemer.²¹⁵

4.11 Handhaving van het gelijkebehandelingsrecht

De handhaving behoort tot de procedurele autonomie van de lidstaten. De eerste-generatie-richtlijnen vermeldden niet veel meer dan dat er rechtsmiddelen voor individuele benadeelden moesten worden geboden. In de loop der tijd heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie veel mechanismen ontworpen om de effectiviteit van het Unierecht te versterken, overigens vaak in arresten op het gebied van arbeid of gelijke behandeling. Zo zijn er de algemene mechanismen van verticale rechtstreekse werking van richtlijnen, richtlijnconforme interpretatie of staatsaansprakelijkheid bij gebrekkige implementatie (zie hfdst. 1). In zaken over leeftijdsdiscriminatie heeft het Hof uitgemaakt dat in geschillen tussen particulieren nationale, wettelijke bepalingen die strijdig zijn met het algemene Uniebeginsel van gelijke behandeling terzijde moeten worden geschoven door de rechter (zie par. 4.2.2 en par. 1.5.4.2). Ook geldt dat nationale regels voor vorderingen gebaseerd op het Unierecht het in de praktijk niet onmogelijk mogen maken om het aan het Unierecht ontleende recht uit te oefenen (effectiviteitsvereiste) en niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke, nationale vorderingen gelden (assimilatievereiste).²¹⁶

In de vroege gelijkebehandelingsjurisprudentie op grond van sekse is aan deze eisen concrete invulling gegeven. Uit *Marshall II* blijkt bijvoorbeeld dat nationale sancties evenredig en afschrikwekkend moeten zijn.²¹⁷ In het geval van discriminatoir ontslag vormen het weer in dienst nemen van de gediscrimineerde werknemer dan wel het opleggen van een financiële schadevergoeding adequate sancties. Wordt voor een schadevergoeding gekozen in plaats van voor herstel van de dienstbetrekking, dan moet een volledige schadevergoeding worden betaald, inclusief de rente. Een wettelijk bepaalde bovengrens voor een schadevergoeding is niet toegestaan.

Met de tweede-generatierichtlijnen is veel van deze jurisprudentie gecodificeerd. Voorts heeft een groter besef van de moeilijkheden die het individu ondervindt wanneer deze gelijke behandeling wil afdwingen voor de rechter, ertoe geleid dat ook rechtsmiddelen moeten worden geboden aan belangenorganisaties. In de Sekse- en Rassenrichtlijnen is bovendien een verplichting gekomen tot het instellen van nationale organen die gelijke behandeling moeten bevorderen. Hieronder worden de belangrijkste verplichtingen die zien op de individuele handhaving, de bewijslast en de meer institutionele vormen van handhaving besproken.

²¹⁵ HvJ EU 12 december 2013, C-267/12 (*Hay*).

²¹⁶ O.a. HvJ EG 10 april 1984, 14/83 (*Von Colson & Kamann*) en HvJ EG 15 mei 1986, 222/84 (*Johnston*).

²¹⁷ HvJ EG 2 augustus 1993, C-271/91 (*Marshall II*).

4.11.1 Individuele handhaving

De *Defrenne*-arresten tonen aan dat het mogelijk is om als individu (i.c. de Belgische stewardess *Defrenne*) via gerechtelijke procedures grootschalige juridische (en sociale) ontwikkelingen in gang te zetten (par. 4.1). Desalniettemin is de werkelijkheid voor veel individuele benadeelden anders. Discriminatie in rechte aantonen kan erg lastig zijn en bovendien zijn veel werknemers niet snel bereid om procedures tegen hun werkgever aanhangig te maken. Hoe ‘verdachter’ het gebruik van de discriminatiegrond is in de arbeid (zoals ras of seksuele geaardheid), hoe moeilijker vaak het bewijs hiervan is, omdat het gemaakte onderscheid niet schriftelijk is vastgelegd of openlijk wordt toegegeven. Dit leidt op bepaalde gebieden tot relatief weinig rechtszaken en derhalve ook tot weinig prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het Hof heeft evenwel in het verleden in zijn jurisprudentie getracht de drempels voor handhaving zo laag mogelijk te maken, wat grotendeels zijn beslag heeft gekregen in de tweede-generatierichtlijnen.

