

Aan Agentschap Binnenlands Bestuur
Afdeling Gelijke Kansen, Inburgering en Integratie

Van Prof. Dr. Jogchum Vrielink
Prof. Dr. Elke Cloots
Prof. Dr. Stefan Sottiaux
Dra. Marie Spinoy

Uw ref. ABB/GKII/GK/2019/01
Onze ref. 2019/14

Status Definitief

Datum 1 juli 2020

**EVALUATIE GELIJKEKANSENDECREET – DEEL I –
RECHTSVERGELIJKING**

A.	INLEIDING: ANALYSESCHEMA EN ONDERZOCHE LANDEN.....	7
1.	Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)	9
2.	Wanneer? (materieel toepassingsgebied).....	12
3.	Vormen van discriminatie.....	14
4.	Rechtvaardigingsgronden.....	16
5.	Positieve actie en proactieve maatregelen.....	18
6.	Handhaving	19
B.	HET VLAAMSE GELIJKEKANSENDECREET	22
1.	Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)	22
2.	Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied).....	23
3.	Vormen van discriminatie.....	29
4.	Rechtvaardigingsgronden.....	30
5.	Positieve actie	36
6.	Handhaving	36
(a)	Door wie?.....	36
(b)	Sancties	37

(c)	Bewijs.....	39
(d)	Bescherming tegen represailles	39
7.	Besluit	40
C.	DE BELGISCHE FEDERALE ANTIDISCRIMINATIEWETTEN	42
1.	Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)	42
2.	Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied).....	44
3.	Vormen van discriminatie.....	45
4.	Rechtvaardigingsgronden.....	47
5.	Positieve actie	50
6.	Handhaving	51
(a)	Door wie?.....	51
(b)	Sancties	52
(c)	Bewijs.....	53
(d)	Bescherming tegen represailles	54
7.	Besluit	54
D.	NEDERLAND	56
1.	Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)	57
2.	Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied).....	58
(a)	Algemene Wet Gelijke Behandeling.....	58
(b)	Wet Gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte	60
(c)	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid	62
(d)	Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.....	63
(e)	Wet onderscheid arbeidsduur en Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd 64	
(f)	Overzicht	65
3.	Vormen van discriminatie.....	65
(a)	Onderscheid vs. discriminatie	65
(b)	Vormen van discriminatie	66
(i)	Direct onderscheid	67
(ii)	Indirect onderscheid	68
(iii)	Andere verschijningsvormen	69
4.	Rechtvaardigingsgronden.....	71
(a)	Ras.....	71

(i)	Bepalende uiterlijke kenmerken die samenhangen met ras.....	71
(ii)	Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.....	72
(iii)	Positieve actie.....	73
(b)	Geslacht.....	73
(i)	Beschermingsmaatregelen.....	73
(iii)	Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.....	74
(iv)	Positieve actie.....	74
(v)	Geslachtonderscheid goederen en diensten.....	74
(c)	Nationaliteit.....	75
(i)	Nationaliteit bepalend.....	76
(ii)	Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.....	76
(iii)	Internationaal recht.....	76
(iv)	Nationaliteitsonderscheid goederen en diensten.....	76
(d)	Burgerlijke staat.....	77
(i)	Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.....	77
(ii)	Pensioenvoorzieningen.....	77
(iii)	Onderscheid op burgerlijke staat in goederen en diensten.....	78
(e)	Onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid	78
(i)	Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.....	78
(ii)	Tendensondernemingen.....	79
(iii)	Werkgevers- of werknemersorganisaties.....	80
(iv)	Goederen en diensten.....	81
(v)	Onderscheid in (bijzonder) onderwijs (enkel godsdienst en overtuiging).....	81
(vi)	‘Weigerambtenaren’ (enkel godsdienst en overtuiging).....	82
(f)	Onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid.....	82
(i)	Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.....	83
(ii)	Onderscheid op seksuele gerichtheid in goederen en diensten.....	83
(g)	Leeftijd.....	83
(i)	Werkgelegenheidsbeleid bepaalde leeftijdscategorieën.....	83
(ii)	Objectieve Rechtvaardiging.....	84
(iii)	Ontslag bij AOW-gerechtigde leeftijd.....	84
(h)	Handicap/Chronische ziekte.....	84

(i)	Veiligheid en gezondheid.....	84
(ii)	Positieve actie.....	85
(iii)	Rechtvaardiging geen redelijke aanpassing.....	85
(i)	Arbeidsduur en bepaalde/onbepaalde duur.....	85
(j)	Indirect onderscheid: alle gronden.....	86
5.	Positieve maatregelen.....	86
(a)	Positieve actie: ras, geslacht en handicap/chronische ziekte.....	86
(b)	Overige positieve maatregelen handicap/chronische ziekte.....	88
(c)	Overige positieve maatregelen/plichten geslacht en leeftijd.....	89
6.	Handhaving.....	90
(a)	Sancties.....	90
(i)	Strafbepalingen.....	90
(ii)	Burgerrechtelijke en administratiefrechtelijke sancties.....	91
(b)	Bewijs.....	92
(c)	Bescherming tegen represailles.....	92
(d)	Handhavingsinstellingen.....	93
(i)	College voor de Rechten van de Mens.....	93
(ii)	Gedecentraliseerde handhavingsinstellingen.....	93
7.	Besluit.....	94
E.	DUITSLAND.....	95
1.	Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied).....	95
2.	Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied).....	96
3.	Vormen van discriminatie.....	99
(a)	Directe discriminatie.....	99
(b)	Indirect onderscheid.....	99
(c)	Andere verschijningsvormen.....	100
4.	Rechtvaardigingsgronden.....	101
(a)	Ras.....	102
(i)	Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.....	102
(ii)	Positieve actie.....	102
(b)	(Aanvullende) gemeenschappelijke rechtvaardigingen voor geslacht, religie/overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele identiteit.....	103
(i)	Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten & positieve actie.....	103

(ii)	Verhuur: sociale/diverse mix	103
(iii)	Objectieve en redelijke rechtvaardiging: buiten arbeidsrelaties en verzekeringen.....	104
(c)	(Aanvullende) gemeenschappelijke rechtvaardigingen voor religie/levensovertuiging, handicap, leeftijd en seksuele identiteit.....	106
(d)	Religie en levensovertuiging.....	107
(e)	Leeftijd.....	108
(f)	Rechtvaardiging bij meervoudige discriminatie.....	110
(g)	Indirect onderscheid: alle gronden	110
5.	Positieve maatregelen	111
(a)	Positieve actie.....	111
(b)	Overige positieve maatregelen	111
6.	Handhaving	112
(a)	Sancties	112
(i)	Nietigheid.....	112
(ii)	Staking en schadevergoeding	112
(b)	Bewijs.....	113
(c)	Bescherming tegen represailles	113
(d)	Plichten voor werkgevers en rechten voor werknemers.....	114
(e)	Rol van verenigingen	117
(f)	Handhavingsinstellingen	119
(i)	Opdrachten, taken en bevoegdheden.....	119
(ii)	Samenwerking en dialoog met andere actoren.....	121
7.	Besluit.....	123
F.	HET VERENIGD KONINKRIJK	123
1.	Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)	124
2.	Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied).....	129
3.	Vormen van discriminatie.....	140
4.	Rechtvaardigingsgronden.....	143
5.	Positieve actie	145
6.	Handhaving	147
(a)	Door wie?.....	147
(b)	Sancties	152

(c)	Bewijs.....	154
(d)	Bescherming tegen represailles	155
G.	FRANKRIJK.....	156
1.	Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)	158
2.	Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied)	161
3.	Vormen van discriminatie.....	164
4.	Rechtvaardigingsgronden.....	166
5.	Positieve actie	169
6.	Handhaving	173
(a)	Door wie?.....	173
(b)	Sancties	177
(c)	Bewijs.....	179
(d)	Bescherming tegen represailles	180
F.	SYNTHESE VAN DE RECHTSVERGELIJKENDE STUDIE.....	180
1.	Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)	180
(a)	Beschermde persoonskenmerken	180
(b)	Meervoudige, associatieve en attributieve discriminatie	184
2.	Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied).....	187
3.	Vormen van discriminatie.....	189
(a)	Onderscheid v. discriminatie.....	190
(b)	Intimidatie/seksuele intimidatie	191
(i)	‘Ongewenst’ (of niet)	191
(ii)	Illustraties seksuele intimidatie	192
(iii)	Inperkingen	192
(c)	Conformiteit Unierecht	193
4.	Rechtvaardigingsgronden.....	193
(a)	Concrete(re) illustraties van objectieve en redelijke rechtvaardiging	194
(b)	Conformiteit Unierecht	195
5.	Proactieve/positieve maatregelen.....	196
(a)	Positieve actie: alle gronden?.....	196
(b)	Positieve actie: uitvoeringsbesluiten?	197
(c)	Toegankelijkheidsverplichtingen	198
(d)	Positieve plichten in advertenties.....	199

6.	Handhaving	199
(a)	Door wie?	199
(i)	Sterktes en zwaktes van elk type instelling	201
(ii)	Beide types	203
(b)	Sancties	204
(c)	Bewijs	205
(d)	Bescherming tegen represailles	206

A. INLEIDING: ANALYSESHEMA EN ONDERZOCHE LANDEN

1. In dit onderdeel van het rapport wordt – in aansluiting bij de eerste vraag uit het bestek¹ – onderzocht hoe de antidiscriminatieregeling² er in een aantal andere Europese lidstaten en in het Verenigd Koninkrijk als voormalige lidstaat uitziet, hoe de relevante “*Europese richtlijnen [er] geïmplementeerd [zijn]*” en hoe “*deze regelgevingen zich [verhouden] met de Vlaamse anti-discriminatieregeling*”.³

2. De vergelijking biedt een kader voor de ruimere evaluatie van het Gelijkekansendecreet. Verschillen in de wetgeving kunnen (desgewenst) dienen ter inspiratie voor aanbevelingen tot verandering. Ze bieden ook een ruimer beeld: verschilt Vlaanderen erg

¹ De formulering in het bestek luidde in haar geheel als volgt: “*Hoe ziet de anti-discriminatieregeling er uit in andere Europese lidstaten (in het bijzonder Duitsland, Nederland, Verenigd Koninkrijk en Frankrijk)? Hoe zijn daar de hierboven vermelde Europese richtlijnen geïmplementeerd? Is er zicht op voordelige en/of nadelige effecten? Hoe verhouden deze regelgevingen zich met de Vlaamse anti-discriminatieregeling?*”

² De vergelijking betreft enkel de discriminatierechtelijke aspecten *stricto sensu*. Het gaat dus niet eveneens om de eventuele *hate speech*-bepalingen van de betrokken landen. In de meeste landen zijn die overigens ook – in tegenstelling tot in België en Vlaanderen – niet opgenomen in de discriminatieregeling, maar ofwel in afzonderlijke bijzondere strafwetten (zoals in Frankrijk) dan wel in het algemene strafwetboek (zoals in Nederland en in Duitsland).

³ De relevante Europese richtlijnen zijn met name richtlijn 79/7/EEG van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (hierna: ‘Genderrichtlijn sociale zekerheid’); richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (hierna: ‘Rasrichtlijn’); richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (hierna: ‘Kaderrichtlijn’); richtlijn 2004/113/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (hierna: ‘Genderrichtlijn goederen en diensten’); richtlijn 2006/54/EG van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking) (hierna: ‘Genderrichtlijn arbeid en beroep’). Ook de *Work Life Balance* Richtlijn wordt hieronder in aanmerking genomen in de mate dat die een specifiek discriminatieverbod oplegt: richtlijn 2019/1158/EU van 20 juni 2019 betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers en tot intrekking van richtlijn 2010/18/EU van de Raad.

van de vergelijkingslanden in zijn wetgeving en (zo ja) biedt het meer of minder bescherming? Hoe kunnen die verschillen verklaard worden, wat is de achterliggende logica en is het wenselijk het Vlaamse decreet aan te passen in het licht daarvan?

3. De landen die voor de vergelijking geselecteerd werden, waren al opgenomen in het bestek en zijn telkens vergelijkbaar genoeg om een zinvolle rechtsvergelijking mogelijk te maken.⁴ Het gaat meer bepaald om Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk, Nederland en Duitsland. Als buurlanden met materieel gelijkaardige omstandigheden bieden Frankrijk, Nederland en Duitsland nuttige referentiepunten. Ook het Verenigd Koninkrijk, dat een pionier was op het vlak van antidiscriminatiewetgeving, kan inspiratie bieden. De antidiscriminatiewetgeving in de vier landen deelt bovendien de invloed die het EU-recht erop (gehad) heeft en de wetgeving reflecteert (veelal) ook de omzettingsverplichtingen van deze Europese antidiscriminatie-richtlijnen en de interpretatie ervan door het Hof van Justitie. Toch zijn de verschillende wetten geen ‘copy-paste’ van elkaar. EU-richtlijnen laten immers een zekere beleidsvrijheid in de omzetting en de implementerende wetgeving zal in iedere lidstaat dan ook verschillen in de precieze uitwerking.⁵ Bovendien zijn de Unierechtelijke antidiscriminatie-richtlijnen regels van minimumharmonisatie.⁶ Lidstaten mogen dan ook verdergaande bescherming bieden tegen discriminatie. Vooral wat betreft de aspecten waar de wetgeving verdergaande bescherming biedt en/of waar de richtlijnen beleidsruimte laten⁷, kan de vergelijking interessante resultaten opleveren en aanzetten tot reflectie over het Gelijkekansendecreet.

De antidiscriminatiewetgeving die op federaal niveau geldt, werd in deze rechtsvergelijkende analyse ook meegenomen. De begrippen, definities en handhavingsmechanismen zijn weliswaar sterk gelijkaardig, maar net daarom zijn de resterende (soms door de jaren heen gegroeide) verschillen interessant.⁸

4. Vooraleer aan de eigenlijke rechtsvergelijking in dit deel van het rapport kan worden begonnen, moet eerst vastgelegd worden wat vergeleken wordt. Er wordt geopteerd om bij het onderzoek van deze wetten te focussen op zes centrale aspecten van het antidiscriminatierecht die een houvast en structuur bieden in de analyse (en vergelijking faciliteren), maar die tegelijk ruim genoeg zijn om de verschillende regimes omvattend door te lichten. Het gaat om:

⁴ Vgl. K. ZWEIGERT & H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 714 p.

⁵ Daarnaast wijken de betrokken landen soms (onbewust maar ook bewust) af van de Unierechtelijke verplichtingen, zoals we zullen zien.

⁶ Artikel 6 Rasrichtlijn; artikel 8 Kaderrichtlijn; artikel 7 Genderrichtlijn goederen en diensten; artikel 27 Genderrichtlijn arbeid en beroep en artikel 16 Work Life Balance richtlijn.

⁷ Dergelijke beleidsruimte is er bijvoorbeeld wat betreft de sancties bij discriminatie. De richtlijnen geven enkel aan dat de sancties ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’ moeten zijn. Artikel 15 Rasrichtlijn; artikel 17 Kaderrichtlijn; artikel 14 Genderrichtlijn goederen en diensten; artikel 25 Genderrichtlijn arbeid en beroep en artikel 13 Work Life Balance richtlijn.

⁸ De rechtspraak op basis van deze wetgeving wordt overigens ook ten dele meegenomen in de analyse in deel II van dit rapport. Aangezien het om gelijkaardige wetgeving gaat, gelden lacunes of andere problemen in de (toepassing van de) wetgeving die blijken uit deze rechtspraak allicht ook voor het Gelijkekansendecreet.

1. Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied);
2. Wanneer? (materieel toepassingsgebied);
3. Vormen van discriminatie;
4. Rechtvaardigingsgronden;
5. Positieve actie en proactieve maatregelen;
6. Handhaving.

Hieronder wordt op elk van deze (analyse)elementen in algemene zin kort ingegaan, met aandacht voor enkele (terugkerende) conceptuele kwesties alsook voor de minimumnormen die voortvloeien uit het Europees recht.

1. **Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)**

5. De vraag naar het personeel toepassingsgebied van de wetgeving peilt (vooral)⁹ naar wie zich op de bescherming van de discriminatiewetgeving kan beroepen. Het gaat om de ‘beschermden kenmerken’ of nog, ‘(verboden) discriminatiegronden’. Een (direct of indirect) onderscheid op basis van deze kenmerken valt binnen het toepassingsgebied van de wetgeving en maakt, waar geen rechtvaardiging voorhanden is (cf. vraag 4) een verboden discriminatie uit.

6. Er zijn ruim gesproken **drie** mogelijke **benaderingen van het personeel toepassingsgebied** in antidiscriminatiewetten.¹⁰ De wet kan een *gesloten lijst* van beschermde kenmerken hanteren. Dan lijst de wet de kenmerken op en kenmerken die niet onder deze lijst vallen, komen niet in aanmerking voor de bescherming van de antidiscriminatiewetgeving. Zo kan iemand die zich gediscrimineerd voelt op basis van uiterlijk (*‘lookism’*) zich niet beroepen op een antidiscriminatiewet met een gesloten lijst waarvan een kenmerk zoals ‘uiterlijk’ geen deel uitmaakt. Ook rechters kunnen de wet dan uiteraard niet toepassen voor beweerde discriminaties op grond van niet-opgenomen kenmerken.

⁹ Het gaat daarnaast ook om de vraag naar het personele toepassingsgebied *stricto sensu*: dus welke individuen exact beschermd zijn tegen discriminatie (op de relevante gronden). Gaat het om alle inwoners van een land/grondgebied (mensenrechtelijke benadering) of gaat het bijvoorbeeld louter om personen die de nationaliteit van het betreffende land hebben (en/of, ruimer, de nationaliteit van een bepaalde groep landen, zoals die behorend tot de EU)? Dat punt blijft echter achterwege in de vergelijking omdat het voor alle landen identiek is: bescherming tegen discriminatie, onder de discriminatiereggeving, is in geen van de vergeleken landen afhankelijk van nationaliteit of verblijfstatus. Eenieder op het grondgebied is beschermd. Zulks vloeit ook rechtstreeks voort uit de Europese richtlijnen ter zake (zie bijv. de 13^{de} voorafgaande overweging bij richtlijn 2000/43/EG).

¹⁰ Vgl. S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 110-130; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 5; J. GERARDS, ‘Gronden van discriminatie- de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen’ in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK, *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten-les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, die Keure, 2008, 129-170.

Wanneer een gelijkheids- of non-discriminatiebepaling een *open lijst* hanteert, staan er geen beperkingen op de beschermde gronden. Al wie zich gediscrimineerd voelt op grond van gelijk welk kenmerk kan naar de rechter stappen omdat die meent dat de gelijkheids- of non-discriminatiebepaling geschonden is. Een in de wet omschreven vorm van discriminatie zonder rechtvaardiging valt dan steeds binnen het toepassingsgebied van de wet, ongeacht het gehanteerde criterium van onderscheid.

Ten slotte passen sommige gelijkheidsbepalingen ook een *hybride variant* toe waarbij wel een aantal beschermde kenmerken worden opgesomd maar de lijst ook ruimte laat voor toepassing van de wet op andere beschermde kenmerken. Zo heeft artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens het over ‘...discrimination on *any ground* such as sex, race, colour, language, religion...*or other status*’ (eigen cursivering). Een dergelijke opsomming geeft ook aan de rechter die deze bepaling toepast een mandaat om de bescherming van de wet naar analogie toe te passen op andere kenmerken.

Doorgaans gaat het bij (horizontaal toepasselijke) antidiscriminatiewetgeving (in tegenstelling tot bijv. grondwettelijke gelijkheidsbepalingen) om een gesloten lijst van beschermde kenmerken.¹¹ Hoewel de verplichtingen van de wetgeving dus (tot op zekere hoogte) ook voor particulieren en niet enkel voor de overheid gelden, is het personeel toepassingsgebied beperkt.

7. Welke gronden in de wetgeving vermeld worden, hangt sterk af van de nationale context. Doorgaans gaat het om kenmerken die in die nationale context een hoger risico op achterstelling met zich meebrengen en/of gepaard gaan met een geschiedenis van benadeling en discriminatie. Vaak zijn de kenmerken ofwel onveranderlijk ofwel het voorwerp van een ‘constitutieve keuze’, zodat we willen vermijden dat hier nadeel aan wordt verbonden.¹² In alle hier bestudeerde wetten zullen minstens de gronden van het Europese antidiscriminatie-acquis voorkomen, namelijk: geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid.¹³ Voor elk land zullen de beschermde gronden

¹¹ Hoewel daar zeker uitzonderingen op zijn: ook sommige horizontale discriminatiewetten hebben open of halfopen lijsten. Maar dat is wel zeldzaam.

¹² Vgl. S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 130-139; J. GERARDS, ‘Gronden van discriminatie- de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen’, 144-152.

¹³ Het EU acquis zelf hanteert overigens een gesloten lijst van gronden. Het gelijkheidsbeginsel en verbod van discriminatie wel gelden als algemene beginsels van de EU rechtsorde (dat ook uitdrukking vindt in artikels 20 en 21 van het Handvest van de Grondrechten van de EU). Zie bv. HvJ 18 december 2014, C-354/13, *Kaltoft*. Zie uitgebreider M. SPINOY & S. SOTTIAUX, ‘Discriminatiewetgeving revisited-Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie (2012-2017)’ in S. SOTTIAUX (ed.), *Publiekrecht* (Themis 103), Brugge, die Keure, 2018, 121-124 en S. SOTTIAUX & J. VRIELINK, ‘Verschillende Gelijkheden? Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie’ in A. ALEN, G. MAES en S. SOTTIAUX (eds.), *Themis Publiekrecht* (no.70), Brugge, die Keure, 2011-12, 7-9. Ook in specifiekere richtlijnen die niet tot het antidiscriminatie-acquis *stricto sensu* behoren, is bescherming opgenomen tegen discriminatie op bepaalde gronden. Zie bv. Richtlijn 97/81/EG van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid over het verbod van discriminatie van deeltijdse werknemers ten opzichte van voltijdse werknemers. Ook de Work Life Balance richtlijn verbiedt discriminatie op grond van het (willen) gebruikmaken van in die Richtlijn omschreven ouderschaps- en mantelzorgverloven, het inroepen van

opgesomd worden. Ook relevant om hier in acht te nemen is de manier waarop de gronden (nader) uitgewerkt en geïnterpreteerd worden in de wetgeving en soms ook in de rechtspraak. Een ruime interpretatie kan zo ook andere beschermde ‘sub-kenmerken’ in zich dragen. Zo beschouwt het Hof van Justitie discriminatie op basis van zwangerschap en op basis van geslachtsverandering ook als vormen van discriminatie op grond van geslacht.¹⁴

8. Hierbij aansluitend stelt de vraag zich ook of **zowel werkelijke als vermeende kenmerken** onder de wetgeving vallen.¹⁵ Met andere woorden: volstaat het dat een discriminator *veronderstelde* dat het slachtoffer drager was van een beschermd kenmerk of moet het slachtoffer dit kenmerk ook effectief ‘hebben’ vooraleer de bescherming van de antidiscriminatie wetgeving geldt?¹⁶ Zo kan gedacht worden aan iemand die niet wordt aangenomen omdat de werkgever denkt dat die persoon aan obesitas lijdt en dit de *job performance* zou hinderen.¹⁷ De niet-aaneming gebeurt dan ongeacht het feit dat de persoon in kwestie niet aan obesitas lijdt of dat obesitas voor deze job geen hindernis vormt.

Daarnaast wordt ook telkens bekeken of de wet **enkel eigen of ook bij associatie toegekende kenmerken** beschermt. Discriminatie bij associatie duidt op de situaties waarin iemand anders dan de persoon met een beschermd kenmerk op basis van dat beschermd kenmerk gediscrimineerd wordt.¹⁸ Men kan bijvoorbeeld denken aan intimidatie van een vrouw omdat haar zontje een handicap heeft.¹⁹ Het Hof van Justitie aanvaardde dat ook dergelijke associatieve discriminatie verboden is binnen het EU antidiscriminatie-acquis.²⁰ De vraag of

overmacht wegens familiale omstandigheden en het aanvragen van flexibele werkregelingen voor de combinatie met mantelzorg of zorg voor kinderen (artikel 11).

¹⁴ Bv. HvJ 8 november 1990, C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus* en HvJ 30 april 1996, C-13/94, *P v. S and Cornwall County Council*. Zie uitgebreider Bureau van de EU voor de grondrechten en Raad van Europa, *Handbook on European non-discrimination law*, Luxemburg, Publicatiebureau van de EU, 2018, 164-166 & 172. Vgl. S. SOTTIAUX & J. VRIELINK, “Verschillende Gelijkheden? Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie” in A. ALEN, G. MAES en S. SOTTIAUX (eds.), *Themis Publiekrecht* (no.70), Brugge, die Keure, 2011-12, 18-20 over het verband tussen huwelijk en/of geregistreerd partnerschap en seksuele geaardheid.

¹⁵ Zie uitgebreider M. SPINOY en J. VRIELINK, ‘IV.1.2 Discriminations directes et indirectes par association (et attribution)’, in I. HACHEZ en J. VRIELINK, *Les Grands Arrêts en Matière de Handicap*, 2020, te verschijnen, 219-245.

¹⁶ Attributieve discriminatie kan ruim gesproken twee vormen aannemen. Enerzijds kan de discriminator er ten onrechte van uitgaan dat een persoon drager is van een beschermd kenmerk. Anderzijds kan attributieve discriminatie ook bestaan uit het ten onrechte toedichten van bepaalde eigenschappen aan het beschermd kenmerk. Hoewel de persoon die gediscrimineerd wordt wel drager is van het beschermd kenmerk, hoort daar niet het gevolg bij dat de discriminator er wel mee associeert. Zie uitvoerig: M. SPINOY en J. VRIELINK, ‘IV.1.2 Discriminations directes et indirectes par association (et attribution)’, 219-245.

¹⁷ Zie bv. Arbrb. Luik 20 juni 2016, www.unia.be.

¹⁸ Voor een uitgebreidere categorisering zie M. SPINOY en J. VRIELINK, ‘IV.1.2 Discriminations directes et indirectes par association (et attribution)’, 224-226.

¹⁹ Bv. HvJ 17 juli 2008, C-303/06, *Coleman v. Attridge Law*.

²⁰ Minstens wat betreft intimidatie, directe en indirecte discriminatie. HvJ 17 juli 2008, C-303/06, *Coleman v. Attridge Law*; HvJ 16 juli 2015, C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria v. Komisia za zashchita ot diskriminatsia*. M. SPINOY en J. VRIELINK, ‘IV.1.2 Discriminations directes et indirectes par association (et attribution)’, 228-236.

associatieve discriminatie in de nationale wetgeving verboden is, zal dus vooral relevant zijn waar die verdergaande bescherming biedt (bijv. op basis van andere beschermde kenmerken) dan het EU-recht.

Een laatste vraag die hierbij rijst, is of de wetgeving ook **discriminatie op grond van meer dan één en/of een combinatie van beschermde kenmerken** verbiedt en zo ja, welke gevolgen hier dan aan verbonden worden doorheen de procedure en op vlak van eventuele sancties.²¹ Het kan bij dergelijke zogenaamde ‘meervoudig discriminaties’ gaan om meerdere discriminaties op grond van meerdere beschermde kenmerken die op elk van die kenmerken afzonderlijk ook een zelfstandige discriminatie zouden uitmaken (*successieve/‘sequential’ meervoudige discriminatie* wanneer de discriminaties zich op een ander moment voordoen, *samengestelde of ‘compound’ meervoudige discriminatie* wanneer de discriminaties zich gelijktijdig voordoen). Daarnaast kan het bij meervoudige discriminatie ook gaan om een discriminatie op grond van een *combinatie* van meerdere beschermde kenmerken waar geen zelfstandige (directe) discriminatie op een van die gronden bestaat: *intersectionele (meervoudige) discriminatie*. Het gaat dan om de intersectie van die twee (of meerdere) gronden die er – bij de directe verschijningsvorm – voor zorgt voor een nadeel dat er niet (noodzakelijk) zou zijn als het slachtoffer slechts één van die gronden had: gedacht kan worden aan een boerkiniverbod dat ook echt louter een boerkiniverbod is²² (en dus een rechtstreekse benadeling vormt op (enkel) de combinatie van geslacht en religie), of een Roma-vrouw die gediscrimineerd wordt in de toegang tot een bevallingsafdeling van een ziekenhuis, waar Roma niet in andere afdelingen van het ziekenhuis gediscrimineerd worden.²³ Het EU-recht verbiedt (vooralsnog) geen intersectionele discriminatie maar in beginsel wel ‘gewone’ meervoudige discriminatie (daar de ‘gewone’ meervoudige verschijningsvormen als afzonderlijke discriminaties aangevochten kunnen worden).²⁴

2. Wanneer? (materieel toepassingsgebied)

²¹ Zie over de verschillende vormen van meervoudige en intersectionele discriminatie ook S. VINCENT & J. VRIELINK, ‘Discriminations multiple et intersectionnelle’, in I. HACHEZ en J. VRIELINK, *Les Grands Arrêts en Matière de Handicap*, 2020, te verschijnen, 249-253 en S. FREDMAN, *Discrimination law*, 139-143.

²² Indien het daarentegen zou gaan om een neutraal verbod op ‘lichaamsbedekkende zwemkledij’, dan zou het louter gaan om een indirecte intersectionele discriminatie (en tegelijk om een indirecte discriminatie op de afzonderlijke gronden).

²³ Zie bv. K. CRENSHAW, ‘Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Anti-discrimination doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics’, *University of Chicago Legal Forum* 1989, 139-152 die de term *intersectionality* ontwikkelde over het nadeel dat zwarte vrouwen ondervinden en S. FREDMAN, *Discrimination law*, 141-143 over het nadeel van vrouwen met een migratie-achtergrond.

²⁴ Zie o.m. overweging 14 Rasrichtlijn; overweging 3 Kaderrichtlijn; HvJ 24 november 2016, C-443/15, *David L. Parris v. Trinity College Dublin and Others*; S. VINCENT & J. VRIELINK, ‘Discriminations multiple et intersectionnelle’, 254-265.

9. Het materiële toepassingsgebied kan onderverdeeld worden in twee aspecten: **voor wie** (overheid en particulieren) gelden de verplichtingen en **in welke domeinen?**

De antidiscriminatieverplichtingen kunnen verticaal en/of horizontaal van toepassing zijn. *Verticale* toepassing wil zeggen dat de verplichtingen op overheidsactoren rusten.²⁵ Bij een *horizontale* toepassing gelden de verplichtingen (ook) voor particulieren. Doorgaans zijn antidiscriminatiewetten zowel verticaal als horizontaal van toepassing²⁶ (en dat geldt ook voor antidiscriminatiewetgeving ter implementatie van de Europese richtlijnen²⁷).

Daartegenover staat echter in de regel een beperking in het aantal domeinen waarop de antidiscriminatiewetgeving van toepassing is. De bepalingen van de antidiscriminatiewetgeving gelden dan niet onverkort tussen alle private personen onderling maar enkel voor wie controle heeft over de toegang tot bepaalde belangrijke rechtsgoederen (bijvoorbeeld arbeid, goederen en diensten, onderwijs, sociale voordelen, culturele voorzieningen).²⁸

10. Op EU-niveau verschilt het (opgelegde) materieel toepassingsgebied afhankelijk van de beschermde grond. Algemeen gesproken geldt het volgende²⁹:

Discriminatie op grond van:	Ras, etnische origine (Richtlijn 2000/43)	Godsdienst of overtuiging, leeftijd, handicap, seksuele geaardheid (Richtlijn 2000/78)	Geslacht (Richtlijnen 79/7, 2004/113 en 2006/54)
Verboden voor wat betreft:			
Arbeidsbetrekkingen	Ja	Ja	Ja
Aanbieden van goederen en diensten	Ja	Nee	Ja

²⁵ Doorgaans inclusief private actoren aan wie zij overheidsfuncties uitbesteden.

²⁶ In tegenstelling tot bijvoorbeeld de meeste grondwettelijke gelijkheidsgaranties.

²⁷ Zie bv. artikel 3 Rasrichtlijn; artikel 3 Kaderrichtlijn; artikel 3 Genderrichtlijn goederen en diensten; artikel 14 Genderrichtlijn arbeid en beroep.

²⁸ S. SOTTIAUX, "Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen", *RW* 2008-09, 691-696; S. SOTTIAUX & J. VRIELINK, "Verschillende Gelijkheden? Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie", 1-5.

²⁹ Zie uitgebreider Bureau van de EU voor de grondrechten en Raad van Europa, *Handbook on European non-discrimination law*, 37-38. Vgl. het voorstel voor de nieuwe Richtlijn dat in 2008 door de Commissie geïntroduceerd werd en dat het materiële toepassingsgebied voor de meeste beschermde gronden gevoelig zou uitbreiden. COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, voorstel van 2 juli 2008 voor een Richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, nr. 2008/0140, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008PC0426&from=en>

Sociale zekerheid (van de staat)	Ja	Nee	Ja
Sociale zekerheid (beroepsregeling)	Ja	Ja	Ja
Onderwijs	Ja	Nee	Nee

Sommige lidstaten hanteren een gelijkaardige gefragmenteerde bescherming per maatschappelijk domein. Andere opteren voor een gelijkschakeling (*leveling up*) van de bescherming zodat het sterkste beschermingsregime ook (geheel of gedeeltelijk) voor andere beschermde kenmerken geldt.

3. Vormen van discriminatie

11. De wetgeving kan verschillende vormen van discriminatie verbieden. We sommen hier de belangrijkste verschijningsvormen kort op, die overigens ook allemaal unierechtelijk beschermd worden in de actuele richtlijnen³⁰, zodat de in de rechtsvergelijking betrokken landen minstens tegen al deze discriminatievormen bescherming moeten instellen in de door die richtlijnen bestreken domeinen.

12. Een eerste discriminatievorm is **directe discriminatie**: een directe discriminatie doet zich voor wanneer een direct onderscheid in behandeling wordt gemaakt dat niet gerechtvaardigd kan worden (cf. infra). Doorgaans wordt hiermee een ongunstigere behandeling van een persoon met een beschermd kenmerk in vergelijking met personen zonder het beschermd kenmerk geïsoleerd.³¹ Tussen de ongunstigere behandeling en het beschermd criterium moet verder een oorzakelijk verband zijn.³² Men kan bijvoorbeeld denken aan de

³⁰ Directe discriminatie, indirecte discriminatie, intimidatie en het opdracht geven tot discrimineren worden gedefinieerd in artikel 2 Rasrichtlijn, artikel 2 Kaderrichtlijn, artikel 2 Genderrichtlijn goederen en diensten en artikel 2 Genderrichtlijn arbeid en beroep. Naar de overige verschijningsvormen van discriminatie, die niet in alle richtlijnen (en voor alle beschermde kenmerken) verboden zijn, wordt hieronder verwezen in de relevante alinea's.

³¹ Er moet echter geen identificeerbaar slachtoffer zijn. HvJ 10 juli 2008, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn*; HvJ 25 april 2013, C-81/12, *Asociația ACCEPT v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*; HvJ 23 april 2020, C-507/18, *NH v. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*.

³² Volgens het Hof van Justitie bestaat zo'n oorzakelijk verband ook wanneer het onderscheid gemaakt wordt op basis van een noodzakelijk of onlosmakelijk met een grond verbonden kenmerk. Zo'n onlosmakelijk verband bestaat bijvoorbeeld tussen zwangerschap en geslacht maar ook tussen huwelijk en geregistreerd partnerschap indien dit enkel voor koppels van verschillend geslacht openstaat en

situatie waarin een vacature enkel voor mannen wordt opengesteld. Vrouwen worden hier ongunstiger behandeld dan mannen op grond van geslacht. Als voor deze ongelijke behandeling geen (rechtens aanvaardbare) rechtvaardiging (mogelijk) is, gaat het om een verboden directe discriminatie.

13. Ten tweede verbiedt de meeste antidiscriminatiewetgeving ook **indirecte discriminatie** of het maken van een verboden indirect onderscheid in behandeling. Bij indirecte discriminatie heeft een ogenschijnlijk neutraal criterium van onderscheid als effect dat personen met een handicap in het bijzonder benadeeld worden in vergelijking met de niet-beschermde groep.³³ Waar de vergelijking bij directe discriminatie op individueel niveau, tussen personen, plaatsvindt, gebeurt die bij indirecte discriminatie dus gewoonlijk op groepsniveau. Een lengtevereiste als toelatingsvoorwaarde voor jobs kan zo een indirecte discriminatie uitmaken op grond van geslacht omdat vrouwen gemiddeld kleiner zijn en hierdoor dus in het bijzonder benadeeld kunnen worden. Ook hier geldt dat dit een verboden discriminatie uitmaakt tenzij er een rechtvaardiging voorhanden is. Doorgaans zijn de rechtvaardigingsmogelijkheden voor indirecte discriminatie ruimer dan voor directe discriminatie (infra 4).

14. In de Europese richtlijn vinden we ook een verbod op **intimidatie** en (in de genderrichtlijnen bovendien) op **seksuele intimidatie**³⁴, als verschijningsvormen van discriminatie.³⁵ Ruim gesproken wordt hiermee bedoeld op ongewenst (seksueel) gedrag dat verband houdt met een beschermde grond en dat als doel of effect heeft de waardigheid van een persoon aan te tasten en/of dat een intimiderende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving creëert. Het gaat dan bijvoorbeeld om iemand die op het werk gepest wordt omwille van het feit dat haar kind een handicap heeft.³⁶

15. Ook verbieden de richtlijnen **opdracht te geven tot discrimineren**. In de richtlijnen is de definitie hiervan eenvoudig, stellende dat “een opdracht tot het discrimineren van personen op basis van een van de [beschermde gronden], wordt beschouwd als discriminatie”. Het gaat dan minstens om situaties waarin, door hiërarchisch hogergeschikten, (bindende) instructies worden gegeven om te discrimineren op basis van een beschermd kenmerk. In de

seksuele geaardheid. Een onderscheid op grond van zwangerschap of op grond van huwelijk en geregistreerd partnerschap kan dan ook een directe discriminatie op grond van respectievelijk geslacht of seksuele geaardheid uitmaken. Zie uitgebreider S. SOTTIAUX & J. VRIELINK, “Verschillende Gelijkheden? Recente Europese en nationale rechtspraak over discriminatie”, 18-20 en E. CLOOTS, ‘Corporate Headscarf Bans Before the Court of Justice: Safe Harbour or Open Sea?’, *CMLR* 2018, 606-608.

³³ Hoe en of die benadeling aangetoond moet worden kan variëren van land tot land. Soms kan volstaan worden met het aantonen dat die benadeling mogelijk of waarschijnlijk is. Soms moet aangetoond worden dat er effectief een benadeling is, bv. via statistieken. Vgl. M. SPINOY & J. VRIELINK, ‘IV.1. Les discriminations directes et indirectes’, in I. HACHEZ en J. VRIELINK, *Les Grands Arrêts en Matière de Handicap*, 2020, te verschijnen, 206-209.

³⁴ Artikels 2 en 4 Genderrichtlijn goederen & diensten; artikel 2 Genderrichtlijn arbeid & beroep.

³⁵ Dit wordt ook wel gezien als een specifiekere vorm van directe discriminatie. Bureau van de EU voor de grondrechten en Raad van Europa, *Handbook on European non-discrimination law*, 64.

³⁶ Bv. HvJ 17 juli 2008, C-303/06, *Coleman v. Attridge Law*.

afwezigheid van verduidelijkende rechtspraak pleiten sommige auteurs en instellingen voor een ruimere interpretatie waarbij iemand een voorkeur uitdrukt of mensen aanmoedigt om te discrimineren.³⁷

16. Ten slotte kan ook het **weigeren van redelijke aanpassingen** discriminatie (of minstens een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel) uitmaken. Redelijke aanpassingen gelden naar Europees recht enkel in de arbeidsverhoudingen voor personen met een handicap.³⁸ Redelijke aanpassingen houden “*in dat de werkgever, naargelang de behoefte, in een concrete situatie passende maatregelen neemt om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen*”.³⁹ In veel lidstaten werd de verplichting ruimer geïmplementeerd. Redelijke aanpassingen vragen meer dan een verbod op discrimineren. Ze vergen immers dat de algemene norm wordt aangepast in individuele situaties waar mensen met een beschermd kenmerk andere noden hebben en dus een andere behandeling vergen dan de norm is om tot materiële of feitelijke gelijkheid te komen.⁴⁰ Hoewel dit buiten Europa niet steeds het geval is, beperken de meeste⁴¹ Europese landen deze redelijke-aanpassingenverplichting tot het beschermde kenmerk handicap. Zoals hieronder besproken wordt, is de verplichting echter geenszins onvoorwaardelijk.

4. Rechtvaardigingsgronden

17. Niet elk verschil in behandeling maakt noodzakelijk een (verboden) discriminatie uit. De juridische beoordeling van discriminatie bestaat uit twee stappen. Eerst wordt onderzocht of sprake is van een ‘verdacht’ en *prima facie* discriminerend onderscheid. Indien dit het geval is, wordt nagegaan of er een rechtvaardiging voor is. Enkel wanneer er geen (rechtens aanvaardbare of toelaatbare) rechtvaardiging is, is er sprake van juridisch verboden discriminatie.

³⁷ Zie Bureau van de EU voor de grondrechten en Raad van Europa, *Handbook on European non-discrimination law*, 67.

³⁸ Artikels 2 en 5 Kaderrichtlijn.

³⁹ Artikel 5 Kaderrichtlijn.

⁴⁰ Met materiële of feitelijke gelijkheid wordt bedoeld op een groep concepten die ‘echte’ gelijkheid nastreven zoals gelijkheid van kansen of gelijkheid van uitkomst. Dit gelijkheidsconcept wijst er onder meer op dat het nodig kan zijn mensen in ongelijke situaties ongelijk te behandelen om gelijkheid te bekomen. Tegenover materiële gelijkheid staat formele of juridische gelijkheid, dat zich beperkt tot een gelijke behandeling. Bv. D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, 2-3.

⁴¹ Zie uitvoerig EUROPEAN COMMISSION, ‘Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe?’, Brussel, EC, 2013.

18. Ook wat betreft rechtvaardigingsmogelijkheden, zijn meerdere benaderingen te onderscheiden.⁴² In een open systeem bepaalt de wet slechts op algemene wijze dat discriminatoire ongelijkheden verboden zijn en laat het de beslissing in concrete situaties over aan de beoordelingsvrijheid van de rechter. Een bepaling dat een onderscheid verboden is, tenzij het evenredig of proportioneel is, vormt een voorbeeld van zo'n open bepaling.

In een gesloten systeem schrijft de wet limitatief voor welke rechtvaardigingsgronden ingeroepen kunnen worden. Ook een combinatie van beide systemen is mogelijk. Tegen discriminatie op bepaalde gronden in bepaalde toepassingsgebieden wordt dan sterkere bescherming nodig geacht dan voor andere en wordt limitatief bepaald welke gronden ingeroepen kunnen worden. Voor de overige gronden wordt dan een open proportionaliteitstoets gehanteerd.

19. Onder het Europese systeem, dat zoals gezegd van toepassing is in alle besproken landen, geldt voor direct onderscheid op alle gronden een (min of meer) gesloten systeem. Wel verschillen de rechtvaardigingsmogelijkheden daarbij nogal sterk van grond tot grond. *Grosso modo* gelden de strengste regels voor ras/ethniciteit, vervolgens voor geslacht, en dan seksuele geaardheid, religie, leeftijd en handicap (waarbij zeker voor die laatste drie nogal wat bijkomende en specifieke rechtvaardigingsgronden mogelijk zijn).⁴³

Bij indirecte discriminatie onder het Europese systeem gaat het bij alle gronden om een zogenaamde 'objectieve en redelijke rechtvaardigingstoets', die de vorm heeft van een klassieke evenredigheidstest. Het gaat dan om een verboden discriminatie tenzij de "bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn."⁴⁴ Bij de plicht om redelijke aanpassingen door te voeren stellen de richtlijnen, voor personen met een handicap in de context van arbeid, dat die plicht niet geldt als "de maatregelen voor de werkgever geen "onevenredige belasting vormen" (waarbij rekening moet worden gehouden met de vraag of "die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het door de lidstaten gevoerde beleid inzake personen met een handicap").⁴⁵ Dat is dus het minimum waar men zich in arbeid aan moet houden. Maar zeker buiten die context (of voor andere gronden) mag men andere criteria hanteren.

Bij intimidatie en seksuele intimidatie zijn in de Unierechtelijke definitie niet zozeer rechtvaardigingsmogelijkheden voorzien: daarbij gaat het dus veeleer om de vraag of voldaan is aan de definitie, inclusief of er 'externe' overwegingen (zoals de expressievrijheid) kunnen zijn die maken dat dat niet het geval is.

⁴² S. SOTTIAUX, 'De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht', in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK, *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten-les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Brugge, die Keure, 2008, 230-235.

⁴³ Zie art. 2 & 4 Rasrichtlijn; artikels 2, 4, 5 & 6 Kaderrichtlijn; artikel 4 Genderrichtlijn goederen & diensten; art. 2, 8 & 14 Genderrichtlijn arbeid & beroep.

⁴⁴ Artikel 2 Rasrichtlijn; artikel 2 Kaderrichtlijn; artikel 2 Genderrichtlijn goederen & diensten en artikel 2 Genderrichtlijn arbeid & beroep.

⁴⁵ Zie artikels 2 en 5 Kaderrichtlijn.

Ten slotte wordt ook de positieve actie die onder de volgende titel besproken wordt, soms onder rechtvaardigingsgronden behandeld. Waar positieve actie toegelaten wordt, kan die inderdaad – ook Unierechtelijk⁴⁶ – rechtvaardigen dat iemand gunstiger (en dus een ander ongunstiger) behandeld wordt op basis van een beschermd kenmerk (mits uiteraard aan de eisen voor een legitieme positieve actie is voldaan).

5. Positieve actie en proactieve maatregelen

20. Een volgende belangrijk analyse-element vloeit voort uit een fundamentele kritiek op klassieke horizontale antidiscriminatiewetgeving, namelijk de beperkte slagkracht ten opzichte van structurele discriminatie.⁴⁷ Met structurele of institutionele discriminatie wordt gewezen op het feit dat maatschappelijke ordeningsprincipes of structuren een systematische benadeling of uitsluitingen van bepaalde groepen met zich mee kunnen brengen.⁴⁸ Door de afhankelijkheid van individuele klachten (die heel wat kunnen vergen van slachtoffers) en het individuele klachtenmodel waar dit veelal in resulteert, blijven de gevolgen van een juridische uitspraak gewoonlijk beperkt tot de partijen in het geding en blijft de structurele discriminatie grotendeels onaangetast.⁴⁹

Het proactieve discriminatie- en diversiteitsrecht wil hier dan ook aan tegemoet komen en legt de klemtoon op verplichtingen voor ‘institutionele actoren’, die een impact hebben op discriminerende structuren. Het gaat in de eerste plaats om overheden, maar ook bijvoorbeeld scholen, ondernemingen of andere private actoren met een maatschappelijke impact kunnen binnen het toepassingsgebied van dergelijke rechtsnormen vallen. De doelstelling is niet in de eerste plaats op te treden tegen onrechtmatig handelen maar wel gelijkheid van kansen bevorderen of ruimte scheppen voor diversiteit; maatregelen ter zake zijn dus toegespitst op de positieverbetering van specifieke achtergestelde groepen.