Ten eerste moet een ieder die zich door niet-toepassing van het gelijkebehandelingsbeginsel benadeeld acht, toegang hebben tot gerechtelijke en/of administratieve procedures, zelfs na beëindiging van de arbeidsverhouding.²¹⁸ Sommigen lidstaten hebben gekozen voor laagdrempelige voorzieningen, zoals een ‘Commissie Arbeidsverhoudingen’ (Ierland). Maar ook als het gaat om een administratief orgaan, moet dit orgaan, voor zover het bindende beslissingen kan nemen, met het EU-recht strijdige, nationale wetgeving buiten toepassing kunnen laten.²¹⁹

Ten tweede moeten de lidstaten strijdige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen afschaffen en moeten strijdige bepalingen in individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten nietig (kunnen) worden verklaard of worden gewijzigd.²²⁰ Het Hof heeft verduidelijkt wat dit betekent, wanneer in rechtsprocedures blijkt dat een nationale regeling in strijd is met het discriminatieverbod. De bepalingen moeten in dat geval in overeenstemming worden gebracht met het gelijkebehandelingsbeginsel en zolang dat niet gebeurd is, geldt het *levelling-up* principe. Dit betekent dat de benadeelde groep recht heeft op dezelfde behandeling of hetzelfde loon als de begunstigde groep. Een goed voorbeeld vormen de herstellpogingen in Oostenrijk na de uitspraken in *Hütter* en *Hennigs* over discriminatoire looninschaling op grond van leeftijd (par. 4.9.4). Om de hoge loonkosten die deze uitspraken veroorzaakten, te vermijden, probeerde Oostenrijk nieuwe inschalingssystemen in te voeren die gelijke behandeling voor de toekomst garanderen, maar waarin oude discriminatie nog doorwerkte. Het Hof heeft meermalen moeten bevestigen dat de gekozen oplossingen nog steeds strijdig waren met het Unierecht en dat, zolang maatregelen tot herstel niet zijn genomen, ‘gelijke behandeling alleen kan worden verzekerd door de leden van de benadeelde groep de voordelen toe te kennen die de leden van de bevoordeelde groep genieten’.²²¹

Individen worden, behalve door effectieve sancties, ook gestimuleerd hun recht te halen door zogeheten victimisatiebepalingen. Deze moeten voorkomen dat werknemers

218 Art. 9 lid 1 Richtlijn 2000/78; art. 7 lid 1 Richtlijn 2000/43, art. 17 lid 1 Richtlijn 2000/6/54 (hier alleen ‘gerechtelijke’ procedures).

219 HvJ EU 4 december 2018, C-378/17 (*Minister for Justice and Equality/Workplace Relations Commission*).

220 Art. 16 Richtlijn 2000/78; art. 14 Richtlijn 2000/43, art. 23 Richtlijn 2000/6/54.

221 HvJ EU 8 mei 2019, C-24/17 (*Österreichischer Gewerkschaftsbund/Oostenrijk*), r.o. 56. Zie ook HvJ 11 november 2014, C-530/13 (*Schmitzer*); HvJ EU 28 januari 2015, C-417/13 (*Starjakob*).

worden ontslagen of anderszins benadeeld omdat zij klagen over discriminatie door hun werkgever.²²²

4.11.2 *Bewijslast*

Zoals gezegd, kan het moeilijk zijn om discriminatie te bewijzen, met name als het om discriminatoire handelwijzen gaat die niet gedocumenteerd zijn. Voor bewijs kan bijvoorbeeld de medewerking van de werkgever nodig zijn, omdat deze als enige over de gegevens beschikt die nodig zijn. In zijn rechtspraak over gelijke beloning ontwikkelde het Hof het concept van de verschuiving van de bewijslast. In het geval van een ondoorzichtig beloningssysteem dat tot gemiddelde loonverschillen tussen mannen en vrouwen leidt, moet de werkgever aantonen dat het verschil wordt verklaard door objectieve factoren.²²³ Inmiddels bepalen de tweede-generatierichtlijnen dat: “wanneer iemand die zich door niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld acht, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder moet bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden”.²²⁴