21. Er bestaan allerlei vormen van proactief antidiscriminatierecht die ook variëren in hoe bindend ze bepaalde resultaten opleggen. De verplichting tot *mainstreaming* bijvoorbeeld houdt in dat publieke (en soms ook private) actoren telkens zij een beleid uitvaardigen, reflecteren over de impact daarvan op kwetsbare groepen en op de mate waarin het uit te vaardigen beleid de achterstelling van die groepen kan tegengaan. Ook mensen uit ondervertegenwoordigde groepen aanmoedigen om zich kandidaat te stellen voor een bepaalde positie zonder enige verdere bevoordeling in de selectieprocedure is een vorm van proactief

⁴⁶ Artikel 5 Rasrichtlijn; artikel 7 Kaderrichtlijn; artikel 6 Genderrichtlijn goederen & diensten en artikel 3 Genderrichtlijn arbeid & beroep.

⁴⁷ Zie bv. S. SOTTIAUX, “Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, 699-702; S. FREDMAN, *Discrimination law*, 279-302.

⁴⁸ Vaak komt deze discriminatie overigens niet voort uit slechte bedoelingen of een persoonlijke fout van degene die discrimineert. S. SOTTIAUX, “Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, 699-700.

⁴⁹ S. SOTTIAUX, “Het gelijkheidsbeginsel: langs oude paden en nieuwe wegen”, 699-702; S. FREDMAN, *Discrimination law*, 279-302.

discriminatierecht. Het kan, verdergaand, ook gaan om een gewaarborgde aanwezigheid in de voorselectiefase, voor bepaalde groepen. Een ander bekend voorbeeld is het opleggen van zachte quota (streefcijfers) of zelfs harde/bindende quota, in de eindresultaten van aanwerving.

Het concept van proactieve maatregelen overlapt deels met wat aangeduid wordt als ‘positieve actie’. Van dat begrip bestaan allerlei (ruime en minder ruime) definities, maar Unierechtelijk gaat het om het handhaven of treffen van specifieke maatregelen “*om de nadelen verband houdende met een [discriminatiegrond] te voorkomen of te compenseren*” en zulks teneinde “*volledige gelijkheid (...) te waarborgen*” ofwel specifiek “*in het beroepsleven*” (voor die gronden die enkel in die context beschermd zijn) dan wel “*in de praktijk*” (voor de ruimer beschermde gronden, ras en geslacht).⁵⁰ Hoewel de EU-richtlijnen niet in de weg staan van positieve actie laten ze de vraag of het wordt toegestaan (en zo ja, welke vormen) aan de beoordelingsvrijheid van de lidstaten.⁵¹ Lidstaten kunnen dus in hun wetgeving voorzien dat positieve actie is toegestaan, maar ze hoeven dat niet te doen.

6. Handhaving

22. Het zesde luik betreft de handhaving in de ruime zin. Handhaving bepaalt voor een groot deel hoe effectief de bescherming van de wetgeving is. De procedureregels, bewijsregels en sancties die in de antidiscriminatiewetgeving worden vastgelegd, zijn hierbij essentieel.

23. Ten eerste gaan we na *wie* geacht wordt de discriminatiereggeving te handhaven. Zoals hierboven werd aangegeven, kunnen de inspanningen en kosten die het opstarten van een procedure vergen van individuele slachtoffers een obstakel vormen voor de effectiviteit van de antidiscriminatiewetgeving. Om die reden zie je dat men vaak op diverse manieren probeert drempels op dat vlak te minimaliseren.

24. Zo zijn er vaak procedurele mechanismen die deze individuele inspanning kunnen overstijgen of ondersteunen. Sommige landen voerden bijvoorbeeld *class action* mechanismen in om slachtoffers van discriminatie die terug te leiden valt tot eenzelfde ‘discriminator’ toe te laten hun vorderingen te bundelen in een gezamenlijke procedure. Een andere vorm van ondersteuning van het individuele slachtoffer kan via ondersteuning door belangenorganisaties, vakbonden of bepaalde (vaak gespecialiseerde) overheidsinstellingen. Bij die laatste gaat het vaak om gelijkheidsorganen of mensenrechteninstellingen die doorgaans ook nog op andere manieren de structurele aspecten van discriminatie proberen ten te gaan, bijvoorbeeld door campagnes, uitgebreidere rapportering en onderzoek over (aspecten van) discriminatie op niveau van de samenleving.

⁵⁰ Artikel 5 Rasrichtlijn; artikel 7 Kaderrichtlijn; artikel 6 Genderrichtlijn goederen & diensten en artikel 3 Genderrichtlijn arbeid & beroep.

⁵¹ Binnen bepaalde kaders die de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft bepaald, specifiek in de context van geslacht en tewerkstelling. Bureau van de EU voor de grondrechten en Raad van Europa, *Handbook on European non-discrimination law*, 73-77.

25. Ook op *bewijsvlak* worden vaak maatregelen genomen, gelet op de context van machts- en informatie-asymmetrie. Veel landen komen meer bepaald aan deze bekommernis tegemoet door de bewijslast te verdelen tussen eiser en verweerder (cf. infra); ook in het Unierecht is dat het geval.

26. Daarnaast voorziet de wetgeving vaak ook in *bescherming tegen represailles* voor wie discriminatie aankaat. De achterliggende idee is dat wie dergelijke represailles moet vrezen geen klacht zal durven indienen. Dergelijke bescherming kan algemeen geformuleerd zijn zodat al wie discriminatie aankaat beschermd is tegen elke vorm van benadeling. In sommige landen is deze bescherming beperkt tot bijvoorbeeld wie een vordering opstart of een klacht indient bij het gelijkheidsorgaan of tot bepaalde vormen van discriminatie of tot bepaalde represailles. De bescherming kan bovendien ook uitgestrekt worden tot andere personen dan het slachtoffer van de discriminatie. De formulering van deze categorie kan dus meer of minder beperkt zijn.

27. Ten slotte zijn de eventuele *sancties* van belang en ook daar variëren landen onderling. Het kan gaan om burgerrechtelijke sancties: schadevergoedingen en bevelen om discriminaties te staken. Maar in sommige landen kunnen rechterlijke uitspraken ook (al dan niet in detail) aangeven hoe de ‘discriminator’ verdere discriminatie kan vermijden, niet enkel ten opzichte van het slachtoffer in de concrete zaak maar ook ten opzichte van al wie zich in een gelijkaardige situatie bevindt (zie infra VK). Strafrechtelijke sancties en handhaving zijn evenwel in sommige landen ook mogelijk.

28. Het EU-recht legt inzake de bovenstaande aspecten een aantal basisprincipes en vereisten op, maar laat in veel gevallen de meer gedetailleerde implementering daarvan grotendeels aan de lidstaten. Zo bepaalt het expliciet dat lidstaten vrij blijven om de verjaringstermijn voor het instellen van een vordering te bepalen.⁵² Concreet vereist de Unieregelgeving⁵³ voorts dat lidstaten:

- ‘gepaste procedures’ (gerechtelijk, administratief en waar ze dit passend achten bemiddelingsprocedures) voorzien om voor individuele slachtoffers wettelijke bescherming tegen discriminatie te verzekeren⁵⁴;

⁵² Artikel 7,3 Rasrichtlijn; artikel 9, 3 Kaderrichtlijn; artikel 8,3 Genderrichtlijn goederen & diensten; artikel 17,3 Genderrichtlijn arbeid & beroep.

⁵³ Zie ook Bureau van de EU voor de grondrechten en Raad van Europa, *Handbook on European non-discrimination law*, 229-251 voor een verdere bespreking van de relevante rechtspraak op Unieniveau.

⁵⁴ Artikel 7,1 Rasrichtlijn; artikel 9,1 Kaderrichtlijn; artikel 8,1 Genderrichtlijn goederen & diensten en artikel 17,1 Genderrichtlijn arbeid & beroep. Ook via sociale dialoog kan gelijke behandeling nagestreefd worden. Artikel 11 Rasrichtlijn; artikel 13 Kaderrichtlijn en artikel 21 Genderrichtlijn arbeid & beroep.

- ervoor zorgen dat verenigingen, organisaties of andere rechtspersonen met een rechtmatig belang bij de naleving van de antidiscriminatie-richtlijnen namens of ter ondersteuning van individuele slachtoffers kunnen optreden in deze procedures⁵⁵;
- een gelijkheidsorgaan hebben voor minstens de gronden ras en geslacht⁵⁶ en dat orgaan moet bevoegd zijn voor het verlenen van onafhankelijke bijstand aan slachtoffers van discriminatie bij de afwikkeling van hun klachten betreffende discriminatie; het verrichten van onafhankelijke onderzoeken over discriminatie en et publiceren van onafhankelijke verslagen en aanbevelingen doen over onderwerpen die met discriminatie verband houden (het IVBPR van de VN vereist bovendien een soortgelijke instelling voor de grond handicap);
- maatregelen nemen voor een gedeelde bewijslast in discriminatieprocedures, met name wanneer de eiser feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, verschuift de bewijslast naar de verweerder die moet aantonen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden⁵⁷;
- er zorg voor dragen dat mensen op hun grondgebied via alle passende middelen adequate informatie krijgen over hun rechten op grond van de antidiscriminatie-richtlijnen⁵⁸.

De richtlijnen vereisen ook dat beschermd wordt tegen represailles en verbieden dus victimisatie, waarbij slachtoffers (of zij die hun ondersteunen in het bestrijden van de discriminatie) nadelig behandeld worden door de discriminator als reactie op diens opgestarte klacht of procedure die de discriminatie aanklaagt.⁵⁹ Wat betreft de bescherming tegen represailles van werknemers tegen represailles verduidelijkt het Hof van Justitie recent dat deze bescherming ruim opgevat moet worden en alle werknemers moet omvatten die kunnen worden getroffen door represaillemaatregelen van de werkgever als reactie op de klacht wegens discriminatie (zie infra voor een uitgebreidere bespreking).⁶⁰ Verdere formele vereisten (bv. dat iemand officieel getuigd heeft over de feiten) mogen hierbij niet gesteld worden.⁶¹

⁵⁵ Artikel 7, 2 Rasrichtlijn; 9,2 Kaderrichtlijn; artikel 8,3 Genderrichtlijn goederen & diensten en artikel 17,2 Genderrichtlijn arbeid & beroep. Vgl. artikel 15 Work Life Balance richtlijn. Zie ook voetnoot 29: dit optreden vereist niet steeds een identificeerbaar individueel slachtoffer.

⁵⁶ Artikel 13 Rasrichtlijn; artikel 12 Genderrichtlijn Goederen en Diensten); artikel 20 Genderrichtlijn Arbeid en beroep.

⁵⁷ Artikel 8 Rasrichtlijn; artikel 10 Kaderrichtlijn; artikel 9 Genderrichtlijn goederen & diensten en artikel 19 Genderrichtlijn arbeid & beroep. Dit principe geldt echter niet voor strafprocedures. Vgl. artikel 12, 3-6 Work Life Balance richtlijn. Zie Bureau van de EU voor de grondrechten en Raad van Europa, *Handbook on European non-discrimination law*, 234-238 voor een bespreking van dit principe in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

⁵⁸ Artikel 10 Rasrichtlijn; artikel 12 Kaderrichtlijn; artikel 15 Genderrichtlijn goederen & diensten en artikel 30 Genderrichtlijn arbeid & beroep. Vgl. artikel 17 Work Life Balance richtlijn.

⁵⁹ Artikel 9 Rasrichtlijn; artikel 11 Kaderrichtlijn; artikel 10 Genderrichtlijn goederen & diensten en artikel 24 Genderrichtlijn arbeid & beroep. Vgl. Artikel 14 Work Life Balance richtlijn.

⁶⁰ HvJ 20 juni 2019, C-404/18, *Hakelbracht e.a. v. WTG Retail BVBA*.

⁶¹ HvJ 20 juni 2019, C-404/18, *Hakelbracht e.a. v. WTG Retail BVBA*.

Inzake sancties stellen de richtlijnen dat die ‘doeltreffend, evenredig en afschrikkend’ moeten zijn.⁶² Deze vereiste geldt voor elke sanctie die de nationale wetgeving voorziet en kan niet louter symbolisch zijn.⁶³ Een concretere eis betreft dat discriminatoire bepalingen in (individuele of collectieve) contracten of overeenkomsten, interne reglementen van ondernemingen en regels waaraan de vrije beroepen en werkgevers- en werknemersorganisaties onderworpen zijn nietig moeten (kunnen) worden verklaard of worden gewijzigd.⁶⁴

B. HET VLAAMSE GELIJKEKANSENDECREET

29. We beginnen de vergelijking met de antwoorden op de zojuist toegelichte vragen/analyse-elementen voor de wettelijke tekst die het uitgangspunt van de vergelijking vormt, het Vlaamse Gelijkekansendecreet.

1. Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)

30. Het Gelijkekansendecreet verbiedt discriminatie op grond van de volgende persoonskenmerken:

- geslacht;
- genderidentiteit;
- genderexpressie;
- leeftijd;
- seksuele geaardheid;
- burgerlijke staat;
- geboorte;
- vermogen;

⁶² Artikel 15 Rasrichtlijn; artikel 17 Kaderrichtlijn; artikel 14 Genderrichtlijn goederen & diensten en artikel 25 Genderrichtlijn arbeid & beroep. Vgl. artikel 13 Work Life Balance richtlijn. In de Genderrichtlijnen wordt voorts vereist dat ‘reële en effectieve compensatie en reparatie’ van de door discriminatie geleden schade bekomen kan worden ‘op een wijze die afschrikkend is en evenredig aan de geleden schade’. Artikel 8,2 Genderrichtlijn goederen & diensten & artikel 18 Genderrichtlijn arbeid & beroep. Vgl. Bureau van de EU voor de grondrechten en Raad van Europa, *Handbook on European non-discrimination law*, 248-250. Zie ook HvJ 22 april 1997, C-180/95, *Draehmpaehl* over de vereiste van gelijkwaardigheid van rechtsbescherming tussen sancties voor overtreding van zuiver nationaalrechtelijke bepalingen en sancties voor de overtreding van bepalingen van Unierecht. De gelijkwaardigheid en doeltreffendheid van sancties gelden ook

⁶³ HvJ 25 april 2013, C-81/12, *Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*; Bureau van de EU voor de grondrechten en Raad van Europa, *Handbook on European non-discrimination law*, 248-250.

⁶⁴ Artikel 14b Rasrichtlijn; artikel 16b Kaderrichtlijn; artikel 13b Genderrichtlijn goederen & diensten en artikel 23 b-c Genderrichtlijn arbeid & beroep.

- geloof of levensbeschouwing;
- politieke overtuiging;
- syndicale overtuiging;
- taal;
- gezondheidstoestand;
- handicap;
- fysieke of genetische eigenschap;
- sociale positie;
- nationaliteit;
- zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, of nationale of etnische afstamming.⁶⁵

Het decreet definieert de term “geslacht” verder. Deze discriminatiegrond omvat ook zwangerschap, bevalling, moederschap en transseksualiteit.⁶⁶

31. Het Gelijkekansendecreet verbiedt ook (directe en indirecte) discriminatie op grond van **vermeende** en **bij associatie toegekende** kenmerken.⁶⁷ Ook **meervoudige** directe discriminatie, d.w.z. discriminatie op grond van meer dan één beschermd kenmerk (bv. geslacht en geloof), wordt uitdrukkelijk door het decreet verboden.⁶⁸

2. Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied)

32. Het Gelijkekansendecreet is, wat betreft de maatschappelijke domeinen waarvoor het geldt, zowel in verticale als in horizontale verhoudingen van toepassing.⁶⁹

33. Artikel 20 van het Gelijkekansendecreet somt de domeinen op waarop het decreet van toepassing is, met dien verstande dat het decreet enkel toepassing kent binnen de toegewezen bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest.⁷⁰

34. Een eerste maatschappelijk domein waarop het decreet van toepassing is betreft de **arbeidsbetrekkingen** in de ruime zin. Het discriminatieverbod geldt meer bepaald voor:

- de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van

⁶⁵ Art. 16, § 3, Gelijkekansendecreet. Discriminatie op grond van een *vermeend* kenmerk doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een persoon ongunstig wordt behandeld omdat hij homoseksueel zou zijn, terwijl hij dat in werkelijkheid niet is. Discriminatie op grond van een *bij associatie toegekend* kenmerk doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een ouder ongunstig wordt behandeld vanwege een handicap van zijn of haar kind.

⁶⁶ Art. 16, §§ 4-5, Gelijkekansendecreet.

⁶⁷ Art. 16, §§ 1-2, Gelijkekansendecreet.

⁶⁸ Art. 16, § 1, Gelijkekansendecreet.

⁶⁹ Art. 20 Gelijkekansendecreet: “*zowel in de overheidssector als in de particuliere sector*”.

⁷⁰ Art. 20 Gelijkekansendecreet. Zie deel III.B van het rapport voor een meer uitgebreide bespreking.

activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van bevorderingskansen, alsook de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning;

- de toegang tot alle vormen en alle niveaus van beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding en omscholing, met inbegrip van de praktijkervaring;
- de arbeidsbemiddeling en wedertewerkstelling.⁷¹

De term “beloning” wordt door de decreetgever ruim omschreven. Het gaat om “*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 arbeidsbetrekking, van zijn werkgever ontvangt.*”⁷²

Verder preciseert het decreet, in navolging van de Genderrichtlijn Arbeid en Beroep,⁷³ dat werkende ouders die zwangerschaps- en bevallingsverlof, vaderschapsverlof of adoptieverlof hebben, het recht hebben om onder niet minder gunstige voorwaarden en omstandigheden naar hun (of een gelijkwaardige) functie terug te keren en te profiteren van elke verbetering van de arbeidsvoorwaarden waarop ze tijdens hun afwezigheid aanspraak konden maken.⁷⁴

35. De toepasselijkheid van het Gelijkekansendecreet op arbeidsbetrekkingen moet echter om twee redenen sterk worden genuanceerd. Ten eerste is arbeid nog steeds in grote mate een **federale bevoegdheid**,⁷⁵ zodat niet de regionale maar wel de federale antidiscriminatie wetten doorgaans van toepassing zijn op gevallen van discriminatie in de arbeidscontext.

Ten tweede is het Gelijkekansendecreet niet van toepassing op gevallen van arbeidsdiscriminatie die onder het **Decreet Evenredige Arbeidsparticipatie**⁷⁶ vallen.⁷⁷ Dat decreet verbiedt discriminatie op bepaalde gronden in het kader van de arbeidsbetrekkingen. Slechts in de mate dat het Decreet Evenredige Arbeidsparticipatie géén of een minder ruime bescherming biedt dan het Gelijkekansendecreet is het Gelijkekansendecreet toepasselijk. Zo beschermt het Decreet Evenredige Arbeidsparticipatie enkel de zes door de Europese Unie beschermde criteria (geslacht, raciale criteria, geloof of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid).⁷⁸ Discriminaties op basis van de overige beschermde criteria (bv.

⁷¹ Art. 20, eerste lid, 1°-3°, Gelijkekansendecreet.

⁷² Art. 20, tweede lid, Gelijkekansendecreet. Zie ook verderop in artikel 20 ‘Wanneer voor de vaststelling van de beloning gebruik gemaakt wordt van een systeem van werkclassificatie, moet dit systeem berusten op criteria die voor mannelijke en vrouwelijke werknemers hetzelfde zijn, en zodanig zijn opgezet dat elke discriminatie op grond van geslacht is uitgesloten.’

⁷³ Art. 15-16 Genderrichtlijn Arbeid en Beroep.

⁷⁴ Art. 22bis Gelijkekansendecreet.

⁷⁵ Zie art. 6, § 1, IX, en art. 6, § 1, VI, vijfde lid, 12°, bijzondere wet tot hervorming der instellingen. Zie ook K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 441 e.v.

⁷⁶ Decreet 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt, *B.S.* 26 juli 2002.

⁷⁷ Art. 20, derde lid, Gelijkekansendecreet.

⁷⁸ Art. 5, § 2, Decreet Evenredige Arbeidsparticipatie.

gezondheidstoestand, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, geboorte, vermogen, ...) vallen dan onder het Gelijkekansendecreet. Ook voor situaties die niet of minder goed geregeld zijn in het Decreet Evenredige Arbeidsparticipatie moet men terugvallen op het Gelijkekansendecreet, zoals bv. voor de forfaitaire schadevergoeding van zes maanden brutoloon voor slachtoffers van discriminatie in arbeidsrelaties, de mogelijkheid om voor de arbeidsrechtbank een stakingsvordering in te dienen (met eventueel het opleggen van een dwangsom, publicatiemaatregelen of strafsancties bij herhaling), het minder ruime toepassingsgebied van de bescherming tegen represaillemaatregelen, enz.⁷⁹

36. Behalve op de arbeidsbetrekkingen, is het Gelijkekansendecreet nog van toepassing in de volgende maatschappelijke domeinen:

- de **gezondheidszorg**;
- het **onderwijs**;
- het aanbod van, de toegang tot, de levering en het genot van **goederen en diensten** die publiekelijk beschikbaar zijn – al dan niet tegen betaling –, met inbegrip van huisvesting;⁸⁰
- de **sociale voordelen**;
- de toegang tot en de deelname aan een **economische, sociale, culturele of politieke activiteit** die buiten de privésfeer worden aangeboden.⁸¹

37. Het voorgaande betekent dat het Gelijkekansendecreet een groter materieel toepassingsgebied heeft dan de Europese antidiscriminatie richtlijnen vereisen.

Van alle antidiscriminatie richtlijnen heeft de Rasrichtlijn de ruimste werkingssfeer. Terwijl de andere richtlijnen slechts van toepassing zijn op het gebied van arbeid en beroep,⁸² de sociale zekerheid⁸³ of de toegang tot goederen en diensten,⁸⁴ is de Rasrichtlijn van toepassing op de volgende gebieden:

- arbeid en beroep;
- het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of enige organisatie waarvan de leden een bepaald beroep uitoefenen, waaronder de voordelen die deze organisaties bieden;
- sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg;
- sociale voordelen;
- onderwijs;⁸⁵

⁷⁹ Unia, *Evaluatie Vlaams Gelijkekansendecreet*, 2019, niet gepubliceerd, 47.

⁸⁰ Al dan niet tegen betaling en met inbegrip van huisvesting. Art. 20, eerste lid, 6°, Gelijkekansendecreet.

⁸¹ Art. 20, eerste lid, 4°-8°, Gelijkekansendecreet.

⁸² Zie de Kaderrichtlijn Arbeid en Beroep en de Genderrichtlijn Arbeid en Beroep.

⁸³ Zie de Genderrichtlijn Sociale Zekerheid.

⁸⁴ Zie de Genderrichtlijn Goederen en Diensten.

⁸⁵ In een recent arrest gaf het Hof van Justitie een ruime uitlegging aan dit begrip. Het begrip “onderwijs” uit artikel 3, lid 1, onder g), van de Rasrichtlijn omvat ook de toekenning van studiebeurzen door een

- de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, met inbegrip van huisvesting.

Het Hof van Justitie heeft reeds verscheidene malen aangegeven de materiële werkingssfeer van de Rasrichtlijn ruim te interpreteren, “*gelet op het doel [van de richtlijn], de aard van de rechten die zij beoogt te beschermen en het feit dat die richtlijn op het betrokken gebied slechts uiting geeft aan het in artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie erkende gelijkheidsbeginsel, dat een van de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht is.*”⁸⁶

38. Uit de voorbereidende werken van het Gelijkekansendecreet blijkt dat in artikel 20, eerste lid, van het decreet de lijst uit de Rasrichtlijn is overgenomen en nog verder aangevuld.⁸⁷ Met name heeft de decreetgever nog het volgende domein toegevoegd aan de werkingssfeer van het Gelijkekansendecreet: “*de toegang tot en de deelname aan een economische, sociale, culturele of politieke activiteit die buiten de privésfeer worden aangeboden*”. Eenzelfde bepaling vinden we ook terug in de federale antidiscriminatie wetten.⁸⁸

In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat tot het Gelijkekansendecreet heeft geleid, worden de volgende voorbeelden gegeven van zaken die onder het toepassingsgebied van dit laatste domein zouden vallen:

- een ‘algemene’ activiteit van een buurtvereniging waarbij personen van allochtone origine niet worden toegelaten;
- ‘algemene’ activiteiten georganiseerd door een bepaalde politieke partij, waarbij personen van een andere partij niet worden toegelaten;
- ‘een algemene’ culturele activiteit georganiseerd door een stad, waarbij de toegankelijkheid voor personen met een handicap onvoldoende voorzien is.⁸⁹

39. In de praktijk is het evenwel niet altijd evident om te bepalen binnen welk maatschappelijk domein een concreet geval van discriminatie precies moet worden ondergebracht. Valt een onderscheid op grond van geslacht bij de toegang tot een welbepaalde medische behandeling onder “gezondheidszorg” of onder het meer algemene “toegang tot

particuliere stichting ter financiering van onderzoeks- of studieprojecten in het buitenland, op voorwaarde dat er een voldoende nauwe band bestaat tussen de toegekende financiële voordelen en de deelname aan die onderzoeks- of studieprojecten die zelf onder ditzelfde begrip “onderwijs” vallen. Zie H.v.J., C-457/17, *Heiko Jonny Maniero t. Studienstiftung des deutschen Volkes*, 15 november 2018, EU:C:2018:912, § 44.

⁸⁶ Zie bv. H.v.J., C-391/09, *Runevič-Vardyn en Wardyn*, 12 mei 2011, EU:C:2011:291, § 43; C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, 16 juli 2015, EU:C:2015:480, § 42; C-457/17, *Heiko Jonny Maniero t. Studienstiftung des deutschen Volkes*, 15 november 2018, EU:C:2018:912, § 36.

⁸⁷ M.v.T. bij ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl. St.* VI. Parl., 2007-2008, nr. 1578/1, 11-14.

⁸⁸ Art. 5, § 1, 8°, Antiracismewet; art. 6, § 1, 8°, Genderwet; art. 5, § 1, 8°, Antidiscriminatie wet.

⁸⁹ M.v.T. bij ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl. St.* VI. Parl., 2007-2008, nr. 1578/1, 13-14.

goederen en diensten”⁹⁰ Valt een onderscheid op grond van etnische afstamming in de toekenning van een studiebeurs onder “onderwijs”, of onder “sociale bescherming” of “sociale voordelen”?

Op zich hoeven die afbakeningsmoeilijkheden geen groot probleem te stellen. Als er voor de domeinen in kwestie geen verschillende rechtvaardigingsgronden gelden (zie verder randnr. 49 e.v.), maakt het weinig uit onder welk domein de discriminatie wordt geassocieerd. Met betrekking tot de discriminatiegrond *geslacht* verschillen de rechtvaardigingsmogelijkheden onder het decreet evenwel naar gelang het gaat om toegang tot goederen en diensten dan wel om gezondheidszorg, sociale voordelen, onderwijs, etc. Een direct onderscheid op grond van geslacht bij de toegang tot goederen en diensten kan, in navolging van de Genderrichtlijn Goederen en Diensten,⁹¹ slechts worden gerechtvaardigd indien het gaat om een goed of een dienst die uitsluitend of hoofdzakelijk voor leden van een bepaald geslacht zijn bestemd,⁹² terwijl in de andere genoemde domeinen een rechtvaardiging aan de hand van de proportionaliteitstoets volstaat.⁹³ Wanneer een direct onderscheid op grond van geslacht wordt gemaakt, zouden er tussen de partijen dan ook betwistingen kunnen ontstaan over de toepasselijke rechtvaardigingsgronden. Het is daarom noodzakelijk om de rechtspraak van het Hof van Justitie over de antidiscriminatie-richtlijnen goed te blijven opvolgen, teneinde in de toekomst meer zekerheid te verkrijgen over de correcte afbakening van de verschillende domeinen die binnen de werkingssfeer van het decreet vallen. Het valt o.i. dan ook niet uit te sluiten dat het decreet in de toekomst aan die rechtspraak zal moeten worden aangepast, maar vooralsnog lijkt ons dit voorbarig, bij gebrek aan meer concrete aanwijzingen vanwege het Hof van Justitie.⁹⁴

⁹⁰ Het begrip “dienst” wordt in het Unierecht in principe ruim geïnterpreteerd, namelijk als “dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden” (art. 57(1) VWEU; art. 4.1 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (“Dienstenrichtlijn”). Het Hof van Justitie heeft reeds geoordeeld dat ook medische behandelingen “diensten” in de zin van artikel 57(1) VWEU uitmaken (zie bv. H.v.J., C-157/99, *Smits en Peerbooms*, 12 juli 2001, EU:C:2001:404, §§ 53-56; C-385/99, *Müller-Fauré*, 13 mei 2003, EU:C:2003:270, §§ 38-40). We gaan in dit voorbeeld uit van de veronderstelling dat het begrip “dienst” in de antidiscriminatie-richtlijnen dezelfde interpretatie krijgt als in de Verdragen en in de Dienstenrichtlijn. Het Hof van Justitie heeft dit evenwel nog niet uitdrukkelijk bevestigd in zijn rechtspraak omtrent de Rasrichtlijn of de Genderrichtlijn Goederen en Diensten. Het kan dus niet geheel worden uitgesloten dat het Hof van Justitie een autonome interpretatie zal geven aan het begrip “dienst” in deze laatste richtlijnen.

⁹¹ Art. 4(5) Genderrichtlijn Goederen en Diensten. De Commissie legt deze bepaling blijkbaar zo uit dat een direct onderscheid op grond van geslacht slechts gerechtvaardigd is indien het gaat om goederen en diensten die uitsluitend of hoofdzakelijk bestemd zijn voor leden van een bepaald geslacht en indien er voor het gemaakte onderscheid een legitiem doel bestaat en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (*Parl. St.* VI. Parl., 2017-2018, nr. 1485/1, 4). Deze interpretatie is evenwel nog niet bevestigd door het Hof van Justitie.

⁹² Art. 24, § 2, tweede lid, Gelijkekansendecreet.

⁹³ Art. 16, § 1, Gelijkekansendecreet.

⁹⁴ De vraag kan in de toekomst bijvoorbeeld rijzen of en, zo ja, in zoverre de toegang tot de gezondheidszorg binnen de werkingssfeer van de Genderrichtlijn Goederen en Diensten valt, zodat de striktere rechtvaardigingsgrond uit artikel 4(5) van die richtlijn van toepassing is.

40. Hoewel het Gelijkekansendecreet dus een erg ruim materieel toepassingsgebied heeft, menen wij dat de lijst uit artikel 20, eerste lid, van het decreet momenteel toch een lacune vertoont. Er wordt, in tegenstelling tot in de Rasrichtlijn,⁹⁵ de Genderrichtlijn Sociale Zekerheid⁹⁶ en de federale wetten,⁹⁷ immers geen gewag gemaakt van “**sociale bescherming**” in de lijst. Mogelijk valt dit te verklaren doordat Vlaanderen bij de totstandkoming van het decreet nog maar weinig bevoegdheden had op dit vlak, maar zeker sinds de zesde staatshervorming is hierin verandering gekomen. Zo is Vlaanderen inmiddels bevoegd voor de gezinsbijslag.⁹⁸ Tevens bestaan er in Vlaanderen verschillende uitkeringen ten behoeve van ouderen en personen met een beperking of een chronische ziekte.⁹⁹

Dergelijke uitkeringen en toelagen kunnen o.i. niet altijd onder het begrip “sociale voordelen” uit artikel 20, eerste lid, van het decreet worden gevat. Het decreet zelf bevat geen definitie van dat begrip, maar de federale wetten wél. Volgens artikel 4, 16^o, van de Antidiscriminatiewet gaat het om sociale voordelen in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68,¹⁰⁰ die inmiddels vervangen door verordening nr. 492/2011.¹⁰¹ Het begrip “sociaal voordeel” in de zin van die verordeningen wordt in de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie uitgelegd als “*alle voordelen die, al dan niet verbonden aan een arbeidsovereenkomst, in het algemeen aan nationale werknemers worden toegekend, voornamelijk op grond van hun objectieve hoedanigheid van werknemer of enkel wegens het feit dat zij ingezetenen zijn, en waarvan de uitbreiding tot werknemers-onderdanen van andere lidstaten geschikt lijkt om hun mobiliteit binnen de [Unie], [en bijgevolg hun integratie in het gastland,] te vergemakkelijken.*”¹⁰² Het gaat m.a.w. om voordelen die in principe worden toegekend aan *werknemers*. De parlementaire voorbereiding van het decreet verwijst naar die Europese rechtspraak, zodat we er vanuit gaan dat we het begrip “sociale voordelen” in het

⁹⁵ Art. 3.1.e) Rasrichtlijn: “*sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg;*”.

⁹⁶ Art. 3 Genderrichtlijn Sociale Zekerheid: “1. Deze richtlijn is van toepassing op: a) de wettelijke regelingen die bescherming bieden tegen de volgende eventualiteiten: ziekte, invaliditeit, ouderdom, arbeidsongevallen en beroepsziekten, werkloosheid; b) de sociale-bijstandsregelingen, voor zover deze een aanvulling vormen op of in de plaats komen van de sub a) bedoelde regelingen. 2. Deze richtlijn is niet van toepassing op de bepalingen betreffende de prestaties aan nagelaten betrekkingen noch op die betreffende de gezinsbijslagen behalve wanneer het gaat om gezinsbijslagen die worden toegekend uit hoofde van verhogingen van de prestaties als gevolg van de in lid 1, sub a), genoemde eventualiteiten.(...)”

⁹⁷ Art. 5, § 1, 2^o, Antiracismewet; art. 6, § 1, 2^o, Genderwet; art. 5, § 1, 2^o, Antidiscriminatiewet: “*de sociale bescherming, met inbegrip van de sociale zekerheid en de gezondheidszorg*”.

⁹⁸ Art. 5, § 1, IV, bijzondere wet tot hervorming der instellingen.

⁹⁹ Zie bv. de Vlaamse zorgverzekering, het basisondersteuningsbudget voor personen met een handicap, etc.

¹⁰⁰ Verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap.

¹⁰¹ Verordening (EU) nr. 492/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie (art. 7, lid 2).

¹⁰² Zie bv. H.v.J., 249/83, *Hoecx*, 27 maart 1985, EU:C:1985:139, § 20; C-85/96, *Martínez Sala*, 12 mei 1998, EU:C:1998:217, § 25; C-447/18, *UB t. Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava*, 18 december 2019, EU:C:2019:1098, § 47.

decreet in dezelfde zin moeten begrijpen.¹⁰³ Om te verzekeren dat ook uitkeringen en toelagen die niet als “sociale voordelen” in de zin van verordening nr. 492/2011 kunnen worden aanzien, toch binnen de werkingsfeer van het Gelijkekansendecreet vallen, is het o.i. aangewezen om ook “sociale bescherming” in artikel 20, eerste lid, van het decreet te vermelden. Dit is o.i. noodzakelijk om de overeenstemming van het decreet met de Rasrichtlijn en de Genderrichtlijn Sociale Zekerheid te garanderen. Die laatste richtlijnen zijn immers ook van toepassing in het domein van de sociale bescherming, met inbegrip van de sociale zekerheid.

3. Vormen van discriminatie

41. Het Gelijkekansendecreet (art. 15) verbiedt de volgende vormen van discriminatie:

- directe discriminatie;
- indirecte discriminatie;
- (seksuele) intimidatie;
- opdracht geven tot discrimineren;
- het weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap.

42. Van **directe discriminatie** is volgens het Gelijkekansendecreet sprake:

“als iemand minder gunstig wordt behandeld dan iemand anders in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van een of meer (...) beschermde kenmerken, tenzij die ongunstige behandeling objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.”¹⁰⁴

43. Daarnaast is ook **indirecte discriminatie** verboden, dat zich voordoet:

“als een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een (...) beschermd kenmerk in vergelijking met andere personen kan benadelen, 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;

- in het geval van indirect onderscheid op grond van een handicap aangetoond wordt dat geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden.”¹⁰⁵

¹⁰³ M.v.T. bij ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl. St.* Vl. Parl., 2007-2008, nr. 1578/1, 13.

¹⁰⁴ Art. 16, § 1, Gelijkekansendecreet.

¹⁰⁵ Art. 16, § 2, Gelijkekansendecreet.

44. De rechtvaardigingsmogelijkheden die het Gelijkekansendecreet toevoegt aan de definitie van directe en indirecte discriminatie (onderlijnd) worden hieronder uitgebreider besproken. De rechtvaardigingsmogelijkheden zijn in sommige gevallen beperkter dan in andere, afhankelijk van het directe of indirecte karakter van het gemaakte onderscheid en van de grond waarop en het maatschappelijke domein waarin het onderscheid wordt gemaakt.

45. Ook een aantal andere vormen van discriminatie zijn verboden. Het gaat om **intimidatie**:

“ongewenst gedrag dat verband houdt met een of meer van de kenmerken, vermeld in artikel 16, § 3, en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.”¹⁰⁶

46. Ook **seksuele intimidatie** is verboden, d.i.:

“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 als een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd.”¹⁰⁷

47. In navolging van de Europese richtlijnen verbiedt het decreet ook het **opdracht geven tot discrimineren** en definieert dit als volgt:

“elke handelswijze die erin bestaat wie ook opdracht te geven om een persoon, een groep, een gemeenschap of een van hun leden te discrimineren op grond van een of meer van de [beschermde] kenmerken”.¹⁰⁸

48. Tot slot is ook het **weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap** verboden.¹⁰⁹ Als aanpassing wordt beschouwd *“elke concrete maatregel, van materiële of immateriële aard, die de beperkende invloed van een onaangepaste omgeving op de participatie van een persoon met een handicap neutraliseert”*. Als aanpassingen worden geweigerd die geen onevenredige belasting betekenen, of waarvan de belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen, is er sprake van discriminatie.¹¹⁰

4. Rechtvaardigingsgronden

49. Het Gelijkekansendecreet combineert een open met een gesloten rechtvaardigingssysteem.

¹⁰⁶ Art. 17, § 1, Gelijkekansendecreet.

¹⁰⁷ Art. 17, § 2, Gelijkekansendecreet.

¹⁰⁸ Art. 18 Gelijkekansendecreet.

¹⁰⁹ Art. 19 Gelijkekansendecreet.

¹¹⁰ Ibid.

50. Om te beginnen bepaalt het decreet dat van discriminatie geen sprake is wanneer een direct of indirect onderscheid:

- wordt voorzien **door of krachtens een decreet**, of voortvloeit uit de toepassing ervan;¹¹¹ of
- een maatregel van **positieve actie** uitmaakt.¹¹²

Tevens raakt het Gelijkekansendecreet niet aan bepalingen betreffende de bescherming van **zwangerschap en moederschap**.¹¹³

51. Bovenop de twee voornoemde situaties kan zowel een direct als een indirect onderscheid in principe gerechtvaardigd worden door middel van een **open proportionaliteitstoets** (legitiem doel en de middel voor het bereiken van dat doel zijn passend en noodzakelijk).¹¹⁴

52. In bepaalde gevallen waar *prima facie* sprake is van een **directe** discriminatie geldt er echter een **gesloten systeem van beperktere rechtvaardigingsgronden**. De decreetgever heeft er voor gekozen om die gevallen te beperken tot deze waarin het Unierecht beperktere rechtvaardigingsmogelijkheden vereist. Daarbuiten is een rechtvaardiging aan de hand van de proportionaliteitstoets mogelijk.

Het gaat om de volgende gevallen:

- Een *prima facie* directe discriminatie op grond van **zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of etnische of nationale afstamming (maar niet nationaliteit)** kan:
 - worden gerechtvaardigd in arbeidsrelaties op basis van een zogenaamde “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste”;¹¹⁵
 - *niet* worden gerechtvaardigd in de gezondheidszorg, het onderwijs, betreffende de goederen en diensten en de sociale voordelen;¹¹⁶

¹¹¹ Art. 21 Gelijkekansendecreet. Hetzelfde geldt voor federale wetten die van toepassing zijn op aangelegenheden waarvoor intussen de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest bevoegd werd (§ 3).

¹¹² Art. 26 Gelijkekansendecreet.

¹¹³ Art. 22 Gelijkekansendecreet.

¹¹⁴ Art. 16, §§ 1-2, en art. 23 Gelijkekansendecreet. Voor een direct onderscheid op grond van leeftijd op het gebied van de arbeidsbetrekkingen worden een aantal legitieme doelstellingen en verschillende behandelingen illustratief opgesomd in artikel 23 van het decreet.

¹¹⁵ Art. 25, eerste en tweede lid, Gelijkekansendecreet.

¹¹⁶ Art. 24, § 1, Gelijkekansendecreet.

- worden gerechtvaardigd aan de hand van de proportionaliteitstoets inzake de toegang tot en de deelname aan een economische, sociale, culturele of politieke activiteit.¹¹⁷

Opgemerkt moet worden dat het niet geheel kan worden uitgesloten dat bepaalde van deze activiteiten door het Hof van Justitie ook als een “dienst” in de zin van de Rasrichtlijn zouden kunnen worden beschouwd. Te denken valt aan een vereniging, een sportclub bijvoorbeeld, die enkel mensen van autochtone dan wel allochtone origine toelaat tot de activiteiten die zij organiseert. Als en in zoverre die activiteiten “diensten” zouden uitmaken in de zin van de Rasrichtlijn – iets wat wij momenteel niet met zekerheid kunnen voorspellen – kan de proportionaliteitstoets uit artikel 16, § 1, van het Gelijkekansendecreet niet worden toegepast, nu de Rasrichtlijn niet in die rechtvaardigingsmogelijkheid voorziet. Om reeds proactief in te spelen op eventuele toekomstige strijdigheden met het Unierecht, zou in het decreet een algemene clausule kunnen worden opgenomen luidens dewelke de bepalingen inzake de toegang tot goederen en diensten voorrang hebben als de beweerde discriminatie ook onder het toepassingsgebied van die bepalingen valt.

- Een *prima facie* directe discriminatie op grond van **geslacht** kan:

- worden gerechtvaardigd in arbeidsrelaties op basis van een zogenaamde “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste”;¹¹⁸

- worden gerechtvaardigd bij de toegang tot goederen en diensten via een proportionaliteitstoets indien het gaat om goederen of diensten “*uitsluitend of hoofdzakelijk [voor] leden van een bepaald geslacht*”;¹¹⁹

- worden gerechtvaardigd via een proportionaliteitstoets bij de toegang tot de gezondheidszorg, het onderwijs, de sociale voordelen en economische, sociale, culturele of politieke activiteiten.¹²⁰ Het valt evenwel te betwijfelen of een open rechtvaardigingsgrond in al deze domeinen, voor zover zij binnen de bevoegdheden van de Unie vallen, wel in overeenstemming is met het Unierecht. Er rijzen o.i. mogelijk twee problemen vanuit Europeesrechtelijk perspectief.

1. De Genderrichtlijn Goederen en Diensten

¹¹⁷ Art. 16, § 1, *juncto* art. 24, § 1, en art. 25, eerste en tweede lid, Gelijkekansendecreet.

¹¹⁸ Art. 25, eerste en tweede lid, Gelijkekansendecreet.

¹¹⁹ Art. 24, § 2, Gelijkekansendecreet. De formulering van deze rechtvaardigingsgrond in het decreet zou duidelijker kunnen. Inspiratie hiertoe kan worden geput uit de Genderwet. Zie verder, randnr. 83

¹²⁰ Art. 16, § 1, *juncto* art. 24, § 2, en art. 25, eerste en tweede lid, Gelijkekansendecreet.

De Europese Commissie interpreteert de rechtvaardigingsgrond uit artikel 4, vijfde lid, van de Genderrichtlijn Goederen en Diensten zo dat een direct onderscheid op grond van geslacht bij de levering van goederen en diensten niet gerechtvaardigd kan worden, tenzij het gaat om goederen en diensten *die exclusief of hoofdzakelijk voorbehouden zijn aan de leden van één geslacht*.¹²¹ Binnen de grenzen van de bevoegdheden van de Unie is de richtlijn van toepassing op alle personen die goederen of diensten aanbieden die zonder onderscheid des persoons publiekelijk beschikbaar zijn met betrekking tot zowel de overheidssector als de particuliere sector. Uitdrukkelijk uitgesloten van het toepassingsgebied van de richtlijn zijn slechts media- en reclameinhoud, het onderwijs en arbeid en beroep.¹²²

Gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het vrij verkeer van diensten (art. 57(1) VWEU) kan het o.i. niet geheel worden uitgesloten dat het Hof ook de gezondheidszorg¹²³ en bepaalde publieke economische, sociale, culturele of politieke activiteiten¹²⁴ *per analogiam* als “diensten” in de zin van de Genderrichtlijn Goederen en Diensten zal aanmerken. Als en in zoverre dat zo zou zijn – iets wat wij momenteel niet met zekerheid kunnen voorspellen – moet ook in die domeinen de striktere rechtvaardigingsgrond uit artikel 24, § 2, tweede lid, van het decreet worden toegepast, opdat het decreet in overeenstemming zou zijn met de richtlijn. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer een arts enkel vrouwelijke of enkel mannelijke patiënten aanneemt, of wanneer een vereniging, een sportclub bijvoorbeeld, enkel vrouwen of enkel mannen toelaat tot de activiteiten die zij organiseert. Om reeds proactief in te spelen op eventuele toekomstige strijdigheden met het Unierecht, zou in het decreet een algemene clause kunnen worden opgenomen, luidens dewelke de bepalingen inzake de toegang tot goederen en diensten voorrang hebben als de beweerde discriminatie ook onder het toepassingsgebied van die bepalingen valt.

2. De Genderrichtlijn Sociale Zekerheid

De Genderrichtlijn Sociale Zekerheid verbiedt geslachtsdiscriminatie in de wettelijke regelingen die bescherming bieden tegen ziekte, invaliditeit, ouderdom, arbeidsongevallen en beroepsziekten en werkloosheid, alsook in de aanvullende sociale-bijstandsregelingen ter zake. Deze richtlijn is in

¹²¹ M.v.T. bij ontwerp van decreet ‘tot wijziging van artikel 24 van het decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid’, *Parl. St.* VI. Parl., 2017-2018, nr. 1485/1, 4.

¹²² Art. 3 Genderrichtlijn Goederen en Diensten.

¹²³ Art. 20, eerste lid, 4°, Gelijkekansendecreet.

¹²⁴ Art. 20, eerste lid, 8°, Gelijkekansendecreet.

principe niet van toepassing op gezinsbijslagen, behalve voorzover die worden verhoogd om redenen van ziekte, invaliditeit, etc.¹²⁵ Deze richtlijn voorziet in geen enkele rechtvaardigingsmogelijkheid voor een direct (of zelfs indirect) onderscheid op grond van geslacht,¹²⁶ al laat zij de lidstaten wel toe bepaalde uitkeringen uit haar toepassingsgebied uit te sluiten.¹²⁷ Het komt ons dan ook voor dat de proportionaliteitstoets die het decreet momenteel toelaat ter rechtvaardiging van een (direct of indirect) onderscheid op grond van geslacht m.b.t. sociale voordelen niet in overeenstemming is met de voornoemde richtlijn, zodat het decreet op dit punt moet worden aangepast.

- Een *prima facie* directe discriminatie op grond van **seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of handicap (maar niet leeftijd)**¹²⁸ kan:

- worden gerechtvaardigd in arbeidsrelaties op basis van een zogenaamde “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste”.¹²⁹ Bovendien geldt er een specifieke bepaling voor op geloof of levensbeschouwing gebaseerde organisaties, ook wel tendensorganisaties genoemd, die van personen die voor hen werkzaam zijn een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie mogen verlangen.¹³⁰ Het gaat bijvoorbeeld om kerken.

- buiten de arbeidscontext worden gerechtvaardigd aan de hand van de proportionaliteitstoets.

De rechtvaardigingsgrond van de “**wezenlijke en bepalende beroepsvereiste**” kan slechts worden ingeroepen wanneer:

- een bepaald kenmerk, dat verband houdt met een beschermd kenmerk;
- wezenlijk en bepalend is vanwege de aard van de specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin die worden uitgevoerd; en
- het vereiste berust op een legitiem doel en is passend en noodzakelijk t.a.v. dat doel.¹³¹

53. Het voorgaande toetsingsschema kan schematisch als volgt worden voorgesteld. De rode kleur geeft aan waar er een probleem kan rijzen m.b.t. de overeenstemming tussen het decreet en het Unierecht.

¹²⁵ Art. 3 Genderrichtlijn Sociale Zekerheid.

¹²⁶ Art. 4 Genderrichtlijn Sociale Zekerheid.

¹²⁷ Art. 7 Genderrichtlijn Sociale Zekerheid.

¹²⁸ Art. 12 Antidiscriminatiewet. Zie ook art. 6 Kaderrichtlijn Arbeid en Beroep.

¹²⁹ Art. 8 Antidiscriminatiewet.

¹³⁰ Art. 13 Antidiscriminatiewet.

¹³¹ Art. 8, § 2, Antiracismewet; art. 13, § 2, Genderwet; art. 8, § 2, Antidiscriminatiewet.

	DIRECT ONDERSCHIED						INDIRECT ONDERSCHIED
	WERK	GOEDEREN/ DIENSTEN	SOCIALE VOORDELEN	GEZOND- HEIDSZORG	ONDER- WIJS	ESCP ACTIVITEIT	
ras etc.	WBB*					Proportionaliteit	proportionaliteit
geslacht	WBB	Exclusief of essentieel bestemd	Proportionaliteit	Proportionaliteit	Proportio- naliteit	Proportionaliteit	
seks.g., geloof, handicap	WBB	Proportionaliteit					
leeftijd, nationalit.	Proportionaliteit						
andere	Proportionaliteit						
Positieve actie / bij of krachtens de wet (incl. zwangerschaps- en moederschapsbescherming)							

* WBB staat voor “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste”.

54. Het **weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met handicap** maakt een discriminatie uit.¹³² Er is sprake van het weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap als aanpassingen “worden geweigerd die geen onevenredige belasting betekenen, of waarvan de belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door

¹³² Art. 15 Gelijkekansendecreet.

*bestaande maatregelen.*¹³³ Een indirect onderscheid op grond van handicap kan worden gerechtvaardigd door het bewijs dat geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden.¹³⁴

5. Positieve actie

55. Het Gelijkekansendecreet laat voor alle beschermde kenmerken (afzonderlijk of gecombineerd) maatregelen van positieve actie toe “*om volledige gelijkheid te waarborgen*”.¹³⁵ Deze maatregelen moeten aan de volgende voorwaarden voldoen:

- het gaat om *tijdelijke* maatregelen;
- die worden gehandhaafd of getroffen *om een kennelijke ongelijkheid te compenseren* die verband houdt met een of meer van de beschermde kenmerken;
- voorzover die maatregelen *objectief gerechtvaardigd* worden door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.¹³⁶

6. Handhaving

(a) Door wie?

56. De handhaving van het Gelijkekansendecreet gebeurt door de **gewone hoven en rechtbanken**. Een vordering tot staking van een discriminatie moet worden ingesteld bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of, naargelang van de aard van de daad, de voorzitter van de arbeidsrechtbank of van de rechtbank van koophandel (inmiddels ondernemingsrechtbank).¹³⁷ Ook in de (beperkte) gevallen waar het Gelijkekansendecreet discriminatie strafbaar stelt (zie randnr. 60), kunnen deze rechterlijke instanties het bestaan van een discriminatie vaststellen en de staking ervan bevelen.¹³⁸ De strafsancities zelf kunnen enkel worden uitgesproken door de strafrechter.

57. Niet alleen het eigenlijke slachtoffer van een discriminatie, maar ook gelijkekansenorganen en bepaalde verenigingen, zoals vakbonden, kunnen in rechte optreden op grond van het Gelijkekansendecreet.¹³⁹ Momenteel is Unia, als interfederaal orgaan, bevoegd voor alle discriminatiegronden die vermeld staan in het decreet, behalve taal en de geslachtsgerelateerde kenmerken. De geslachtsgerelateerde discriminatiegronden zijn

¹³³ Art. 19 Gelijkekansendecreet.

¹³⁴ Art. 16, § 2, tweede streepje, Gelijkekansendecreet.

¹³⁵ Art. 26 Gelijkekansendecreet.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Art. 29, § 1, eerste lid, Gelijkekansendecreet.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Art. 29, § 1, eerste lid, *juncto* art. 40-41 Gelijkekansendecreet.

toevertrouwd aan een specifiek Vlaams orgaan, namelijk de Vlaamse Ombudsdienst, en dus niet aan het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen, dat slechts federale bevoegdheden heeft. Binnen de Vlaamse Ombudsdienst werd daartoe een aparte Genderkamer opgericht.

(b) Sancties

58. Het Gelijkekansendecreet voorziet zowel in burgerrechtelijke als in strafrechtelijke sancties, maar de nadruk ligt duidelijk op een burgerrechtelijke handhaving van het discriminatieverbod. Slechts in zeer specifieke gevallen kan een strafsancie worden opgelgd voor discriminatie.¹⁴⁰ Deze worden hieronder besproken (randnr. 60).

59. Een eerste burgerrechtelijke sanctie is de **nietigheid** van bepalingen en bedingen strijdig met het Gelijkekansendecreet.¹⁴¹ Het gaat om bestuursrechtelijke bepalingen, bepalingen in individuele of collectieve overeenkomsten of reglementen en bepalingen opgenomen in eenzijdig uitgevaardigde documenten.¹⁴²

Een volgende mogelijke sanctie is **schadevergoeding** (contractueel of buitencontractueel).¹⁴³ Het slachtoffer kiest of deze uit een forfaitair bedrag bestaat of overeenkomt met de (in dat geval te bewijzen) werkelijk geleden schade.¹⁴⁴ De forfaitaire schadevergoeding bestaat:

- Voor discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen uit de brutobeloning voor zes maanden. Waar de werkgever aantoont dat de discriminatie ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn, wordt dit drie maanden in plaats van zes. Als via nietigheid de materiële schade kan worden hersteld, geldt de forfaitaire regeling hieronder.
- In alle overige gevallen geldt een schadevergoeding van 650 euro. Dit bedrag kan verhoogd worden tot 1300 euro als de verweerder niet kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn of wegens andere omstandigheden (zoals bijv. de bijzondere ernst van de schade).¹⁴⁵

¹⁴⁰ De haatmisdrijven uit artikel 31 van het Gelijkekansendecreet laten we in deze studie buiten beschouwing.

¹⁴¹ Inclusief bepalingen waarbij partijen bij voorbaat afzien van de rechten die het decreet hen verleent. Art. 27 Gelijkekansendecreet.

¹⁴² Art. 27, § 2, Gelijkekansendecreet.

¹⁴³ Art. 28, § 1, eerste lid, Gelijkekansendecreet.

¹⁴⁴ Art. 28, § 1, tweede lid, Gelijkekansendecreet.

¹⁴⁵ Art. 28, § 2, Gelijkekansendecreet.

Daarnaast kan het slachtoffer (of het bevoegde gelijkheidsorgaan) ook een vordering tot **staking van de discriminerende praktijken** instellen.¹⁴⁶ Dit moet, zoals gezegd, gebeuren bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, van de arbeidsrechtbank of van de ondernemingsrechtbank. Zij wordt behandeld zoals in kort geding.¹⁴⁷ Het stakingsbevel kan gepaard gaan met **bekendmaking** van de beslissing, op kosten van de discriminator.¹⁴⁸

Het slachtoffer of de bevoegde gelijkheidsorganen kunnen de discriminator laten veroordelen tot een **dwangsom** als die de discriminatie niet beëindigt.¹⁴⁹

60. Zoals gezegd, stelt het Gelijkekansendecreet in twee welbepaalde gevallen ook **strafsancities** op discriminatie. Ten eerste kan iemand die zich niet voegt naar een vonnis of arrest tot staking worden gestraft met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en/of met een geldboete van 50 tot 1.000 euro worden gestraft.¹⁵⁰ Ten tweede kunnen gezagsdragers en ambtenaren die in de uitoefening van hun ambt discrimineren op grond van een of meer van de beschermde kenmerken veroordeeld worden tot een gevangenisstraf van twee maanden tot twee jaar.¹⁵¹ In combinatie met de vermelde strafsancities kan de overtreder ook tot de ontzetting worden veroordeeld.¹⁵²

61. Voor de volledigheid moet wel worden vermeld dat het **Decreet Evenredige Arbeidsparticipatie**, dat discriminatie op grond van bepaalde kenmerken verbiedt in arbeidsbetrekkingen, wél strafsancities stelt op *directe* discriminatie (ook indien gepleegd door andere personen dan openbare gezagsdragers). Iemand die direct discrimineert bij beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, loopbaanbegeleiding of bij arbeidsbemiddeling riskeert een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en/of een geldboete van 50 tot 1.000 euro.¹⁵³ Indien deze strafbare feiten echter niet strafrechtelijk worden vervolgd, bepaalt het decreet dat een **administratieve geldboete** kan worden opgelegd van 250 tot 2.500 euro. Deze boetebedragen zijn ook van toepassing op de werkgever of intermediaire organisatie die niet binnen de door het gerecht vastgestelde termijn gevolg geeft aan een stakingsbevel. De administratieve geldboete wordt opgelegd door de door de Vlaamse Regering aangewezen ambtenaar of ambtenaren.¹⁵⁴ Geschillen hieromtrent worden voorgelegd aan de arbeidsrechtbank.¹⁵⁵

¹⁴⁶ Art. 29 Gelijkekansendecreet. Op verzoek van het slachtoffer kan de voorzitter in deze procedure ook de eerder besproken schadevergoeding toekennen. Art. 29, § 2, Gelijkekansendecreet.

¹⁴⁷ Art. 29, § 1, Gelijkekansendecreet. Zie ook art. 29, § 4, over de vereisten waaraan het verzoekschrift moet voldoen en het verloop van de verdere procedure.

¹⁴⁸ Art. 29, § 3, Gelijkekansendecreet. Voorwaarde is wel dat de openbaarmaking ertoe kan bijdragen dat de gewraakte daad of uitwerking ervan ophoudt.

¹⁴⁹ Art. 30 Gelijkekansendecreet.

¹⁵⁰ Art. 33 Gelijkekansendecreet.

¹⁵¹ Art. 32 Gelijkekansendecreet. Tenzij de overtreder handelde op bevel van zijn meerderen, in zaken die tot hun bevoegdheid behoren en waarin hij hen als ondergeschikte gehoorzaamheid verschuldigd was. Zie ook het laatste en voorlaatste lid van artikel 32 van het Gelijkekansendecreet over discriminatie door middel van (valse) handtekening van een openbaar ambtenaar.

¹⁵² Art. 34 Gelijkekansendecreet.

¹⁵³ Art. 11 Decreet Evenredige Arbeidsparticipatie.

¹⁵⁴ Art. 17 Decreet Evenredige Arbeidsparticipatie.

¹⁵⁵ Art. 581, 3^o, b), Gerechtelijk Wetboek.

(c) *Bewijs*

62. In overeenstemming met het Unierecht verschuift de bewijslast naar de verweerder als de eiser feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden.¹⁵⁶ Het Gelijkekansendecreet geeft een illustratieve opsomming van dergelijke feiten. Voor directe discriminatie gaat het om:

- gegevens waaruit een patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een of meer welbepaalde beschermde kenmerken, onder meer via los van elkaar staande meldingen van discriminatie bij gelijkheidsorganen;
- gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstiger behandeling vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon;

en voor indirecte discriminatie om:

- algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer behoort of feiten van algemene bekendheid;
- gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid;
- elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt.¹⁵⁷

Deze verdeling van de bewijslast geldt uiteraard enkel in burgerlijke procedures, maar niet in strafzaken, gelet op het beginsel van vermoeden van onschuld.

(d) *Bescherming tegen represailles*

63. Het Gelijkekansendecreet voorziet ook in bescherming tegen represailles of victimisatie voor personen die een melding, klacht of procedure tegen discriminatie opstarten, alsook voor personen die hen vertegenwoordigen of in hun voordeel getuigen tijdens een procedure.¹⁵⁸ Een nadelige behandeling mag enkel wanneer die gesteund is op redenen vreemd aan de melding, klacht of procedure en de bewijslast voor die redenen ligt bij de persoon die nadelige maatregelen trof.¹⁵⁹ Dit geldt voor nadelige maatregelen binnen de twaalf maanden na de melding of drie maanden na het in kracht van gewijsde gaan van een rechterlijke

¹⁵⁶ Art. 36 Gelijkekansendecreet.

¹⁵⁷ Art. 36, §§ 2-3, Gelijkekansendecreet.

¹⁵⁸ Art. 37-38 Gelijkekansendecreet.

¹⁵⁹ Art. 37, § 3, Gelijkekansendecreet. Het gaat om een rechtsvordering ingesteld door het slachtoffer of ten behoeve van het slachtoffer door het bevoegde gelijkheidsorgaan maar eveneens om een met redenen omklede klacht door het slachtoffer of ten behoeve van het slachtoffer bij de instantie waar de discriminatie plaatsvond of bij het bevoegde gelijkheidsorgaan.

beslissing wanneer een rechtsvordering werd ingesteld.¹⁶⁰ Het slachtoffer van de maatregel (of het bevoegde gelijkheidsorgaan) verzoekt de verantwoordelijke voor de maatregelen via aangetekende brief tot opheffing of intrekking daarvan binnen 30 dagen na de benadeling waarover de verantwoordelijke zich ook binnen een termijn van 30 dagen uitspreekt.¹⁶¹ De verantwoordelijke moet de maatregelen opheffen of intrekken en de benadeelde vergoeden voor die periode.¹⁶² Als die dit niet doet en er werd geoordeeld dat de maatregelen verboden victimisatie uitmaken, geldt de schadevergoedingsregeling die hieronder wordt besproken.¹⁶³ De vergoeding moet ook worden uitbetaald zonder verzoek als het bevoegde rechtscollege de gemelde discriminatie bewezen acht en in bepaalde gevallen als een van beide partijen de rechtsverhouding beëindigde.¹⁶⁴

64. Uit het recente arrest-*Hakelbracht* van het Hof van Justitie blijkt dat de Belgische federale antidiscriminatiewetgeving getuigen onvoldoende beschermt tegen represailles, omdat de bescherming beperkt blijft tot *formele* getuigen.¹⁶⁵ Ook het Gelijkekansendecreet heeft het over “*personen die een slachtoffer vertegenwoordigen of in zijn voordeel getuigen tijdens een procedure*”. Daarom zal ook de tekst van het Gelijkekansendecreet moeten worden aangepast, zodat niet enkel formele getuigen, maar ook al wie de gediscrimineerde persoon informeel steunt, voortaan beschermd wordt.

7. Besluit

65. Het Gelijkekansendecreet zet de Europese antidiscriminatie-richtlijnen nagenoeg correct om en gaat in vele opzichten nog een stap verder in het verbieden van discriminatie dan de Europese Unie vereist. Zo verbiedt het decreet niet alleen discriminatie op grond van de zes persoonskenmerken beschermd in de richtlijnen (nl. ras en etnische afstamming, geslacht, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid), maar ook op tal van andere gronden, zoals burgerlijke staat, geboorte, vermogen, taal en sociale positie. Bovendien strekt de werkingssfeer van het Gelijkekansendecreet zich veel verder uit dan die van de richtlijnen. Waar de richtlijnen vooral bedoeld zijn om discriminatie te verbieden in het economische leven, namelijk op het werk en bij de toegang tot goederen en diensten, verbiedt het decreet discriminatie – op grond van welk beschermd kenmerk dan ook – tevens in de gezondheidszorg, het onderwijs, de toegang tot sociale voordelen en de toegang tot economische, sociale, culturele of politieke activiteiten die buiten de privésfeer worden aangeboden.

¹⁶⁰ Art. 37, § 3, Gelijkekansendecreet.

¹⁶¹ Art. 37, § 4, Gelijkekansendecreet.

¹⁶² Art. 37, § 4, Gelijkekansendecreet.

¹⁶³ Art. 37, § 5, Gelijkekansendecreet.

¹⁶⁴ Met name wanneer de benadeelde de rechtsverhouding verbreekt omwille van de nadelige behandeling of wanneer de verantwoordelijke voor de maatregelen de rechtsverhouding beëindigt om dringende reden en die dringende reden door een bevoegd rechtsorgaan ongegrond werd geacht. Zie uitgebreider art. 37, § 6, Gelijkekansendecreet.

¹⁶⁵ H.v.J., C-404/18, *Hakelbracht*, 20 juni 2019, EU:C:2019:523, § 35.

66. Desalniettemin nopen recente (en mogelijke toekomstige) ontwikkelingen in het Unierecht én in de Belgische staatsstructuur tot enkele aanpassingen aan het Gelijkekansendecreet.

- De lijst van **beschermde kenmerken** in artikel 16, § 3, van het decreet dient mogelijk te worden aangevuld om overeenstemming met de nieuwe Europese Work-Life-Balancerichtlijn te verzekeren. Inspiratie hiervoor kan ook worden geput uit de recent aangepaste Genderwet, al is het niet per se noodzakelijk om zoveel bijkomende kenmerken op te nemen als in de gewijzigde Genderwet.
- Zeker sinds de zesde staats hervorming heeft Vlaanderen belangrijke bevoegdheden gekregen inzake **sociale bescherming**. Denk maar aan de gezinsbijslag. Het verdient daarom aanbeveling om “sociale bescherming” uitdrukkelijk op te nemen in de lijst van gebieden waarop het discriminatieverbod van toepassing is (art. 20, eerste lid). Bij gebreke daaraan dreigt het decreet niet langer in overeenstemming te zijn met de Rasrichtlijn en de Genderrichtlijn Sociale Zekerheid, die beide op (delen van) de sociale bescherming van toepassing zijn.
- Het Gelijkekansendecreet voorziet momenteel in een **open proportionaliteitstoets** als rechtvaardigingsgrond voor een direct onderscheid op grond van geslacht bij de toegang tot sociale voordelen. Dit lijkt ons in tegenspraak te zijn met de Genderrichtlijn Sociale Zekerheid, die in geen enkele rechtvaardigingsmogelijkheid voorziet voor een direct (of zelfs indirect) onderscheid op grond van geslacht, al laat zij de lidstaten wel toe welbepaalde uitkeringen uit haar toepassingsgebied uit te sluiten. Tevens kan de open proportionaliteitstoets als rechtvaardigingsgrond problemen stellen indien het Hof van Justitie bepaalde medische behandelingen of bepaalde economische, sociale, culturele of politieke activiteiten als “diensten” in de zin van de antidiscriminatie richtlijnen zou aanmerken, waarvoor striktere (of zelfs geen) rechtvaardigingsmogelijkheden gelden. Daarom verdient het aanbeveling om in het decreet een algemene clause op te nemen luidens dewelke de bepalingen inzake de toegang tot goederen en diensten voorrang hebben als de beweerd discriminatie ook onder het toepassingsgebied van die bepalingen valt.
- Het arrest-*Hakelbracht* van het Hof van Justitie noopt tot een uitgebreidere **bescherming van getuigen** tegen represailles dan degene waarin het decreet momenteel voorziet. Op de handhaving van het decreet (en de verbetering die op dat vlak mogelijk is) wordt meer in detail ingegaan in deel II van dit rapport.

67. Verder is ook het naast elkaar bestaan van het Gelijkekansendecreet en het **Decreet Evenredige Arbeidsparticipatie** een pijnpunt. Beter zou het zijn om het discriminatieverbod uit het laatste decreet in het Gelijkekansendecreet te integreren, al dan niet met behoud van de daarin voorziene strafsancities voor directe arbeidsdiscriminatie. Op de (on)wenselijkheid van strafsancities op het discriminatieverbod wordt nader ingegaan in deel II van het rapport.

C. DE BELGISCHE FEDERALE ANTIDISCRIMATIEWETTEN

1. Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)

68. Er bestaan drie antidiscriminatiewetten op het federale niveau: de Antiracismewet, de Genderwet en de (algemene) Antidiscriminatiewet. Elk van die wetten beschermt andere persoonskenmerken, wat maakt dat de wetten een verschillend personeel toepassingsgebied hebben.

69. De **Antiracismewet** verbiedt discriminatie op grond van de volgende kenmerken:

- nationaliteit;
- een zogenaamd ras;
- huidskleur;
- afkomst;
- nationale of etnische afstamming.¹⁶⁶

Al deze kenmerken zijn ook beschermd onder het Gelijkekansendecreet (art. 16, § 3).

70. De **Genderwet** verbiedt enkel discriminatie op grond van geslacht.¹⁶⁷ Het begrip “geslacht” wordt echter ruim omschreven en omvat ook de volgende kenmerken:

- zwangerschap, bevalling, het geven van borstvoeding, moederschap, adoptie of medisch begeleide voortplanting;
- geslachtsverandering;
- genderidentiteit, genderexpressie of seksekenmerken;
- vader- of meemoederschap.¹⁶⁸

Het valt meteen op dat deze lijst van beschermde kenmerken ruimer is dan de geslachtsgerelateerde kenmerken uit het Gelijkekansendecreet. Dit komt omdat de wet van 4 februari 2020¹⁶⁹ een hele reeks kenmerken heeft toegevoegd aan de Genderwet, namelijk:

- het geven van borstvoeding;
- adoptie of medisch begeleide voortplanting;

¹⁶⁶ Art. 3 Antiracismewet.

¹⁶⁷ Art. 3 Genderwet.

¹⁶⁸ Art. 4 Genderwet.

¹⁶⁹ Wet 4 februari 2020 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen wat het discriminatieverbod op vaderschap of meemoederschap betreft, *B.S.* 28 februari 2020.

- seksekenmerken;
- vader- of meemoederschap.

Hiermee is niet noodzakelijk gezegd dat het Gelijkekansendecreet de voormelde kenmerken op dit moment niet beschermt. Het geven van borstvoeding, bijvoorbeeld, kan momenteel ook al worden gevat onder de term “moederschap” in het decreet, aangezien enkel moeders borstvoeding kunnen geven. Vaderschap kan dan weer in verband worden gebracht met het kenmerk “geslacht”. Adoptie valt niet meteen onder één van de in het Gelijkekansendecreet beschermde kenmerken, maar hier moet worden gewezen op artikel 22bis van het decreet, dat bepaalde rechten toekent aan werknemers die adoptieverlof opnemen.

Zoals verderop nog wordt toegelicht (randnr. 408), dringt een aanpassing van het Gelijkekansendecreet zich niettemin op in het licht van de Europese Work-Life-Balancerichtlijn, die in 2019 werd aangenomen.¹⁷⁰ Die richtlijn verbiedt onder meer discriminatie van werknemers die vaderschaps-, ouderschaps- of zorgverlof opnemen (art. 11). Zij moet uiterlijk tegen 2 augustus 2022 door de lidstaten zijn omgezet (art. 20).

71. De **Antidiscriminatiewet**, tot slot, verbiedt discriminatie gebaseerd op de volgende kenmerken:

- leeftijd;
- seksuele geaardheid;
- burgerlijke staat;
- geboorte;
- vermogen;
- geloof of levensbeschouwing;
- politieke overtuiging;
- syndicale overtuiging;
- taal;
- huidige of toekomstige gezondheidstoestand;
- handicap;
- fysieke of genetische eigenschap;
- sociale afkomst.¹⁷¹

Ook hier zijn er enkele verschillen waar te nemen t.o.v. de omschrijving van de discriminatiegronden in het Gelijkekansendecreet.

Om te beginnen vermeldt het Gelijkekansendecreet “gezondheidstoestand” als beschermd kenmerk (art. 16, § 3), zonder te preciseren dat het moet gaan om de “huidige of toekomstige” gezondheidstoestand, zoals de federale Antidiscriminatiewet doet. Op dit punt biedt het

¹⁷⁰ Richtlijn (EU) 2019/1158 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers en tot intrekking van Richtlijn 2010/18/EU van de Raad.

¹⁷¹ Art. 3 Antidiscriminatiewet.

Gelijkekansendecreet een ruimere bescherming, omdat het ook de medische voorgeschiedenis van een persoon beschermt.

Verder beschouwt het Gelijkekansendecreet “sociale positie” i.p.v. “sociale afkomst” als een verdachte discriminatiegrond (art. 16, § 3). Ook deze woordkeuze leidt in de praktijk tot een ruimere bescherming vanwege het Gelijkekansendecreet. Uit de voorbereidende werken van de Antidiscriminatiewet blijkt dat met het begrip “sociale afkomst” “*het behoren tot een bepaalde ‘sociale klasse’ (adel,...)*” werd bedoeld.¹⁷² Sociale positie is ruimer en kan bijvoorbeeld ook slaan op (langdurig) werkloos, steuntrekkend of dakloos zijn.¹⁷³

72. Een belangrijk verschil t.o.v. het Gelijkekansendecreet (art. 21, § 1) is dat de federale antidiscriminatiewetten niet uitdrukkelijk bepalen dat ook “**discriminatie bij associatie**”¹⁷⁴ verboden is. Dit neemt echter niet weg dat (sommige) Belgische rechtscolleges discriminatie bij associatie ook onder de federale wetgeving verboden achten,¹⁷⁵ in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie.¹⁷⁶

Evenmin maken de federale wetten gewag van “**meervoudige discriminatie**” en van discriminatie op basis van een “**vermeend**” kenmerk, in tegenstelling tot het Gelijkekansendecreet (art. 21, § 1). De federale evaluatiecommissie adviseerde om de federale wetgeving op dit punt aan te passen aan het Vlaamse decreet, teneinde de rechtszekerheid te bevorderen.¹⁷⁷

2. Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied)

73. Net als het Gelijkekansendecreet, geldt de federale antidiscriminatiewetgeving, in die domeinen waarop ze van toepassing is, zowel in horizontale als in verticale verhoudingen.¹⁷⁸

74. De domeinen waarop de federale antidiscriminatiewetten van toepassing zijn zijn de volgende:

¹⁷² Wetsontwerp ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, *Parl. St. Kamer*, 2006-2007, nr. 51-2722/1, 17-18.

¹⁷³ Ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid, *Parl. St. VI. Parl.*, 2007-2008, nr. 1578/1, 110. Zie ook Rb. Leuven, 27 september 2018, *Unia t. M.P.* (minnelijk akkoord): een weigering om een woning te verhuren aan personen die werkloos zijn, een ziekte-uitkering genieten of een leefloon ontvangen is discriminerend op grond van sociale positie en vermogen. Zie ook Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, februari 2017, 47.

¹⁷⁴ Discriminatie bij associatie doet zich bv. voor wanneer een ouder ongunstig wordt behandeld vanwege de handicap van zijn/haar kind (en dus niet vanwege een eigen handicap).

¹⁷⁵ Zie bv. Arbrb. Leuven, 10 december 2013, *V.H. t. BVBA V.*, nr. 12/1064/A.

¹⁷⁶ Zie bv. H.v.J., C-303/06, *Coleman*, 17 juli 2008, EU:C:2008:415, § 48; C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, 16 juli 2015, EU:C:2015:480, § 60.

¹⁷⁷ Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, februari 2017, 34-36.

¹⁷⁸ “Zowel in de overheidssector als in de particuliere sector” (art. 5, § 1, Antiracismewet; art. 6, § 1, Genderwet; art. 5, § 1, Antidiscriminatiewet).

- de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn;
- de sociale bescherming, met inbegrip van de sociale zekerheid en de gezondheidszorg;
- de sociale voordelen;
- de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid;
- de arbeidsbetrekkingen;
- de vermelding in een officieel stuk of in een proces-verbaal;
- het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of enige organisatie waarvan de leden een bepaald beroep uitoefenen, waaronder de voordelen die deze organisaties bieden;
- de toegang tot en de deelname aan, alsook elke andere uitoefening van een economische, sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek.¹⁷⁹

75. Een belangrijke kanttekening is wel dat uit de bevoegdheidsverdeling binnen het federale België voortvloeit dat de federale antidiscriminatiewetgeving enkel toepasselijk is op aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de federale overheid vallen.¹⁸⁰ Dit betekent dat bijvoorbeeld discriminatie in de toegang tot het onderwijs of tot huisvesting in principe buiten het toepassingsgebied van de federale wetgeving valt. Discriminatie in de arbeidssfeer zal dan weer grotendeels wél binnen het toepassingsgebied van de federale wetten vallen.

3. Vormen van discriminatie

76. De federale antidiscriminatiewetten verbieden, net als het Gelijkekansendecreet (art. 15), de volgende vormen van discriminatie:

- directe discriminatie;
- indirecte discriminatie;
- opdracht tot discrimineren;
- (seksuele)¹⁸¹ intimidatie;
- weigeren om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een beperking.^{182,183}

¹⁷⁹ Art. 5, § 1, Antiracismewet; art. 6, § 1, Genderwet; art. 5, § 1, Antidiscriminatiewet.

¹⁸⁰ Dit wordt bevestigd in art. 5, § 1, Antiracismewet; art. 6, § 1, Genderwet; art. 5, § 1, Antidiscriminatiewet: “Met uitzondering van de aangelegenheden die onder de bevoegdheid van de Gemeenschappen of de Gewesten vallen”.

¹⁸¹ Seksuele intimidatie komt logischerwijze enkel voor in de Genderwet (en in de Welzijnswet, zie randnr. 79), maar niet in de federale wetten die discriminatie verbieden die niet geslachtsgerelateerd is.

¹⁸² Deze laatste discriminatievorm komt, vanwege het beschermde criterium handicap, enkel voor in de Antidiscriminatiewet en niet in de andere federale wetten.

¹⁸³ Art. 12 Antiracismewet; art. 19 Genderwet; art. 14 Antidiscriminatiewet.

77. Directe discriminatie wordt in de federale wetgeving omschreven als een direct onderscheid op grond van een beschermd kenmerk (bv. ras, geslacht, ...) dat niet op wettige wijze kan worden gerechtvaardigd.¹⁸⁴ Een “direct onderscheid” doet zich voor “*wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van één van de beschermde criteria.*”¹⁸⁵ Op de rechtvaardigingsgronden voor een direct onderscheid gaan we nader in hieronder (randnrs. 80 t.e.m. 83).

78. Indirecte discriminatie doet zich voor wanneer “*een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen*” en hiervoor geen wettige rechtvaardiging bestaat.¹⁸⁶ Op de precieze rechtvaardigingsgronden voor een indirect onderscheid gaan we nader in hieronder (randnrs. 80 t.e.m. 84).

79. Net als het Gelijkekansendecreet verbieden de federale antidiscriminatiewetten ook een aantal andere vormen van discriminatie, nl. opdracht geven tot discrimineren, (seksuele) intimidatie en redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap weigeren. Deze discriminatievormen worden op dezelfde manier gedefinieerd in de federale wetten als in het decreet, wat niet verwonderlijk is nu de nationale wetgeving op dit punt uitvoering geeft aan de Europese richtlijnen.

Opdracht geven tot discriminatie wordt in de federale wetten als volgt omschreven: “*elke handelwijze die er in bestaat wie ook opdracht te geven om een persoon, een groep, een gemeenschap of een van hun leden te discrimineren op grond van een van de beschermde criteria*”.¹⁸⁷

Intimidatie wordt in de federale wetten gedefinieerd als volgt: “*ongewenst gedrag dat met een van de beschermde criteria verband houdt, en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd*”.¹⁸⁸

Bijkomend verbiedt de Genderwet ook **seksuele intimidatie**, wat zich voordoet “*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*”.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Art. 4, 7°, Antiracismewet; 5, 6°, Genderwet; art. 4, 7°, Antidiscriminatiewet.

¹⁸⁵ Art. 4, 6° Antiracismewet; 5, 5°, Genderwet; 4, 6°, Antidiscriminatiewet.

¹⁸⁶ Art. 5, 7°-8°, Genderwet; art. 4, 8°-9°, Antidiscriminatiewet.

¹⁸⁷ Art. 4, 12°, Antiracismewet; art. 5, 12°, Genderwet; art. 4, 13°, Antidiscriminatiewet.

¹⁸⁸ Art. 4, 10°, Antiracismewet; art. 5, 9°, Genderwet; art. 4, 10°, Antidiscriminatiewet.

¹⁸⁹ Art. 5, 10°, Genderwet.

Wat (seksuele) intimidatie betreft, is het wel van belang op te merken dat niet de federale antidiscriminatiewetgeving, maar wel de Welzijnswet¹⁹⁰ van toepassing is wanneer (seksuele) intimidatie plaatsvindt ten aanzien van werknemers in het kader van de arbeidsbetrekkingen.¹⁹¹ De Welzijnswet maakt als dusdanig evenwel geen gewag van de term (seksuele) intimidatie, maar wel van “pesterijen” en “ongewenst seksueel gedrag”. “Ongewenst seksueel gedrag” wordt niettemin op dezelfde wijze gedefinieerd als seksuele intimidatie in de Genderwet.¹⁹² “Pesterijen”, daarentegen, worden in de Welzijnswet enger omschreven dan “intimidatie” in de federale antidiscriminatiewetten,¹⁹³ die de definitie uit de Europese richtlijnen overnemen. Deze enge definitie uit de Welzijnswet is daarom niet in overeenstemming met het Unierecht, zoals ook de federale evaluatiecommissie in haar rapport opmerkte.¹⁹⁴

Tot slot verbiedt de Antidiscriminatiewet ook het **weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap**. Luidens artikel 4, 12°, van de Antidiscriminatiewet zijn redelijke aanpassingen “*passende maatregelen die in een concrete situatie en naargelang de behoefte worden getroffen om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang te hebben tot, deel te nemen aan en vooruit te komen in de aangelegenheden waarop deze wet van toepassing is, tenzij deze maatregelen een onevenredige belasting vormen voor de persoon die deze maatregelen moet treffen.*” De bepaling voegt daaraan toe dat een belasting niet als onevenredig mag worden beschouwd wanneer zij “*in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het gevoerde overheidsbeleid inzake personen met een handicap*”.

4. Rechtvaardigingsgronden

80. Net als in het Gelijkekansendecreet bestaat er op het federale niveau een combinatie van een open en gesloten lijst van rechtvaardigingsgronden.

81. Om te beginnen bepaalt de federale wetgeving dat van discriminatie geen sprake is wanneer een direct of indirect onderscheid:

- wordt **opgelegd door of krachtens een wet**,¹⁹⁵ of

- een maatregel van **positieve actie** uitmaakt.¹⁹⁶

¹⁹⁰ Wet 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, B.S. 18 september 1996.

¹⁹¹ Art. 6 Antiracismewet; 7 Genderwet; art. 6 Antidiscriminatiewet.

¹⁹² Art. 32ter, eerste lid, 3°, Welzijnswet.

¹⁹³ Art. 32ter, eerste lid, 2°, Welzijnswet.

¹⁹⁴ Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, februari 2017, 37-38.

¹⁹⁵ Art. 11 Antiracismewet; art. 18, §§ 1-2, Genderwet; art. 11 Antidiscriminatiewet.

¹⁹⁶ Art. 10 Antiracismewet; 16 Genderwet; art. 10 Antidiscriminatiewet.

Tevens raakt de Genderwet niet aan bepalingen betreffende de bescherming van **zwangerschap en moederschap**, die zij als een voorwaarde beschouwt voor de verwezenlijking van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.¹⁹⁷

82. Bovenop de twee voornoemde situaties kan zowel een direct als een indirect onderscheid in principe gerechtvaardigd worden door middel van een **open proportionaliteitstoets** (legitiem doel en de middel voor het bereiken van dat doel zijn passend en noodzakelijk).¹⁹⁸

83. In bepaalde gevallen waar *prima facie* sprake is van een **directe** discriminatie geldt er echter een **gesloten systeem van beperktere rechtvaardigingsgronden**. Aangezien deze beperktere rechtvaardigingsgronden uitvoering geven aan inter- en supranationale verplichtingen, lopen zij nagenoeg gelijk aan deze vermeld in het Gelijkekansendecreet. Het gaat om de volgende gevallen:

- een *prima facie* directe discriminatie op grond van **zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of etnische of nationale afstamming (maar niet nationaliteit)** kan enkel worden gerechtvaardigd in arbeidsrelaties en ook dan slechts op basis van een zogenaamde “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste”;¹⁹⁹

- een *prima facie* directe discriminatie op grond van **geslacht** kan enkel worden gerechtvaardigd:

- in arbeidsrelaties, namelijk op basis van een zogenaamde “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste”;²⁰⁰

- bij de toegang tot goederen en diensten, namelijk via een proportionaliteitstoets indien het gaat om goederen of diensten “*die exclusief of essentieel bestemd zijn voor de leden van één geslacht*”;²⁰¹

- bij de toegang tot economische, sociale, culturele of politieke activiteiten toegankelijk voor het publiek, namelijk via een proportionaliteitstoets.²⁰²

- een *prima facie* directe discriminatie op grond van **seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of handicap (maar niet leeftijd)**²⁰³ kan in alle domeinen worden gerechtvaardigd. In arbeidsrelaties is dit evenwel enkel mogelijk op basis van een zogenaamde “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste”.²⁰⁴ Bovendien geldt er een

¹⁹⁷ Art. 17 Genderwet (vgl. art. 22 Gelijkekansendecreet).

¹⁹⁸ Art. 7, § 2, en art. 9 Antiracismewet; art. 9, 14 en 15 Genderwet; art. 7, 9 en 12 Antidiscriminatiewet.

¹⁹⁹ Art. 7-8 Antiracismewet.

²⁰⁰ Art. 13 Genderwet.

²⁰¹ Art. 8-9 Genderwet. Zie ook art. 10 i.v.m. verzekeringsovereenkomsten.

²⁰² Art. 14 Genderwet.

²⁰³ Art. 12 Antidiscriminatiewet. Zie ook art. 6 Kaderrichtlijn Arbeid en Beroep.

²⁰⁴ Art. 8 Antidiscriminatiewet.

specifieke bepaling voor op geloof of levensbeschouwing gebaseerde organisaties, ook wel tendensorganisaties genoemd, die van personen die voor hen werkzaam zijn een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie mogen verlangen.²⁰⁵ Het gaat bijvoorbeeld om kerken. Buiten de arbeidscontext kan een direct onderscheid op de voornoemde gronden worden gerechtvaardigd aan de hand van de proportionaliteitstoets.

De rechtvaardigingsgrond van de “**wezenlijke en bepalende beroepsvereiste**” kan slechts worden ingeroepen wanneer:

- een bepaald kenmerk, dat verband houdt met een beschermd kenmerk;
- wezenlijk en bepalend is vanwege de aard van de specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin die worden uitgevoerd; en
- het vereiste berust op een legitiem doel en is passend en noodzakelijk t.a.v. dat doel.²⁰⁶

Het voorgaande toetsingschema kan schematisch als volgt worden voorgesteld.

DIRECT ONDERSCHIED							INDIRECT ONDERSCHIED
	WERK	GOEDEREN/ DIENSTEN	SOCIALE BESCHERMING/ VOORDELEN	GEZOND- HEIDSZORG	ONDER- WIJS	ESCP ACTIVITEIT	
ras etc.	WBB*				Nvt		proportionaliteit
geslacht	WBB	Exclusief of essentieel bestemd			Nvt	Proportionaliteit	
seks.g., geloof, handicap	WBB	Proportionaliteit			Nvt	Proportionaliteit	
leeftijd, nationalit.	Proportionaliteit				Nvt	Proportionaliteit	
andere	Proportionaliteit				Nvt	Proportionaliteit	
Positieve actie / bij of krachtens de wet (incl. zwangerschaps- en moederschapsbescherming)							

²⁰⁵ Art. 13 Antidiscriminatiewet.

²⁰⁶ Art. 8, § 2, Antiracismewet; art. 13, § 2, Genderwet; art. 8, § 2, Antidiscriminatiewet.

* WBB staat voor “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste”.

84. Het **weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met handicap** maakt een discriminatie uit “*tenzij deze maatregelen een onevenredige belasting vormen voor de persoon die deze maatregelen moet treffen*”.²⁰⁷ Net als het Gelijkekansendecreet (art. 19) preciseert de Antidiscriminatiewet verder dat een belasting die in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen niet onevenredig is.²⁰⁸ Ook kan bij een indirect onderscheid op grond van handicap het bewijs dat geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden de *prima facie* indirecte discriminatie rechtvaardigen.²⁰⁹

5. Positieve actie

85. De federale antidiscriminatiewetgeving laat maatregelen van positieve actie toe voor alle beschermde kenmerken onder de volgende voorwaarden:

- er moet een kennelijke ongelijkheid zijn;
- het verdwijnen van deze ongelijkheid moet worden aangewezen als een te bevorderen doelstelling;
- de maatregel van positieve actie moet van tijdelijke aard zijn en van die aard zijn dat hij verdwijnt zodra de beoogde doelstelling is bereikt;
- de maatregel van positieve actie mag andermans rechten niet onnodig beperken.²¹⁰

Deze voorwaarden zijn licht verschillend geformuleerd van deze in artikel 26 van het Gelijkekansendecreet, maar komen in wezen op hetzelfde neer. Het gaat om voorwaarden die voortvloeien uit de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.²¹¹

86. De wetbepalingen inzake positieve actie werden, wat de privésector betreft, nader uitgewerkt in het koninklijk besluit van 11 februari 2019 tot bepaling van de voorwaarden inzake positieve acties.²¹² Zo lang dat koninklijk besluit niet was aangenomen, was het onzeker of private ondernemingen wel positieve actiemaatregelen konden nemen.²¹³ De federale

²⁰⁷ Art. 4, 12°, Antidiscriminatiewet.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Art. 9 Antidiscriminatiewet. Over de samenlezing van deze rechtvaardigingsgrond met de proportionaliteitstoets zie SPINOY & VRIELINK.

²¹⁰ Art. 10, § 2, Antiracismewet; art. 16, § 2, Genderwet; art. 10, § 2, Antidiscriminatiewet.

²¹¹ Zie bv. GrwH, nr. 9/94, 27 januari 1994, B.6.2; nr. 42/97, 14 juli 1997, B.20; nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.79; nr. 17/2009, 12 februari 2009, B.22.3; nr. 145/2015, 22 oktober 2015, B.10.1.

²¹² B.S. 1 maart 2019.

²¹³ Evaluatiecommissie federale wetgeving ter bestrijding van discriminatie, *Eerste evaluatieverslag*, februari 2017, 113-116.

wetgeving geeft immers uitdrukkelijk de opdracht aan de Koning om de situaties te bepalen waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie getroffen kan worden.²¹⁴

In Vlaanderen stelt dat probleem zich niet, nu het Gelijkekansendecreet ter zake geen delegatie aan de Vlaamse Regering bevat. Dit neemt niet weg dat het ook in Vlaanderen nuttig kan zijn om in een concreter regelgevend kader te voorzien, dat een nadere omschrijving geeft aan de hypothesen waarbinnen en de voorwaarden waaronder maatregelen van positieve actie kunnen worden aangenomen. Dit zou als voordeel hebben dat private personen een grotere rechtszekerheid hebben wanneer zij positieve actiemaatregelen overwegen en niet het risico lopen om achteraf met gerechtelijke procedures te worden geconfronteerd. Te denken valt bijvoorbeeld aan private aanbieders van huisvesting die bepaalde wooneenheden willen voorbehouden aan jongeren of ouderen, aan personen met een beperking, etc. In het verleden ontstond er reeds discussie over de rechtmatigheid van dergelijke initiatieven.²¹⁵ Ook wervings- en selectiekantoren en arbeidsbemiddelaars die in het kader van een positieve actiemaatregel voor hun klanten gerichte werving of selectie doen van kandidaten op basis van hun handicap, geslacht, origine, leeftijd, ... hebben baat bij een grotere rechtszekerheid. De klant geeft in wezen de opdracht aan die kantoren en bemiddelaars tot het maken van een direct onderscheid op grond van een beschermd criterium. Om meer rechtszekerheid te bieden aan dergelijke kantoren en bemiddelaars lijkt het ons zinvol om in een meer gedetailleerde regelgeving voor positieve actiemaatregelen te voorzien.²¹⁶

6. Handhaving

(a) Door wie?

87. De handhaving van de federale antidiscriminatie wetten gebeurt door de **gewone hoven en rechtbanken**. Een vordering tot staking van een discriminatie moet worden ingesteld bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of, naargelang van de aard van de daad, de voorzitter van de arbeidsrechtbank of van de ondernemingsrechtbank.²¹⁷ Ook in de gevallen waar deze wetten discriminatie strafbaar stelt (zie randnr. 8960), kunnen deze rechterlijke instanties het bestaan van een discriminatie vaststellen en de staking ervan bevelen.²¹⁸ De strafsancities zelf kunnen enkel worden uitgesproken door de strafrechter.