Deze verschuiving van de bewijslast betekent niet dat de benadeelde een discriminatieklacht niet hoeft te onderbouwen. Er zullen nog steeds feiten aangevoerd moeten worden die discriminatie doen vermoeden, voordat de bewijslast verschuift. Dat kan nog steeds moeilijk zijn, bijvoorbeeld wanneer een kandidaat bij een sollicitatie wordt afgewezen, maar geen gegevens heeft over de andere kandidaten; of wanneer een werknemster ongelijke beloning vermoedt, maar niet weet of een collega die meer verdient wel arbeid van gelijke waarde verricht. Uit *Kelly* blijkt dat een sollicitant bij een vermoeden van discriminatie geen recht heeft om documenten over de selectie van andere kandidaten te krijgen, om zo vergelijkenderwijs een onderscheid te kunnen aantonen.²²⁵ Ook in de zaak *Meister* oordeelde het Hof dat er geen specifiek recht op toegang tot informatie bestaat om discriminatie te kunnen aantonen, ook niet wanneer een sollicitante aannemelijk maakt dat zij voldoet aan de voorwaarden van een vacature, maar desondanks niet is uitgenodigd.²²⁶ Maar de weigering van de werkgever om nadere informatie te geven, kan wel één van de factoren zijn waarmee rekening mag worden gehouden bij de vaststelling van feiten die discriminatie kunnen doen vermoeden, aldus het Hof (r.o. 47).²²⁷

4.11.3 *Institutionele handhaving*

Omdat handhaving op initiatief van (uitsluitend) individuele benadeelden in de praktijk vele drempels kent, zijn en worden ook oplossingen gezocht via ‘institutionele’ wegen van handhaving. De Europese en nationale initiatieven voor *pay transparency*-wetgeving bijvoorbeeld, leggen de verantwoordelijkheid bij de werkgever om via rapportage en

222 Art. 11 Richtlijn 2000/78; art. 9 Richtlijn 2000/43, art. 24 Richtlijn 2006/54.

223 HvJ EG 17 oktober 1989, C-109/88 (*Danfoss*). Zie par. 4.5.3.2.

224 Art. 10 Richtlijn 2000/78; art. 8 Richtlijn 2000/43, art. 19 Richtlijn 2006/54.

225 HvJ EU 21 juli 2011, C-104/10 (*Kelly*).

226 HvJ EU 19 april 2012, C-415/10 (*Meister*).

227 Zie Burri, *TAP* 2012, p. 360-365.

onderzoek gegevens over gelijke beloning van mannen en vrouwen aan te leveren, of zelfs te bewijzen dat binnen het bedrijf gelijk wordt beloond (par. 4.5.3.4).

Een minder vergaande manier is in de tweede-generatierichtlijnen te vinden. Organisaties, verenigingen of andere rechtspersonen die een rechtmatig belang hebben bij de naleving van de richtlijn moeten, namens of ter ondersteuning van de klager en met diens toestemming, gerechtelijke en/of administratieve procedures kunnen aanspannen.²²⁸ De eerder besproken zaken *Feryn*, *Accept* en *NH/LGBTI* zijn voorbeelden van dergelijke door belangengroepen geïnitieerde procedures.