²¹⁴ Art. 10, §§ 3-4, Antiracismewet; art. 16, §§ 3-4, Genderwet; art. 10, §§ 3-4, Antidiscriminatie wet.

²¹⁵ Zie bv. de discussie n.a.v. de Hasseltse woontoren voor jongeren. T. ROYACKERS, "Woontoren enkel voor jongeren mag niet", *Het Laatste Nieuws*, 24 mei 2018, <https://www.hln.be/in-debuurt/hasselt/woontoren-enkel-voor-jongeren-mag-niet~ae3406d1/>.

²¹⁶ Unia, *Evaluatie Vlaams Gelijkekansendecreet*, 2019, niet gepubliceerd, 49.

²¹⁷ Art. 18, § 1, eerste lid, Antiracismewet; art. 25, § 1, eerste lid, Genderwet; art. 20, § 1, eerste lid, Antidiscriminatie wet.

²¹⁸ Ibid.

88. Niet alleen het eigenlijke slachtoffer van een discriminatie, maar ook gelijkekansorganen en bepaalde andere instanties kunnen in rechte optreden op grond van de federale wetgeving. Unia is bevoegd voor alle discriminatiegronden, behalve taal en de geslachtsgerelateerde kenmerken. De geslachtsgerelateerde discriminatiegronden zijn toevertrouwd aan een specifiek orgaan, namelijk het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen.²¹⁹

(b) Sancties

89. De federale antidiscriminatie wetten stellen in principe burgerrechtelijke sancties op discriminatie, maar voorzien in welbepaalde gevallen ook in **strafsancties**, namelijk:

- als de discriminatie wordt gepleegd door een openbaar officier of ambtenaar, een drager of agent van het openbaar gezag of van de openbare macht, in de uitoefening van zijn ambt;²²⁰
- als degene die veroordeeld is wegens discriminatie zich niet voegt naar een vonnis of een arrest uitgesproken op een vordering tot staking;²²¹
- als de discriminatie rasgerelateerd is en plaatsvindt bij de toegang tot goederen of diensten of in de arbeidscontext;²²²
- als de discriminatie (uitgezonderd opdracht tot discriminatie) geslachtsgerelateerd is en plaatsvindt in de arbeidscontext;²²³
- als de discriminatie (uitgezonderd intimidatie en opdracht tot discriminatie) geslachtsgerelateerd is en plaatsvindt bij de toegang tot goederen en diensten.²²⁴

Dit betekent dat het federale niveau meer dan het Vlaamse inzet op een strafrechtelijke beteugeling van discriminatie. In Vlaanderen is discriminatie, ook op ras- en geslachtsgerelateerde gronden, in principe niet strafbaar. Enkel discriminatie gepleegd door ambtenaren en openbare gezagsdragers en het negeren van een stakingsbevel zijn in het Gelijkekansendecreet strafbaar gesteld (art. 32-33).²²⁵ In deel II van dit rapport gaan we nader in op de (on)wenselijkheid van strafsancties in het discriminatierecht.

90. Verder voorzien de federale antidiscriminatie wetten ook in **burgerrechtelijke sancties**. Op dit vlak zijn er geen noemenswaardige verschillen tussen de federale wetten en het Gelijkekansendecreet.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Art. 23 Antiracismewet; art. 28 Genderwet; art. 23 Antidiscriminatiewet.

²²¹ Art. 26 Antiracismewet; art. 29 Genderwet; art. 24 Antidiscriminatiewet.

²²² Art. 24-25 Antiracismewet.

²²³ Art. 28/2 Genderwet (voor directe en indirecte discriminatie) en art. 80 Welzijnswet *juncto* art. 119 en art. 101 Sociaal Strafwetboek (voor intimidatie en seksuele intimidatie). Het opdracht geven tot geslachtsdiscriminatie is als dusdanig niet strafbaar gesteld.

²²⁴ Art. 28/1 Genderwet.

²²⁵ De haatmisdrijven laten we in dit rapport buiten beschouwing. Zie art. 31 Gelijkekansendecreet.

Een eerste sanctie is de **nietigheid** van bepalingen en bedingen strijdig met de antidiscriminatiewetgeving.²²⁶

Een volgende mogelijke sanctie is **schadevergoeding** (contractueel of buitencontractueel).²²⁷ Het slachtoffer kiest of deze uit een forfaitair bedrag bestaat of overeenkomt met de (in dat geval te bewijzen) werkelijk geleden schade. De forfaitaire schadevergoeding bestaat:

- Voor discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen aan de brutobeloning voor zes maanden. Waar de werkgever aantoont dat de discriminatie ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn, wordt dit drie maanden in plaats van zes. Als via nietigheid de materiële schade kan worden hersteld, geldt de forfaitaire regeling hieronder.
- In alle overige gevallen geldt een schadevergoeding van 650 euro. Dit bedrag kan verhoogd worden tot 1300 euro als de verweerder niet kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn of wegens andere omstandigheden (zoals bijv. de bijzondere ernst van de schade).

Daarnaast kan het slachtoffer (of het bevoegde gelijkheidsorgaan) ook een vordering tot **staking van de discriminerende praktijken** instellen. Dit moet gebeuren bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, van de arbeidsrechtbank of van de rechtbank van koophandel (inmiddels ondernemingsrechtbank). Zij wordt behandeld zoals in kort geding. Het stakingsbevel kan gepaard gaan met **bekendmaking** van de beslissing, op kosten van de discriminator.²²⁸

Het slachtoffer of de bevoegde gelijkheidsorganen kunnen de discriminator laten veroordelen tot een **dwangsom** als die de discriminatie niet beëindigt.²²⁹

(c) *Bewijs*

91. In overeenstemming met het Unierecht verschuift ook in het federale België de bewijslast naar de verweerder als de eiser feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden.²³⁰ Net als het Gelijkekansendecreet geven de federale wetten een

²²⁶ Art. 13 Antiracismewet; art. 20 Genderwet; art. 15 Antidiscriminatiewet.

²²⁷ Art. 16 Antiracismewet; art. 23 Genderwet; art. 18 Antidiscriminatiewet.

²²⁸ Art. 18 Antiracismewet; art. 25 Genderwet; art. 20 Antidiscriminatiewet. Op verzoek van het slachtoffer kan de voorzitter in deze procedure ook de eerder besproken schadevergoeding toekennen (§ 2).

²²⁹ Art. 17 Antiracismewet; 24 Genderwet; art. 19 Antidiscriminatiewet.

²³⁰ Art. 30, § 1, Antiracismewet; art. 33, § 1, Genderwet; art. 28, § 1, Antidiscriminatiewet.

illustratieve opsomming van dergelijke feiten. Deze stemmen inhoudelijk volledig overeen met deze in het Gelijkekansendecreet, namelijk, voor directe discriminatie:

- gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een welbepaald beschermd criterium (onder meer verschillende, los van elkaar staande bij de belangenverenigingen gedane meldingen);
- de gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon

en voor indirecte discriminatie:

- algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid;
- het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid;
- elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt.²³¹

Deze verdeling van de bewijslast geldt uiteraard enkel in burgerlijke procedures, maar niet in strafzaken, gelet op het beginsel van vermoeden van onschuld.

(d) Bescherming tegen represailles

92. In uitvoering van de Europese richtlijnen voorziet de federale wetgeving, net als het Gelijkekansendecreet, in bescherming tegen represailles. Die bescherming geldt zowel voor de klager als voor getuigen van discriminatie.²³² Zij mogen niet het voorwerp zijn van nadelige maatregelen, behalve dan om redenen die vreemd zijn aan de klacht.

93. Het Hof van Justitie heeft in het recente arrest-*Hakelbracht* geoordeeld dat de Belgische federale antidiscriminatiewetgeving getuigen onvoldoende beschermt, omdat de bescherming beperkt blijft tot formele getuigen.²³³ De federale wetten zullen moeten worden gewijzigd, zodat niet enkel formele getuigen maar ook al wie de gediscrimineerde persoon informeel steunt, beschermd wordt tegen represailles. Ook het Gelijkekansendecreet zal in die zin moeten worden aangepast (zie hoger randnr. 64 en verder deel II, randnrs. 40-41).

7. Besluit

94. De federale antidiscriminatiewetgeving loopt in grote lijnen gelijk met het Gelijkekansendecreet. Dit is niet verwonderlijk, aangezien de antidiscriminatiewetgeving in hoge mate gedetermineerd is door het Unierecht.

²³¹ Art. 30, § 2-3, Antiracismewet; art. 33, §§ 2-3 Genderwet; art. 28, §§ 2-3, Antidiscriminatiewet.

²³² Art. 14 Antiracismewet; art. 21 Genderwet; art. 16 Antidiscriminatiewet.

²³³ H.v.J., C-404/18, *Hakelbracht*, 20 juni 2019, EU:C:2019:523, § 35.

Niettemin is er een beperkt aantal verschillen waar te nemen.

- De federale wetgeving, met name de Genderwet, vermeldt meer **verboden discriminatiegronden** dan het Gelijkekansendecreet, zoals het geven van borstvoeding en vader- of meemoederschap. Dit wil echter niet noodzakelijk zeggen dat deze persoonskenmerken niet worden beschermd onder het decreet, nu sommige van deze kenmerken met bestaande discriminatiegronden, zoals geslacht of moederschap, in verband kunnen worden gebracht én nu artikel 22bis van het decreet specifieke rechten toekent aan werknemers die moederschaps-, vaderschaps- of adoptieverlof hebben. Sowieso zal het wel noodzakelijk zijn het decreet te herzien in het licht van de Europese Work-Life-Balancerichtlijn, die tegen 2022 moet worden omgezet.
- Wat **verboden discriminatiegronden** betreft, biedt het Gelijkekansendecreet dan weer een ruimere bescherming dan de federale wetgeving in die zin dat het ook de medische voorgeschiedenis (“gezondheidstoestand”) en de sociale positie (eerder dan sociale afkomst) van een persoon beschermt.
- In tegenstelling tot het Gelijkekansendecreet (art. 21, § 1), vermeldt de federale wetgeving niet uitdrukkelijk dat ook “**discriminatie bij associatie**”, “**meervoudige discriminatie**” en discriminatie op basis van een “**vermeend**” kenmerk verboden zijn.
- Wat betreft het **materiële toepassingsgebied** moet worden vermeld dat het discriminatieverbod uit de federale wetten zich ook uitstrekt tot de sociale bescherming (met name de sociale zekerheid). Dit is momenteel niet het geval voor het Gelijkekansendecreet en het decreet moet o.i. op dit punt worden aangepast, nu Vlaanderen zeker sinds de zesde staats hervorming belangrijke bevoegdheden gekregen in dit domein. De federale wetten zijn dan weer niet van toepassing op het onderwijs, wat uiteraard te verklaren valt vanuit de optiek van de bevoegdheidsverdeling in het federale België.
- De federale wetgeving biedt minder bescherming dan het decreet tegen **intimidatie op het werk** en strookt niet met de vereisten die voortvloeien uit het Unierecht.
- Qua **rechtvaardigingsgronden** zijn er weinig verschillen tussen de federale en de Vlaamse wetgeving, behalve dan dat:
 - een direct onderscheid op raciale gronden bij de toegang tot economische, sociale, culturele of politieke activiteiten niet kan worden gerechtvaardigd via de proportionaliteitstoets onder de Antiracismewet, maar wel onder het Gelijkekansendecreet;
 - een direct onderscheid op grond van geslacht bij de toegang tot sociale bescherming (incl. gezondheidszorg) en sociale voordelen niet kan worden

gerechtvaardigd via de proportionaliteitstoets onder de Genderwet, maar wel onder het Gelijkekansendecreet.

- Op het federale niveau bestaat er concrete regelgeving over de toelaatbaarheid van maatregelen van **positieve actie** in private arbeidsrelaties, terwijl in Vlaanderen slechts de algemene voorwaarden die het Grondwettelijk Hof heeft bepaald in het decreet zijn overgenomen.
- De **handhaving** van de federale en de Vlaamse antidiscriminatiewetgeving loopt grotendeels gelijk. Wel is er op het federale niveau een tendens in de richting van penalisering van discriminatie (ras- en geslachtsgerelateerde discriminatie is strafbaar), terwijl Vlaanderen hoofdzakelijk inzet op een burgerrechtelijke handhaving van het decreet. Al moet ook dit worden genuanceerd in het licht van het Decreet Evenredige Arbeidsparticipatie, dat directe discriminatie op grond van bepaalde kenmerken in de arbeidscontext strafbaar stelt. Een recent arrest van het Hof van Justitie noopt in elk geval tot een aanpassing van het decreet op het vlak van de bescherming van getuigen tegen represailles. Op de handhaving van het decreet (en de verbetering die op dat vlak mogelijk is) wordt uitgebreid ingegaan in deel II van dit rapport.

D. NEDERLAND

95. Nederland behoorde binnen Europa tot de landen die vrij vroeg – en alleszins lang voordat de Europese Unie daartoe verplichtte – horizontale discriminatieregelgeving invoerde buiten de grond(en ras en) geslacht. Dit gebeurde in 1994 met de invoering van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).²³⁴ Het typische handhavingssysteem met een quasi-judicieel gelijkheidsorgaan dat oordeelvormend werkt (vroeger de ‘Commissie Gelijke Behandeling’ en tegenwoordig het ‘College voor de Rechten van de Mens’) maakt dat Nederland een overvloed aan toepassingen van de regelgeving kent.

96. Nederland is een unitaire staat zodat er geen regionale regelgeving is rond discriminatie, maar enkel de nationale. Die nationale regelgeving is in Nederland wel verspreid over verschillende wetten. Die wetten zullen in het volgende gecombineerd besproken worden, aan de hand van de vaste vragen/opdeling die we hanteren.

De huidige wetgevende kader ter zake is het volgende:

- Algemene wet gelijke behandeling (AWGB)

²³⁴ Zie over de voorgeschiedenis J. VRIELINK, “Gelijke behandeling in Nederland, een bespreking van de Nederlandse Algemene Wet Gelijke Behandeling”, in VELAERS, J. en VRIELINK, J. (eds.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 757-782.

- Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz)
- Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (Wgbl)
- Wet gelijk behandeling van mannen en vrouwen (Wgb)
- Wet onderscheid arbeidsduur (Woa)
- Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd (Wobot)

1. Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)

97. De diverse Nederlandse discriminatiewetten verbieden discriminatie op andere persoonskenmerken en hebben in dat opzicht dus allemaal een afwijkend personeel toepassingsgebied. Opgedeeld per wet, gaat het om de volgende persoonskenmerken/discriminatiegronden.

98. De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is met afstand de meest omvattende wet, mede op het vlak van discriminatiegronden. Ze verbiedt discriminatie op grond van de volgende kenmerken:

- *Godsdienst en levensovertuiging*
- *Politieke gezindheid*
- *Ras*
- *Geslacht*
- *Nationaliteit*
- *Hetero- of homoseksuele gerichtheid*
- *Burgerlijke staat*

99. De Wet gelijke behandeling op grond van *handicap* of chronische ziekte (Wgbh/cz) biedt, zoals de benaming al suggereert, bescherming aan de gronden handicap en chronische ziekte. In de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (Wgbl) gaat het om *leeftijd*. Voorts gaat het in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgb) om geslacht (zij het voor andere toepassingsgebieden dan de AWGB, die eveneens geslacht omvat: *infra* D.2). De Wet onderscheid arbeidsduur (Woa) gaat dan weer over discriminatie op grond van ‘*een verschil in arbeidsduur*’ en de Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd (Wobot) ten slotte heeft betrekking op onderscheid op grond van het ‘*al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst*’.

100. De Nederlandse wetgeving omvat geen discriminatiegronden die de Vlaamse en/of Belgische regelgeving niet eveneens omvat. Dit lijkt wellicht op het eerste gezicht wel zo, gezien het bestaan van de Woa (arbeidsduur) en Wobot (bepaalde vs. onbepaald tijd), maar op die gronden bestaat ook in de overeenkomstige rechtsverhoudingen bij ons bescherming.²³⁵

²³⁵ Zij het niet via het Gelijkheidsdecreet, maar in Nederland is die kwestie evenmin in de AWGB geregeld.

101. Wat verder opvalt aan de discriminatiegronden, in vergelijking met de Vlaamse en ruimere Belgische aanpak is hoe summier de ‘Nederlandse’ opsomming is. Enerzijds is het natuurlijk duidelijk dat bepaalde (categorieën van) gronden die in Vlaanderen beschermd worden in de Nederlandse opsomming ontbreken (denk aan sociale afkomst, fysieke en genetische eigenschappen, etc.), maar anderzijds zijn ook de categorieën die *wel* beschermd worden, veelal veel minder uitgesponnen. Daarbij kan vooral gedacht worden aan geslacht enerzijds en ras anderzijds. Daar waar in Vlaanderen gekozen is om deze clusters in meer detail te omschrijven – hetzij uitputtend, zoals bij ‘ras’ (en *grosso modo* gebaseerd op het IVUR van de VN), dan wel exemplatief, zoals bij ‘geslacht’ – koos men in Nederland voor algemene basistermen, waaraan in de praktijk een zeer ruime invulling wordt gegeven die zeker niet beperkter is dan hoe de gronden in Vlaanderen worden begrepen.

102. De Nederlandse wetgeving verwijst verder niet uitdrukkelijk naar discriminatie op grond van **vermeende** en **bij associatie toegekende** kenmerken, noch naar **meervoudige** discriminatie. Ook hier geldt evenwel weer dat alvast in de toepassing door het College voor de rechten van de mens deze verschijningsvormen wel onder de regelgeving worden gevat. Deels – en zeker waar het om discriminatie bij associatie gaat – *moet* dat ook op basis van rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.²³⁶ Maar de Nederlandse toepassingspraktijk gaat verder dan wat (minimaal) moet inzake meervoudige en attributieve discriminatie.²³⁷

2. Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied)

103. Alle Nederlandse discriminatiewetten zijn, wat betreft de maatschappelijke domeinen waarvoor ze gelden, zowel in verticale als in horizontale verhoudingen van toepassing. Hieronder bespreken we achtereenvolgens het toepassingsgebied van de onderscheiden wetten: de Algemene wet gelijke behandeling (i), de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (ii), de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (iii), de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (iv) en de Wet onderscheid arbeidsduur en de Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd (v).

(a) Algemene Wet Gelijke Behandeling

²³⁶ Zie bv. H.v.J., C-303/06, *Coleman*, 17 juli 2008, EU:C:2008:415, § 48; C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, 16 juli 2015, EU:C:2015:480, § 60.

²³⁷ Zie over het HvJ en meervoudige en attributieve discriminatie resp. S. VINCENT & J. VRIELINK, “Les discriminations multiples et intersectionnelles”, in I. HACHEZ & J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 250-274; M. SPINOY & J. VRIELINK, “Discriminatie door associatie (en discriminatie bij attributie)”, in *ibid.*, 226-247.

104. De AWGB kent het ruimste toepassingsgebied van de diverse Nederlandse discriminatiewetten. Om te beginnen is ze van toepassing in de **arbeidsbetrekkingen** in ruime zin. Het discriminatieverbod geldt meer bepaald voor:

- *“de aanbieding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking;*
- *arbeidsbemiddeling;*
- *het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding;*
- *het aanstellen tot ambtenaar en het beëindigen van het dienstverband van een ambtenaar;*
- *arbeidsvoorwaarden;*
- *het laten volgen van onderwijs, scholing en vorming tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding;*
- *bevordering;*
- *arbeidsomstandigheden”*.²³⁸

Specifiek inzake het **vrij beroep** geldt dat onderscheid *“is verboden met betrekking tot de voorwaarden voor en de toegang tot het vrije beroep en de mogelijkheden tot uitoefening van en ontplooiing binnen het vrije beroep”*.²³⁹

105. Zijdelings gerelateerd aan arbeidsbetrekkingen is de AWGB ook – conform de Unierichtlijnen – van toepassing op onderscheid *“bij het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of een vereniging van beroepsgenoten, alsmede bij de voordelen die uit dat lidmaatschap of uit die betrokkenheid voortvloeien”*.²⁴⁰

106. Verder is de AWGB van toepassing *“bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake”* en ook *“bij het geven van loopbaanoriëntatie en advies of voorlichting over school- of beroepskeuze”*, althans als die zaken plaatsvinden:

- *in de uitoefening van een beroep of bedrijf;*
- *door de openbare dienst;*
- *door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs of*
- *door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt;*²⁴¹

De strekking van deze bepaling is erg ruim en betreft o.a. om alle vormen van onderwijs (beroepsonderwijs, basis- en voortgezet onderwijs), wonen/huur, openbaar vervoer, welzijn, winkels, sporten, verzekeringen, uitgaan etc.

²³⁸ Art. 5, eerste lid AWGB.

²³⁹ Art. 6 AWGB.

²⁴⁰ Art. 6a AWGB.

²⁴¹ Art. 7, eerste lid AWGB.

107. Aangaande **sociale voordelen** kiest de AWGB voor strikte omzetting van de richtlijnen: dat wil zeggen dat onderscheid “*bij sociale bescherming, daaronder begrepen sociale zekerheid, en sociale voordelen*” enkel verboden is op grond van ras en niet op grond van andere criteria. Dit dus in tegenstelling tot hetgeen in Vlaanderen het geval is. Inzake de omschrijving van de begrippen “*sociale bescherming, sociale zekerheid en sociale voordelen*” geeft de wet aan dat die nader kunnen worden bepaald bij algemene maatregel van bestuur (dat wil zeggen een uitvoeringsbesluit behorend bij een wet).

108. Al bij al heeft de AWGB echter een aanzienlijk ruimer materieel toepassingsgebied dan de Europese antidiscriminatie-richtlijnen vereisen (voor de betrokken gronden). Tegelijk is het toepassingsgebied van de AWGB zeker niet ruimer dan het Gelijkekansendecreet. Hooguit zijn sommige zaken wat specifiekere geformuleerd in de AWGB, maar daaraan lijken in de meeste gevallen niet onmiddellijk voordelen verbonden.²⁴²

Een mogelijke uitzondering daarop betreft de formulering van het toepassingsgebied inzake goederen en diensten. Waar het Gelijkekansendecreet spreekt van “*het aanbod van, de toegang tot, de levering en het genot*” daarvan, gaat het in de AWGB om het “*aanbieden van of verlenen van toegang tot*” goederen of diensten, maar ook expliciet om “*het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake*”. Dat laatste is niet begrepen in het Gelijkekansendecreet en zou eventueel voor discussie kunnen zorgen in concrete gevallen. Het valt te overwegen deze formulering uit de AWGB toe te voegen aan het Gelijkekansendecreet.

(b) Wet Gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte

109. Het toepassingsgebied van de WGbh/cz is vrijwel identiek aan dat van de AWGB, op veel punten. Dat is om te beginnen het geval in de context van arbeid en vrij beroep: alle aspecten en elementen die bij de AWGB werden aangehaald, zijn identiek geformuleerd in de WGbh/cz.²⁴³ Hetzelfde geldt voor het lidmaatschap van een werkgevers- of werknemersorganisatie en voor (de basisbepaling inzake) goederen en diensten.²⁴⁴ Ook hier zijn de bepalingen identiek geformuleerd aan die van de AWGB, qua reikwijdte.

110. Er zijn echter enkele nadere uitwerkingen voor specifieke categorieën van goederen en diensten opgenomen in de WGbh/cz die niet (ook) in de AWGB terug te vinden zijn. Het gaat daarbij ten eerste om discriminatie in verband met woonruimtes. De wet definieert ‘woonruimte’ als de volgende zaken:

- “*een tot bewoning bestemde gebouwde onroerende zaak die een zelfstandige woning vormt, of een tot zelfstandige of onzelfstandige bewoning bestemd gedeelte van een gebouwde onroerende zaak, met inbegrip van de daarbij behorende gemeenschappelijke ruimte;*”

²⁴² En andersom het GKD is dan weer van toepassing in bepaalde contexten waarin de AWGB niet geldt (zoals bij sociale, politieke, culturele etc. activiteiten).

²⁴³ Art. 4 en 5 WGbh/cz.

²⁴⁴ Art. 5a en 5b WGbh/cz.

- *een woonwagen, zijnde een voor bewoning bestemd gebouw dat is geplaatst op een standplaats en dat in zijn geheel of in delen kan worden verplaatst;*
- *een woonschip, zijnde een schip dat uitsluitend of in hoofdzaak gebezigd wordt of bestemd is voor bewoning;*
- *een tot bewoning bestemd verblijf van een binnenschip”.*²⁴⁵

Meer bepaald verbiedt de wet onderscheid bij:²⁴⁶

- *“het aanbieden van woonruimte ter bewoning;*
- *het sluiten, uitvoeren, wijzigen of beëindigen van een overeenkomst betreffende het huren, kopen of bewonen van woonruimte voor eigen gebruik, waarbij onder eigen gebruik mede wordt verstaan bewoning door een persoon tot wie de contractant, diens echtgenoot of geregistreerde partner in een familierechtelijke betrekking staat of met wie de contractant, diens echtgenoot of geregistreerde partner in gezinsverband leeft;*
- *het bemiddelen bij een overeenkomst bedoeld in het voorgaande gedachtestreepje;*
- *het opmaken, uitvoeren of wijzigen van een reglement als bedoeld in artikel 111, onder d, van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek (het gaat in dat artikel om een ‘akte van splitsing’ van een appartement)²⁴⁷*
- *het inschrijven als woningzoekende”.*

Behalve inzake woonruimtes gelden ook voor het openbaar vervoer enkele specifiekere toepassingsgebieden dan bij de AWGB. Openbaar vervoer wordt in de wet gedefinieerd als: *“voor een ieder openstaand personenvervoer volgens een dienstregeling met een bus, trein, metro, tram of een via een geleidesysteem voortbewogen voertuig”.* Het eveneens relevante begrip reisinformatie wordt als volgt omschreven: *“informatie over de dienstregeling met de geldigheidsduur daarvan, gegarandeerde overstapmogelijkheden binnen de dienstregeling, wijzigingen van de dienstregeling en over tarieven en de daarbij behorende zone-indeling”.*²⁴⁸

Op dat specifieke vlak verbiedt de wet onderscheid bij:

- *“het verlenen van de voor het reizen vereiste toegang tot de bij het openbaar vervoer behorende gebouwen en infrastructuur;*
- *het aanbieden van openbaar-vervoersdiensten en reisinformatie;*

²⁴⁵ Art. 6a WGbh/cz.

²⁴⁶ Art. 6b WGbh/cz.

²⁴⁷ Het artikel als geheel luidt: *“Artikel 111 De akte van splitsing moet inhouden: a. de vermelding van de plaatselijke ligging van het gebouw of de grond; b. een nauwkeurige omschrijving van de onderscheiden gedeelten van het gebouw of de grond, die bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt, welke omschrijving kan plaatsvinden door verwijzing naar de in artikel 109 lid 2 bedoelde tekening, alsmede de vermelding voor elk dier gedeelten, tot welk appartementsrecht de bevoegdheid tot gebruik daarvan behoort; c. de kadastrale aanduiding van de appartementsrechten en de vermelding van de appartements-eigenaar; d. een reglement, waartoe geacht worden te behoren de bepalingen van een nauwkeurig aangeduid modelreglement dat is ingeschreven in de openbare registers ter plaatse waar de akte moet worden ingeschreven”.*

²⁴⁸ Art. 7 WGbh/cz.

- *het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten met betrekking tot openbaar vervoer*.²⁴⁹

111. Er lijken voor- en nadelen verbonden te (kunnen) zijn aan een specifieke opsomming zoals de WGb/cz hanteert voor woonruimtes en openbaar vervoer in het bijzonder. Een potentieel voordeel is de grotere duidelijkheid over wat allemaal met zekerheid bestreken wordt door de wet, zodat zowel de verantwoordelijke voor de (potentiele) discriminatie als de (mogelijk) gediscrimineerde beter weten waar ze aan toe zijn. Een mogelijk nadeel kan gelegen zijn in *a contrario* redeneringen: voor zover andere aspecten van discriminatie bij woonruimtes of openbaar vervoer niet vermeld worden in de bewuste subonderdelen lijkt de suggestie dat die ook niet onder de wet vallen. Dit lijkt ook, alvast in Nederland, de bewuste bedoeling te zijn geweest. Vanuit een maximale (reikwijdte van de) rechtsbescherming is het wellicht verkieslijk om de formulering meer ‘open’ te houden.

(c) *Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid*

112. De WGbl is, zoals de benaming al suggereert, enkel van toepassing in arbeid, maar wel in zeer ruime zin. De formulering van arbeid en vrij beroep komt overeen met die uit de AWGB en WGb/cz en hetzelfde geldt voor het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie.²⁵⁰

113. Het enige dat op dat vlak licht afwijkt, zijn de toepassingsonderdelen van “*het verlenen van toegang tot en het geven van loopbaanoriëntatie en beroepskeuzevoorlichting*” enerzijds en “*het verlenen van toegang tot, het aanbieden van, het afnemen van toetsen tijdens en het afsluiten van onderwijs dat gericht is op de toetreding tot en het functioneren op de arbeidsmarkt*” anderzijds.²⁵¹

Onder de AWGB moeten die zaken – om onder de wet te vallen – plaatsvinden in de uitoefening van een beroep of bedrijf; door de openbare dienst; door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs of door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt.²⁵² Die bijkomende afbakening/inperking geldt *niet* onder de WGbl.

114. Leeftijd is niettemin in Nederland dus een grond die veel minder ruim beschermd wordt, qua toepassingsgebied, dan de reeds behandelde gronden (*supra*). Dit houdt verband met een principiële keuze: leeftijdsdiscriminatie werd niet in dezelfde mate maatschappelijk problematisch geacht als discriminatie op andere gronden en zou “*geen bij voorbaat verdacht*

²⁴⁹ Art. 8 WGb/cz.

²⁵⁰ Artt. 3, 4 en 6 WGbl.

²⁵¹ Art. 5 a en b WGbl.

²⁵² Art. 7, eerste lid AWGB. Zie ook *supra*.

criterium” zijn, zodat men bewust niet verder wilde gaan dan de minimumverplichtingen die de EU aan haar lidstaten oplegt, op grond van richtlijn 2000/78.²⁵³

115. Strikt formeel is het ook in Vlaanderen natuurlijk steeds een optie om bescherming voor bepaalde gronden – waaronder leeftijd of andere gronden waarbij de supranationale verplichtingen minder verregaand zijn (of zelfs onbestaande) dan de actuele decretale regeling. Erg wenselijk lijkt ons dat *prima facie* evenwel niet: ten eerste zou het gaan om een vorm van *levelling down*,²⁵⁴ nadat de bescherming – specifiek in het geval van leeftijd – al 17 jaar werd geboden. Bovendien werkt men op Europees vlak sowieso aan een *uitbreiding* van de verplichtingen tot de sector goederen en diensten. Hoewel die ontwikkeling al enige jaren geblokkeerd is, lijkt het niettemin te verwachten dat op termijn ook een ruimere Unierechtelijke verplichting zal worden ingevoerd, zodat ook om die reden terugplooiën op een mindere bescherming niet erg aangewezen lijkt.

(d) Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen

116. De Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgb) behandelt het verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen op het werk. De AWGB (*supra* a) geldt op de meeste punten ook gewoon voor de grond geslacht, inclusief voor de context van arbeid. Tegelijk bepaalt de AWGB dat die de Wgb onverlet laat (art. 4a) en dat deze dus de *lex specialis* is voor geslachtsdiscriminatie.

117. De wet heeft enkele meer specifiek geformuleerde toepassingsgebieden dan de AWGB en/of onderdelen die letterlijk overeenkomen, qua toepassingsgebieden:

- Zo bepaalt de wet dat in de openbare dienst “*het bevoegd gezag geen onderscheid [mag] maken*” op grond van geslacht “*bij de aanstelling tot ambtenaar of indienstneming op arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, in de arbeidsvoorwaarden, bij de arbeidsomstandigheden, bij het verstrekken van onderricht, bij de bevordering en bij de beëindiging van het dienstverband*”. De definitie van ‘openbare dienst’ die daarbij gehanteerd wordt, is een zeer ruime en omvat “*alle instellingen, diensten en bedrijven door de staat en de openbare lichamen beheerd*”.²⁵⁵
- Ook inzake het vrij beroep omvat de wet een (wat) specifieke(re) bepaling (dan de AWGB), die betrekking heeft op “*de voorwaarden voor de toegang tot en de mogelijkheden tot uitoefening van en ontplooiing binnen het vrije beroep, alsmede wat*

²⁵³ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2002/03, 28 170, nrs 1-3, p. 12; Kamerstukken II 2002/03, 28 170, nr. 4, p. 14 en Kamerstukken II 2002/03, 28 170, nr. 5, p. 22.

²⁵⁴ Mogelijk zelfs met spanningen op het vlak van het *standstill*beginsel (*sensu lato*).

²⁵⁵ Art. 1b, lid 1 Wgb

betreft regelingen tussen beroepsgenoten inzake sociale zekerheid niet zijnde pensioenvoorzieningen".²⁵⁶

- De “aanbieding van een betrekking”, “de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking” en “arbeidsbemiddeling” worden ook expliciet hernomen (vooral met het oog op het formuleren van enkele expliciete (discriminatie)verboden: *infra* D.3).²⁵⁷ Hetzelfde geldt voor beroepsopleidingen, voortgezette beroepsopleidingen, elke “*cursus voor bijscholing of omscholing onder welke benaming dan*”, of “*een examen verband houdend met de hiervoor bedoelde opleidingen of cursussen*”²⁵⁸
- Verder bestrijkt de wet, net als de AWGB, “*lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werknemers- of werkgeversorganisatie of een vereniging van beroepsgenoten, alsmede bij de voordelen die uit dat lidmaatschap of uit die betrokkenheid voortvloeien*”²⁵⁹
- De Wgb is tot slot ook specifiek van toepassing op pensioenvoorziening. Daaronder wordt verstaan: “*een pensioenvoorziening ten behoeve van een of meer personen, uitsluitend in verband met hun werkzaamheden in een onderneming, bedrijfstak, tak van beroep of openbare dienst, in aanvulling op een wettelijk stelsel van sociale zekerheid en, ingeval van een voorziening ten behoeve van een persoon, anders dan door die persoon zelf tot stand gebracht*”.²⁶⁰

(e) Wet onderscheid arbeidsduur en Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd

118. De wet onderscheid arbeidsduur is van toepassing bij “*de voorwaarden waaronder een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, voortgezet dan wel beëindigd, en bij de voorwaarden waaronder een aanstelling wordt verleend, verlengd dan wel beëindigd*”.²⁶¹

De Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd ten slotte is van toepassing in de context van arbeidsvoorwaarden.²⁶²

119. Beide zijn voor wat betreft de relevante regels bij ons niet fundamenteel anders (hetgeen ook logisch is daar het omzettingen van Europese verplichtingen betreft).

²⁵⁶ Art. 2, lid 1 Wgb

²⁵⁷ Art. 3, lid 1 Wgb

²⁵⁸ Art. 4, lid 1 Wgb

²⁵⁹ Art. 4a Wgb

²⁶⁰ Art. 12a Wgb

²⁶¹ Art. III, 1 WOA.

²⁶² Art. II, 1 WOBOT.

(f) Overzicht

120. Schematisch samengevat is het toepassingsgebied voor de diverse Nederlandse gronden als volgt:

	Arb.vw	Arbeid alg	Werkg/ Werkn-org.	Goederen/ diensten (incl. onderwijs, huisvesting, ov)	Soc. besch.
Ras	x	x	x	x	x
Geslacht, ²⁶³ nationaliteit, seksuele oriëntatie, burgerlijke staat, handicap en chronische ziekte ²⁶⁴	x	x	x	x	-
Leeftijd	x	x	x	-	-
Arbeidsduur, Bepaalde/onbep. tijd	x ²⁶⁵	-	-	-	-

3. Vormen van discriminatie

(a) Onderscheid vs. discriminatie

121. Een opvallend en kenmerkend aspect aan de Nederlandse discriminatiewetgeving is dat die de term ‘discriminatie’ niet gebruikt.²⁶⁶ In plaats daarvan wordt het begrip (verboden) ‘onderscheid’ gehanteerd. Dit terwijl die term in de Vlaamse en andere Belgische regelgeving gehanteerd wordt als een neutrale verzamelterm voor differentiërend handelen, ongeacht de vraag of die differentiatie geoorloofd is.

²⁶³ Zie voor enkele verschillen op vooral het punt van arbeid met de op dit punt *supra* d.

²⁶⁴ Zie voor enkele verschillen tussen de laatste twee gronden en de voorgaande: *supra* b.

²⁶⁵ Zie voor enkele verschillen tussen de twee gronden op dit punt *supra* e.

²⁶⁶ Buiten in de voorafgaande overwegingen van de AWGB en de WGbh/cz.

De reden voor de Nederlandse term ‘onderscheid’ is dat die minder ‘beladen’ zou zijn, waardoor er bij de verweerders meer bereidheid zou zijn om hun gedrag te conformeren aan de vereisten van de discriminatiewetgeving. Daarnaast zou het begrip ‘discriminatie’, bij de gemiddelde burger, de indruk wekken dat het moet gaan om *bewust* onderscheid maken en een *intentie* tot benadeling, wat door de wetgeving geenszins vereist is.²⁶⁷ Vanuit dit perspectief zou het gebruik van de term ‘discriminatie’ afbreuk riskeren doen aan de duidelijkheid en effectiviteit van de gelijke behandelingswetgeving.

122. De veronderstellingen die ten grondslag liggen aan de Nederlandse terminologie zijn moeilijk te evalueren, gezien het ontbreken van een reëel vergelijkbare situatie.²⁶⁸ Het eerste argument is *prima facie* plausibel, maar evengoed is het mogelijk om het tegendeel te veronderstellen: wellicht kan juist de beladen term ‘discriminatie’ meer normconformiteit teweegbrengen, omdat niemand deze term op zichzelf toegepast wil (blijven) zien. Het tweede argument is voorts ontegensprekelijk iets wat je in de praktijk vaak ziet,²⁶⁹ maar het is onzeker of de term ‘onderscheid’ daaraan iets wezenlijks verandert.²⁷⁰

Er zijn bovendien bijkomende tegenargumenten denkbaar. De huidige Nederlandse terminologie is conceptueel onduidelijk doordat eenzelfde term (onderscheid) gebruikt wordt voor toegestaan én verboden gedrag. Is dat opzicht is het eenduidiger om een ongeoorloofd onderscheid steeds aan te duiden als ‘discriminatie’. Ook supra- en internationaalrechtelijk wordt de term ‘discriminatie’ universeel gebruikt. De (afdeling wetgeving van de) Nederlandse Raad van State pleit om die reden zelf tegen het gebruik van de term ‘onderscheid’ ter aanduiding van ‘discriminatie’.²⁷¹

(b) Vormen van discriminatie

123. De Woa en Wobot spreken slechts over een verbod op ‘onderscheid’, zonder verdere conceptuele onderverdelingen. De overige Nederlandse discriminatiewetten kennen wel diverse verschijningsvormen van discriminatie. Daarbij gaat het (gecombineerd) om de volgende vormen:

²⁶⁷ Zie R. HOLTMAAT, “Stop de inflatie van het discriminatiebegrip”, *NJB*, nr. 25, 2003, p. 1266-1276.

²⁶⁸ Zie hierover ook J. VRIELINK, “Discriminatie: van inflatie naar complicatie?”, *Nederlands Juristen Blad* 2003, nr. 43, 2252-2254. In evaluaties ter zake wordt slechts gesteld dat er goede ervaringen zijn met het gebruik van het neutrale begrip en dat andersom niet blijkt dat het tot problemen leidt. Of dit wél het geval zou zijn indien de terminologie veranderd wordt, is onduidelijk. Zie o.m.: *Kamerstukken II* 2001/2001, 28 187; Brief met betrekking tot de notitie omtrent de implementatie van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep en van richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming).

²⁶⁹ Zie: M. SPINOY, “Discriminatie in het Gelijkekansendecreet?”, *TBP*, 2020, te verschijnen

²⁷⁰ Sowieso is het juridisch onjuist om te stellen – zoals wel eens gedaan wordt – dat verandering van de term naar ‘discriminatie’ een zwaardere bewijslast met zich mee zou brengen. Zie bijv.: *Kamerstukken II* 2002/2003, 28 770, nr. 4, p. 7. Het discriminatiebegrip, zoals gehanteerd in bijvoorbeeld het Europese recht, veronderstelt geenszins een opzettelijke wil en men mag die ook niet vereisten voor toepassing ervan.

²⁷¹ Zie o.m.: *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 187 A, p. 4-5; *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 187 B, p. 3-4. De Nederlandse wetgever legde evenwel het advies van de Raad naast zich neer.

- Direct onderscheid;
- Indirect onderscheid;
- Intimidatie en seksuele intimidatie;
- Opdracht geven tot discrimineren;
- Het weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap.

(i) *Direct onderscheid*

124. Van **direct onderscheid** is sprake :

“indien een persoon op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van [een van de discriminatiegronden].”²⁷²

125. De definitie wijkt vooral op het punt van de vereiste behandeling af van de Europese en ook de Vlaamse definities ter zake: waar het in de laatstgenoemde teksten moet gaan om resp. een ‘minder gunstige’ of een ‘ongunstiger’ behandeling, spreekt de Nederlandse wetgeving van behandeling ‘op een andere wijze’. Met andere woorden: de Nederlandse tekst omvat geen benadelingsvereiste.

Men zag dit logisch voortvloeien uit het gebruik van de term ‘onderscheid’ en wilde daarom ook voor het ‘onderscheidende’ gedrag een bewust ruimere omschrijving: *“De in de Nederlandse wetgeving gehanteerde neutrale term ‘onderscheid’ laat (...) niet toe dat het bij dat onderscheid uitsluitend om een, zoals de richtlijnen het formuleren, ‘ongunstiger’ behandeling moet gaan. Daarom spreekt de voorgestelde tekst van ‘op een andere wijze wordt behandeld’”²⁷³.*

126. Het gaat hier om een kwestie waar ook ruimer discussie over bestaat in discriminatierechtelijke context. De formulering waarin het louter gaat om een ‘andere’, ‘ongelijke’ of ‘afwijkende’ behandeling wordt soms bepleit, omdat met de vereiste van ‘benadeling’ (direct) onderscheid zonder (eenduidig) nadelig gevolg geoorloofd zou kunnen blijven, hetgeen dan bijvoorbeeld ruimte zou laten voor de zgn. ‘gescheiden behandeling van gelijke waarde’ (de ‘*separate but equal*’ doctrine). Degenen die de formulering van een ‘ongunstiger’ voorstaan, beargumenteren dan weer dat dat onjuist is en dat (laakbare) segregaties wel degelijk een ‘ongunstiger’ behandeling opleveren en dat de discriminatiewetgeving bovendien tot absurde resultaten zou kunnen leiden als de

²⁷² Dit is de definitie uit art. 1b AWGB. In de WGBh/cz is de definitie inhoudelijk identiek, maar is de zinsstructuur net even anders: *“indien een persoon op grond van handicap of chronische ziekte op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld”* (art. 1b WGBh/cz. De WGB en de Wgb volgen beide ook die laatste structuur (resp. art. 1b van beide wetten).

²⁷³ Kamerstukken II 2011-2012, 31 832, nr. 1 (MvT).

benadelingseis zou worden geschrapt (zoals het verbieden van aparte toiletten voor mannen en vrouwen).²⁷⁴ Dat laatste is wellicht overdreven, daar dergelijke kwesties in een open systeem opgevangen kunnen worden door de rechtvaardigingstoets (of zelfs voorafgaand door de vergelijkbaarheidstoets), terwijl het in gesloten systemen ondervangen kan worden via een specifieke uitzonderingsgrond (of opnieuw via de vergelijkbaarheidstoets).²⁷⁵

127. Eventueel kan men overwegen om ook in het Gelijkekansendecreet de ruimere formulering (die geen benadeling vereist) over te nemen. Dit zou wel nopen tot grondige uitdenken van eventuele consequenties (en eventueel benodigde bijkomende uitzonderingen). Of het veel verschil zou uitmaken, valt evenwel te betwijfelen om de hierboven aangehaalde reden dat de benadelingstoets sowieso geen (nodeloze) drempel behoort te zijn (en dus ook laakbare segregatie kan omvatten). Voorts zal afwijken van de Europeesrechtelijke definitie wellicht leiden tot discussie met de Europese Commissie.²⁷⁶

128. Bovendien moet worden opgemerkt dat een eventuele wijziging allicht weinig verschil zou uitmaken. Het Grondwettelijk Hof, destijds nog Arbitragehof, concludeerde namelijk inzake de eerste federale discriminatiewet van 2003 dat beide formuleringen op hetzelfde (moeten) neerkomen. In de wet van 2003 was – vergelijkbaar met de Nederlandse situatie – sprake van een ‘verschil in behandeling’ (in plaats van ‘ongunstigere behandeling’). Het Hof stelde dienaangaande: “*Discriminatie kan (...) alleen het voorwerp zijn van de maatregelen waarin de wet voorziet indien zij de personen die tot de gediscrimineerde categorie behoren, benadeelt*”.²⁷⁷ Volgens het Hof zou derhalve wel degelijk een benadeling vereist zijn, ondanks de ruimere formulering. De reden voor het inlezen van deze vereiste was voor het Hof enerzijds gelegen in de grotere voorspelbaarheid van de toepassing die het benadelingscriterium met zich mee zou brengen en anderzijds in de waarborging van het belang van de betrokken rechtsvordering.²⁷⁸

(ii) *Indirect onderscheid*

129. Naast direct onderscheid verbieden de genoemde Nederlandse wetten ook **indirect onderscheid**. Die vorm doet zich voor:

²⁷⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, “La loi du 25 février tendant à lutter contre la discrimination : les défis d’une horizontalisation des droits de l’homme”, *APT* 2003, 232, nr. 68. ^[1]_{SEP}

²⁷⁵ Vgl. C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie. Arbeidsverhoudingen na de Discriminatiewet. Arbeidsrecht na de Europese Ras- en Kaderrichtlijn*, Brussel, Larcier, 2004, 88. ^[1]_{SEP}

²⁷⁶ De Nederlandse Raad van State was destijds alvast om deze reden ook kritisch. De Raad wees erop dat de richtlijn weliswaar minimumvereisten vaststelt en dat er dus, zolang daaraan wordt voldaan, ruimte blijft voor het stellen van bepalingen die het geboden beschermingsniveau aanvullen en verhogen, maar de Raad wees er ook op dat een dergelijke aanvulling en verhoging van het beschermingsniveau het bereik van de richtlijn niet mag uitbreiden via een afwijkende definitiebepaling.

²⁷⁷ Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.37.

²⁷⁸ Zie HDR, 467-468.

“Indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde [discriminatiegrond] in vergelijking met andere personen bijzonder treft”²⁷⁹

130. Net als bij direct onderscheid is het belangrijkste verschil met de formulering van indirecte discriminatie in het Gelijkekansendecreet erin gelegen dat ook hier geen ‘benadeling’ vereist is in de definitie. Het gaat in de Nederlandse wetgeving daarentegen om bepalingen, maatstaven, etc. die bepaalde groepen ‘bijzonder treft’. De overwegingen hiervoor hielden – net als bij direct onderscheid – verband met “*het neutrale karakter van het begrip onderscheid*”, waardoor men het “*niet wenselijk*” achtte het “*benadelingsvereiste op te nemen in de definitie van indirect onderscheid*”. Met de gekozen formulering, zo overwoog men, “*vallen alle rechtens relevante verschillen die, indirect, bijzonder effect hebben op groepen met bepaalde persoonskenmerken onder de definitie van indirect onderscheid, ongeacht of dat effect benadelend of bevoordelend is*”.²⁸⁰ Voor de voor- en nadelen van deze terminologische keuze kunnen we verwijzen naar de bespreking hierboven van direct onderscheid (*supra*).

(iii) *Andere verschijningsvormen*

131. In aanvulling op direct en indirect onderscheid zijn ook een aantal andere vormen van discriminatie verboden. Het gaat om te beginnen – in navolging van Europese verplichtingen – om **intimidatie** en **seksuele intimidatie**.²⁸¹ **Intimidatie** is in de AWGB, WGb/cz, Wgl en Wgb als volgt gedefinieerd:

“gedrag dat met [de discriminatiegronden] verband houdt en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.”²⁸²

132. **Seksuele intimidatie** is (logischerwijs) enkel opgenomen in de AWGB en Wgb en omvat het volgende:

“enige vorm van verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie dat als doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.”²⁸³

133. Het belangrijkste verschil met de definitie in het GKD (en uit de Unierichtlijnen) is bij beide zaken het ontbreken van het vereiste dat het om ‘ongewenst’ gedrag moet gaan. Dit

²⁷⁹ Art. 1c AWGB. Zie ook art. 1c WGb/cz, WGb/cz, WGl en Wgb.

²⁸⁰ Kamerstukken II 2011-2012, 31 832, nr. 1 (MvT).

²⁸¹ Merk op dat de Nederlandse wetgeving hier wel gewoon de Europese terminologie volgt en geen ‘zachtere’ termen kiest, zoals dat wel bij ‘discriminatie’ vs. ‘onderscheid’ het geval is.

²⁸² Art. 1a, lid 2 van alle betrokken wetten.

²⁸³ Art. 1a, lid 3 AWGB en Wgb.

verruimt de definities enigszins en dat is er ook de expliciete bedoeling van. Zoals het luidde in de parlementaire voorbereidingen van de betrokken wetten: “*In de definities van intimidatie en seksuele intimidatie (...) is het element ‘ongewenst’, dat wel in de definities in de richtlijn staat, niet opgenomen. Het hanteren van het element ‘ongewenst’ kan afbreuk doen aan de rechtsbescherming van geïntimideerden*”.²⁸⁴

Hoewel het allicht klopt dat het meer rechtsbescherming biedt als het niet hoeft te gaan om ‘ongewenst gedrag’, is het weglaten van die vereiste niettemin opmerkelijk, omdat de bepaling op deze wijze ook ‘gewenst’ gedrag viseert. In dat opzicht – en mede in het licht van het feit dat de intimidatiebepaling in het Gelijkkansendecreet een bijzonder ruim toepassingsgebied kent en het Unierechtelijke begrip op zichzelf al erg ruim is – zouden we niet meteen geneigd zijn te adviseren tot verdere verruiming, naar Nederlands voorbeeld.

134. Opnieuw in navolging van de Europese richtlijnen verbiedt de Nederlandse wetgeving ook het **opdracht geven tot discrimineren**.²⁸⁵ De regelgeving omvat evenwel opvallend genoeg geen definitie van dit begrip. De relevante wetten stellen simpelweg dat ‘onderscheid’, naast direct en indirect onderscheid ook “*de opdracht daartoe*” omvat. In dat opzicht is het GKD veel duidelijker conform het Unierecht en biedt ook meer duidelijkheid en rechtszekerheid aan rechtsonderhorigen.

135. Tot slot is (enkel in de WGb/cz) omvat het verbod op het maken van onderscheid (dus lees: het discriminatieverbod) ook de plicht om “*naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten*”.²⁸⁶ ‘Doeltreffende aanpassingen’ betreft in de Nederlandse wet gekozen term voor ‘redelijke aanpassingen’. Een verdere definitie (buiten de ‘rechtvaardiging’ om de aanpassing niet te hoeven treffen: *infra* D.4) wordt in de wet niet geboden. Wel wordt er een enkel expliciet voorbeeld geboden: “*Onder het verrichten van doeltreffende aanpassingen wordt in ieder geval verstaan het toelaten van assistentiehonden*”.²⁸⁷

136. Het meest interessant aan de plicht is dat die niet louter geldt voor handicap, maar ook voor chronische ziekte. Beide begrippen zijn in de praktijk ook uiterst moeilijk ‘scheidbaar’ en hebben een sterke wederzijdse overlap (hoewel handicap uiteraard een veel ruimer begrip is). Er valt zelfs te beargumenteren dat ‘chronische ziekte’ *altijd* onder het Unierechtelijke handicapbegrip valt en/of dat van de VN. De aanpassingsplicht in het GKD in gelijkaardige zin expliciteren lijkt niettemin niet evident. Ten eerste omdat ‘chronische ziekte’ geen discriminatiegrond is in het GKD. Gezondheidstoestand is dat wel. Daardoor zou explicitering dat (enkel) ‘chronische ziekte’ ook verplicht tot redelijke aanpassingen een risico van *a contrario*-redeneringen behelzen: ook andere (dan chronische) ziektes kunnen in beginsel een handicap opleveren (mits voldoende langdurig, maar daarom niet per se ‘chronisch’), maar door expliciet (alleen) ‘chronische ziekte’ aanvullend op te nemen in de aanpassingsplicht zou

²⁸⁴ Kamerstukken II 89 499, nr. 3. Zie ook Kamerstukken II 2002/03, 28 770 A, 15.

²⁸⁵ Art. 1 lid 1a van alle betrokken wetten.

²⁸⁶ Art. 2 lid 1 WGb/cz.

²⁸⁷ Art. 2 lid 2 WGb/cz.

je die plicht daardoor paradoxaal genoeg ongewild kunnen inperken (met spanningen met Europese recht en het VN-kader tot gevolg).

4. Rechtvaardigingsgronden

137. De Nederlandse discriminatiewetgeving kiest, sterker dan de Vlaamse of de federale Belgische regelgeving, voor gesloten rechtvaardigingssystemen. Maar tegelijk zitten er vrij veel open elementen in. We behandelen hieronder de uitzonderingen en rechtvaardigingen per grond, om die nadien in tabelvorm (licht gesimplificeerd) samen te vatten.²⁸⁸

(a) *Ras*

138. Onderscheid op grond van ras wordt, net als in vrijwel alle landen, in Nederland het strengst behandeld. Onderscheid op die grond is maar toegestaan in de onderstaande gevallen.

(i) *Bepalende uiterlijke kenmerken die samenhangen met ras*

139. Een eerst cluster rechtvaardigingen geldt wanneer **uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras** van een persoon naar **bepalend zijn**. En dan meer bepaald in twee gevallen:

- “in gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is”²⁸⁹
- “indien het onderscheid betrekking heeft op uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon en vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem is en het vereiste evenredig aan dat doel is”²⁹⁰

140. Het tweede onderdeel betreft een deelaspect van de formulering van de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten (zie ook *infra*). Het eerste onderdeel geldt voor andere contexten. Bij implementatie van de Rasrichtlijn besefte men dat de Rasrichtlijn slechts uitzonderingen

²⁸⁸ In aanvulling op de hier besproken rechtvaardigingen en uitzondering kan worden opgemerkt dat art. 3 AWGB bepaalt dat die wet is niet van toepassing is op: “a. rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag; b. het geestelijk ambt”.

²⁸⁹ Art. 4a AWGB.

²⁹⁰ Art. 4b AWGB.

toeliet op het terrein van arbeid, maar de Nederlandse wetgever oordeelde “*dat ook buiten de sfeer van de arbeid een grondslag zou moeten worden geboden voor uitzonderingen in het zeer beperkte aantal gevallen, waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend kunnen zijn*”²⁹¹

141. Daar de Rasrichtlijn echter een dergelijk bijkomend onderscheid niet lijkt toe te staan, is de richtlijnconformiteit hiervan op zijn minst discutabel,²⁹² en verdient het alleszins niet meteen aanbeveling deze bijkomende rechtvaardiging over te nemen. In de toepassingspraktijk rond de AWGB wordt de exceptie ook zelden tot nooit gebruikt.

(ii) *Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten*

142. Bij de voorgaande rechtvaardigingen gaat het enkel om *uiterlijke kenmerken* in verband met ras. Maar de AWGB kent voor ras (en alle andere criteria) ook een ruimere **wezenlijke en bepalende beroepsvereiste**. Die rechtvaardiging kan worden ingeroepen als:

*“a. de werkverhouding een privékarakter heeft,
b. het verschil in behandeling berust op een kenmerk dat verband houdt met (...) ras (...) en
c. dat kenmerk vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem is en het vereiste evenredig is aan dat doel.”*

143. Het centrale verschil met de formulering in het GKD is dat deze uitzondering enkel kan worden ingeroepen in de context van (bepaalde) werkverhoudingen met een privékarakter. Overheidsdiensten die aanwerven, kunnen zich er dus niet op beroepen (zij kunnen zich wel op de voorgaande bepaling(en) beroepen, maar dus beperkt tot (bepalende) *uiterlijke kenmerken* die te maken hebben met ras). Die beperking is ingegeven door het feit dat men niet zag dat overheden dergelijke eisen legitiem zouden kunnen stellen, binnen deze rechtvaardigingsmogelijkheid. De vraag lijkt of dat wel zo eenduidig het geval is, zodat de (ruimere) formulering in het GKD wellicht meer aangewezen blijft.

²⁹¹ Memorie van toelichting EG-implementatiewet Awgb, Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 3, 10.

²⁹² De Europese Commissie had ook problemen met de uitzonderingen die de AWGB (initieel) voorzag op dit punt (EC, advies van 29 oktober 2009). Het ging bovendien om nog twee bijkomende elementen in onderdelen c en d van art. 4 AWGB ging het om resp. “de deelname aan schoonheidswedstrijden voor zover met het ras van een persoon samenhangende kenmerken van belang zijn in verband met het doel van de wedstrijd” en “het verlenen van diensten die uitsluitend kunnen worden verleend aan personen met bepaalde uiterlijke kenmerken”. Nederland trok deze twee onderdelen in. Mogelijk is het niet opgevallen dat het behouden onderdeel a evenmin richtlijnconform was en bleef.

(iii) *Positieve actie*

144. **Positieve actie** kan ook een rechtvaardiging opleveren voor onderscheid op grond van ras (en daarnaast ook op grond van geslacht en handicap/chronische ziekte: *infra*). Daarvoor is, specifiek bij ras, nodig dat het onderscheid “*een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft (...) personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke nadelen verband houdende met de gronden ras of geslacht op te heffen of te verminderen*”. Daarbij geldt, binnen de definitie, een *proportionaliteitstest die eist dat “het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel”*.²⁹³ Voor meer informatie en commentaar, zie *infra*: D.5.

(b) *Geslacht*

145. Wat betreft direct geslachtsonderscheid geldt ook een overwegend gesloten systeem, met uitzonderingen die grotendeels gebaseerd zijn op die van de Unierichtlijnen, hoewel ze – net als bij ras – soms verder lijken te gaan.

(i) *Beschermingsmaatregelen*

146. Zo staan de AWGB en de Wgb toe om vrouwen anders te behandelen, “*in gevallen waarin het de **bescherming** van de vrouw betreft, met name in verband met zwangerschap en moederschap*”.²⁹⁴

(ii) *Geslacht bepalend*

147. Een uitzondering op het verbod tot onderscheid doet zich ook voor, “*wanneer het **geslacht bepalend is***”.²⁹⁵ Dit omvat naar het oordeel van de Nederlandse wetgever onder meer de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste, die ook als rechtvaardigingsmogelijkheid wordt geboden in het Unierecht. Maar het is tegelijk ruimer, daar het niet tot arbeid beperkt is (maar o.a. ook bij goederen en diensten in ruime zin). In die zin lijkt het ook (weer) verder te gaan dan hetgeen de richtlijnen toelaten (zij het minder duidelijk dan bij ras, daar de uitzondering bij goederen en diensten ook (en vooral) de functie speelt van de unierechtelijke uitzondering voor ‘*single sex goods and services*’; niettemin lijkt het weinig raadzaam om terminologisch dermate sterk af te wijken van de richtlijnen ter zake).

²⁹³ Art. 2 lid 3 AWGB.

²⁹⁴ Art. 2 lid 2b AWGB; art. 1b lid 3 Wgb.

²⁹⁵ Art. 2, lid 2a AWGB.

(iii) *Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten*

148. Naast de rechtvaardiging voor wanneer geslacht bepalend is, geldt ook – in arbeidsbetrekkingen – de **wezenlijke en bepalende beroepsvereiste** voor geslacht. Die rechtvaardiging kan worden ingeroepen als:

- “a. de werkverhouding een privékarakter heeft,*
- b. het verschil in behandeling berust op een kenmerk dat verband houdt met (...) geslacht en*
- c. dat kenmerk vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem is en het vereiste evenredig is aan dat doel.”*

149. Voor de bespreking ervan kunnen we *mutatis mutandis* verwijzen naar die bij ras (*supra* a).

(iv) *Positieve actie*

150. Verder is – zoals gezegd – onderscheid toegestaan, als het gaat om een vorm van **positieve actie** (*supra* a). Het in de Wgb en AWGB neergelegde verbod van onderscheid geldt niet “*indien het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft vrouwen (...) een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke nadelen verband houdende met de gronden ras of geslacht op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel*”. Voor commentaar ter zake, zie *infra* D.5.

(v) *Geslachtsonderscheid goederen en diensten*

151. Specifiek voor (bepaalde) **goederen en diensten** geldt ook een uitzondering voor een reeks gronden, waaronder geslacht. Indien het gaat om het aanbieden of verlenen van toegang tot goederen of diensten (etc.: cf. *supra*) “*in de uitoefening van een beroep of bedrijf*” of “*door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt*”,²⁹⁶ dan is het discriminatieverbod niet van toepassing indien:

- “a. de rechtsverhouding een privékarakter heeft,*

²⁹⁶ Maar *niet* om goederen aangeboden/geleverd “*door de openbare dienst*” of “*door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs*”.

b. het verschil in behandeling berust op een kenmerk dat verband houdt met godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, en

*c. het verschil in behandeling door een legitiem doel wordt gerechtvaardigd en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.*²⁹⁷

152. Ook hier lijkt de richtlijnconformiteit van deze uitzondering *prima facie* niet evident, waar het geslacht betreft, zodat we niet meteen zouden aanraden een dergelijke regeling over te nemen (te meer daar er uit de toepassingspraktijk niet meteen nood lijkt te bestaan aan een bijkomende uitzondering, naast ‘*single sex goods and services*’).

(vi) *(Geslachts)onderscheid in (bijzonder) onderwijs*

153. Een laatste mogelijkheid om onderscheid te maken op grond van (onder andere) geslacht is binnen het onderwijs, meer bepaald het **bijzonder onderwijs**. In die context mag een instelling “*bij de toelating en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs*” onderscheid maken “*op grond van godsdienst, levensovertuiging of geslacht, voor zover deze kenmerken vanwege de aard van het onderwijs een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd vereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling*”. Onderscheid specifiek op grond van geslacht is echter “*slechts toegestaan, indien voor leerlingen van beide geslachten gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn*”. Verder geldt een proportionaliteitstoets: het onderscheid “*mag niet verder gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die van leerlingen mag worden verlangd en mag niet leiden tot onderscheid op een andere in artikel 1 genoemde grond, onverminderd artikel 2, eerste lid*”.²⁹⁸

154. In de context van onderwijs geldt onder het GKD voor geslacht een open systeem. Voor zover dat behouden blijft, omvat die rechtvaardigingstoets deze uitzondering reeds. Het Nederlandse stelsel gaat verder op het punt van de eis dat het onderscheid bij geslacht slechts is toegestaan las er voor beide geslachten “*gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn*”. Een school van bijzonder onderwijs kan daardoor in beginsel geen loutere meisjes- of jongensschool zijn, terwijl dat in beginsel in Vlaanderen onder het GKD wel is toegelaten.

(c) *Nationaliteit*

155. De rechtvaardigingen inzake nationaliteit worden – net als de eerder besproken gronden – gekenmerkt door een overwegend gesloten systeem, zij het met relatief ‘open’ gesloten rechtvaardigingen.

²⁹⁷ Artikel 7, lid 3 AWGB.

²⁹⁸ Artikel 7, lid 2 AWGB.

(i) *Nationaliteit bepalend*

156. Net als bij geslacht is er een rechtvaardiging voorhanden in geval “*in gevallen waarin de nationaliteit **bepalend** is*”.²⁹⁹ Gedacht kan worden aan bepaalde overheidsfuncties en dergelijke.

(ii) *Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten*

157. Naast de rechtvaardiging voor wanneer nationaliteit in algemene zin (en ongeacht toepassingscontext) ‘bepalend’ is, geldt ook – in arbeidsbetrekkingen met een privé karakter (!) – de **wezenlijke en bepalende beroepsvereiste** voor nationaliteit, net als bij geslacht en ras (*supra*). De formulering is identiek en ook voor de bespreking ervan kunnen we *mutatis mutandis* verwijzen naar die bij ras (*supra* a).

(iii) *Internationaal recht*

158. Verder kan nationaliteitsonderscheid gebaseerd zijn op “*op **algemeen verbindende voorschriften***” (zoals Nederlandse regelgeving) of op “*geschreven of ongeschreven regels van internationaal recht*”.³⁰⁰

159. Dit komt enigszins in de buurt van de exceptie voor onderscheid door of krachtens wetgeving, in het GKD. Maar sowieso geldt onder het GKD een (iets) minder streng regime voor nationaliteitsonderscheid dan onder de Nederlandse wetgeving, gezien onder het GKD in elke toepassingscontext een open systeem van kracht is.

(iv) *Nationaliteitsonderscheid goederen en diensten*

160. Specifiek voor (bepaalde) **goederen en diensten** geldt ook voor nationaliteit de uitzondering die ook inzake geslacht geldt (*supra* b). Als het gaat om het aanbieden of verlenen van toegang tot goederen of diensten (etc.: cf. *supra*) “*in de uitoefening van een beroep of bedrijf*” of “*door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor zover het aanbod in het openbaar geschied*”,³⁰¹ dan is het discriminatieverbod niet van toepassing indien:

²⁹⁹ Artikel 2 lid 5b AWGB.

³⁰⁰ Artikel 2 lid 5a AWGB.

³⁰¹ Maar *niet* om goederen aangeboden/geleverd “*door de openbare dienst*” of “*door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs*”.

“a. de rechtsverhouding een privékarakter heeft,

b. het verschil in behandeling berust op een kenmerk dat verband houdt met godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, en

*c. het verschil in behandeling door een legitiem doel wordt gerechtvaardigd en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.*³⁰²

161. Inzake nationaliteit spelen hier niet dezelfde issues van richtlijnconformiteit als bij geslacht (hoewel je specifiek inzake Unieburgers wel vragen kan stellen op basis van andere aspecten van Europees recht). Niettemin lijkt het gegeven het (open) systeem van het GKD geen uitzondering die veel bijkomend nut zou hebben.³⁰³

(d) Burgerlijke staat

162. Onderscheid op grond van burgerlijke staat kent ook verschillende uitzonderingen.

(i) Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten

163. Om te beginnen gaat het – in arbeidsbetrekkingen met een privékarakter – om **wezenlijke en bepalende beroepsvereisten**. De formulering is identiek aan die voor de andere gronden, zodat we voor bespreking ervan *mutatis mutandis* verwijzen naar die bij ras (*supra* a).

(ii) Pensioenvoorzieningen

164. Bij **pensioenen** geldt ook een uitzondering voor burgerlijke staat en wel “*met betrekking tot nabestaandenpensioen-voorzieningen en met betrekking tot aanspraken op pensioen die vóór de datum van inwerkingtreding van artikel I, onderdeel B, van de wet van 21 december 2000, houdende wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet en enige andere wetten in verband met het recht van keuze voor ouderdomspensioen in plaats van nabestaandenpensioen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Stb. 625), zijn opgebouwd*”.³⁰⁴

165. Het betreft een zeer technische aangelegenheid die sterk eigen is aan de ruimere Nederlandse regelgeving en die bijgevolg niet per se als positief of negatief voorbeeld voor Vlaanderen kan gelden; temeer daar pensioenregelingen federale materie blijven.

³⁰² Artikel 7, lid 3 AWGB.

³⁰³ Voor zover men uiteraard zou vasthouden aan dat open systeem.

³⁰⁴ Artikel 5 lid 6 AWGB.

(iii) *Onderscheid op burgerlijke staat in goederen en diensten*

166. Ook bij burgerlijke staat geldt ook weer de reeds besproken uitzondering bij het aanbieden of verlenen van toegang tot **goederen of diensten** (etc.: cf. *supra*) “in de uitoefening van een beroep of bedrijf” of “door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt”.³⁰⁵ In die omstandigheden is het discriminatieverbod niet van toepassing indien:

a. de rechtsverhouding een privékarakter heeft,

b. het verschil in behandeling berust op een kenmerk dat verband houdt met godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, en

c. het verschil in behandeling door een legitiem doel wordt gerechtvaardigd en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.³⁰⁶

167. *Mutatis mutandis* kan naar op dit punt naar de bespreking bij ‘nationaliteit’ verwezen worden (*supra*).

(e) *Onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid*

168. De gronden godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid worden in de Nederlandse discriminatiewetgeving – in de meeste (doch niet alle) situaties – door dezelfde rechtvaardigingen gedekt.

(i) *Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten*

169. Om te beginnen gaat het – in arbeidsbetrekkingen met een privékarakter – om **wezenlijke en bepalende beroepsvereisten**. De formulering is identiek aan die voor de andere gronden, zodat we voor bespreking ervan *mutatis mutandis* verwijzen naar die bij ras (*supra* a).

³⁰⁵ Maar *niet* om goederen aangeboden/geleverd “door de openbare dienst” of “door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs”.

³⁰⁶ Artikel 7, lid 3 AWGB.

(ii) *Tendensondernemingen*

170. De AWGB kent ook een exceptie voor **tendensondernemingen**, net als richtlijn 2000/78 en het GKD. Die bepaling stelt dat het verbod op onderscheid “*onverlet laat dat*”:

“a. een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag,

b. een instelling van bijzonder onderwijs, of

c. een instelling op politieke grondslag,

*ten aanzien van personen die voor haar werkzaam zijn onderscheid mag maken op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, voor zover deze kenmerken vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling. Een zodanig onderscheid mag niet verder gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die van de voor haar werkzame personen mag worden verlangd, en mag niet leiden tot onderscheid op een andere in artikel 1 genoemde grond, onverminderd artikel 2, eerste lid”.*³⁰⁷

171. De formulering wijkt op bepaalde punten subtiel af van die in de richtlijn (en die in het GKD, die de richtlijn op dit punt vrijwel letterlijk volgt). Een verschilpunt zit hem bijvoorbeeld in de koppeling van de vereiste van goede trouw aan de proportionaliteitstoets die de rechtvaardiging vereist. Reden hiervoor is dat het Nederlandse parlement het onduidelijk vond hoe beide alinea’s van art. 4 lid 2 Richtlijn 2000/78 zich tot elkaar verhouden. Alinea 1 bepaalt dat de functievereisten aan een proportionaliteitstoets moeten voldoen en alinea twee stelt dat mits de bepalingen van de “richtlijn voor het overige worden geëerbiedigd” de richtlijn “*derhalve het recht van kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, onverlet [laat] om, handelend in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen, van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen*”. Wegens die ‘derhalve’ bestond er onduidelijkheid over de vraag in hoeverre de tweede alinea van artikel 4 lid 2 Richtlijn 2000/78 zelfstandige betekenis had, of slechts bevestigde wat reeds uit de eerste alinea volgde.³⁰⁸ Uiteindelijk hebben de initiatiefnemers deze passage zo uitgelegd (en geherformuleerd) dat zij daarin een begrenzing zagen van de mogelijkheid om op overtuiging gebaseerde functie-eisen te stellen. De initiatiefnemers stelden dat dit criterium in ieder geval in relatie tot artikel 5 lid 2 AWGB met zich mee zal brengen “*dat een lid van een op religieuze gronden georganiseerde gemeenschap niet alle standpunten van die gemeenschap volledig hoeft te onderschrijven*”.³⁰⁹

³⁰⁷ Art. 5, lid 2 AWGB.

³⁰⁸ Zie onder verwijzing naar het advies van de Raad van State; Kamerstukken II 2013/14, 32476, nr. 10, p. 13; Kamerstukken II 2013/14, 32476, nr. 9.

³⁰⁹ Kamerstukken II 2013/14, 32476, nr. 10, p. 13; Kamerstukken II 2013/14, 32476, nr. 9.

172. De voorgaande lezing (en de daaruit voortvloeiende codificatie) is één mogelijke interpretatie van art. 4 lid 2 Kaderrichtlijn. Maar het is zeker niet de enig mogelijke. Gezien de exacte betekenis van de bepaling in de rechtspraak nog niet in alle dimensies en aspecten aan bod gekomen is,³¹⁰ lijkt het (zeker voor het moment) raadzamer om zo dicht mogelijk bij de formulering in de richtlijn te blijven.

(iii) *Werkgevers- of werknemersorganisaties*

173. De AWGB kent ook een specifieke bepaling die een zeer gelijkaardige rechtvaardiging die bestaat voor tendensondernemingen ook uitbreidt naar **werkgevers- en werknemersorganisaties**. Meer bepaald stelt die bepaling dat:

*“a. een op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag gebaseerde organisatie of vereniging, of
b. een op politieke grondslag gebaseerde organisatie of vereniging,
ten aanzien van personen die door een lidmaatschap of anderszins bij haar betrokken zijn onderscheid mag maken op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, voor zover deze kenmerken vanwege de aard van de betrokkenheid of de context waarin specifieke activiteiten worden uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd vereiste vormen, gezien de grondslag van de organisatie of vereniging. Een zodanig onderscheid mag niet verder gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie of vereniging die van de daarbij betrokkenen mag worden verlangd, en mag niet leiden tot onderscheid op een andere in artikel 1 genoemde grond, onverminderd artikel 2, eerste lid.”³¹¹*

174. Hoewel deze bepaling op zich niet onlogisch lijkt, temeer daar veel werkgevers- en werknemersorganisaties van oorsprong een soort tendensondernemingen zijn, lijkt richtlijn 2000/78 deze door de AWGB geboden uitzondering – strikt genomen – niet (expliciet) toe te laten, althans niet wat betreft (het in hoofdzaak door de bepaling geïmpliceerde) *lidmaatschap* van de organisatie³¹² (personen die er werkzaam zijn, daarentegen, kunnen desgevallend onverkort vallen onder de uitzondering voor tendensondernemingen en niets verzet zich ertegen om dat in nationale wetgeving nog eens bijkomend/specifiek te bepalen; evenmin lijkt dat echter bijzonder nuttig of noodzakelijk).

³¹⁰ Tot op heden zijn er slechts twee zaken rechtstreeks rond deze bepaling door het Hof beslist en daarin komt de verhouding tussen beide alinea's niet heel scherp op de voorgrond. Zie HvJ, 17 april 2018, *Egenberder* en HvJ, 11 september 2018, *IR*.

³¹¹ Artikel 6a lid 2 AWGB.

³¹² Tegelijk maakte de EC geen onoverkomelijk punt van deze geboden exceptie. Dat wil echter nog niet per se iets zeggen over wat er zou gebeuren als een zaak die aan deze bepaling raakt ooit voor het Hof van Justitie zou komen.

(iv) *Goederen en diensten*

175. Inzake (bepaalde) **goederen en diensten** geldt ook voor godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid de uitzondering die in het voorgaande al enkele keren aan bod kwam. Indien het gaat om het aanbieden of verlenen van toegang tot goederen of diensten (etc.: cf. *supra*) “*in de uitoefening van een beroep of bedrijf*” of “*door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt*”,³¹³ dan is het discriminatieverbod niet van toepassing indien:

“a. de rechtsverhouding een privékarakter heeft,

b. het verschil in behandeling berust op een kenmerk dat verband houdt met godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, en

*c. het verschil in behandeling door een legitiem doel wordt gerechtvaardigd en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.*³¹⁴

176. Deze kwestie wordt (ook voor de gronden godsdienst en levensovertuiging) niet door de richtlijnen bestreken zodat zich hier geen probleem van richtlijnconformiteit voordoet. Voor een verdere bespreking verwijzen we naar de grond ‘nationaliteit (*supra* c).

(v) *Onderscheid in (bijzonder) onderwijs (enkel godsdienst en overtuiging)*

177. Net als bij geslacht bestaat er voorts de mogelijkheid om onderscheid te maken op grond van godsdienst en levensovertuiging binnen het **bijzonder onderwijs** (let wel: enkel op die gronden en niet (eveneens) op politieke overtuiging). In die context mag een instelling “*bij de toelating en ten aanzien van de deelname aan het onderwijs*” onderscheid maken “*op grond van godsdienst, levensovertuiging of geslacht, voor zover deze kenmerken vanwege de aard van het onderwijs een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd vereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling*”. Verder geldt een proportionaliteitstoets: het onderscheid “*mag niet verder gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die van leerlingen mag worden verlangd en mag niet leiden tot onderscheid op een andere in artikel 1 genoemde grond, onverminderd artikel 2, eerste lid*”.³¹⁵

³¹³ Maar *niet* om goederen aangeboden/geleverd “*door de openbare dienst*” of “*door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs*”.

³¹⁴ Artikel 7, lid 3 AWGB.

³¹⁵ Artikel 7, lid 2 AWGB.

178. In de context van onderwijs geldt dat deze kwestie in Vlaanderen veeleer door het GOK-decreet wordt bestreken dan door het GKD, en in het GOK-decreet wordt ter zake een fundamenteel andere keuze gemaakt dan in deze bepaling in de AWGB (zodat invoering ervan, louter in de context van het GKD, tot onderlinge decretale contradicties zou leiden; nog los van de wenselijkheidsvraag van de regeling).

(vi) *‘Weigerambtenaren’ (enkel godsdienst en overtuiging)*

179. Een vrij kenmerkende Nederlandse exceptie voor onderscheid op grond van godsdienst en overtuiging (let wel: enkel op die gronden en niet (eveneens) op politieke overtuiging) betreft de problematiek van zgn. **‘weigerambtenaren’**: gemeentelijke ambtenaren die – uit religieuze of levensbeschouwelijke overwegingen – gewetensbezwaren hebben bij het voltrekken van huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht. Nadelige maatregelen (incl. ontslag) jegens dergelijke ambtenaren resulteren in indirect onderscheid op basis van godsdienst/overtuiging en er ontstond op een bepaald moment veel discussie over de vraag of dat onderscheid nu gerechtvaardigd was.

180. De AWGB bepaalt ter zake dat gemeenten *“de vrijheid hebben om onderscheid te maken op grond van godsdienst of levensovertuiging ten aanzien van een ambtenaar of buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand die in de uitoefening van zijn ambt onderscheid maakt, tenzij het door hem gemaakte onderscheid is gebaseerd op een algemeen verbindend voorschrift”*.³¹⁶ Kortom: als een gemeente wil, kan die optreden tegen een weigerambtenaar, zonder dat dat voor de AWGB een probleem oplevert.

181. De discussie over weigerambtenaren doet en deed zich in verschillende landen voor,³¹⁷ maar Nederland lijkt wel een van de weinige landen met specifieke bepalingen ter zake, binnen de discriminatiewetgeving. Een regeling ter zake in het GKD kan overwogen worden. Tegelijk is er in de Vlaamse context geen debat van enige betekenis rond de kwestie gevoerd tot op heden (laat staan dat er – voor zover wij weten – al praktische incidenten rond zijn geweest), zodat een decretale regeling in het GKD wellicht niet iets is waartoe in de Vlaamse context veel nood bestaat.

(f) *Onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid*

182. Onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid kent onder de Nederlandse discriminatiewetgeving maar een tweetal uitzonderingen.

³¹⁶ Artikel 5 lid 2a AWGB.

³¹⁷ Naast Nederland bijvoorbeeld ook in het VK en in Duitsland.

(i) *Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten*

183. Om te beginnen gaat het – in arbeidsbetrekkingen met een privé-karakter – om **wezenlijke en bepalende beroepsvereisten**. De formulering is identiek aan die voor de andere gronden, zodat we voor bespreking ervan *mutatis mutandis* verwijzen naar die bij ras (*supra* a).

(ii) *Onderscheid op seksuele gerichtheid in goederen en diensten*

184. Ook bij hetero- of homoseksuele gerichtheid geldt de reeds besproken uitzondering bij het aanbieden of verlenen van toegang tot **goederen of diensten** (etc.: cf. *supra*) “*in de uitoefening van een beroep of bedrijf*” of “*door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt*”.³¹⁸ *Mutatis mutandis* kan naar op dit punt naar de bespreking bij ‘nationaliteit’ verwezen worden.

(g) *Leeftijd*³¹⁹

185. Inzake leeftijd zijn er in hoofdzaak drie situaties waarin onderscheid is toegestaan.

(i) *Werkgelegenheidsbeleid bepaalde leeftijdscategorieën*

186. Onderscheid op grond van leeftijd is toegestaan als dit gebaseerd is op **werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid**. Het gaat dan om beleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid ook is vastgesteld bij of krachtens de wet (op die manier kon o.a. het minimum jeugdloon blijven bestaan omdat het jongeren een grotere kans op werk biedt). De uitzondering is meer bepaald zo geformuleerd dat het verbod op onderscheid niet geldt als het onderscheid:

*“a. gebaseerd is op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgesteld bij of krachtens wet;”*³²⁰

187. De relevante bepaling is deels gebaseerd op de Kaderrichtlijn (art. 6), maar is tegelijk ruimer door te bepalen dat het onderscheid zonder meer gerechtvaardigd is, als het vastgelegd is bij of krachtens wetgeving. In het GKD kennen we de ruimere bepaling van art. 21 GKD,

³¹⁸ Maar *niet* om goederen aangeboden/geleverd “*door de openbare dienst*” of “*door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur of onderwijs*”.

³¹⁹ Naast de opgesomde uitzonderingen en rechtvaardigingen staan er in de Wgbl ook nog twee niet langer van kracht zijnde overgangsbepalingen inzake pensioenontslag enerzijds (art. 16; tot 2 december 2006) en defensie anderzijds (art. 17; tot 1 januari 2008).

³²⁰ Art. 7 lid 1 Wgbl.

waarin onderscheid ‘door of krachtens een wet’ in zijn *algemeenheid* uitgesloten wordt van vaststelling van discriminatie onder het decreet.

(ii) *Objectieve Rechtvaardiging*

188. Ten tweede is het maken van onderscheid naar leeftijd ook toegestaan wanneer dit onderscheid “**objectief gerechtvaardigd** is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.

189. De Wgbl maakt biedt voor leeftijdsonderscheid dus een volledig open rechtvaardigingssysteem, zonder de bijkomende ‘afbakenende’ elementen uit art. 6 Kaderrichtlijn. Strikt formeel lijkt dat niet richtlijnconform te zijn en het lijkt alleszins niet meteen aanbeveling te verdienen om dit over te nemen.

(iii) *Ontslag bij AOW-gerechtigde leeftijd*

190. Onderscheid is ook toegestaan wanneer deze “*betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding of van het dienstverband van een ambtenaar in verband met het bereiken van de leeftijd waarop op grond van de Algemene Ouderdomswet recht op ouderdomspensioen ontstaat, of van een bij of krachtens wet vastgestelde of tussen partijen overeengekomen hogere leeftijd*”. Kortom: als iemand een **pensioengerechtigde leeftijd** bereikt.

(h) *Handicap/Chronische ziekte*

191. Ook inzake handicap en chronische ziekte bestaan er uitzonderingen op en rechtvaardigingen voor het verbod van onderscheid.

(i) *Veiligheid en gezondheid*

192. Dat kan in verband met de **veiligheid en gezondheid** van de desbetreffende persoon of mensen in diens omgeving. Het verbod op onderscheid geldt in die context meer bepaald niet als het “*onderscheid noodzakelijk is ter bescherming van de veiligheid en de gezondheid*”.

321

³²¹ Art. 3 lid 1a WGbh/cz.

(ii) *Positieve actie*

193. Daarnaast mag het onderscheid als het gaat om **specifieke voorzieningen** en **faciliteiten** voor personen met een handicap of chronische ziekte en/of om voor hen een voorkeursbeleid of positieve actie te voeren, met als doel hun positie te verbeteren. Meer bepaald geldt het verbod op onderscheid niet als:

“het onderscheid een regeling, norm of praktijk betreft die tot doel heeft specifieke voorzieningen en faciliteiten te creëren of in stand te houden ten behoeve van personen met een handicap of chronische ziekte;

het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft personen met een handicap of chronische ziekte een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke nadelen verband houdende met de gronden handicap of chronische ziekte op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.”³²²

194. Voor meer uitleg en commentaar ter zake, zie *infra* D.5.

(iii) *Rechtvaardiging geen redelijke aanpassing*

195. Naast het verbod om onderscheid te maken, is er bij handicap ook het gebod om redelijke aanpassingen te treffen (*supra*). De uitzondering daarop is als de gevraagde aanpassing “*een onevenredige belasting*” vormt voor degene op wie de plicht rust.

196. De bepaling in de WGb/cz is minder uitgewerkt en minder specifiek dan het GKD momenteel op dit punt al is (en voorziet bijvoorbeeld niet dat de aanpassing ‘netto’ moet worden bekeken, na ‘aftrek’ van subsidies of andere ‘kosten-reducerende’ maatregelen). In dat opzicht lijkt de bepaling in het GKD – zoals die is – duidelijker en ook meer richtlijnconform.

(i) *Arbeidsduur en bepaalde/onbepaalde duur*

197. Onderscheid inzake arbeidsduur en deeltijds/voltijds-aanstellingen heeft in beide gevallen als rechtvaardigingsmogelijkheid een **objectieve en redelijke rechtvaardiging** (zie over die toetsing meer uitvoerig *infra* D.4.j).

³²² Art. 3 lid 1b en c WGb/cz.

(j) **Indirect onderscheid: alle gronden**

198. Voor indirect onderscheid is de rechtvaardiging voor alle gronden identiek: het gaat om een **objectieve en redelijke rechtvaardiging**.³²³ In de Nederlandse wetten is die zo geformuleerd dat “*het verbod van onderscheid*” niet geldt “*indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn*”. Op dit punt bestaan er – minstens in de vorm van de toets – geen relevante verschillen met de Vlaamse regeling.

5. **Positieve maatregelen**

199. Qua positieve maatregelen en proactief discriminatierecht staat de Nederlandse discriminatiewetgeving vooral enkele zaken toe, zonder deze evenwel – in de meeste contexten – daadwerkelijk te verplichten.

(a) **Positieve actie: ras, geslacht en handicap/chronische ziekte**

200. Zo bestaat om te beginnen de mogelijkheid van **positieve actie**. Die optie is er echter slechts voor een drietal (clusters van) gronden, te weten: ras (en daarbinnen bovendien slechts voor minderheden), geslacht (en daarbinnen bovendien enkel voor *vrouwen*) en handicap/chronische ziekte. De relevante bepalingen luiden als volgt:

- Bij ras en geslacht geldt dat onderscheid toelaatbaar is als het “*een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke nadelen verband houdende met de gronden ras of geslacht op te heffen of te verminderen*”. Daarbij geldt, binnen de definitie, een proportionaliteitstest die eist dat “*het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel*”.³²⁴
- Bij handicap en chronische ziekte is de formulering sterk analoog. Ook daar is onderscheid toegelaten als “*het onderscheid een specifieke maatregel betreft die tot doel heeft personen met een handicap of chronische ziekte een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke nadelen verband houdende met de gronden handicap*”.

³²³ Diezelfde rechtvaardigingstoets geldt – zoals in het voorgaande aan bod kwam – ook bij direct onderscheid op grond van arbeidsduur, leeftijd in de context van arbeid, en contract van bepaalde of onbepaalde tijd.

³²⁴ Art. 2 lid 3 AWGB. Zie ook art. 5, lid 1 Wgb.

of chronische ziekte op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.”³²⁵

201. Het belangrijkste verschil op het punt van positieve actie tussen het GKD en de Nederlandse regelgeving in het algemeen is het *aantal gronden* op basis waarvan een positieve-actiebeleid gevoerd kan worden. In de Vlaamse regelgeving kan dit (op grond van de tekst) op elke grond die opgenomen is in het decreet; in Nederland kan het enkel voor ras, geslacht en handicap. De inperking is in beginsel conform Europees recht³²⁶ en de redenen die aan de keuze ten grondslag liggen zijn in hoofdzaak tweërlei. Enerzijds ging het om de gronden in verband waarmee zich de sterkste maatschappelijke achterstelling voordeed (naar het oordeel van de wetgever); anderzijds werden bepaalde gronden – waarvoor dat eventueel ook geldt (seksuele gerichtheid en (bepaalde) religies bijvoorbeeld) – achterwege gelaten omdat ze te (privacy)gevoelig zijn om een realistisch voorkeursbeleid te kunnen voeren.

In Vlaanderen (ook) terugplooiën op een dermate beperkt aantal gronden als waarvoor in de Nederlandse regelgeving positieve actie mogelijk is, is wellicht niet aangewezen (al was het maar vanuit de nu reeds jaren geboden ruimere mogelijkheid). Maar de vraag die je wel kan stellen, is of het GKD voor *alle* discriminatiegronden positieve actie moet toelaten. Temeer omdat de lijst met gronden erg lang is en het met betrekking tot veel gronden moeilijk valt in te zien wat het nut of belang zou kunnen zijn van een positieve-actiebeleid. Dit terwijl andersom het bieden van die zeer ruime mogelijkheid wel risico's met zich mee kan brengen: zogezegde 'positie actie' op bepaalde gronden kan dan – minstens in theorie – dienen om kandidaten met (door de werkgever of andere actor) 'ongewenste' persoons- of groepskenmerken (bij gelijke geschiktheid) te benadelen. Een inperking zou tegelijk wel de moeilijke vraag met zich meebrengen welke gronden wel en welke niet voor positieve actie in aanmerking (mogen) komen, maar in beginsel is dat keuze die toekomt aan de politiek.

202. Een ander verschilpunt tussen de Nederlandse en Vlaamse regelgeving inzake positieve actie is dat ook voor alle 'toegelaten' gronden, de formulering *asymmetrisch* is (en enkel ten gunste van vrouwen, etnische minderheden en personen met een handicap/chronische ziekte kan worden ingeroepen).³²⁷ Die keuze zag men als voortvloeiend uit de ruimere keuze om positieve actie enkel toe te staan ten aanzien van structureel en op maatschappelijk niveau benadeelde groepen (*supra*). In het licht van de (huidige) systematiek van het GKD, waarin positieve actie een veel meer contextuele mogelijkheid is en ook ongelijkheden op een concreet 'micro'-niveau kan beogen te verhelpen, lijkt het overschakelen naar een dergelijke asymmetrische benadering minder in de rede te liggen. Tegelijk is het wellicht niettemin een discussie waard, omdat de reden om bij positieve actie af te (kunnen) wijken van het formele gelijkheidsprincipe traditioneel en conceptueel vooral gelegen is in

³²⁵ Art. 3 lid 1b en c WGBh/cz.

³²⁶ Dat immers de optie laat, maar geenszins verplicht tot positieve actie voor (alle) gronden. Ook de EC maakte van deze kwestie geen punt bij haar beoordeling van de Nederlandse wetgeving.

³²⁷ Enkel inzake handicap (een inherent asymmetrische grond) is natuurlijk ook binnen het GKD de formulering *de facto* asymmetrisch.

structurele en maatschappelijke benadeling (en minder in eventuele ‘microsituaties’ waarin ongelijkheden *ten voordele* van de ‘maatschappelijk’ benadeelde (sub)groepen bestaan).

(b) Overige positieve maatregelen handicap/chronische ziekte

203. Naast positieve actie gelden inzake handicap en chronische ziekte nog bijkomende positieve maatregelen of worden die minstens toegelaten. Om te beginnen gaat het daarbij om de exceptie die onderscheid toelaat als dat *“onderscheid een regeling, norm of praktijk betreft die tot doel heeft specifieke voorzieningen en faciliteiten te creëren of in stand te houden ten behoeve van personen met een handicap of chronische ziekte (supra).*

204. Het gaat om een bepaling die nauw aanleunt bij artikel 7 Kaderrichtlijn, maar dan in een ruimer toepassingsgebied dan enkel arbeid. Dat artikel bepaalt: *“Met betrekking tot personen met een handicap vormt het beginsel van gelijke behandeling geen beletsel voor het recht van de lidstaten om maatregelen te handhaven of vast te stellen ter bescherming van de gezondheid en de veiligheid op de arbeidsplek, noch voor maatregelen die erop gericht zijn om voorzieningen of faciliteiten te scheppen of te handhaven om de opnemings van personen met een handicap in het arbeidsproces te behouden of te bevorderen”*. In het GKD ontbreekt een dergelijke bepaling en het kan o.i. zeker overwogen worden een soortgelijke bepaling ook daarin op te nemen: er bestaan nogal wat van dergelijke regelingen in het Belgische en Vlaamse recht en een soortgelijke bepaling kan helpen om de legitimiteit daarvan sterker of minstens eenduidiger te verankeren.

205. Een daadwerkelijke positieve *verplichting* (en dus geen loutere optie) koppelt de werking van het discriminatieverbod op grond van handicap en chronische ziekte aan een (geleidelijke) **toegankelijkheidsplicht**: *“Degene tot wie het verbod van onderscheid zich richt, draagt daarnaast tenminste geleidelijk zorg voor de algemene toegankelijkheid voor personen met een handicap of chronische ziekte, tenzij dat voor hem een onevenredige belasting vormt”*.³²⁸ Bij uitvoeringsbesluiten kunnen regels worden gesteld voor de uitvoering van die plicht en die *“regels hebben in ieder geval betrekking op de geleidelijke verwezenlijking van de algemene toegankelijkheid, op het treffen van voorzieningen van eenvoudige aard en op de evenredigheid van de belasting”*.³²⁹

206. De discussie over de verhouding tussen algemene toegankelijkheidsplichten (veelal neergelegd in afzonderlijke wetgeving, buiten de discriminatieregelgeving) enerzijds en redelijke aanpassingen en het (materiële) discriminatieverbod anderzijds is een langlopende en complexe. De(ze) Nederlandse oplossing op dat vlak is een interessante; ook daar bestaat nog afzonderlijke en meer gedetailleerde toegankelijkheidswetgeving, maar men besloot niettemin een bijkomende toegankelijkheidsplicht te introduceren voor eenieder die gehouden is om ook de discriminatieverboden en positieve-gelijkheidsgeboden te respecteren is, *“zodat*

³²⁸ Artikel 2a, lid 1 Wgbh/cz.

³²⁹ Artikel 2a, lid 2 Wgbh/cz.

*in de toekomst toegankelijkheid voor iedereen geen service of uitzondering meer is, maar een vanzelfsprekendheid” en dit dus op alle gebieden waar de Wgbh/cz van toepassing is: “arbeid, basisonderwijs, voortgezet onderwijs, direct op het beroep gericht onderwijs (praktijkonderwijs, middelbaar beroepsonderwijs, hoger beroepsonderwijs en wetenschappelijk onderwijs), wonen, openbaar vervoer en goederen en diensten”.*³³⁰

(c) Overige positieve maatregelen/plichten geslacht en leeftijd

207. Interessant als een soortement van positieve verplichtingen zijn nog bepaalde publieke **informatie-** en **rechtvaardigingsplichten** die voortvloeien uit de Nederlandse discriminatieregelgeving, specifiek op het vlak van leeftijd en geslacht.

208. Bij geslacht moet meer bepaald bij het openlijk aanbieden van betrekkingen, waarin ingevolge de discriminatiewetgeving of enige andere wet “*onderscheid mag worden gemaakt (...) de grond voor dat onderscheid daarbij uitdrukkelijk [worden] vermeld*”.³³¹ Analoog moet wanneer er “*bij een openlijke aanbieding van een betrekking onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt (...) de grond daarvan uitdrukkelijk [worden] vermeld*”.³³²

209. Enkel inzake geslacht geldt tot slot dat het aanbieden van betrekkingen in het algemeen zodanig moet geschieden “*wat betreft tekst en vormgeving (...), dat duidelijk blijkt, dat zowel mannen als vrouwen in aanmerking komen*”.³³³ En, daarbij aansluitend: “*[i]ndien voor de aangeboden betrekking een functiebenaming wordt gebruikt, wordt of zowel de mannelijke als de vrouwelijke vorm gebruikt, of uitdrukkelijk vermeld, dat zowel vrouwen als mannen in aanmerking komen*”.³³⁴

210. Dit soort bijkomende (positieve) verplichtingen ter flankering van de klassieke discriminatieverboden lijken op zich interessant en kunnen ter inspiratie dienen voor Vlaanderen.³³⁵ Zeker de eerste aspecten (de verplichting om de grondslag en reden voor het gemaakte onderscheid te duiden) kan interessant zijn, ook in het licht van een eventueel juridisch vervolg (waarbij het dan minder in de rede lijkt te liggen om – zoals nu vaak gebeurt – allerlei *ad hoc* en *ex post facto* rechtvaardigingen naar voren te schuiven). De belangrijkste praktische vraag lijkt voldoende kenbaarheid van de plichten te betreffen (in Nederland leert de praktijk dat de betreffende regels, zelfs na jaren, soms nog weinig gekend en niet overal ingeburgerd zijn) en – in samenhang daarmee – (een gebrek aan) handhaving.

³³⁰ Nota van toelichting Wgbh/cz.

³³¹ Art. 3, lid 2, 3 en 4 Wgb.

³³² Art. 9 Wgl.

³³³ Art. 3, lid 2, 3 en 4 Wgb.

³³⁴ Art. 3, lid 2, 3 en 4 Wgb.

³³⁵ Voor zover relevant voor de Vlaamse bevoegdheden, uiteraard.

6. Handhaving

(a) Sancties

211. De discriminatiewetgeving *senso stricto* in Nederland omvat hoofdzakelijk administratieve en burgerrechtelijke sancties, maar in de strafwetgeving zijn ook strafbepalingen opgenomen. Algemeen gesproken zijn de voorziene sancties in de discriminatiewetgeving zelf relatief bescheiden en beperkt in aantal.³³⁶

(i) Strafbepalingen

212. In de **strafwetgeving** (in het Wetboek van Strafrecht zelf, dus het Nederlandse ‘Strafwetboek’) zijn enkele strafbepalingen opgenomen inzake discriminatie die (dus) ‘los’ staan van de discriminatiewetgeving (AWGB, Wgb, Wgl, etc.) zelf. Die strafbepalingen gelden ook maar voor een beperkter aantal gronden (t.w. ras, geslacht, godsdienst/levensovertuiging, hetero-/homoseksuele gerichtheid en handicap) dan de gecombineerde discriminatiewetgeving en luiden als volgt:

“1. Hij die in de uitoefening van een beroep of bedrijf personen discrimineert³³⁷ wegens hun ras, hun godsdienst, hun levensovertuiging, hun geslacht, of hun hetero- of homoseksuele gerichtheid wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie.

2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij wiens handelen of nalaten in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf zonder redelijke grond, ten doel heeft of ten gevolge kan hebben dat ten aanzien van personen met een lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van

³³⁶ Naast de sancties die rechtstreeks worden voorzien in de discriminatiewetgeving zijn aan de verbodsbepalingen in die regelgeving echter ook een aantal meer algemene sancties verbonden. Het gaat dan meer bepaald om sancties uit het algemene vermogensrecht, het arbeidsrecht, het bestuursrecht en het strafrecht. Deze sancties worden hier evenwel onbesproken gelaten daar een uitgebreide toelichting ervan zou neerkomen op een omvattende introductie in het Nederlandse recht, wat ons te ver zou voeren.

³³⁷ Onder ‘discriminatie’ wordt in het Wetboek van Strafrecht, krachtens art. 90ter het volgende verstaan: “Onder discriminatie of discrimineren wordt verstaan elke vorm van onderscheid, elke uitsluiting, beperking of voorkeur, die ten doel heeft of ten gevolge kan hebben dat de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel terrein of op andere terreinen van het maatschappelijk leven, wordt teniet gedaan of aangetast”.

gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel terrein, wordt tenietgedaan of aangetast".³³⁸

213. Het betreffende artikel vereist geen bijzondere vorm van opzet. Voor opzettelijke (eigenlijk, naar onze terminologie: intentionele) discriminatie geldt – enkel inzake ras (!) – nog een afzonderlijk artikel 137g Wetboek van Strafrecht:

“1. Hij die, in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf personen opzettelijk discrimineert wegens hun ras, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.

2. Indien het feit wordt gepleegd door een persoon die daarvan een gewoonte maakt of door twee of meer verenigde personen wordt gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie opgelegd”.

(ii) *Burgerrechtelijke en administratiefrechtelijke sancties*

214. Een eerste burgerrechtelijke sanctie is de **nietigheid** van bedingen strijdig met de discriminatiewetgeving. Zo luidt het in de AWGB, Wgbh/cz en Wgl: “*Bedingen in strijd met deze wet zijn nietig*”.³³⁹ Het gaat – net als bij het GKD – om bestuursrechtelijke bepalingen, bepalingen in individuele of collectieve overeenkomsten of reglementen en bepalingen opgenomen in eenzijdig uitgevaardigde documenten.

215. In specifiek arbeidsrechtelijke context bepaalt de Nederlandse discriminatieregelgeving dat “*in geval van een [discriminatoire] beëindiging van de arbeidsverhouding door de werkgever (...) of wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op [het discriminatieverbod] of ter zake bijstand heeft verleend (...) artikel 681 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing*” is. Het gaat daarbij meer bepaald om een **vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst** (dus: het ongedaan maken van het discriminatoire ontslag).³⁴⁰ Het

³³⁸ Artikel 429*quater* Wetboek van strafrecht. Daarnaast omvat art. 137 diverse verboden op *hate speech* en strafverzwaringen

³³⁹ Art. 9 AWGB; art. 11 Wgbh/cz; art. 13 Wgl. Vgl ook art. 1b, lid 6; art. 2, lid 3, art. 4, lid 3, art. 4a, lid 2 en art. 12e Wgb.

³⁴⁰ Art. 681 luidt: “*Artikel 681 1. De kantonrechter kan op verzoek van de werknemer de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever vernietigen, of op zijn verzoek aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toekennen, indien: a. de werkgever heeft opgezegd in strijd met artikel 671; b. de werkgever heeft opgezegd in strijd met artikel 670, een naar aard en strekking vergelijkbaar opzegverbod in een ander wettelijk voorschrift; c. de werkgever heeft opgezegd in strijd met artikel 646, 648 of 649 of met enig ander verbod op onderscheid of in verband met de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op artikel 646, 648 of 649 of op enig ander verbod op onderscheid of ter zake bijstand heeft verleend; d. de werkgever, niet zijnde een werkgever als bedoeld in artikel 690, binnen 26 weken na een opzegging op grond van artikel 669, lid 3, onderdeel a, dezelfde werkzaamheden als die welke de werknemer verrichtte voordat de arbeidsovereenkomst werd opgezegd door een ander laat verrichten en hij de voormalige werknemer*

Nederlandse arbeidsrecht wijkt op dit punt echter nogal sterk af van het Belgische, zodat het niet evident is om deze bepaling mutatis mutandis te implementeren (nog los van het feit dat arbeidsrecht grotendeels een federale materie blijft).

(b) Bewijs

216. In overeenstemming met het Unierecht verschuift de **bewijslast** naar de verweerder als de eiser feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden:

“1 Indien degene die meent dat in zijn nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.”³⁴¹

217. In tegenstelling tot het Gelijkekansendecreet geeft geen van de Nederlandse wetten nadere uitwerking op dit punt of illustratieve opsommingen van dergelijke feiten.

(c) Bescherming tegen represailles

218. De Nederlandse discriminatiewetgeving voorziet ook in bescherming tegen **represailles** of **victimisatie**. Zo luidt art. 8a AWGB als volgt:

“1 Het is verboden personen te benadelen wegens het feit dat zij in of buiten rechte een beroep hebben gedaan op deze wet of ter zake bijstand hebben verleend.

2 Het feit dat een persoon het in artikel 1a, tweede en derde lid, bedoelde gedrag afwijst of lijdzaam ondergaat, mag niet ten grondslag liggen aan een beslissing die die persoon treft”.

219. In het algemeen is de represaileregeling in het GKD beter en in veel meer detail geregeld dan in de Nederlandse wetgeving. Wat evenwel interessant is, is het tweede lid van art. 8 a AWGB (en analoge bepalingen in de andere discriminatiewetten). Hoewel het daarin neergelegde principe aansluit bij algemene rechtsbeginselen, valt het zeker te overwegen om

niet in de gelegenheid heeft gesteld zijn vroegere werkzaamheden op de bij de werkgever gebruikelijke voorwaarden te hervatten; e. de werkgever, bedoeld in artikel 690, verzuimt om, indien binnen 26 weken na een opzegging op grond van artikel 669, lid 3, onderdeel a, een vacature ontstaat voor dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden als die welke de werknemer verrichtte voordat de arbeidsovereenkomst werd opgezegd, de voormalige werknemer in de gelegenheid te stellen als kandidaat voor de terbeschikkingstelling bij de derde, bedoeld in artikel 690, te worden voorgedragen. 2. Elk beding waarbij de bevoegdheid, bedoeld in lid 1, wordt uitgesloten of beperkt, is nietig”.

³⁴¹ Art. 10 AWGB. Zie ook art. 10 Wgbh/cz en art. 12 Wgbl.

dat element in het GKD op te nemen, daar het in de praktijk een niet zelden ingeroepen argument is, door personen die van discriminatie worden beticht.

(d) Handhavingsinstellingen

220. Strikt genomen is het geen onderdeel van de discriminatiewetgeving zelf, maar deze bespreking van de Nederlandse regelgeving zou onvolledig zijn zonder aandacht voor de relevante handhavingsinstellingen.

(i) College voor de Rechten van de Mens

221. Op nationaal niveau is het belangrijkste orgaan ter zake het College voor de Rechten van de Mens (de voormalige Commissie Gelijke Behandeling). Het College is een *quasi-jurisdictioneel* orgaan en velt oordelen over de (vermeende) schending van de Nederlandse antidiscriminatiewetten.³⁴² Het College is ook bevoegd voor andere grondrechten, maar niet met een vergelijkbare ‘oordeelvormende’ taak en opdracht.

222. Het belangrijkste doel van het College op dit punt is om justitiabelen een laagdrempelig en toegankelijk alternatief te bieden, naast een gewone rechtsgang. De procedure is minder kostbaar en ook veel sneller. Ook is het een ‘zachtere’ wijze om normconformiteit te verzekeren, dan een gewone rechtsgang: de gevolgen zijn minder ingrijpend en stigmatiserend. De oordelen van het College zijn niet bindend, maar genieten wel een groot moreel gezag en worden in veel gevallen opgevolgd door de betrokkenen. Ze lijken, qua vorm, sterk uit rechterlijke uitspraken en zijn ook als zodanig beargumenteerd. Naast de oordeelvormende functie heeft het College ook, net als Belgische en Vlaamse gelijkheidsorganen, diverse opdrachten op het vlak van onderzoek, advisering, informatiecampagnes, etc.

(ii) Gedecentraliseerde handhavingsinstellingen

223. Naast het College bestaat er ook een gedecentraliseerde handhavingsbeleid en meer bepaald op grond van de wet van 2009 over de gemeentelijke antidiscrimatievoorzieningen.³⁴³ De wet van 2009 was een belangrijke nieuwe stap voor het Nederlandse handhavingsapparaat. Kort samengevat houdt de wet voor elke Nederlandse

³⁴² Wet College voor de rechten van de mens. De CGB werd begin 2012 overigens omgevormd naar een College voor de Rechten van de Mens.

³⁴³ Wet van 25 juni 2009 houdende regels met betrekking tot voorzieningen op gemeentelijk niveau voor de behandeling en registratie van klachten over discriminatie.

gemeente een verplichting in om een ‘antidiscriminatievoorziening’ op te richten of zich bij een bestaande voorziening aan te sluiten. Dit orgaan moet minstens bevoegd zijn om “*onafhankelijke bijstand te verlenen aan personen bij de afwikkeling van hun [discriminatie]klachten*” en om deze klachten te registreren.³⁴⁴ Het staat de gemeenten vrij om nog aanvullende taken aan de organen toe te kennen. De voorzieningen kunnen bijvoorbeeld worden ingeschakeld bij de preventie van discriminatie of voor beleidsadvisering op lokaal niveau. De basisfinanciering komt ten laste van het Rijk.³⁴⁵ Uit een eerste evaluatierapport van 2010 bleek dat een jaar na de invoering van de wet bijna alle gemeenten (97%) gehoor hebben gegeven aan de plicht om hun inwoners toegang te bieden tot een antidiscriminatievoorziening,³⁴⁶ intussen ligt dat percentage op 100%. Slechts een beperkt aantal gemeenten heeft een eigen orgaan. De meeste gemeenten zijn aangesloten bij een regionale of provinciale voorziening.

224. De bedoeling van de wet van 2009 was het al bestaande netwerk van de zogenaamde discriminatiebureaus te professionaliseren en tot een landelijk dekkend netwerk te komen. Uit de parlementaire voorbereidingen en de voorafgaande studies en adviezen blijkt dat de Nederlandse wetgever ervan uitgaat dat een effectieve bestrijding van discriminatie een gedecentraliseerde aanpak vergt. De antidiscriminatievoorzieningen vormen dan ook een aanvulling op de bestaande structuur van landelijke instellingen (zoals het College).³⁴⁷ In de memorie van toelichting bij de wet van 2009 staat hierover het volgende te lezen:

*Discriminatie manifesteert zich in de directe leefomgeving van mensen: in de wijk of buurt, op het werk, waar men sport of recreëert, et cetera. (...) Het doel van dit wetsvoorstel is erin te voorzien dat de burger zoveel mogelijk in zijn directe leefomgeving terecht kan voor bijstand als hij zich gediscrimineerd voelt. (...) Laagdrempeligheid is hierbij een voorwaarde omdat het voor een slachtoffer van discriminatie vaak toch al een grote stap is om een klacht te melden.*³⁴⁸

7. Besluit

225. De Nederlandse discriminatiewetgeving heeft een lange traditie, gaat verder dan de meeste Europese verplichtingen en omvat diverse interessante bijkomende elementen, die in

³⁴⁴ Artikel 2.

³⁴⁵ De Nederlandse regering stelt jaarlijks 6 miljoen euro ter beschikking. Zie Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 2007/08, 31 349, nr. 3, 9; X, *Eindrapportage Gemeentelijke Antidiscriminatievoorzieningen in 2010 Een stand van zakenreportage in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*, 2010, 8. Het bedrag komt overigens globaal overeen met 0,372 euro per inwoner.

³⁴⁶ X, *Eindrapportage Gemeentelijke Antidiscriminatievoorzieningen in 2010, l.c.*, 4.

³⁴⁷ Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II*, 2007/08, 31 349, nr. 3, 7.

³⁴⁸ *Ibid.*, 1-2.

het voorgaande belicht werden; diverse daarvan kunnen eventueel als inspiratie dienen voor de Vlaamse decreetgever (*supra*).

Net door de eigen traditie (en het feit dat men daaraan wil vasthouden) staan sommige elementen – en zeker waar het om bepaalde rechtvaardigingen en uitzonderingen gaat – dan weer op gespannen voet met Europese verplichtingen. Op die punt lijkt het minder raadzaam om een voorbeeld te nemen aan de Nederlandse regelgeving (*supra*).

E. DUITSLAND

226. Duitsland zette de Europese richtlijnen om – en verwerkte de (beperkte) voordien bestaande nationale discriminatiewetgeving in – door middel van het *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (hierna: AGG), oftewel de Algemene Gelijkebehandelingswet, in augustus 2006.³⁴⁹

227. Het overkoepelende doel van de regelgeving, naar luid van haar § 1 is om “*om discriminatie op grond van ras of etnische afstamming, geslacht, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele identiteit te voorkomen of uit te bannen*”.³⁵⁰

1. Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)

228. De Duitse AGG verbiedt discriminatie op ‘de Europese zes’ discriminatiegronden. Het gaat met andere woorden om:

- Ras of etnische afstamming (*Rasse oder ethnischen Herkunft*)
- Geslacht (*Geschlecht*), waarbij ook benadeling op grond van zwangerschap en moederschap door de AGG expliciet als direct onderscheid op grond van geslacht wordt gezien³⁵¹
- Religie en levensovertuiging (*Religion oder Weltanschauung*)
- Handicap/beperking (*Behinderung*)
- Leeftijd (*Alter*)
- Seksuele identiteit (*sexuellen Identität*)

³⁴⁹ 14 augustus 2006, BGBl. I S. 1897, 1910.

³⁵⁰ § 1 AGG. Eigen vertaling van: “*Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen*”.

³⁵¹ § 3 AGG. Zie ook 20 (2) AGG waarin wordt bepaald dat kosten in verband met zwangerschap of moederschap niet mogen leiden tot andere premies of uitkeringen (eigen vertaling van: “*Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen führen*”)

229. De Duitse AGG omvat (dus) geen discriminatiegronden die de Vlaamse en/of Belgische regelgeving niet eveneens omvat(ten).

230. De Duitse wetgeving verwijst voorts uitdrukkelijk naar de situatie “*wanneer een verschil in behandeling gebaseerd is op meer dan een van de (...) gronden*” (**meervoudige discriminatie**) en voorziet specifiek welk type van rechtvaardiging daarvoor geldt (*infra* E.5).³⁵² Ook inzake attributieve discriminatie (discriminatie wegens vermeende kenmerken) biedt de wet uitdrukkelijke bescherming: het discriminatieverbod geldt ook “*indien de persoon die de discriminatie begaat louter uitgaat van het voorhanden zijn van een van de [discriminatiegronden]*”.³⁵³

231. Enkel **associatieve discriminatie** is niet expliciet wetgevend geregeld in de AGG, hoewel Duitsland op dat punt natuurlijk (zoals alle Europese lidstaten) de relevante rechtspraak ter zake van het Europees Hof van Justitie moet toepassen.³⁵⁴

2. Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied)

232. De Duitse AGG is, wat betreft de maatschappelijke domeinen waarvoor die geldt, zowel in verticale als in horizontale verhoudingen van toepassing. Het discriminatieverbod geldt meer bepaald voor:

- “*de voorwaarden, met inbegrip van selectiecriteria en aanwervingsvoorwaarden, voor de toegang tot arbeid in loondienst, als zelfstandige en tot een beroep, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, en voor bevordering;*
- *de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van loon- en ontslagvoorwaarden, in het bijzonder in individuele en collectieve overeenkomsten en maatregelen met betrekking tot de uitvoering en beëindiging van arbeidsverhoudingen en loopbaanontwikkeling;*
- *toegang tot alle vormen en alle niveaus van beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding, met inbegrip van het leerlingwezen, bij- en nascholing en praktische werkervaring;*
- *het lidmaatschap van en de betrokkenheid bij een werknemers of werkgeversvereniging of een vereniging waarvan de leden een bepaald beroep uitoefenen, met inbegrip van de voordelen die deze verenigingen bieden;*
- *sociale bescherming, met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidsdiensten;*
- *sociale voordelen;*
- *onderwijs;*

³⁵² § 4 AGG. Eigen vertaling van: “*Erfolgt eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer der in § 1 genannten Gründe*”.

³⁵³ § 7 (1) AGG. Eigen vertaling van: “*dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt*”.

³⁵⁴ Zie bv. H.v.J., C-303/06, *Coleman*, 17 juli 2008, EU:C:2008:415, § 48; C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, 16 juli 2015, EU:C:2015:480, § 60. Inzake attributieve discriminatie lijkt het Hof zoals gezegd minder geneigd tot het toekennen van bescherming (*supra*).

- *de toegang tot en de levering van goederen en diensten die beschikbaar zijn voor het publiek, met inbegrip van huisvesting*".³⁵⁵

233. Specifiek en nader uitgewerkt bepaalt de wet voorts inzake specifiek de burgerrechtelijke context (buiten arbeidsbetrekkingen) nog het volgende:

“(1) Discriminatie op grond van ras of etnische afstamming, geslacht, godsdienst, handicap, leeftijd of seksuele identiteit bij het creëren, uitvoeren en beëindigen van burgerrechtelijke verplichtingen

- 1. die typisch ontstaan zonder rekening te houden met de persoon onder vergelijkbare voorwaarden in een groot aantal gevallen (massatransacties) of waarbij de reputatie van de persoon van ondergeschikt belang is volgens de aard van de verplichting en die onder vergelijkbare voorwaarden ontstaan in een groot aantal gevallen of*
- 2. die een privaatrechtelijke verzekering als object hebben, is ontoelaatbaar.*

(2) Discriminatie op grond van ras of etnische afstamming is ook ontoelaatbaar bij het ontstaan, de tenuitvoerlegging en de beëindiging van andere civielrechtelijke verplichtingen in de zin van artikel 2, lid 1, nrs. 5 tot en met 8.(...)

³⁵⁵ § 2. Eigen vertaling van “1) Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten Grund sind nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig in Bezug auf: 1. die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position, sowie für den beruflichen Aufstieg, 2. die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen, insbesondere in individual- und kollektivrechtlichen Vereinbarungen und Maßnahmen bei der Durchführung und Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses sowie beim beruflichen Aufstieg, 3. den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsbildung einschließlich der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung sowie der praktischen Berufserfahrung, 4. die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Beschäftigten- oder Arbeitgebervereinigung oder einer Vereinigung, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme der Leistungen solcher Vereinigungen, 5. den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, 6. die sozialen Vergünstigungen, 7. die Bildung, 8. den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum”. Inzake bepaalde openbare functies en ambten bepaalt 24 aanvullend dat “de bepalingen van deze wet (...), rekening houdend met hun bijzondere rechtspositie, mutatis mutandis van toepassing [zijn] op 1. ambtenaren van de federatie, de deelstaten, de gemeenten, gemeentelijke verenigingen en andere publiekrechtelijke lichamen, instellingen en stichtingen die onder toezicht van de federatie of een deelstaat staan, 2. rechters van de federatie en de deelstaten, 3. personen die in overheidsdienst zijn en erkende gewetensbezwaarden, voor zover het gaat om hun betrokkenheid bij de overheidsdienst” (eigen vertaling van: “Die Vorschriften dieses Gesetzes gelten unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung entsprechend für 1. Beamtinnen und Beamte des Bundes, der Länder, der Gemeinden, der Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht des Bundes oder eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2. Richterinnen und Richter des Bundes und der Länder, 3. Zivildienstleistende sowie anerkannte Kriegsdienstverweigerer, soweit ihre Heranziehung zum Zivildienst betroffen ist”).

(4) De bepalingen van deze afdeling zijn niet van toepassing op verplichtingen uit hoofde van het familierecht en het erfrecht.

*(5) De bepalingen van deze afdeling zijn niet van toepassing op burgerlijke verplichtingen die een bijzondere band van nabijheid of vertrouwen tussen de partijen of hun verwanten scheppen. In het geval van huurcontracten kan dit met name het geval zijn wanneer de partijen of hun familieleden gebruik maken van een woning op hetzelfde terrein. De verhuur van woningen voor permanent gebruik is over het algemeen geen transactie in de zin van lid 1 nr. 1 als de verhuurder in totaal niet meer dan 50 appartementen verhuurt”.*³⁵⁶

234. Al bij al heeft de AGG dus deels een ruimer materieel toepassingsgebied dan de Europese antidiscriminatie richtlijnen vereisen, voor de meeste betrokken gronden. Het gaat in essentie om het toepassingsgebied dat vereist is onder de Rasrichtlijn en dat onder de Duitse AGG veralgemeend wordt naar alle ‘Europese’ gronden. Maar voor andere gronden dan ras wordt het toepassingsgebied wel (deels) ingeperkt naar ‘bulk- of massagoederen en – diensten’ (*Massengeschäfte*) – dus die een bepaalde omvang of aantal hebben (en bij verhuur specifiek vanaf dat de eigenaar 50 wooneenheden verhuurt) – en die goederen en diensten die geen ‘bijzondere band van nabijheid of vertrouwen tussen de partijen of hun verwanten scheppen’ (zie ook *infra* E.5). Daarmee is het toepassingsgebied van de AGG is zeker niet ruimer dan het Gelijkheidsdecreet.³⁵⁷ De (restrictieve) wijze waarop het toepassingsgebied geregeld is, geeft ook binnen Duitsland zelf aanleiding tot veel discussie.³⁵⁸

³⁵⁶ § 19 AGG. Eigen vertaling van: “(1) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die 1. typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (*Massengeschäfte*) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder 2. eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, ist unzulässig. (2) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft ist darüber hinaus auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 unzulässig. (3) Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig. (4) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse. (5) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. Bei Mietverhältnissen kann dies insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen. Die Vermietung von Wohnraum zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch ist in der Regel kein Geschäft im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet”.

³⁵⁷ En andersom is het GKD is dan weer van toepassing in bepaalde contexten waarin de AWGB niet geldt (zoals bij sociale, politieke, culturele etc. activiteiten).

³⁵⁸ De huidige formuleringen zijn overigens al het resultaat van amendementen die werden aanvaard gedurende het totstandkomingsproces: het aanvankelijke ontwerp vatte het toepassingsgebied nòg restrictiever op. Zie hierover bijv. P. BARD, “The German Anti-Discrimination Legislation with a Special Focus on Disability”, *Acta Juridica Hungarica* 2006, 273-301.

3. Vormen van discriminatie

235. De AGG verbiedt de volgende vormen van discriminatie:

- Directe discriminatie (*unmittelbare Benachteiligung*)
- Indirecte discriminatie (*mittelbare Benachteiligung*)
- Intimidatie (*Belästigung*) en seksuele intimidatie (*sexuelle Belästigung*);
- Opdracht geven tot discrimineren (*Anweisung zur Benachteiligung*);

(a) *Directe discriminatie*

236. Van **directe discriminatie** is sprake :

*“wanneer een persoon minder gunstig wordt behandeld dan een andere in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van [een van de discriminatiegronden].”*³⁵⁹

237. Deze definitie sluit nauw aan bij die uit de richtlijnen en (dus) ook het GKD; bijkomende elementen die ter inspiratie van een aanpassing van het GKD kunnen dienen, omvat de definitie niet direct.

(b) *Indirect onderscheid*

238. Naast direct onderscheid verbiedt de AGG ook **indirecte discriminatie**. Die vorm doet zich voor:

*“wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde [discriminatiegrond] in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen”*³⁶⁰

239. In afwijking van de richtlijnen is in deze definitie dus niet (louter) sprake van bepalingen/maatstaven/handwijzen die daadwerkelijk benadelen, maar ook die dat *kunnen* doen. In het GKD is dat element, van hypothetische benadeling, evenwel ook reeds opgenomen.

³⁵⁹ § 3 (1) AGG. Eigen vertaling van: *“Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde”*.

³⁶⁰ § 3 (2) AGG. Eigen vertaling van: *“Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können”*.

(c) *Andere verschijningsvormen*

240. In aanvulling op directe en indirecte discriminatie is ook een drietal andere vormen van discriminatie verboden. Het gaat om te beginnen – in navolging van Europese verplichtingen – om **intimidatie** en **seksuele intimidatie**. **Intimidatie** levert in de AGG een vorm van discriminatie op:

*“wanneer ongewenst gedrag dat verband houdt met een van de [discriminatiegronden], tot doel of tot gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.”*³⁶¹

241. **Seksuele intimidatie** levert dan weer discriminatie op:

*“wanneer ongewenst, seksueel expliciet gedrag, met inbegrip van ongewenste seksuele handelingen en verzoeken om dergelijke handelingen, seksueel expliciet lichamelijk contact, opmerkingen van seksuele aard en het ongewenst tonen of zichtbaar tonen van pornografische afbeeldingen, tot doel of tot gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt geschonden, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, vernederende, vernederende of beledigende omgeving wordt gecreëerd”.*³⁶²

242. Vooral de omschrijving van seksuele intimidatie in de AGG wijkt enigszins af van de definitie in de richtlijnen en in het GKD, in de nadere (exemplatieve) uitwerking die men geeft (‘met inbegrip van’) aan ongewenste gedragingen. Het kan interessant zijn om iets dergelijks ook te doen in het GKD, temeer daar de verbodsbepaling uit het Unierecht op zichzelf niet erg duidelijk is (of minstens erg algemeen). Tegelijk zal desgevallend in de formulering wel een evenwicht gezocht moeten worden met andere belangen en (grond)rechten (waaronder de expressievrijheid).

243. Opnieuw in navolging van de Europese richtlijnen verbiedt de Duitse wet ook het **opdracht geven tot discrimineren**: *“Een opdracht tot het discrimineren van een persoon op*

³⁶¹ § 3 (3) AGG. Eigen vertaling van: *“wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem in § 1 genannten Grund in Zusammenhang stehen, bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird”.*

³⁶² § 3 (4) AGG. Eigen vertaling van *“wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird”.*

*een van de [discriminatie]gronden wordt beschouwd als discriminatie”.*³⁶³ Het bewuste artikel uit de AGG geeft verder aan dat in de toepassingsgebieden die raken aan arbeidsbetrekkingen een dergelijke opdracht “*in het bijzonder geacht [wordt] te bestaan wanneer iemand een persoon opdraagt zich zo te gedragen dat hij een werknemer op een [discriminatie]grond discrimineert of kan discrimineren*”. Het laatste onderdeel is een aanvulling op de richtlijn en staat evenmin in het GKD. Tegelijk lijkt de formulering weinig meerwaarde te hebben, daar er niet echt iets wezenlijks in verduidelijkt wordt.

244. Opmerkelijk is tot slot het **ontbreken** – binnen de AGG zelf althans – van het gebod om te voorzien in **redelijke aanpassingen**. Dit is een langlopende discussie tussen Duitsland en de Europese Unie. In wezen komt het erop neer dat Duitsland vond dat het reeds aan de plicht ter zake voldeed door bepalingen in bestaande regelgeving (§ 81 SGB IX ev.). In de betreffende bepaling(en) gaat het echter enkel om ‘zware handicaps’, dus niet om de ruime betekenis die aan de term wordt toegekend in het VN-kader en in het Unierecht. In een eerste procedure wegens niet-nakoming – die in hoofdzaak simpelweg betrekking had op het feit dat er nog van geen enkele omzetting sprake was (de AGG kwam er immers pas in 2006) – stelde het Hof van Justitie vast dat de Duitse regeling inderdaad niet richtlijnconform was. Vervolgens regelde men de kwestie echter alsnog evenmin in de AGG, hetgeen aanleiding gaf tot nieuwe verwittigingen door de Europese Commissie. De regeling is formeel nog altijd niet conform Unierechtelijke vereisten, maar intussen oordeelde het Duitse federale arbeidshof (de hoogste rechter in arbeidszaken) dat de bestaande wetgeving geïnterpreteerd moet worden als bescherming biedend aan alle vormen van handicaps (in Unierechtelijke zin).³⁶⁴

245. Voor de doeleinden van dit rapport kan vooral onthouden worden dat de Duitse regeling (of liever: het gebrek aan regeling) er niet direct een is waar in Vlaanderen veel inspiratie uit geput kan (of behoort te) worden.

4. Rechtvaardigingsgronden³⁶⁵

246. De Duitse discriminatiewetgeving leunt, qua rechtvaardigingsmogelijkheden, (logischerwijs) sterk aan bij het Unierecht. Waar het gaat om toepassingsgebieden die de Unie niet oplegt voor bepaalde gronden, maakt men een (aan het GKD analoge) keuze voor een

³⁶³ § 3 (5) AGG. Eigen vertaling van: “*Die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aus einem in § 1 genannten Grund gilt als Benachteiligung. Eine solche Anweisung liegt in Bezug auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 insbesondere vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt oder benachteiligen kann*”.

³⁶⁴ *Bundesarbeitsgericht*, 4 april 2007, 9 AZR 823/06.

³⁶⁵ Naast de opgesomde uitzonderingen en rechtvaardigingen staan er in de AGG ook nog enkele overgangsbepalingen (§ 33). Daar deze niet langer van kracht zijn (en dat Europeesrechtelijk ook niet meer zouden mogen zijn) laten we die verder onbesproken.

ruimere objectieve en redelijke rechtvaardiging (vaak evenwel geïllustreerd met nadere, niet-limitatieve, voorbeelden). We behandelen hieronder de uitzonderingen en rechtvaardigingen per cluster van gronden en vatten die nadien in tabelvorm samen.

(a) **Ras**

247. Onderscheid op grond van ras wordt, overeenkomst het Unierecht en evenals in vrijwel alle andere landen, in Duitsland het strengst behandeld. Onderscheid op die grond is uitsluitend toegestaan in de onderstaande gevallen.

(i) *Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten*

248. Om te beginnen kent de AGG voor ras (en alle andere criteria) de **wezenlijke en bepalende beroepsvereiste** (*Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anordnungen*). Die rechtvaardiging is als volgt geformuleerd:

*“1. Een verschil in behandeling op een van de [discriminatie]gronden is toegestaan wanneer die grond wegens de aard van de uit te oefenen activiteit of de omstandigheden waarin deze wordt uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig is”.*³⁶⁶

249. Belangrijke verschillen met de formulering in het GKD zijn hier niet meteen voorhanden.

(ii) *Positieve actie*

250. **Positieve actie** kan ook een rechtvaardiging opleveren voor ongelijke behandeling op grond van ras en alle andere gronden uit de AGG. Daarvoor is nodig dat het gaat om “*passende en redelijke maatregelen [die] worden genomen om bestaande nadelen als gevolg van een [van de discriminatiegronden] te voorkomen of te compenseren*”.³⁶⁷ Voor meer informatie en commentaar, zie *infra*: E.5.

³⁶⁶ § 8 (1) AGG. Eigen vertaling van: “(1) *Eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes ist zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der ausübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist*”.

³⁶⁷ § 5 AGG. Eigen vertaling van: “*Positive Maßnahmen. Ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 sowie in § 20 benannten Gründe ist eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und*

(iii) *Verhuur: sociale/diverse mix*

251. Specifiek voor **verhuur** geldt nog een aanvullende onderscheidsmogelijkheid voor alle gronden (incl. in beginsel voor ras) en meer bepaald om een ‘sociale (of ruimer: diverse) mix’ te bereiken:

*“Bij de verhuur van woningen is een verschillende behandeling toegestaan met betrekking tot het creëren en in stand houden van sociaal stabiele bewonersstructuren en evenwichtige vestigingsstructuren en evenwichtige economische, sociale en culturele omstandigheden”.*³⁶⁸

252. De richtlijnconformiteit van deze uitzondering lijkt *prima facie* echter niet evident, zeker waar het ras betreft (maar ook inzake geslacht), zodat het niet meteen zouden raadzaam lijkt een dergelijke regeling over te nemen.

(b) **(Aanvullende) gemeenschappelijke rechtvaardigingen voor geslacht, religie/overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele identiteit**

253. Wat betreft onderscheid op grond van de overige gronden gelden deels identieke rechtvaardigingen, bovenop degene die ook al gelden voor ras (*supra* a); we behandelen die rechtvaardigingen daarom ook tezamen, om in de vervolpparagrafen (*infra* c, d en e) enkel de aanvullende ‘gronds specifieke’ rechtvaardigingen nog te bespreken.

(i) *Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten & positieve actie*

254. Net als voor ras gelden voor alle andere gronden eveneens **wezenlijke en bepalende beroepsvereisten** enerzijds en **positieve actie** anderzijds als rechtvaardiging voor onderscheid. De formulering is in beide gevallen identiek aan die voor ras, zodat we voor bespreking ervan *mutatis mutandis* verwijzen naar die bij ras (*supra* E.4.a) en (vooral) die onder ‘positieve maatregelen’ (*infra* E.5).

(ii) *Verhuur: sociale/diverse mix*

angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen”.

³⁶⁸ § 19 AGG. Eigen vertaling van: “(3) Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig”.

255. Ook net als bij ras geldt voor alle andere gronden de aanvullende onderscheidingsmogelijkheid inzake **verhuur** teneinde een ‘sociale (of ruimer: diverse) mix’ te bereiken (zie *supra* E.4.a). Inzake de andere gronden, naast ras en (eventueel) geslacht, stelt zich evenwel niet het probleem van richtlijnconformiteit.

(iii) *Objectieve en redelijke rechtvaardiging: buiten arbeidsrelaties en verzekeringen*

256. De Duitse wet voorziet in burgerrechtelijke contexten *buiten* arbeidsrelaties (goederen en diensten, verhuur, etc.) en *buiten* de context van (private) verzekeringen (*infra c*) dat er het “*verbod op discriminatie niet wordt geschonden als er een **objectieve reden** is voor een verschillende behandeling op grond van godsdienst, handicap, leeftijd, seksuele identiteit of geslacht*”.

257. Die keuze komt voor de meeste gronden *de facto* overeen met wat het GKD doet, met uitzondering van geslacht, daar een algemene objectieve en redelijke rechtvaardiging voor die grond – ook in diverse niet-arbeidsrechtelijke contexten – niet is toegelaten onder de relevante Europese richtlijnen.

De wet gaat evenwel ook verder en geeft een reeks (niet-exhaustieve) voorbeelden van wat (onder omstandigheden) onder meer kan gelden als een dergelijke ‘objectieve reden’ of rechtvaardiging; het kan interessant zijn om iets soortgelijks te doen in het GKD, opdat de weliswaar gestructureerde maar niettemin qua afweging en uitkomst bijzonder onvoorspelbare objectieve en redelijke rechtvaardigingstoets iets meer afgelijnd zou kunnen worden.

- *Beschermingsmaatregelen/veiligheid*

258. Een eerste voorbeeld dat de AGG onder de algemene rechtvaardigingsoptie geeft, is om personen anders te behandelen (op alle gronden, *buiten* ras), wanneer het gaat om “*vermijding van **gevaar**, ter voorkoming van **schade** of voor andere doeleinden van vergelijkbare aard*”, mits dat uiteraard – zoals de basisbepaling vereist – een ‘objectieve reden’ vormt.³⁶⁹

- *Specifieke voordelen*

259. Een andere illustratie van de algemene ‘redelijkheidstoets’ sluit zijdelings aan bij positieve actie en geldt voor onderscheid “*dat **specifieke voordelen** toekent en waarbij een*

³⁶⁹ § 20 (1) 1 AGG. Eigen vertaling van: “(1) *Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die unterschiedliche Behandlung 1. der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient*”.

gebrek aan belang is voor het afdwingen van gelijke behandeling".³⁷⁰ Ook hierover meer bij de bespreking van positieve maatregelen onder de AGG (*infra* E.5).

- *Andere grondrechten: privésfeer en godsdienstvrijheid*

260. Twee andere illustraties van deze algemene rechtvaardiging hebben betrekking op **andere grondrechten** en dan meer bepaald op grond van het recht op **privéleven** (privacy) en de **godsdienstvrijheid**.

261. Wat betreft **privacy** stelt de AGG onder de onderhavige bepaling dat er een objectieve rechtvaardiging kan zijn voor alle gronden, behalve ras, als het gaat om "*de noodzaak om de privacy of de persoonlijke levenssfeer te beschermen*".³⁷¹ Nauw aansluitend daarbij bepaalt de wet ook elders dat het discriminatieverbod niet van toepassing is "*op burgerlijke verplichtingen die een bijzondere band van nabijheid of vertrouwen tussen de partijen of hun verwanten scheppen*". En specifiek inzake huurcontracten stipuleert de wet dat het laatste "*met name het geval [kan] zijn wanneer de partijen of hun familieleden gebruik maken van een woning op hetzelfde terrein*".³⁷²

262. Hoewel het GKD inzake privacy minder expliciete afzonderlijke bepalingen heeft, zitten soortgelijke excepties vooral reeds verwerkt in het toepassingsgebied ('voor het publiek'; 'publiekelijk', etc.), zodat er niet per se bijkomende uitzonderingen nodig lijken op dat vlak; hoewel het – qua conformiteit met Europees recht – wel mogelijk is om het te doen.³⁷³

³⁷⁰ § 20 (1) 3 AGG. Eigen vertaling van: "(1) Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die unterschiedliche Behandlung (...) 3. besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt".

³⁷¹ § 20 (1) 2 AGG. Eigen vertaling van: "(1) Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die unterschiedliche Behandlung (...) 2. dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit Rechnung trägt".

³⁷² § 19 (5) AGG. Eigen vertaling van: "5) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. Bei Mietverhältnissen kann dies insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen. Die Vermietung von Wohnraum zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch ist in der Regel kein Geschäft im Sinn des Absatzes 1 Nr. 1, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet".

³⁷³ Zo wordt in Richtlijn 2004/113/EG bepaald dat het verbod van discriminatie van toepassing is "*op alle personen die goederen of diensten aanbieden die zonder onderscheid des persoons publiekelijk beschikbaar zijn met betrekking tot zowel de overheidssector als de particuliere sector, met inbegrip*

263. Inzake de **godsdienstvrijheid** bepaalt de wet voorts dat onderscheid op alle gronden met uitzondering van ras gerechtvaardigd kan zijn als het “*verband houdt met de godsdienst van een persoon en gerechtvaardigd is met betrekking tot de uitoefening van de vrijheid van godsdienst of het recht op zelfbeschikking van de religieuze gemeenschappen, de instellingen die hen zijn toegewezen, ongeacht hun rechtsvorm, en de verenigingen die het tot hun taak maken een godsdienst collectief te cultiveren, rekening houdend met hun respectieve zelfbeeld*”.³⁷⁴ Ook hier geldt dat het GKD een soortgelijke bepaling niet kent.³⁷⁵

(c) (Aanvullende) **gemeenschappelijke rechtvaardigingen voor religie/levensovertuiging, handicap, leeftijd en seksuele identiteit**

264. De onder b en c behandelde uitzonderingen en rechtvaardigingen gelden onverkort voor de gronden **religie en levensovertuiging, handicap, leeftijd en seksuele identiteit**. In aanvulling daarop kunnen die gronden aanleiding geven tot gerechtvaardigd onderscheid in de specifieke context van **verzekeringen**. Binnen de context van verzekeringen geldt – zoals aangegeven (*supra* b) – niet de mogelijkheid van een algemene objectieve rechtvaardiging voor die gronden (laat staan voor geslacht³⁷⁶ en ras).³⁷⁷ De wet voorziet, (enkel) voor de eerstgenoemde gronden, ter zake een ander soort rechtvaardiging:

“een verschillende behandeling op grond van religie, handicap, leeftijd of seksuele identiteit [is] alleen toegestaan als deze gebaseerd is op erkende beginselen van een

van overheidsinstanties en die buiten de privé- en de gezins sfeer worden aangeboden, alsmede op de in die context verrichte transacties”.

³⁷⁴ § 20 (1) 4 AGG. Eigen vertaling van: “(1) Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die unterschiedliche Behandlung (...) 4. an die Religion eines Menschen anknüpft und im Hinblick auf die Ausübung der Religionsfreiheit oder auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, der ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform sowie der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion zur Aufgabe machen, unter Beachtung des jeweiligen Selbstverständnisses gerechtfertigt ist.

³⁷⁵ Zie evenwel arrest 2009/17 van het Grondwettelijk Hof inzake de op dit punt ongeveer gelijklopende federale discriminatiewetten. In overwegingen B.102.7 en B.103.3 laat het Hof daarin een opening voor het invoeren van gewetensbezwaren of religieuze motieven als rechtvaardiging voor het handelen niet alleen van een organisatie maar ook van een afzonderlijke burger. Bovendien stelt het Hof in overweging B.102.8 dat de wetten in het geheel niet gelden voor de benoeming en installatie van priesters of andere bedienaren van de eredienst en meer impliciet lijkt het Hof ook de eredienst en meer in het algemeen religieuze activiteiten uit te sluiten van het toepassingsgebied van de wet.