Het Hof tracht de handhaving van de gelijkebehandelingsrichtlijnen te bevorderen door te bepalen dat belangenorganisaties over discriminatie kunnen procederen ook zonder identificeerbaar slachtoffer; dat de verschuiving van de bewijslast op hen van toepassing is en dat effectieve sancties moeten worden opgelegd. Deze sancties kunnen volgens het Hof bijvoorbeeld daaruit bestaan dat de verweerder wordt veroordeeld tot het op eigen kosten openbaar (laten) maken van de uitspraak; dat de werkgever, al dan niet onder dwangsom, wordt gelast de vastgestelde discriminerende praktijk te beëindigen; of uit de toekenning van een schadevergoeding aan het orgaan dat de procedure heeft gevoerd.²²⁹ Een vermaning ter bestraffing van discriminatie op grond van seksuele geaardheid is geen sanctie die doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend is, zo blijkt uit *Accept*.²³⁰ In Nederland kunnen stichtingen en verenigingen een rechtsvordering baseren op artikel 3:305a BW.

Ten slotte vergen de Sekse- en Rassenrichtlijnen ook dat de lidstaten gelijke behandeling bevorderen door organen in te stellen die onder meer bevoegd zijn om slachtoffers bij te staan bij de afwikkeling van discriminatieklachten; onderzoeken over discriminatie te verrichten; verslagen te publiceren en aanbevelingen te doen.²³¹ De Kaderrichtlijn kent deze plicht niet, maar de Europese Commissie beveelt deze wel aan.²³² Het College voor de Rechten van de Mens vervult deze taak in Nederland en heeft ook de bevoegdheid om niet-bindende oordelen te geven over individuele en institutionele klachten op grond van de nationale gelijkebehandelingswetgeving.²³³

4.12 Tot slot

Het Europese gelijkebehandelingsrecht heeft vanaf de vroege start met artikel 119 EEG-Verdrag een enorme ontwikkeling doorgemaakt. Uiteraard is het daarbij soms hollen of stilstaan geweest, met name in het wetgevingsproces ten aanzien van het verbieden van discriminatie op maatschappelijke gebieden buiten de arbeid. Voor het terrein van de arbeid zelf, is sinds de eeuwwisseling sprake geweest van de ontwikkeling van vele specifieke discriminatieverboden die hun invloed doen gelden binnen het arbeidsrecht van de lidstaten. De rechtspraak van het Hof heeft daaraan in belangrijke mate bijgedragen, al kent het zijn vooruitstrevende en meer behoudende momenten. In het verleden zijn baanbrekende arresten over indirecte discriminatie, zwangerschap, de mogelijkheden te procederen zonder identificeerbaar slachtoffer, associatieve discriminatie en over het

228 Art. 9 lid 2 Richtlijn 2000/78; art. 7 lid 2 Richtlijn 2000/43, art. 17 lid 2 Richtlijn 2000/6/54.

229 HvJ EG 10 juli 2008, C-54/07 (*Feryn*), r.o. 38-39.

230 HvJ EU 25 april 2013, C-81/12 (*Accept*).

231 Art. 13 Richtlijn 2000/43, art. 20 Richtlijn 2000/6/54.

232 Commissie-aanbeveling 2018/951, *PbEU* 2018, L 167/28.

233 Zie voor meer informatie: www.mensenrechten.nl.

algemene gelijkheidsbeginsel verschenen, maar ook meer voorzichtige over positieve actie, gelijke pensioenrechten voor homoseksuele partners, een hoofddoekverbod op het werk en over gedwongen pensioenontslag. Met de tweede-generatierichtlijnen is duidelijk geworden dat niet elke discriminatiegrond van gelijke aard is en de maatschappelijke opvattingen hierover uiteen kunnen lopen. Dit heeft over het algemeen tot een gedifferentieerde en genuanceerde benadering in het recht geleid, al maakt dit het gelijkebehandelingsrecht tegelijkertijd ingewikkelder en daarmee soms ontoegankelijker. Vooral de objectieve rechtvaardigingstoets lijkt voor sommige discriminatiegronden onvoorspelbaarder geworden. Toch is wel duidelijk dat het Hof, in het verleden en ook na de uitbreiding van de EU, een belangrijke (pro)motor van het recht op gelijke behandeling was en is gebleven.²³⁴

234 Bijv. HvJ EU 5 november 2019, C-192/18 (*Commissie/Polen*).