³⁷⁶ De rechtvaardiging neergelegd in 20 (2) AGG gold initieel ook voor geslacht. Maar na de zaak *Test aankoop* bracht Duitsland de uitzondering in lijn met hetgeen het Hof van Justitie gezegd had (dus: dat de in de richtlijn geboden uitzondering/rechtvaardiging op dit punt zelf een schending van het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel opleverde en dus niet mag worden toegepast of omgezet). Tegenwoordig bepaalt het relevante deel van

³⁷⁷ § 19 (1) 2 AGG.

adequate berekening van de risico's, met name op een actuariële risicobeoordeling met behulp van statistische analyses".³⁷⁸

(d) Religie en levensovertuiging

265. De onder b en c behandelde uitzonderingen en rechtvaardigingen gelden onverkort voor de gronden **religie en levensovertuiging**. In aanvulling daarop kunnen die gronden aanleiding geven tot gerechtvaardigd onderscheid, in arbeidsrelaties, wanneer het gaat om **tendensondernemingen**, net als in richtlijn 2000/78 en het GKD. De relevante bepaling (getiteld 'Toegestane verschillen in behandeling op grond van religie en overtuiging') luidt als volgt:

“(1) (...) [E]en verschil in behandeling op grond van religie of levensovertuiging in arbeidsbetrekkingen door religieuze gemeenschappen, de door hen opgerichte instellingen, ongeacht hun rechtsvorm, of door verenigingen die tot taak hebben een godsdienst of overtuiging gezamenlijk te cultiveren, [is] (...) toegestaan indien een bepaalde religie of overtuiging, rekening houdend met het zelfbeeld van de respectieve religieuze gemeenschap of vereniging met betrekking tot het zelfbeschikkingsrecht of de aard van de activiteit, een gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt.

*(2) Het verbod op een verschillende behandeling op grond van godsdienst of levensovertuiging doet geen afbreuk aan het recht van de in lid 1 bedoelde religieuze gemeenschappen, van de instellingen die hen toebehoren, ongeacht hun rechtsvorm, of van de verenigingen die tot taak hebben gezamenlijk een godsdienst of overtuiging te cultiveren, om van hun werknemers een loyaal en getrouw gedrag te kunnen eisen dat in overeenstemming is met hun respectieve zelfbeeld”.*³⁷⁹

³⁷⁸ § 20 (2) AGG. Eigen vertaling van: “Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 nur zulässig, wenn diese auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen”.

³⁷⁹ § 9 (1) en (2) AGG. Eigen vertaling van: “Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung. (1) Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung bei der Beschäftigung durch Religionsgemeinschaften, die ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder durch Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, auch zulässig, wenn eine bestimmte Religion oder Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. (2) Das Verbot unterschiedlicher Behandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung berührt nicht das Recht der in Absatz 1 genannten Religionsgemeinschaften, der ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform oder der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer

266. De formulering wijkt op bepaalde punten af van die in de richtlijn (en die in het Gelijkekansendecreet, die de richtlijn op dit punt vrijwel letterlijk volgt) en is aanmerkelijk ruimer. De Europese Commissie had dit ook opgemerkt en Duitsland in gebreke gesteld;³⁸⁰ tot op heden heeft dat nog niet geleid tot een aanpassing van de bepaling. Voor de doeleinden van dit rapport geldt evenwel dat de formulering – gezien haar gespannen verhouding met de richtlijn – niet direct tot aanbeveling strekt voor Vlaanderen.³⁸¹

(e) *Leeftijd*

267. Net als bij religie geldt dat de onder b en c behandelde uitzonderingen en rechtvaardigingen ook onverkort voor de grond **leeftijd**. In aanvulling daarop kan die grond aanleiding geven tot gerechtvaardigd onderscheid, in arbeidsrelaties, wanneer het weer gaat om een **objectieve en redelijke rechtvaardiging** (*supra* b), meer bepaald als het verschil in behandeling “*objectief en evenredig is en door een legitiem doel wordt gerechtvaardigd*”: “*De middelen om dat doel te bereiken moeten passend en noodzakelijk zijn*”.

268. De wet geeft daarbij een reeks niet-limitatieve voorbeelden van mogelijk objectief en redelijk rechtvaardigde verschillen in behandeling:

“Dergelijke verschillen in behandeling kunnen in het bijzonder betrekking hebben op:

- 1. de vaststelling van bijzondere voorwaarden voor de toegang tot werkgelegenheid en beroepsopleiding en bijzondere arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van voorwaarden inzake beloning en beëindiging van het dienstverband, teneinde de integratie in het beroepsleven van jongeren, oudere werknemers en personen met zorgverantwoordelijkheden te bevorderen of hun bescherming te waarborgen*
- 2. de vaststelling van minimumeisen inzake leeftijd, beroepservaring of anciënniteit voor de toegang tot het arbeidsproces of voor bepaalde aan het werk verbonden voordelen,*
- 3. de vaststelling van een maximumleeftijd voor aanwerving op basis van de specifieke opleidingsbehoeften van een bepaalde functie of de noodzaak van een redelijke periode van tewerkstelling vóór de pensionering*

Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe machen, von ihren Beschäftigten ein loyales und aufrichtiges Verhalten im Sinne ihres jeweiligen Selbstverständnisses verlangen zu können”.

³⁸⁰ Verfahren nr. 2007/2362. En nadien via persmededeling in 2009: IP/09/1620.

³⁸¹ Zie evenwel – zoals reeds aangegeven - arrest 2009/17 van het Grondwettelijk Hof inzake de op dit punt ongeveer gelijkkluidende federale discriminatiewetten. In overweging B.102.8 stelt het Hof dat de wetten in het geheel niet gelden voor de benoeming en installatie van priesters of andere bedienaren van de eredienst en meer impliciet lijkt het Hof ook de eredienst en meer in het algemeen religieuze activiteiten uit te sluiten van het toepassingsgebied van de wet.

4. de vaststelling van leeftijdsgrenzen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid als voorwaarde voor deelname aan of het ontvangen van ouderdomspensioen of invaliditeitsuitkeringen, met inbegrip van de vaststelling van verschillende leeftijdsgrenzen in het kader van dergelijke regelingen voor bepaalde werknemers of groepen werknemers en het gebruik van leeftijdscriteria in het kader van dergelijke regelingen voor actuariële berekeningen

5. een overeenkomst die voorziet in de beëindiging van het dienstverband zonder opzeggingstermijn op een tijdstip waarop de werknemer of werknemers een pensioen wegens ouderdom kunnen aanvragen; (...)

6. differentiatie van uitkeringen in sociale verzekeringsregelingen in de zin van de Wet op de Arbeidsomstandigheden, indien partijen een regeling voor ontslagvergoedingen hebben ingesteld die is ingedeeld naar leeftijd of anciënniteit, waarbij de mogelijkheden op de arbeidsmarkt, die in wezen afhankelijk zijn van leeftijd, in aanmerking zijn genomen door middel van een relatief sterke nadruk op leeftijd, of die werknemers hebben uitgesloten van de uitkeringen van de sociale verzekeringsregeling die economisch zeker zijn omdat ze recht hebben op een pensioen, indien nodig na het ontvangen van een werkloosheidsuitkering”.³⁸²

³⁸² § 10 AGG. Eigen vertaling van: “Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. Derartige unterschiedliche Behandlungen können insbesondere Folgendes einschließen: 1. die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlohnung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen, 2. die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile, 3. die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand, 4. die Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen von Beschäftigten und die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen, 5. eine Vereinbarung, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann; § 41 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch bleibt unberührt, 6. Differenzierungen von Leistungen in Sozialplänen im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes, wenn die Parteien eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung geschaffen haben, in der die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigt worden sind, oder Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans ausgeschlossen haben, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind”.

(f) *Rechtvaardiging bij meervoudige discriminatie*

269. De AGG voorziet een afzonderlijke rechtvaardiging voor gevallen van meervoudige discriminatie (die, zoals gezegd, ook uitdrukkelijk door de wet worden verboden: *supra*). Meervoudige discriminatie kan alleen gerechtvaardigd worden door de rechtvaardigingsgronden die voor alle betrokken gronden toepasselijk zijn:

*“Wanneer het gaat om een ongelijke behandeling op verschillende van de [discriminatie]gronden kan deze alleen worden gerechtvaardigd op grond van de [de rechtvaardigingen in de wet] wanneer de rechtvaardiging zich uitstrekt tot alle afzonderlijke gronden waarop het verschil in behandeling is gebaseerd”.*³⁸³

270. Deze benadering biedt maximale rechtsbescherming aan slachtoffers van meervoudige en intersectionele discriminatie en het is de oplossing die in veel literatuur wordt aanbevolen.³⁸⁴ Voor ‘gewone’ meervoudige discriminatie is het ook juridisch de meest logische (en zelfs de enig verdedigbare) oplossing: iemand die zowel op ras als op geslacht wordt gediscrimineerd, moet uiteraard de volle bescherming hebben van beide discriminatieverboden (en degene die discrimineert zou dan niet louter mogen hoeven voldoen aan de ‘lichtste’ rechtvaardiging). Bij intersectionele discriminatie (dus: waarbij de discriminatie zich enkel voordoet op de *combinatie* van twee of meer gronden en niet (ook) op de individuele gronden afzonderlijk) is de oplossing eventueel voor discussie vatbaar. Ze creëert immers de paradox dat discriminatie op grond van ‘nieuwe’, intersectionele, gronden vaak strenger behandeld zal worden dan onderscheid op de wettelijk voorziene gronden.

(g) *Indirect onderscheid: alle gronden*

271. Voor indirect onderscheid is de rechtvaardiging voor alle gronden identiek: het gaat om een **objectieve en redelijke rechtvaardiging**. In de Duitse wet is die zo geformuleerd dat onderscheid verboden is, *“tenzij de betrokken bepaling, maatstaf of handelwijze objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”*.³⁸⁵ Op dit punt bestaan er – minstens in de vorm van de toets – geen relevante verschillen met de Vlaamse regeling.

³⁸³ § 4 AGG. Eigen vertaling van: *“Unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe Erfolgt eine unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer der in § 1 genannten Gründe, so kann diese unterschiedliche Behandlung nach den §§ 8 bis 10 und 20 nur gerechtfertigt werden, wenn sich die Rechtfertigung auf alle diese Gründe erstreckt, derentwegen die unterschiedliche Behandlung erfolgt”*.

³⁸⁴ Zie bijv. S. FREDMAN, *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-discrimination Law*, Luxembourg, European Commission, 2016; R. XENIDIS, « Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law: Towards Redressing Complex Inequality? », *EU AntiDiscrimination Law Beyond Gender*, U. Belavusau et K. Henrard (dir.), Oxford, Hart, 2018.

³⁸⁵ § 3 (2) AGG. Eigen vertaling van: *“(…) es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich”*.

5. Positieve maatregelen

272. Qua positieve maatregelen en proactief discriminatierecht staat de Duitse regelgeving enkele zaken toe, zonder deze – in de meeste contexten – te verplichten.

(a) *Positieve actie*

273. Zo bestaat om te beginnen de mogelijkheid van **positieve actie**, voor alle in de wet opgenomen gronden. De relevante bepaling luidt als volgt:

- “*Positieve actie. Ongeacht de [overige rechtvaardigingen] is een verschil in behandeling ook toegestaan indien passende en redelijke maatregelen worden genomen om bestaande nadelen als gevolg van een [van de discriminatiegronden] te voorkomen of te compenseren.*³⁸⁶

274. De formulering van deze bepaling sluit vrij nauw aan bij de Unierechtelijke formulering en (derhalve) ook bij die in het GKD. Bijkomende elementen die ter inspiratie van aanpassingen zoude kunnen dienen, omvat de bepaling niet direct.

(b) *Overige positieve maatregelen*

275. Naast positieve actie gelden inzake alle gronden behalve ras/ethniciteit nog bijkomende positieve maatregelen die kunnen worden toegelaten. Het gaat dan meer bepaald om onderscheid “*dat specifieke voordelen toekent en waarbij een gebrek aan belang is voor het afdwingen van gelijke behandeling*” (zie ook *supra* E.4).³⁸⁷

276. Hoewel bijkomende (positieve) verplichtingen ter flankering van de klassieke discriminatieverboden interessant zijn en ter inspiratie kunnen dienen voor Vlaanderen, lijkt dat minder het geval voor de (nogal weinig precieze) formulering van deze specifieke bepaling.

³⁸⁶ § 5. Eigen vertaling van: “*Positive Maßnahmen. Ungeachtet der in den §§ 8 bis 10 sowie in § 20 benannten Gründe ist eine unterschiedliche Behandlung auch zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen*”.

³⁸⁷ § 20 AGG. Eigen vertaling van: “*(1) Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die unterschiedliche Behandlung (...) 3.besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt*”.

6. Handhaving

(a) Sancties

277. Vanwege de aard van het Duitse staatsbestel heeft de federale staat geen rechtstreekse bevoegdheid om te vervolgen of financiële sancties op te leggen. De AGG schrijft daarom geen strafrechtelijke of administratieve sancties voor, maar de wet maakt het wel mogelijk dat de contractpartijen civielrechtelijke aanspraken kunnen maken. Het Duitse strafrecht bevat voorts geen specifieke bepalingen met betrekking tot discriminatie, met uitzondering van bepaalde uitingsdelicten (zie bijv. artikel 130 *Strafgesetzbuch*).

(i) Nietigheid

278. Een eerste burgerrechtelijke sanctie is de **nietigheid** van bedingen of bepalingen strijdig met de AGG. Meer bepaald luidt de relevante bepaling: “*Bedingen in overeenkomsten die in strijd zijn met het discriminatieverbod (...) strijd met deze wet zijn nietig*”.³⁸⁸

279. Specifiek in arbeidscontext verklaart de AGG ook dat elke discriminatoire benadeling door een werkgever strijdig is met contractuele verplichtingen³⁸⁹ en – in eender welk toepassingsgebied – dat de benadelende (dus: potentieel discriminerende) partij “*zich niet [mag] beroepen op een overeenkomst die afwijkt van het discriminatieverbod*”.³⁹⁰

(ii) Staking en schadevergoeding

Verder voorziet de wet in de opheffing of staking van de inbreuk op het discriminatieverbod en een mogelijkheid tot een vordering voor schadevergoeding (die eventuele nevenvorderingen wegens onrechtmatige daad onaangetast laten) en aan die vordering wordt een termijn gekoppeld:

“1) In geval van overtreding van het discriminatieverbod kan de benadeelde persoon, onverminderd verdere aanspraken, de opheffing van de aantasting eisen. Als er nog meer beperkingen worden opgelegd, kan hij een gerechtelijk bevelschrift eisen.

(2) In geval van overtreding van het discriminatieverbod is de benadelende partij verplicht de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden. Dit geldt niet als de

³⁸⁸ § 7 (2) AGG. Eigen vertaling van: “*Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot des Absatzes 1 verstoßen, sind unwirksam*”.

³⁸⁹ § 7 (3) AGG.

³⁹⁰ § 21 (4) AGG. Eigen vertaling van: “*(4) Auf eine Vereinbarung, die von dem Benachteiligungsverbot abweicht, kann sich der Benachteiligende nicht berufen*”.

veroorzaker van het nadeel niet verantwoordelijk is voor de plichtsverzuim. De benadeelde partij kan een passende vergoeding in geld eisen [ook] voor schade die geen financieel verlies is.

(3) Vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad blijven onaangetast.

(...)

*(5) Een vordering uit hoofde van de leden 1 en 2 moet binnen een termijn van twee maanden worden ingediend. Na het verstrijken van deze termijn kan de vordering alleen worden ingesteld als de benadeelde persoon buiten zijn schuld niet in staat was de termijn in acht te nemen”.*³⁹¹

(b) Bewijs

280. In overeenstemming met het Unierecht verschuift de **bewijslast** naar de verweerder als de eiser feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden:

*“Indien in een geschil een partij bewijsmateriaal verstrekt dat aanleiding geeft tot een vermoeden van discriminatie op een van de [discriminatie]gronden, dan rust de bewijslast dat er geen sprake was van een schending van het discriminatieverbod op de andere partij”.*³⁹²

281. In tegenstelling tot het Gelijkekansendecreet geeft de Duitse wet geen nadere uitwerking op dit punt of illustratieve opsommingen van dergelijke feiten.

(c) Bescherming tegen represailles

282. De Duitse discriminatiewetgeving voorziet ook in bescherming tegen **represailles of victimisatie**:

³⁹¹ § 21 AGG. Eigen vertaling van: “Ansprüche. (1) Der Benachteiligte kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen. (2) Bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbots ist der Benachteiligte verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Benachteiligte die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. (3) Ansprüche aus unerlaubter Handlung bleiben unberührt.(...) (5) Ein Anspruch nach den Absätzen 1 und 2 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden. Nach Ablauf der Frist kann der Anspruch nur geltend gemacht werden, wenn der Benachteiligte ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war”.

³⁹² § 22 AGG. Eigen vertaling van: “§ 22 Beweislast. Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat”.

“1 De werkgever mag de werknemer niet benadelen omdat de laatste zijn rechten uit hoofde van dit onderdeel uitoefent of omdat hij weigert een opdracht ermee in strijd uit te voeren. Hetzelfde geldt voor personen die de werknemer daarbij helpen of die als getuige optreden.

*2 Het afwijzen of het dulden van discriminerend gedrag door de getroffen werknemers mag niet worden ingeroepen als basis voor een beslissing die van invloed is op deze werknemers”.*³⁹³

283. In het algemeen is de represaille-regeling in het GKD in meer detail geregeld dan in de Duitse wetgeving. Wat evenwel interessant is, zijn ten eerste de door het verbod beschermde personen: die omvatten eenieder die de betrokkene helpt. Eveneens interessant, en vergelijkbaar met de Nederlandse regeling, is het tweede onderdeel. Hoewel het daarin neergelegde principe aansluit bij algemene rechtsbeginselen, valt het zeker te overwegen om dat element in het GKD op te nemen, daar het in de praktijk geregeld ingeroepen wordt door personen die van discriminatie worden beticht.

(d) *Plichten voor werkgevers en rechten voor werknemers*

284. Binnen het kader van het handhaven van het discriminatieverbod en bij het proactief voorkomen van discriminatie vereist de AGG specifiek van werkgevers een reeks acties en maatregelen, te weten:

“(1) De werkgever heeft de plicht de nodige maatregelen te nemen om te zorgen voor bescherming tegen discriminatie op alle [discriminatiegronden]. Deze bescherming omvat ook preventieve maatregelen.

(2) De werkgever vestigt op passende wijze de aandacht op de ontoelaatbaarheid van dergelijke discriminatie, met name in het kader van opleiding en bijscholing, en gebruikt zijn invloed om ervoor te zorgen dat dergelijke discriminatie niet plaatsvindt. Wanneer een werkgever zijn werknemers op passende wijze heeft opgeleid om discriminatie te voorkomen, wordt hij of zij geacht zijn of haar taken uit hoofde van onderafdeling 1 te hebben vervuld.

(3) Indien de werknemers de (...) discriminatievoorschriften overtreden [in de context van hun tewerkstelling], neemt de werkgever geschikte, noodzakelijke en passende

³⁹³ § 16 AGG. Eigen vertaling van: “§ 16 Maßregelungsverbot. (1) Der Arbeitgeber darf Beschäftigte nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten nach diesem Abschnitt oder wegen der Weigerung, eine gegen diesen Abschnitt verstößende Anweisung auszuführen, benachteiligen. Gleiches gilt für Personen, die den Beschäftigten hierbei unterstützen oder als Zeuginnen oder Zeugen aussagen. (2) Die Zurückweisung oder Duldung benachteiligender Verhaltensweisen durch betroffene Beschäftigte darf nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden, die diese Beschäftigten berührt. (...)”.

maatregelen om een einde te maken aan de discriminatie; dit kan onder meer inhouden dat de betrokken werknemer wordt gewaarschuwd, verplaatst, overgeplaatst of ontslagen.

(4) Wanneer werknemers bij de uitoefening van hun beroep door derden worden gediscrimineerd (...), neemt de werkgever geschikte, noodzakelijke en passende maatregelen om de betrokken werknemers te beschermen.

*(5) Deze wet (...), alsmede informatie over de diensten die [krachtens deze wet] bevoegd zijn om klachten (...) te behandelen, worden in de onderneming of de overheidsinstantie bekendgemaakt. Dit kan gebeuren door plaatsen van een informatiebord of door het aanbieden van informatiefolders op een geschikte plaats of door gebruik te maken van de informatie- en communicatiekanalen die normaal gesproken in de onderneming of de overheid worden gebruikt”.*³⁹⁴

285. Aansluitend bij deze plichten en taken voor de werkgever heeft de werknemer binnen de onderneming of overheid bepaalde rechten, waaronder³⁹⁵ een recht op (intern) beroep of bezwaar en een recht om uitvoering te weigeren van werkzaamheden als de werkgever geen maatregelen neemt inzake intimidatie of seksuele intimidatie:

“Recht van beroep

(1) De werknemer heeft het recht een klacht in te dienen bij de bevoegde organen van de vestiging, de onderneming of de afdeling indien hij zich in verband met zijn arbeidsverhouding benadeeld voelt door de werkgever, zijn meerderen, andere werknemers of derden op een van de in § 1 genoemde gronden. De klacht moet worden

³⁹⁴ § 12 AGG. Eigen vertaling van: “§ 12 Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers. (1) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes zu treffen. Dieser Schutz umfasst auch vorbeugende Maßnahmen. (2) Der Arbeitgeber soll in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit solcher Benachteiligungen hinweisen und darauf hinwirken, dass diese unterbleiben. Hat der Arbeitgeber seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligung geschult, gilt dies als Erfüllung seiner Pflichten nach Absatz 1. (3) Verstoßen Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen. (4) Werden Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch Dritte nach § 7 Abs. 1 benachteiligt, so hat der Arbeitgeber die im Einzelfall geeigneten, erforderlichen und angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu ergreifen. (5) Dieses Gesetz und § 61b des Arbeitsgerichtsgesetzes sowie Informationen über die für die Behandlung von Beschwerden nach § 13 zuständigen Stellen sind im Betrieb oder in der Dienststelle bekannt zu machen. Die Bekanntmachung kann durch Aushang oder Auslegung an geeigneter Stelle oder den Einsatz der im Betrieb oder der Dienststelle üblichen Informations- und Kommunikationstechnik erfolgen”.

³⁹⁵ Ook de verplichting tot schadevergoeding (§ 15 AGG: zie *supra a*) en het verbod op victimisatie (§ 16 AGG: *supra c*) worden in de AGG zelf binnen de categorie ‘rechten van werknemers’ (*Rechte der Beschäftigten*) geplaatst.

onderzocht en het resultaat moet worden meegedeeld aan de medewerker die de klacht indient.

(2) De rechten van de werknemersvertegenwoordigers blijven onverlet.³⁹⁶

Recht om de uitvoering te weigeren

Indien de werkgever geen of kennelijk ongeschikte maatregelen neemt om pesterijen of seksuele intimidatie op de werkplek te voorkomen, hebben de betrokken werknemers het recht hun werkzaamheden zonder loonverlies te staken, voor zover dit noodzakelijk is voor hun bescherming (...).³⁹⁷

286. Voorts is de werkgever ook gehouden (nog los van enige vorderingen die b aan bod kwamen: *supra*) tot het compenseren of vergoeding van de geleden schade:

“(1) In geval van overtreding van het discriminatieverbod is de werkgever verplicht de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden. Dit geldt niet als de werkgever niet verantwoordelijk is voor het plichtsverzuim.

(2) De werknemer kan een passende monetaire vergoeding eisen voor schade die geen vermogensschade is. In geval van niet-aanwerving mag de vergoeding niet meer bedragen dan drie maanden salaris als de werknemer ook niet zou zijn aangeworven als er geen discriminatie had plaatsgevonden.

(3) Bij de toepassing van collectieve overeenkomsten³⁹⁸ is de werkgever alleen verplicht tot schadevergoeding indien hij met opzet of door grove nalatigheid handelt.

(4) Een vordering op grond van lid 1 of 2 moet schriftelijk worden ingediend binnen een termijn van twee maanden, tenzij partijen bij een collectieve overeenkomst anders

³⁹⁶ § 13 AGG. Eigen vertaling van: “§ 13 Beschwerderecht. (1) Die Beschäftigten haben das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs, des Unternehmens oder der Dienststelle zu beschweren, wenn sie sich im Zusammenhang mit ihrem Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber, von Vorgesetzten, anderen Beschäftigten oder Dritten wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt fühlen. Die Beschwerde ist zu prüfen und das Ergebnis der oder dem beschwerdeführenden Beschäftigten mitzuteilen. (2) Die Rechte der Arbeitnehmervertretungen bleiben unberührt”.

³⁹⁷ § 14 AGG. Eigen vertaling van: “§ 14 Leistungsverweigerungsrecht. Ergreift der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung einer Belästigung oder sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, sind die betroffenen Beschäftigten berechtigt, ihre Tätigkeit ohne Verlust des Arbeitsentgelts einzustellen, soweit dies zu ihrem Schutz erforderlich ist. § 273 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt unberührt”.

³⁹⁸ § 17 (1) AGG roept partijen bij collectieve overeenkomsten (werkgevers, werknemers en hun vertegenwoordigers) wel op “om binnen het kader van hun taken en bevoegdheden deel te nemen aan de verwezenlijking van [hun nondiscriminatieverplichtingen]”. Eigen vertaling van: “(1) Tarifvertragsparteien, Arbeitgeber, Beschäftigte und deren Vertretungen sind aufgefordert, im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten an der Verwirklichung des in § 1 genannten Ziels mitzuwirken.”.

zijn overeengekomen. In het geval van een aanwerving of een bevordering gaat de termijn in op het moment van ontvangst van de afwijzing en in andere gevallen van discriminatie, op de datum waarop de werknemer of werknemers kennis nemen van de discriminatie.

(5) Voor het overige blijven vorderingen op de werkgever uit hoofde van andere wettelijke bepalingen onverlet.

*(6) Schending door de werkgever van het discriminatieverbod [in arbeidsbetrekkingen] geeft geen aanleiding tot het ontstaan van een arbeidsverhouding, beroepsopleidingsrelatie of bevordering, tenzij een dergelijke aanspraak voortvloeit uit een andere rechtsgrond”.*³⁹⁹

287. Sommige van de bovenstaande elementen zijn ook, zij het veelal in afwijkende vorm, verwerkt in het GKD; maar dat geldt lang niet voor alles. De geformaliseerde interne klachtprocedure kan bijvoorbeeld ook voor Vlaanderen interessant zijn (hoewel het voor werkgevers wel aanzienlijke bijkomende administratie vereist). Ook het recht om uitvoering te weigeren (voor arbeidsbetrekkingen die binnen Vlaamse bevoegdheden vallen), is een interessante optie, hoewel het tegelijk moeilijke vragen oproept inzake de (onder)grens van de mate van niet-nakoming van verplichtingen door werkgevers, vooraleer die mogelijkheid ingeroepen zou kunnen worden.

(e) Rol van verenigingen

288. De AGG verleent, in overeenstemming met het Unierecht en deels in aanvulling daarop, bepaalde bevoegdheden aan ‘antidiscriminatieorganisaties’ (*Antidiskriminierungsverbände*). De wet verstaat onder dergelijke organisaties:

³⁹⁹ § 15 AGG. Eigen vertaling van: “§ 15 Entschädigung und Schadensersatz. (1) Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot ist der Arbeitgeber verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Dies gilt nicht, wenn der Arbeitgeber die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. (2) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der oder die Beschäftigte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Die Entschädigung darf bei einer Nichteinstellung drei Monatsgehälter nicht übersteigen, wenn der oder die Beschäftigte auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre. (3) Der Arbeitgeber ist bei der Anwendung kollektivrechtlicher Vereinbarungen nur dann zur Entschädigung verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig handelt. (4) Ein Anspruch nach Absatz 1 oder 2 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart. Die Frist beginnt im Falle einer Bewerbung oder eines beruflichen Aufstiegs mit dem Zugang der Ablehnung und in den sonstigen Fällen einer Benachteiligung zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte von der Benachteiligung Kenntnis erlangt. (5) Im Übrigen bleiben Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, unberührt. (6) Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 begründet keinen Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, Berufsausbildungsverhältnisses oder einen beruflichen Aufstieg, es sei denn, ein solcher ergibt sich aus einem anderen Rechtsgrund.”.

*“elke vereniging van personen die de bijzondere belangen behartigt van personen of groepen van personen die worden gediscrimineerd in de zin van afdeling 1; overeenkomstig hun statuten moeten deze organisaties zonder winstoogmerk en zonder tijdsverlies werken”.*⁴⁰⁰

De bevoegdheden die hieronder aan bod komen, worden aan dergelijke organisaties toegekend mits ze “ten minste 75 leden” hebben of mits het een samenwerkingsverband betreft “van ten minste zeven organisaties”. De bevoegdheden waarover de organisaties desgevallend beschikken, zijn de volgende:

“(2) Antidiscriminatieorganisaties zijn gemachtigd, overeenkomstig hun statuten, om op te treden als juridisch adviseur van een benadeelde persoon ter terechtzitting. Voor het overige blijven de bepalingen van het reglement voor de procesvoering, met name de bepalingen op grond waarvan juridische adviseurs niet kunnen worden gehoord, onverlet.

*(3) Antidiscriminatieorganisaties mogen worden belast met de behartiging van juridische aangelegenheden van benadeelde personen, overeenkomstig de bepalingen van hun statuten.*⁴⁰¹

289. De inhoudelijke strekking van de bevoegdheden in de Duitse wet komt deels overeen met die van het GKD, maar is soms ruimer en soms beperkt. *Ruimer* is de Duitse wet waar het de juridische adviesfunctie bij de terechtzitting betreft. Tegelijk zou een soortgelijke bepaling in Vlaanderen indruisen tegen het pleitmonopolie van de advocatuur, indien het om meer dan een ‘informele’ adviesfunctie zou gaan. *Beperkter* is de AGG waar de regelgeving geen zelfstandig vorderingsrecht toekent maar enkel samen met en ter ondersteuning van een klager.

290. Vormelijk zijn de vereisten tot slot *anders* dan in het GKD: de omvang van de groep staat niet centraal in dat laatste, maar wel (naast statutaire doelen) hoe lang de organisatie al rechtspersoonlijkheid heeft (3 jaar). Daar de richtlijn ook niets voorziet inzake bijkomende omvangstvereisten lijkt het niet meteen aangewezen iets soortgelijks toe te voegen aan het GKD.

⁴⁰⁰ § 23 (1) AGG. Eigen vertaling van: “§ 23 Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände. (1) Antidiskriminierungsverbände sind Personenzusammenschlüsse, die nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend entsprechend ihrer Satzung die besonderen Interessen von benachteiligten Personen oder Personengruppen nach Maßgabe von § 1 wahrnehmen. Die Befugnisse nach den Absätzen 2 bis 4 stehen ihnen zu, wenn sie mindestens 75 Mitglieder haben oder einen Zusammenschluss aus mindestens sieben Verbänden bilden”.

⁴⁰¹ § 23 (2) en (3) AGG. Eigen vertaling van: “§ 23 Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände. (...) (2) Antidiskriminierungsverbände sind befugt, im Rahmen ihres Satzungszwecks in gerichtlichen Verfahren als Beistände Benachteiligter in der Verhandlung aufzutreten. Im Übrigen bleiben die Vorschriften der Verfahrensordnungen, insbesondere diejenigen, nach denen Beiständen weiterer Vortrag untersagt werden kann, unberührt. (3) Antidiskriminierungsverbänden ist im Rahmen ihres Satzungszwecks die Besorgung von Rechtsangelegenheiten Benachteiligter gestattet”.

(f) *Handhavingsinstellingen*

291. De Duitse AGG voorziet ook in de oprichting van en taken en opdrachten voor een specifieke handhavingsinstelling. Het gaat daarbij om de *Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, het Federale Antidiscriminatiebureau.

292. Het Antidiscriminatiebureau is bevoegd voor alle discriminatiegronden uit de AGG, is opgericht bij het ministerie voor gezinsangelegenheden, senioren, vrouwen en jongeren en vormt daar een afzonderlijk onderdeel van.⁴⁰² Het hoofd van het bureau wordt aangewezen door de minister, maar het bureau is bij de uitoefening van zijn taken “*onafhankelijk en uitsluitend onderworpen aan de wet*”.⁴⁰³

293. Het Antidiscriminatiebureau is – net als in Vlaamse context Unia en de Vlaamse Ombudsvrouw Gender – een gelijkheidsorgaan van het ‘promotietype’ (dus geen semi-jurisdictioneel orgaan, zoals het Nederlands College voor de Rechten van de Mens).

(i) *Opdrachten, taken en bevoegdheden*

294. Het Antidiscriminatiebureau heeft de volgende opdrachten en taken:

“(1) Eenieder die meent gediscrimineerd te zijn op een van de in artikel 1 genoemde gronden, kan zich tot het Federale Antidiscriminatiebureau wenden.

(2) Het Federale Antidiscriminatiebureau verleent onafhankelijke bijstand aan personen die zich overeenkomstig lid 1 tot het bureau wenden om hun recht op bescherming tegen discriminatie te doen gelden. Deze bijstand kan onder meer betrekking hebben op

⁴⁰² § 25: “§ 25 Antidiskriminierungsstelle des Bundes. (1) Beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend wird unbeschadet der Zuständigkeit der Beauftragten des Deutschen Bundestages oder der Bundesregierung die Stelle des Bundes zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes (Antidiskriminierungsstelle des Bundes) errichtet. (2) Der Antidiskriminierungsstelle des Bundes ist die für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendige Personal- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen. Sie ist im Einzelplan des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend in einem eigenen Kapitel auszuweisen”.

⁴⁰³ § 26 AGG: “§ 26 Rechtsstellung der Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes. (1) Die Bundesministerin oder der Bundesminister für Familie, Senioren, Frauen und Jugend ernennt auf Vorschlag der Bundesregierung eine Person zur Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes. Sie steht nach Maßgabe dieses Gesetzes in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis zum Bund. Sie ist in Ausübung ihres Amtes unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. (2) Das Amtsverhältnis beginnt mit der Aushändigung der Urkunde über die Ernennung durch die Bundesministerin oder den Bundesminister für Familie, Senioren, Frauen und Jugend. (...)”.

1. het verstrekken van informatie over claims en mogelijke juridische stappen op basis van wettelijke bepalingen die bescherming bieden tegen discriminatie;

2. het verstrekken van advies door een andere instantie;

3. het streven naar een buitengerechtelijke schikking tussen de betrokken partijen. (...)"

(3) Het Federale Antidiscriminatiebureau neemt de volgende taken op zich en voert ze onafhankelijk uit, voor zover geen parlementaire commissaris van de Bondsdag of regeringscommissaris ter zake bevoegd is:

1. publiciteitswerkzaamheden;

2. maatregelen ter voorkoming van discriminatie op een van de [discriminatie]gronden;

3. academisch onderzoek naar dergelijke discriminatie.

(4) Het Federale Antidiscriminatiebureau en de bevoegde commissaris van de Bondsregering en de parlementaire commissaris van de Duitse Bondsdag brengen om de vier jaar gezamenlijk verslag uit aan de Duitse Bondsdag over gevallen van discriminatie op een van [discriminatie]gronden en doen aanbevelingen voor de uitbanning en preventie van dergelijke discriminatie. Zij kunnen gezamenlijk academisch onderzoek verrichten naar dergelijke discriminatie.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ § 27 AGG. Eigen vertaling van: "(1) Wer der Ansicht ist, wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt worden zu sein, kann sich an die Antidiskriminierungsstelle des Bundes wenden. (2) Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes unterstützt auf unabhängige Weise Personen, die sich nach Absatz 1 an sie wenden, bei der Durchsetzung ihrer Rechte zum Schutz vor Benachteiligungen. Hierbei kann sie insbesondere 1. über Ansprüche und die Möglichkeiten des rechtlichen Vorgehens im Rahmen gesetzlicher Regelungen zum Schutz vor Benachteiligungen informieren, 2. Beratung durch andere Stellen vermitteln, 3. eine gütliche Beilegung zwischen den Beteiligten anstreben. Soweit Beauftragte des Deutschen Bundestages oder der Bundesregierung zuständig sind, leitet die Antidiskriminierungsstelle des Bundes die Anliegen der in Absatz 1 genannten Personen mit deren Einverständnis unverzüglich an diese weiter. (3) Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes nimmt auf unabhängige Weise folgende Aufgaben wahr, soweit nicht die Zuständigkeit der Beauftragten der Bundesregierung oder des Deutschen Bundestages berührt ist: 1. Öffentlichkeitsarbeit, 2. Maßnahmen zur Verhinderung von Benachteiligungen aus den in § 1 genannten Gründen, 3. Durchführung wissenschaftlicher Untersuchungen zu diesen Benachteiligungen. (4) Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes und die in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages legen gemeinsam dem Deutschen Bundestag alle vier Jahre Berichte über Benachteiligungen aus den in § 1 genannten Gründen vor und geben Empfehlungen zur Beseitigung und Vermeidung dieser Benachteiligungen. Sie können gemeinsam wissenschaftliche Untersuchungen zu Benachteiligungen durchführen. (...)"

295. Teneinde die opdrachten en taken uit te voeren beschikt het bureau over de volgende bevoegdheden:

“(1) In gevallen [waarin gestreefd wordt naar een buitengerechterlijke schikking] kan het Federale Antidiscriminatiebureau de betrokken partijen verzoeken hun standpunten kenbaar te maken, voor zover de [melder] (...) daarmee heeft ingestemd.

(2) Alle federale overheden en andere federale overheidsdiensten zijn verplicht om het Federale Antidiscriminatiebureau bij de uitvoering van zijn taken bij te staan, met name om de nodige informatie te verstrekken. De bepalingen betreffende de bescherming van persoonsgegevens blijven onverlet”.⁴⁰⁵

296. Al bij al zijn de taken en opdrachten van het Antidiscriminatiebureau zeker niet ruimer dan degene waarover Unia en de Ombudsvrouw gender (en, op federaal vlak, het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen) beschikken. De laatstgenoemde instellingen hebben –integendeel– enkele bevoegdheden en taken die de Duitse instelling niet heeft. De belangrijkste daaronder is ongetwijfeld het optreden in rechte.

(ii) *Samenwerking en dialoog met andere actoren*

297. Niet onvergelijkbaar met Unia is het Antidiscriminatiebureau voorts gehouden om met het middenveld en andere organisaties en instellingen in dialoog te treden:

“Samenwerking met niet-gouvernementele organisaties en andere instellingen. Bij zijn activiteiten betreft het Federale Antidiscriminatiebureau op passende wijze niet-gouvernementele organisaties en [overheids]instellingen die op Europees, federaal, deelstatelijk of regionaal niveau actief zijn op het gebied van de bescherming tegen discriminatie op een van de [discriminatie]gronden”.⁴⁰⁶

298. Tot slot kent de instelling een adviesraad die mede als functie heeft om die dialoog te bevorderen en die ook deels functioneert als raad van bestuur:

⁴⁰⁵ § 28 AGG. Eigen vertaling van: “*Befugnisse. (1) Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes kann in Fällen des § 27 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Beteiligte um Stellungnahmen ersuchen, soweit die Person, die sich nach § 27 Abs. 1 an sie gewandt hat, hierzu ihr Einverständnis erklärt. (2) Alle Bundesbehörden und sonstigen öffentlichen Stellen im Bereich des Bundes sind verpflichtet, die Antidiskriminierungsstelle des Bundes bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen, insbesondere die erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Die Bestimmungen zum Schutz personenbezogener Daten bleiben unberührt*”.

⁴⁰⁶ § 29 AGG. Eigen vertaling van: “*Zusammenarbeit mit Nichtregierungsorganisationen und anderen Einrichtungen. Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes soll bei ihrer Tätigkeit Nichtregierungsorganisationen sowie Einrichtungen, die auf europäischer, Bundes-, Landes- oder regionaler Ebene zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes tätig sind, in geeigneter Form einbeziehen*”.

“(1) Aan het Federale Antidiscriminatiebureau wordt een adviesraad toegevoegd om de dialoog te bevorderen met maatschappelijke groeperingen en organisaties die zich tot doel hebben gesteld om zich te beschermen tegen discriminatie op een van de [discriminatie]gronden. De adviesraad adviseert het Federale Antidiscriminatiebureau bij de indiening van verslagen en aanbevelingen bij de Duitse Bondsdag (...), en kan eigen voorstellen dienaangaande en wetenschappelijke studies indienen (...).

(2) Het Bondsministerie voor gezinszaken, senioren, vrouwen en jongeren benoemt in overleg met het hoofd van het Antidiscriminatiebureau en de dienovereenkomstig bevoegde commissarissen van de Bondsregering of de Duitse Bondsdag de leden van deze adviesraad en een plaatsvervanger voor elk lid. In de adviesraad worden vertegenwoordigers van maatschappelijke groeperingen en organisaties en deskundigen op het gebied van discriminatie benoemd. Het totale aantal leden van de adviesraad mag niet meer dan 16 bedragen. De adviesraad is samengesteld uit een gelijk aantal vrouwen en mannen.

(3) De adviesraad stelt zijn reglement van orde vast, waarvoor de instemming van het Bondsministerie voor gezinszaken, senioren, vrouwen en jongeren vereist is.

*(4) De leden van de adviesraad oefenen hun taken uit hoofde van deze wet uit in een erefunctie. Zij hebben recht op een onkostenvergoeding, alsmede op een reiskostenvergoeding, een dagvergoeding en een verblijfsvergoeding. Verdere details worden geregeld in het reglement van orde”.*⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ § 30 AGG. Eigen vertaling van: “Beirat. (1) Zur Förderung des Dialogs mit gesellschaftlichen Gruppen und Organisationen, die sich den Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 genannten Grundes zum Ziel gesetzt haben, wird der Antidiskriminierungsstelle des Bundes ein Beirat beigeordnet. Der Beirat berät die Antidiskriminierungsstelle des Bundes bei der Vorlage von Berichten und Empfehlungen an den Deutschen Bundestag nach § 27 Abs. 4 und kann hierzu sowie zu wissenschaftlichen Untersuchungen nach § 27 Abs. 3 Nr. 3 eigene Vorschläge unterbreiten. (2) Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend beruft im Einvernehmen mit der Leitung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes sowie den entsprechend zuständigen Beauftragten der Bundesregierung oder des Deutschen Bundestages die Mitglieder dieses Beirats und für jedes Mitglied eine Stellvertretung. In den Beirat sollen Vertreterinnen und Vertreter gesellschaftlicher Gruppen und Organisationen sowie Expertinnen und Experten in Benachteiligungsfragen berufen werden. Die Gesamtzahl der Mitglieder des Beirats soll 16 Personen nicht überschreiten. Der Beirat soll zu gleichen Teilen mit Frauen und Männern besetzt sein. (3) Der Beirat gibt sich eine Geschäftsordnung, die der Zustimmung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend bedarf. (4) Die Mitglieder des Beirats üben die Tätigkeit nach diesem Gesetz ehrenamtlich aus. Sie haben Anspruch auf Aufwandsentschädigung sowie Reisekostenvergütung, Tagegelder und Übernachtungsgelder. Näheres regelt die Geschäftsordnung”.

7. Besluit

299. De Duitse discriminatiewetgeving lijkt in sommige basiskeuzes vrij sterk op het GKD (bijv. qua rechtvaardigingsopties buiten de toepassingsgebieden die de Unie oplegt), maar op veel punten (discriminatiegronden; toepassingsgebied; etc.) gaat Duitsland minder ver in de geboden bescherming dan Vlaanderen en soms gaat men – omgekeerd – verder dan wat Europeesrechtelijk mag, qua rechtvaardigingen (met name voor geslacht).

300. Niettemin omvat de regelgeving enkele interessante elementen, die in het voorgaande belicht werden (*supra*); sommige daarvan kunnen eventueel als inspiratie dienen voor de Vlaamse decreetgever (*infra*).

F. HET VERENIGD KONINKRIJK

301. Het Verenigd Koninkrijk was een van de eerste rechtssystemen wereldwijd dat antidiscriminatiewetgeving invoerde. Als gevolg van burgerrechtsactivisme werd in 1975 de *Sex Discrimination Act 1975* ingevoerd, die ook de blauwdruk vormde voor latere antidiscriminatiewetten ter bescherming van andere persoonskenmerken.⁴⁰⁸ Ook de Europese antidiscriminatie richtlijnen moesten in deze wetten weerspiegeld worden. In de jaren 2000 waren zo negen antidiscriminatiewetten van kracht (elk met eigen begrippenkader en eigen implementatiemaatregelen).⁴⁰⁹ Het ging naast de *Sex Discrimination Act 1975* meer bepaald om de *Equal Pay Act 1970*, de *Race Relations Act 1976*, de *Disability Discrimination Act 1995*, de *Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, de *Equality Act 2006 (Sexual Orientation) Regulations 2007* en de *Employment Equality (Age) Regulations 2006*. Elke wet had een eigen materieel en personeel toepassingsgebied met eventuele uitzonderingen.

302. In 2010 werd al deze wetgeving (vaak met behoud van het materiële toepassingsgebied en de uitzonderingen daarop) samengebracht (en tot op beperkte hoogte herzien⁴¹⁰) in één wet, namelijk de *Equality Act 2010* (hierna: EA 2010).⁴¹¹ In de inleidende tekst klinkt het als volgt:

⁴⁰⁸ J. HAND, “Outside the Equality Act: Non-standard protection from discrimination in British law”, *International Journal of Discrimination and the Law* 2015, 206.

⁴⁰⁹ Bv. Government Equalities Office, “Evaluation of the Implementation of the Equality Act 2010”, beschikbaar op https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/78432/Eval_of_Equality_Act_Report1.PDF, p.8; S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 155. Een gedetailleerd overzicht van de wetswijzigingen en –opheffingen die dit met zich meebracht is te vinden in EA 2010, Schedule 27 & 28.

⁴¹⁰ J. HAND, “Outside the Equality Act: Non-standard protection from discrimination in British law”, *International Journal of Discrimination and the Law* 2015, 208.

⁴¹¹ Vgl. J. HAND, “Outside the Equality Act: Non-standard protection from discrimination in British law”, *International Journal of Discrimination and the Law* 2015, 206-209.

“An Act...to reform and harmonise equality law and restate the greater part of the enactments relating to discrimination and harassment related to certain personal characteristics...”

De EA 2010 definieert eerst de beschermde kenmerken en de gehanteerde begrippen van discriminatie op algemene wijze en voorziet vervolgens in specifiekere regels en verboden voor iedere materie waarop de EA 2010 van toepassing is. Dit laatste omvat telkens ook een omschrijving en definiëring van het toepassingsgebied met een bijhorend ‘Schedule’ dat de uitzonderingen in die materie bevat waarop de wet niet of slechts in beperktere mate van toepassing is. Het gaat dan om uitzonderingen op het materiële toepassingsgebied maar soms zijn ook bepaalde beschermde gronden uitgesloten van bescherming binnen een bepaalde materie. De precieze draagwijdte van de wet is dan ook steeds te bepalen per materie en per beschermde grond. Op dezelfde manier gelden ook bepaalde rechtvaardigingsgronden slechts voor een beperkt (personeel/materieel) toepassingsgebied. Aan het einde van de relevante onderdelen worden deze uitzonderingen schematisch weergegeven.

303. Hoewel ook andere wetgeving relevant kan zijn voor vraagstukken van gelijkheid en non-discriminatie,⁴¹² wordt doorheen deze analyse gefocust op de EA 2010 en de Explanatory Notes van de overheid (equivalent aan onze memories van toelichting). De wet is volledig van toepassing in Engeland en Wales, grotendeels van toepassing in Schotland en slechts in beperkte mate van toepassing in Noord-Ierland.⁴¹³ De invloed van Brexit op de EA 2010 (die immers heel wat omzetting van Europese regelgeving omvat) valt nog af te wachten.⁴¹⁴

1. Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)

304. De EA 2010 hanteert een gesloten lijst van beschermde kenmerken. De beschermde kenmerken zijn meer bepaald:

- leeftijd;
- handicap;
- geslachtsverandering;

⁴¹² Bv. de Human Rights Act 1998 die het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens inclusief het discriminatieverbod toepasselijk maakt in de VK-rechtsorde of de Gender Recognition Act 2004.

⁴¹³ EA 2010, S217.

⁴¹⁴ Zie bv. A. MCCOLGAN, “Possible Impact of Brexit for Equality Law”, ERA 2017, beschikbaar op http://www.era-comm.eu/anti-discrimi/kiosk/e_presentations/McColgan_117DV34.mp4; S. FREDMAN, “UK Anti-discrimination Laws after Brexit”, ERA, beschikbaar op http://era-comm.eu/stream/Free_e_presentations/Fredman_117DV31/index.html; S. FREDMAN, A. YOUNG, M. CAMPBELL en A. MAY, “The Impact of Brexit on Equality Law”, Oxford Human Rights Hub 2017, beschikbaar op <http://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2017/11/The-Impact-of-Brexit-on-Equality-Rights-1.pdf>; S. FREDMAN, A. YOUNG en M. CAMPBELL, “The Continuing Impact of Brexit on Equality Rights”, Oxford Human Rights Hub 2018, beschikbaar op <http://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2018/05/Impact-of-Brexit-on-Equality.pdf>.

- huwelijk en geregistreerd partnerschap ('civil partnership')⁴¹⁵;
- zwangerschap en moederschap;
- ras;
- religie of overtuiging ('belief');
- geslacht;
- seksuele oriëntatie.⁴¹⁶

305. De wet definieert bovendien elk van deze gronden verder. Zo wordt met "leeftijd" zowel bedoeld op het hebben van een bepaalde leeftijd als het behoren tot een bepaalde leeftijdscategorie.⁴¹⁷

306. Een persoon met een *handicap* is volgens de wet een persoon met een (historische of actuele) fysieke of mentale beperking die een substantiële en langdurige negatieve impact heeft (of had) op het vermogen van die persoon de normale alledaagse activiteiten uit te voeren.⁴¹⁸ Ook een verwijzing naar een specifieke handicap valt binnen het toepassingsgebied van de wet.⁴¹⁹ Schedule 1 bij de Equality Act gaat verder in op de definitie van handicap.⁴²⁰ Daaruit blijkt onder meer dat met "langdurig" 12 maanden of langer bedoeld wordt.⁴²¹ Wanneer het substantiële effect wegvalt maar het waarschijnlijk is dat dit terugkeert, wordt gehandeld alsof het niet is weggefallen.⁴²² Ook waar het substantieel effect aanwezig zou zijn zonder verleende medische behandeling of gebruikte prothesen of hulpmiddelen, wordt dit geacht aanwezig te zijn.⁴²³ Ten slotte maken ook progressieve ziektes een handicap uit van zodra er *een* impact is op het vermogen de normale alledaagse activiteiten uit te voeren en het waarschijnlijk is dat de aandoening zal resulteren in een substantiële negatieve impact.⁴²⁴

⁴¹⁵ In de arbeidsomstandigheden geldt dit enkel als de persoon gediscrimineerd wordt omwille van diens huwelijk of geregistreerd partner. EA 2010, S13(4).

⁴¹⁶ EA 2010, S4.

⁴¹⁷ EA 2010, S5.

⁴¹⁸ EA 2010, S6(1) & (4). Regulations kunnen dit verder definiëren. EA 2010, Schedule 1, § 1, 3 (2-3), 4, 7 & 8(3). Ook Ministers of the Crown mogen "guidance" geven over relevante factoren voor het bepalen van een handicap. EA 2010, S6 (5) & EA 2010, Schedule 1, §10-16. Dergelijke guidance is niet bindend voor rechters en andere instanties die oordelen in discriminatiezaken. EA 2010, Schedule 1, § 12. Kanker, HIV en multiple sclerose maken een handicap uit. EA 2010, Schedule 1, §6(1). Zo'n substantieel effect wordt bovendien verondersteld bij personen met een ernstige verminking ("severe disfigurement"). EA 2010, Schedule 1, § 3(1). Zie echter ook EA 2010, Schedule 1, § 3(2-3).

Zie ook T. KOYITHARA, "Law and Disability: how the UK is still reinforcing the medical view of disability", Oxford Human Rights Hub 20 februari 2018, beschikbaar op <http://ohrh.law.ox.ac.uk/law-and-disability-how-the-uk-is-still-reinforcing-the-medical-view-of-disability/>.

⁴¹⁹ EA 2010, S6(3).

⁴²⁰ EA 2010, S6(6).

⁴²¹ EA 2010, Schedule 1, § 2(1).

⁴²² EA 2010, Schedule 1, § 2(2-3). Ook op dit vlak kunnen regulations duiding geven. EA 2010, Schedule 1, § 2(4).

⁴²³ EA 2010, Schedule 1, § 5(1-2). Zie echter EA 2010, Schedule 1, §5(3).

⁴²⁴ Zie echter ook EA 2010, Schedule 1, §8.

De persoon die beschuldigd wordt van discriminatie, moest wel (redelijkerwijze kunnen) weten dat het beweerd slachtoffer de handicap had.⁴²⁵ Voor de vergelijking tussen personen met en zonder handicap worden de capaciteiten van een persoon tot de bijhorende omstandigheden gerekend.⁴²⁶ Bij aanwervingsprocedures voor jobs doen vragen over de gezondheid van de kandidaat een vermoeden ontstaan van discriminatie op grond van handicap.⁴²⁷ De wet maakt bovendien een onderscheid tussen discriminatie “because of” handicap en discriminatie “arising from” handicap.⁴²⁸ Bij die laatste categorie moet niet worden aangetoond dat een referentiepersoon zonder handicap gunstiger wordt behandeld maar in tegenstelling tot de eerste categorie kan daar wel een rechtvaardiging voor zijn.⁴²⁹

307. Een persoon die een *geslachtsverandering* wenst door te maken, doormaakt of heeft doorgemaakt, valt binnen het toepassingsgebied van de wet.⁴³⁰ De wet heeft het ook over “ransseksuelen”⁴³¹ en verduidelijkt dat ook bepaalde ongunstige behandeling omwille van afwezigheid op het werk hieronder valt. Dit is het geval wanneer de afwezigheid te wijten is aan ziekte of letsel, wanneer de ongunstigere behandeling niet redelijk is of wanneer de afwezigheid te maken heeft met het proces van de (voorbij, actuele of toekomstige) geslachtsverandering.⁴³²

308. Ook *huwelijk en geregistreerd partnerschap* maken beschermde kenmerken uit.⁴³³

309. Wat betreft *zwangerschap en moederschap* varieert de definitie afhankelijk van het materiële toepassingsgebied. Voor wat betreft diensten en openbare functies, gebouwen (‘premises’), onderwijs en verenigingen (‘associations’), valt hieronder: ongunstigere behandeling omwille van de zwangerschap, van de bevalling-in de eerste 26 weken na de bevalling-⁴³⁴ en van het geven van borstvoeding.⁴³⁵ Waar het gaat over de arbeidsbetrekkingen, valt hieronder: ongunstigere behandeling omwille van de zwangerschap, van door de zwangerschap veroorzaakte ziekte, van het opnemen van verplicht moederschapsverlof, omwille van het (willen) gebruikmaken of gebruik gemaakt hebben van het recht op gewoon

⁴²⁵ EA 2010, S15(2).

⁴²⁶ EA 2010, S23(2).

⁴²⁷ EA 2010, S60 waarvan (7) stelt dat ‘for the purposes of this section, whether or not a person has a disability is to be regarded as an aspect of that person’s health.’

⁴²⁸ Vgl. EA 2010, S13 & S15.

⁴²⁹ EA 2010, S13, S15 & S23. S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 173-174 en 202. Ook waar dit wel vereist wordt, wordt dit ruim geïnterpreteerd: het volstaat dat het nadeel er is omwille van de handicap. S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 216.

⁴³⁰ EA 2010, S7(1).

⁴³¹ EA 2010, S7(2-3).

⁴³² EA 2010, s16(2-3).

⁴³³ EA 2010, S8. Enkel wie een huwelijk of geregistreerd partnerschap aanging, kan zich op dit beschermd kenmerk beroepen, Explanatory Notes §§ 65-66.

⁴³⁴ Ook wanneer een vrouw bevalt van een doodgeboren kind, geldt deze bescherming voor zover de zwangerschap de 1^e 24 weken voorbij was. EA 2010, S17 (5).

⁴³⁵ EA 2010, S17.

of aanvullend moederschapsverlof.⁴³⁶ De bescherming geldt vanaf het begin van de zwangerschap 2 weken na het einde van de zwangerschap of, waar een recht op gewoon en aanvullend moederschapsverlof bestaat, tot het einde van dat verlof of desgevallend tot de vroegere datum waarop de vrouw terug aan het werk gaat.⁴³⁷ Ook een ongunstigere behandeling die voortvloeit uit een beslissing genomen in deze periode geldt als plaatshebbend binnen deze periode.⁴³⁸ Voor zwangerschaps- en moederschapsdiscriminatie moet niet worden aangetoond dat een mannelijke referentiepersoon gunstiger behandeld wordt.⁴³⁹

310. De kenmerken geslachtsverandering, huwelijk en geregistreerd partnerschap (‘civil partnership’), zwangerschap en moederschap, die onder het EU-recht als onderdeel van andere beschermde kenmerken (geslacht respectievelijk seksuele geaardheid) worden gerekend, maken dus een op zichzelf staande beschermde grond uit in het VK-recht.⁴⁴⁰

311. Met *ras* wordt bedoeld op huidskleur, nationaliteit en ethnische of nationale oorsprong.⁴⁴¹ De verwijzing naar de raciale groep kan meer of minder specifiek zijn.⁴⁴² *Religie* omvat elke religie maar ook het niet-hebben van een religie.⁴⁴³ *Overtuiging* (‘belief’) duidt op elke godsdienstige en filosofische overtuiging alsook het niet hebben van een overtuiging.⁴⁴⁴ Recent werd geoordeeld dat “ethisch veganisme” zo’n overtuiging uitmaakt.⁴⁴⁵

312. Discriminatie op grond van *geslacht* is dan weer discriminatie van mannen of vrouwen.⁴⁴⁶

⁴³⁶ EA 2010, S18(1-3). Moederschapsverlof en de verschillende soorten moederschapsverlof worden verder gedefinieerd in EA 2010, S213.

⁴³⁷ EA 2010, S18 (6).

⁴³⁸ EA 2010, S18(5).

⁴³⁹ S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 170.

⁴⁴⁰ Zie bv. HvJ 30 april 1996, *P t. S en Cornwall County Council*, nr. C-13/94; HvJ 1 april 2008, *Tadao Maruko t. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, nr. C-267/06; HvJ 8 november 1990, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, nr. C-177/88.

⁴⁴¹ EA 2010, S9(1). Een ‘Minister of the Crown’ kan de wet amenderen zodat kaste ook onder ras valt. EA 2010, S9(5).

⁴⁴² EA 2010, S9(2-4).

⁴⁴³ EA 2010, S10(1).

⁴⁴⁴ EA 2010, S10(2).

⁴⁴⁵ Employment Tribunal, *Casamitjana v League Against Cruel Sports*, 3 januari 2019, nr. 3331129/2018, beschikbaar op <https://www.gov.uk/employment-tribunal-decisions/mr-j-casamitjana-costa-v-the-league-against-cruel-sports-3331129-2018>. Het geloof in het bestaan van een biologisch geslacht met de afwijzing van gender valt hier dan weer niet onder. Employment Tribunal, *Forstater v. CGD Europe*, 9 januari 2020, nr. 2200909/2019, beschikbaar op <https://www.gov.uk/employment-tribunal-decisions/maya-forstater-v-cgd-europe-and-others-2200909-2019>. De test om uit te maken of iets een beschermde overtuiging is, werd vastgesteld in Employment Appeal Tribunal, *Grainger Plc. and Ors v. Nicholson*, 3 november 2009, nr. UKEAT/0219/09, beschikbaar op https://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2009/0219_09_0311.html.

Zie voor een bespreking: S. QURESHI, ‘Ethical Veganism is a Protected Philosophical Belief’, *Employment Law Journal* 2020, 5-7.

⁴⁴⁶ EA 2010, S11.

313. Discriminatie op grond van *seksuele geaardheid* kan plaatsvinden bij mensen die zich aangetrokken voelen ten opzichte van personen van hetzelfde geslacht, van een ander geslacht of ten opzichte van beide.⁴⁴⁷ Voor het vergelijkbaarheidsonderzoek bij een mogelijke discriminatie op grond van seksuele geaardheid gelden respectievelijk het huwelijk en geregistreerd partnerschap én het huwelijk of geregistreerd partnerschap met een partner van een ander geslacht en het huwelijk of geregistreerd partnerschap met een partner van hetzelfde geslacht als materieel gelijke omstandigheden.⁴⁴⁸

314. Ook tegen een discriminatie *op grond van een combinatie van twee beschermde kenmerken* beschermt de Equality Act.⁴⁴⁹ Dit geldt niet voor een combinatie met de kenmerken huwelijk en geregistreerd partnerschap of zwangerschap en moederschap.⁴⁵⁰ Ook combinaties met handicap in het toepassingsgebied onderwijs worden niet toegelaten.⁴⁵¹ Bovendien mag geen voorziene rechtvaardigingsgrond van toepassing zijn.⁴⁵² De discriminatie wordt gedefinieerd als een ongunstigere behandeling dan een (actuele of hypothetische) referentiepersoon die geen van beide kenmerken heeft.⁴⁵³ Ook is geen bewijs vereist dat de ongunstigere behandeling te wijten is aan elk van de kenmerken afzonderlijk.⁴⁵⁴ Die bewoordingen lijken zowel claims van meervoudige als van intersectionele discriminatie toe te laten.

315. De Equality Act beschermt ook tegen associatieve discriminatie.⁴⁵⁵ De wet specificeert voor directe discriminatie en meervoudige discriminatie dat die ook verboden zijn op grond van vermeende kenmerken.⁴⁵⁶ Voor deze vormen is dus niet relevant of het potentieel slachtoffer van discriminatie ook effectief drager is van het beschermd kenmerk.

⁴⁴⁷ EA 2010, S12(1).

⁴⁴⁸ EA 2010, S23(2-3).

⁴⁴⁹ EA 2010, S14(1). Een 'Minister of the Crown' mag de wet wijzigen om hier verdere precisering over te brengen. EA 2010, S14(6).

⁴⁵⁰ EA 2010, S14(2). Wellicht valt dit te verklaren vanuit de bovenvermelde overlap van deze kenmerken met respectievelijk seksuele geaardheid en geslacht.

⁴⁵¹ EA 2010, S14(5).

⁴⁵² EA 2010, S14(4).

⁴⁵³ EA 2010, S14(1).

⁴⁵⁴ EA 2010, S14(3).

⁴⁵⁵ Daarvoor was bescherming tegen (directe) discriminatie op grond van geslacht en leeftijd beperkt tot de personen van dat geslacht/die leeftijd terwijl associatieve discriminatie voor ras, religie en seksuele geaardheid wel verboden was. J. HAND, "Outside the Equality Act: Non-standard protection from discrimination in British law", *International Journal of Discrimination and the Law* 2015, 207. L. VICKERS, "Country Report Non-Discrimination: UK 2019", European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, beschikbaar op <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4976-united-kingdom-country-report-non-discrimination-2019-pdf-1-39-mb>, 18.

⁴⁵⁶ EA 2010, S24.

2. Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied)

316. Doorgaans werkt de EA 2010 zowel verticaal als horizontaal door. Hoewel de EA 2010 op verschillende plaatsen toelaat dat wetten in uitzonderingen op de bescherming kunnen voorzien, is de wet principieel op dezelfde wijze van toepassing voor de overheid(sinstellingen) als voor particulieren.⁴⁵⁷

De Equality Act legt voorts ook zogenoemde “public sector equality duties” op aan bepaalde overheden.⁴⁵⁸ Op deze verplichtingen wordt dieper ingegaan in het luik over positieve actie en maatregelen van proactief discriminatierecht.

317. De Equality Act is van toepassing in een heel aantal domeinen maar niet alle kenmerken zijn in alle domeinen beschermd en de bescherming is niet steeds even sterk voor elke vorm van discriminatie. Per materieel toepassingsgebied volgt een sectie van de wet die dit toepassingsgebied nauwkeuriger omschrijft en afwijkingen en uitzonderingen op de algemene antidiscriminatieregels toestaan. Ook zijn er telkens overeenkomstige ‘schedules’ per sectie die aangeven hoe de redelijke aanpassingsplicht zich in die materie vertaalt en die verdere uitzonderingen op het toepassingsgebied bepalen. Omwille van deze vele specifieke regels, zou een exhaustieve omschrijving hier te ver leiden. Het overzicht in deze sectie blijft dus beperkt tot een overzicht in vogelvlucht en sluit af met een tabel die de verschillende toepassingsgebieden beknopt weergeeft.

318. Een eerste domein is dat van de **diensten en openbare functies** (**‘public functions’**).⁴⁵⁹ De wet is in dit domein echter niet van toepassing voor de kenmerken huwelijk en geregistreerd partnerschap en geldt voor een onderscheid op grond van leeftijd slechts vanaf 18 jaar.⁴⁶⁰ Van de bescherming tegen intimidatie op dit vlak zijn ook religie en geloof en seksuele oriëntatie uitgesloten.⁴⁶¹ Schedule 3 van de EA omschrijft de verdere uitzonderingen van dit toepassingsgebied. Het gaat onder meer om het uitvaardigen van wetgeving en rechtspraak, het leger en de veiligheidsdiensten, bepaalde aspecten van onderwijs, (gezondheids)zorg, immigratie, verzekeringen en andere financiële diensten en het aanbieden van diensten of goederen voor één geslacht.⁴⁶² Als de beweerde discriminatie, intimidatie of victimisatie ook onder het toepassingsgebied van de hoofdstukken over gebouwen (‘premises’), arbeidsbetrekkingen of onderwijs kunnen vallen, hebben die bepalingen

⁴⁵⁷ EA 2010, S205. Explanatory Notes, §637-638.

⁴⁵⁸ Opgesomd in EA 2010, S1 (3). Zie ook EA 2010, S2 over de mogelijkheden voor de uitvoerende macht om deze lijst in te korten of uit te breiden.

⁴⁵⁹ EA 2010, Part 3, i.h.b. S29. Zie ook Schedule 25 over de toepassing van de wet op dienstverstreking in de ‘information society’ in conformiteit met de EU E-Commerce Richtlijn.

⁴⁶⁰ EA 2010, S28 (1).

⁴⁶¹ EA 2010, S29(8)

⁴⁶² EA 2010, Schedule 3.

voorrang.⁴⁶³ Onder dit hoofdstuk valt onder meer ‘entry clearance’ (binnen en buiten het grondgebied van het VK) in de betekenis van de Immigration Act 1971.⁴⁶⁴

Een dienstverlener is iemand die een (betalende of gratis) dienst verleent aan de samenleving of een onderdeel daarvan (‘the public or a section of the public’).⁴⁶⁵ Ook schepen en hovercrafts vallen hieronder, ongeacht of zij zich binnen of buiten het grondgebied van het VK bevinden.⁴⁶⁶

Dienstverleners mogen niet discrimineren op de volgende manieren:

- het niet aanbieden van de dienst⁴⁶⁷;
- het aan andere voorwaarden aanbieden van de dienst;
- het stopzetten van het verlenen van de dienst;
- het veroorzaken van enig ander nadeel;
- het stellen van bovenstaand gedrag bij wijze van victimisatie;
- het intimideren van een persoon die de dienst vraagt of aan wie de dienst wordt verleend.⁴⁶⁸

Ook in het uitoefenen van andere openbare functies⁴⁶⁹ is discriminatie, intimidatie en victimisatie verboden.⁴⁷⁰ Voor beide aspecten geldt ook de verplichtingen redelijke aanpassingen te voorzien.⁴⁷¹

Part 12 voorziet bijzondere regelingen voor vervoer voor personen met een handicap. Zo kunnen regulations toegankelijkheidsstandaarden invoeren voor taxi’s.⁴⁷²

⁴⁶³ EA 2010, S28(2). Zie ook EA 2010, S28(3). Wanneer een werkgever regelt dat een dienstverlener aan diens personeel diensten aanbiedt, wordt hij daardoor niet gelijkgesteld aan de dienstverlener. De werknemers krijgen echter wel de hoedanigheid van ‘a section of the public’. EA 2010, S31(5).

⁴⁶⁴ EA 2010, S29(9).

⁴⁶⁵ EA 2010, S29 (1). Inclusief het verstrekken van goederen of voorzieningen en diensten die in de uitoefening van openbare functies worden verstrekt. EA 2010, S31(1-2).

⁴⁶⁶ EA 2010, S30. Voor handicap wordt deze bescherming bepaald via regulations. EA 2010, S30(2). Explanatory Notes §131. Zie ook uitgebreider EA 2010, Schedule 2, §3 dat de verplichting tot redelijke aanpassingen verder omschrijft.

⁴⁶⁷ Inclusief het niet aanbieden aan dezelfde kwaliteit, op dezelfde manier of aan dezelfde voorwaarden als anders het geval zou zijn. EA 2010, S31(7).

⁴⁶⁸ EA 2010, S29(1-5).

⁴⁶⁹ Een openbare functie is ‘a function of public nature’ zoals gedefinieerd in de Human Rights Act 1998. EA 2010, S31(4). Zie bv. P. CRAIG, *Administrative Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008, 569 e.v. (over de discussie wanneer een functie ‘of public nature’ is).

⁴⁷⁰ EA 2010, S29(6).

⁴⁷¹ EA 2010, S29(7). Deze verplichting wordt verder uitgewerkt in Schedule 2 en Schedule 3 van de Equality Act. Het bepaalt onder meer dat de dienstverlener niet verplicht kan worden tot het fundamenteel veranderen van de aard van de dienst of de aard van diens beroep. Wie een openbare functie uitoefent, wordt door de wet niet vereist buiten zijn bevoegdheden te treden. EA 2010, Schedule 2, §2(7-8).

⁴⁷² EA 2010, S160(1)-(3). Zie ook EA 2010, S162 dat hetzelfde bepaalt voor voertuigen die deel uitmaken van franchiseovereenkomsten met operators van transportvoorzieningen, bv. wagens die mensen van het station voeren naar hun eigenlijke bestemming. Explanatory Notes, §541. Zie EA 2010, S173 voor de definitie van taxi.

319. Een volgende groot toepassingsgebied is dat van **gebouwen ('premises')**.⁴⁷³ Onderscheiden gemaakt op grond van leeftijd of huwelijk en geregistreerd partnerschap zijn uitgesloten van dit toepassingsgebied.⁴⁷⁴ Als de beweerde discriminatie, intimidatie of victimisatie ook onder het toepassingsgebied van de hoofdstukken over arbeidsbetrekkingen of onderwijs kunnen vallen, hebben die bepalingen voorrang.⁴⁷⁵ De relevante regels gelden ook niet wanneer de aangeboden verblijfplaats ('accommodation') voor iemand is die elders woont of waar de aangeboden verblijfplaats bestemd is voor het uitoefenen van een openbare functie of het aanbieden van een dienst.⁴⁷⁶ Schedule 5 bevat de uitzonderingen voor deze materie. De bepalingen van deze sectie zijn slechts in beperktere mate van toepassing op een particulier die zelf (zonder hulp van een makelaar of advertentie) beschikt over het gebouw waarin hij woont en op wie beschikt over een deel van 'small premises' (woningen waarin verder enkel de beschikker of een verwante woont).⁴⁷⁷

Wie kan beschikken over de gebouwen mag niet discrimineren (of victimiseren):

- in de voorwaarden van de beschikking;
- door niet te beschikken⁴⁷⁸;
- in de algemene behandeling ten opzichte van personen op zoek naar een verblijfplaats.⁴⁷⁹

De intimidatie van personen die wonen in die gebouwen of in die gebouwen wensen te wonen is verboden.⁴⁸⁰ Dezelfde verplichtingen gelden voor personen die moeten instemmen met de beschikkingsdaad.⁴⁸¹

Ook wie instaat voor het beheer van gebouwen mag niet discrimineren (of victimiseren):

- in de manieren waarop die (niet) toelaat gebruik te maken van bepaalde voordelen of voorzieningen;
- door het uitzetten (of het ondernemen van stappen daartoe) uit de gebouwen;
- door enige andere nadelige behandeling.⁴⁸²

Daarnaast geldt een verplichting tot redelijke aanpassingen voor een 'controller' van (onder)verhuurde gebouwen (d.i. de (onder)verhuurder of beheerder), een 'controller' van gebouwen die (onder)verhuurd zullen worden, de commonhold association (vereniging v

⁴⁷³ EA 2010, Part 4. Zie EA 2010, S38 voor een gedetailleerdere definitie van de relevante begrippen.

⁴⁷⁴ EA 2010, S32(1).

⁴⁷⁵ EA 2010, S32(2).

⁴⁷⁶ EA 2010, S32(3).

⁴⁷⁷ EA 2010, Schedule 5.

⁴⁷⁸ Zie ook wanneer meerdere personen moeten instemmen met de beschikking bij een 'commonhold unit': EA 2010, S33(2) & (5).

⁴⁷⁹ EA 2010, S33(1) & (4). Behalve wanneer dit gedaan wordt in de uitoefening van de juridische functie. EA 2010, S34(5).

⁴⁸⁰ Behalve op grond van religie of geloof en seksuele oriëntatie. EA 2010, S33(3) & (6).

⁴⁸¹ EA 2010, S34.

⁴⁸² EA 2010, S35(1) & (3). Ook hier is intimidatie verboden van wie appliceert voor de gebouwen en in de gebouwen woont behalve op grond van religie of geloof of seksuele oriëntatie. EA 2010, S35(2) & (4).

mede-eigenaars), de persoon die verantwoordelijk is voor de gemeenschappelijke delen van een (onder)verhuurd gebouw.⁴⁸³ Deze verplichting wordt verder uiteengezet in Schedule 4 van de Equality Act.

320. Het volgende grote toepassingsgebied van de wet is dat van de **arbeidsbetrekkingen** ('work'). Dat kan onderverdeeld worden in drie sub-materies: tewerkstelling ('employment'), bedrijfspensioenregelingen ('occupational pension schemes'), arbeidsvoorwaarden ('equality of terms'). De bepalingen van deze sectie zijn ook van toepassing op de arbeidsbetrekkingen aan boord van een schip of hovercraft, ongeacht of het zich binnen of buiten het grondgebied van de VK bevindt.⁴⁸⁴ Ze kunnen ook van toepassing gemaakt worden voor offshore tewerkstelling.⁴⁸⁵ Schedule 9 bevat een aantal uitzonderingen van het toepassingsgebied: naast de rechtvaardigingsgronden die in 4 verder uitgewerkt worden, gaat het om onderscheiden op grond van leeftijd in de verloning (o.m. ook 'length-of-service benefits' onder bepaalde voorwaarden), in de ontslagvergoeding, betreffende bepaalde verzekeringen, in het voorzien van zorg voor de kinderen, in de pensioenbijdragen.⁴⁸⁶ Verder gaat het om non-contractuele betaling bij moederschapsverlof⁴⁸⁷, bepaalde voordelen op grond van burgerlijke staat verworven voor een 2005⁴⁸⁸, het openbaar aanbieden van diensten⁴⁸⁹ en verzekeringen⁴⁹⁰.

Het onderdeel 'employment'⁴⁹¹ verbiedt discriminatie (of victimisatie):

- in de aanwervingsprocedure (incl. in het niet aannemen of onder andere voorwaarden aannemen);
- in de arbeidsvoorwaarden;
- in de manier waarop promotie-, overplaatsings- en bijscholingsmogelijkheden of andere voordelen, faciliteiten of diensten worden aangeboden;
- door het beëindigen van de tewerkstelling;
- door enige andere nadelige behandeling.⁴⁹²

Zowel huidige werknemers als kandidaten voor jobs worden dus beschermd. Daarnaast geldt in al deze gevallen ook de verplichting tot redelijke aanpassingen en is intimidatie verboden.⁴⁹³ De plicht geldt enkel waar de persoon die redelijke aanpassingen moet doorvoeren, weet (of

⁴⁸³ EA 2010, S36. Zie ook EA 2010, S190 over het toestaan dat de huurder 'verbeteringen' aanbrengt om het gebouw aan te passen aan diens noden op grond van handicap. Zie ook EA 2010, Schedule 21.

⁴⁸⁴ EA 2010, S81.

⁴⁸⁵ EA 2010, S82.

⁴⁸⁶ EA 2010, Schedule 9, §7-16.

⁴⁸⁷ EA 2010, Schedule 9, §17.

⁴⁸⁸ EA 2010, Schedule 9, §18.

⁴⁸⁹ EA 2010, Schedule 9, §19.

⁴⁹⁰ EA 2010, Schedule 9, §20.

⁴⁹¹ Met employment wordt bedoeld werken onder een arbeidscontract, een 'contract of apprenticeship' of een contract ten persoonlijke titel om werk te verrichten. EA 2010, S83.

⁴⁹² EA 2010, S39(1)-(4). Zie ook over het beëindigen van de tewerkstelling EA 2010, S39(7)-(8).

⁴⁹³ EA 2010, S39(5) & S40.

redelijkerwijze moest weten) dat een persoon met handicap solliciteert en benadeeld wordt waar die aanpassing uitblijft.⁴⁹⁴

In de aanwervingsprocedure is het in principe niet toegestaan een kandidaat te bevragen over diens gezondheid (en handicap) om zich daarop te baseren in de aanwervingsbeslissing.⁴⁹⁵ Als een dergelijke vraag wordt gesteld, volstaat die in een eventuele latere procedure om de bewijslast te doen verschuiven.⁴⁹⁶ Wanneer het arbeidscontract met iemand anders aangegaan wordt dan de eigenlijke tewerksteller, gelden deze verplichtingen ook voor de eigenlijke tewerksteller.⁴⁹⁷ Daaropvolgende bepalingen maken de regeling concreter en specifiek:

- voor de politiediensten;⁴⁹⁸
- voor het toekennen van een positie als partner bij (het oprichten van) een onderneming ('firm'⁴⁹⁹);⁵⁰⁰
- voor de stages in de advocatuur ('the Bar');⁵⁰¹
- benoemingen voor personal office (wie geen werknemer is, geen openbare functie uitoefent maar een functie verricht ten persoonlijke titel en daarvoor vergoed wordt)⁵⁰² en public office;⁵⁰³
- instellingen die bepaalde kwalificaties toekennen,⁵⁰⁴ dienstverleners betreffende tewerkstelling (bv. om te helpen zoeken naar een werkgever/-nemer; aanbieders van vocational training);⁵⁰⁵
- lidmaatschap van vakbonden;⁵⁰⁶
- voor leden van lokale autoriteiten (bv. van een gemeenteraad)⁵⁰⁷ ter bescherming tegen discriminatie door die lokale autoriteit.

⁴⁹⁴ EA 2010, Schedule 8, §20.

⁴⁹⁵ EA 2010, S60. Uitzonderingen worden gemaakt voor positieve actiemaatregelen, situaties waarin de vraag wordt gesteld om redelijke aanpassingen te kunnen aanbieden tijdens de aanwervingsprocedure of om diversiteit in de kandidatenpool te monitoren of waar het niet hebben van een handicap een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste uitmaakt. Explanatory notes § 214.

⁴⁹⁶ EA 2010, S60 (4)-(5).

⁴⁹⁷ EA 2010, S41. Men kan denken aan arbeid via uitzendbureaus.

⁴⁹⁸ EA 2010, S42-43.

⁴⁹⁹ Zie Partnership Act 1890, S4 voor een gedetailleerdere definiëring.

⁵⁰⁰ EA 2010, S44-45.

⁵⁰¹ Ook het onder druk zetten van iemand om het advocatenkantoor te verlaten kan als discriminatie beschouwd worden. EA 2010, S47-48. De verplichting geldt ook wanneer een cliënt of advocaat een advocaat inhuurt. EA 2010, S47(6) & S48(6).

⁵⁰² EA 2010, S49. Explanatory Notes, §186.

⁵⁰³ EA 2010, S50-S52. Met in Schedule 6 een lijst van uitgezonderde offices. Deze regeling is voorts ondergeschikt aan andere toepassingsgebieden in de EA. EA 2010, Schedule 6, §1. Politieke offices zijn uitgesloten van de beschermingsregeling. EA 2010, Schedule 6, §2.

⁵⁰⁴ EA 2010, S53-54. De toepassing van een standaard om na te gaan of iemand een bepaalde competentie of capaciteit heeft op een persoon met handicap is enkel discriminatie als het indirecte discriminatie is. EA 2010, S53(7).

⁵⁰⁵ EA 2010, S55-56.

⁵⁰⁶ EA 2010, S57.

⁵⁰⁷ EA 2010, S58-59.

Bedrijfspensioenregelingen ('occupational pension schemes') vervolgens moeten volgens de wet geïnterpreteerd worden alsof ze een non-discriminatieregeling bevatten die de personen die instaan voor de uitvoering van de regeling verbiedt te discrimineren, intimideren en victimiseren in (verband met) deze regeling.⁵⁰⁸ De bepalingen van deze regeling hebben dan ook enkel effect voorzover die in overeenstemming zijn met de non-discriminatieregeling. Bovendien rust op deze 'verantwoordelijke personen' ook de plicht tot redelijke aanpassingen.⁵⁰⁹ Wel mogen door de regering vastgelegde verschillen op grond van leeftijd gebruikt worden.⁵¹⁰

Het laatste grote onderdeel van de sectie 'work' heeft betrekking op gelijkheid van arbeidsvoorwaarden ('equality of terms') en spitst zich specifiek toe op gendergelijkheid door een reeks bepalingen omtrent gelijkheid op grond van geslacht en een reeks bepaling op grond van zwangerschap en moederschap.⁵¹¹ Het gaat dan ten eerste over 'equal pay for equal work'.⁵¹² De verloning wordt vergeleken met de verloning voor een (historische, actuele of toekomstige) comparator van het tegenovergestelde geslacht.⁵¹³ 'Equal work' wordt uitgebreid gedefinieerd en is niet beperkt tot dezelfde functie.⁵¹⁴ Bovendien bepaalt de wet dat in alle arbeidsvoorwaarden een 'sex equality clause' (een clause die discriminatie op grond van geslacht verbiedt) moet gelezen worden.⁵¹⁵ Die clause maakt ongunstigere behandelingen van het ene geslacht ten opzichte van het andere en voordelen voor het ene geslacht die niet aan het andere verleend worden onmogelijk.⁵¹⁶ Ook in bedrijfspensioenregelingen wordt een gelijkaardige regel gelezen.⁵¹⁷ (cf. infra voor rechtvaardigingsmogelijkheid) Daarnaast wordt in de bepaling van de arbeidsvoorwaarden van vrouwen ook een 'maternity equality clause' (een clause die discriminatie op grond van moederschap verbiedt) gelezen.⁵¹⁸ Op vlak van verloning verbiedt deze clause dat een vrouw omwille van haar moederschap minder betaald wordt dan anders het geval zou zijn.⁵¹⁹ Ook bedrijfspensioenregelingen mogen geen nadeligere behandeling invoeren voor de periode waarop een vrouw op moederschapsverlof was.⁵²⁰

⁵⁰⁸ EA 2010, S61(1)-(2).

⁵⁰⁹ EA 2010, S61(11).

⁵¹⁰ EA 2010, S61(8). Vgl. S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 201-202.

⁵¹¹ Zie ook: EA 2010, S39(7), S49 (12), S50(12) die hiervoor al een bijzonder regime aankondigen. Deze bepalingen hebben bovendien voorrang op andere bepalingen omtrent discriminatie op grond van geslacht. EA 2010, S70. Waar geen referentiepersoon is, is nog altijd een algemene vordering omwille van discriminatie op grond van geslacht mogelijk. EA 2010, S71. Explanatory notes, §260-261. Uitzonderingen op deze regels zijn te vinden in EA 2010, Schedule 7. Voor de definitie van arbeidsvoorwaarden, zie: EA 2010, S80.

⁵¹² De Equal Pay Act 1970 was één van de eerste antidiscriminatie wetten ooit. Zie echter ook S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 156-166 over de limieten van de huidige benadering, onder m

⁵¹³ EA 2010, S64.

⁵¹⁴ Zie uitgebreider EA 2010, S65. Zie ook EA 2010, S79 over welke werknemers vergelijkbaar zijn en de vraag of zij voor dezelfde werkgever moeten werken.

⁵¹⁵ EA 2010, S66.

⁵¹⁶ EA 2010, S66(2).

⁵¹⁷ EA 2010, S67.

⁵¹⁸ Ook hier geldt dat voor bedrijfspensioenregelingen. EA 2010, S73.

⁵¹⁹ Zie uitgebreider EA 2010, S74.

⁵²⁰ EA 2010, S75.

Werknemers mogen niet gehinderd worden wanneer zij informatie wensen te krijgen over hun loon (noch mag hen dit verboden worden).⁵²¹ Werknemers worden beschermd tegen victimisatie wanneer zij informatie over hun verloning zoeken, wanneer zij informatie over hun verloning willen uitwisselen en wanneer zij informatie vernemen over hun verloning.⁵²²

321. Het volgende grote toepassingsgebied is **onderwijs**. De bescherming in dit onderdeel van de wet strekt zich niet uit tot leeftijd wat betreft de scholen en huwelijk en geregistreerd partnerschap voor de gehele sectie.⁵²³ Het toepassingsgebied valt uiteen in bepalingen voor scholen, voor voortgezet en hoger onderwijs en voor diploma-uitreikende instellingen.⁵²⁴

De verantwoordelijke geleding⁵²⁵ binnen de **school** mag niet discrimineren:

- tegen een persoon bij het bepalen wie wordt toegelaten, aan welke voorwaarden en in het vastleggen van de procedures voor toelating;
- tegen een leerling in de manier waarop het (geen) onderwijs of (geen) toegang tot voordelen, voorzieningen of diensten verleent;
- door een leerling uit te sluiten van de school;
- door enig ander nadeel te berokkenen aan de leerling.⁵²⁶

Ook intimidatie (behalve voor geslachtsverandering, religie of geloof en seksuele geaardheid⁵²⁷) en victimisatie van (kandidaat-)leerlingen zijn verboden.⁵²⁸ Daarnaast is victimisatie van leerlingen op grond gedrag van hun ouders of broers of zussen verboden.⁵²⁹ Dit om te vermijden dat ouders geen discriminatie zouden durven signaleren uit angst dat hun kind hier nadeel door zou ondervinden op school.⁵³⁰ Bovendien geldt de plicht tot redelijke aanpassingen.⁵³¹ De wet is van toepassing op scholen ondersteund door de lokale overheden, maar ook op onafhankelijke scholen.⁵³² Schedule 10 legt daarnaast de vereiste op voor lokale autoriteiten om een accessibility strategy en plan op te stellen (en binnen redelijke termijn uit

⁵²¹ EA 2010, S77.

⁵²² EA 2010, S77(4). Regulations kunnen aangenomen worden die werkgevers vereisen informatie over de verloning openbaar te maken.

⁵²³ EA 2010, S84, 90 & 95. Een beurs die slechts aan leerlingen van één geslacht wordt verleend door bepaalde liefdadigheidsinstellingen is geen discriminatie waar die de gendergelijkheid in het onderwijs kan stimuleren. Zie uitgebreider EA 2010, Schedule 14.

⁵²⁴ Zie ook EA 2010, Schedule 13 dat de redelijke aanpassingen voor dit toepassingsgebied verder bepaalt.

⁵²⁵ Respectievelijk de lokale overheid of beherende entiteit, de onderwijsoverheid, de eigenaar of de beheerders. EA 2010, S85(9).

⁵²⁶ EA 2010, S85(1)-(2).

⁵²⁷ EA 2010, S85(10).

⁵²⁸ EA 2010, S85(3)-(4).

⁵²⁹ EA 2010, S86. Het leveren van vals bewijs of valse beschuldigingen is niet beschermd wanneer het bewijs of de informatie door de ouders of broer of zus verstrekt werd of waar het kind ter kwader trouw handelde.

Zie ook EA 2010, S89 voor een verdere definiëring van de begrippen in deze sectie.

⁵³⁰ Explanatory Notes §311.

⁵³¹ EA 2010, S85(6). Verder uitgewerkt in Schedule 13.

⁵³² Zie uitgebreider EA 2010, S85(7)-(8). Voor die eerste kan de staatssecretaris voor onderwijs de scholen (of ondersteunende overheden) bevelen zich in regel te stellen, los van een individuele of collectieve vordering op grond van discriminatie.

te voeren) om de toegankelijkheid van de scholen te verhogen.⁵³³ De bepalingen over de scholen laten de inhoud van het curriculum onverlet.⁵³⁴ Schedule 11 stelt bovendien een aantal uitzonderingen van dit toepassingsgebied. Zo gelden de bepalingen niet voor een onderscheid op grond van geslacht bij meisjes- of jongensscholen⁵³⁵, voor een onderscheid op grond van geloof of religie in scholen met een religieuze grondslag of met betrekking tot religieuze uitingen (al dan niet als onderdeel van het curriculum)⁵³⁶ en vormt het toepassen van een toegelaten vorm van selectie op grond van bepaalde vaardigheden of geschiktheid geen discriminatie op grond van handicap⁵³⁷.

In het **hogere en voortgezet onderwijs** mogen de verantwoordelijke geledingen⁵³⁸ niet discrimineren:

- in het bepalen van de procedures voor het toelaten van studenten, in de voorwaarden waaronder iemand wordt toegelaten en in het al dan niet toelaten van de studenten;
- in het (niet) verstrekken van onderwijs of (niet) toegang verlenen tot een voordeel, voorziening of dienst aan studenten;
- door de studenten uit te sluiten van onderwijs;
- door de studenten op enige andere wijze te benadelen;
- door studenten met een handicap nadeliger te behandelen in de procedures (en daarbij relevante voorwaarden) die bepalen aan wie een kwalificatie ('qualification') toegekend wordt, in het al dan niet toekennen van die kwalificaties en in het later terugtrekken of aanpassen van die kwalificatie.⁵³⁹

De door deze bepalingen beschermde personen mogen ook niet geïntimideerd of geïntimideerd worden en redelijke aanpassingen moeten verleend worden.⁵⁴⁰ Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de inschrijving in een bepaald vak of een bepaalde lesmodule.⁵⁴¹ Ook

⁵³³ EA 2010, Schedule 10. Die is onder meer gericht op het verhogen van de mate waarin leerlingen met een handicap kunnen deelnemen aan het onderwijs, het verhogen van de fysieke toegankelijkheid zodat leerlingen met een handicap ook het onderwijs en andere voordelen, voorzieningen of diensten van de school kunnen genieten en beter informatie verstrekken die voor leerlingen zonder handicap al zo beschikbaar is. EA 2010, Schedule 10, §1(2) & §3(2). Waar de verantwoordelijke geleding in gebreke blijft, kan de hiërarchisch relevante overheid bovendien instructies geven om aan die verplichting tegemoet te komen. EA 2010, Schedule 10, §5.

⁵³⁴ EA 2010, S89(2). Zo is het geven van de evolutieleer geen discriminatie tegen leerlingen op grond van hun religie of geloof noch maakt de opname van 'The Taming of the Shrew' een discriminatie van meisjes uit. Explanatory Notes.

⁵³⁵ EA 2010, Schedule 11, §1-4. De wet geldt ook niet voor het internaat van een gemengde school wanneer dit enkel voor één geslacht open staat en een school die een gemengde school zal worden, kan op overgangsbepalingen rekenen.

⁵³⁶ EA 2010, Schedule 11, §5-7.

⁵³⁷ EA 2010, Schedule 11, §8. Wel moeten hierbij waar nodig redelijke aanpassingen verleend worden aangezien deze bepaling niet uitgesloten werd. Vgl. Schedule 13, §4(3).

⁵³⁸ Zie ook EA 2010, S91(10)-(12) voor een verdere aanduiding van de relevante actoren.

⁵³⁹ EA 2010, S91(1)-(3).

⁵⁴⁰ EA 2010, S91(5)-(9).

⁵⁴¹ EA 2010, S92.

hier laten de bepalingen de inhoud van het curriculum onverlet.⁵⁴² Ten slotte gelden dezelfde regels *mutatis mutandis* voor het verlenen van toegang en het gebruik laten maken van recreatieve en trainingsfaciliteiten.⁵⁴³ Ook hier bepaalt Schedule 12 een uitzondering voor onderscheiden op grond van geslacht bij instellingen die enkel voor meisjes of enkel voor jongens openstaan⁵⁴⁴, voor wezenlijke en bepalende beroepsvereisten bij een vorming (training)⁵⁴⁵, voor een onderscheid op grond van religie en godsdienst waar het gaat over een instelling met een religieus ethos (en het niet de toegang tot een beroepsopleiding betreft)⁵⁴⁶, voor een onderscheid op grond van burgerlijke staat bij het verlenen van bepaalde voordelen en voor een onderscheid op grond van leeftijd bij ondersteuning in de zorg voor kinderen.⁵⁴⁷

Ook **instanties die oordelen over het toekennen van kwalificaties/diploma-uitreikende instellingen**⁵⁴⁸ mogen niet discrimineren:

- bij het bepalen van de procedures tot toekenning, in de voorwaarden die daarbij gehanteerd worden en in het al dan niet toekennen van de kwalificatie;
- door achteraf de verleende kwalificatie in te trekken, te wijzigen of de ‘kwalificatiehouder’ enig ander nadeel te berokkenen.⁵⁴⁹

Intimidatie en victimisatie in dit verband zijn ook verboden en er geldt een plicht tot redelijke aanpassingen.⁵⁵⁰ De plicht geldt niet waar een regulator (aangeduid door de relevante regering) dit zo bepaald heeft.⁵⁵¹

⁵⁴² EA 2010, S94(2). Zo is het aanbieden van een cursus over feminisme geen discriminatie van mannen en een les die gebruik van een computer vereist is geen discriminatie van studenten die lid zijn van een sekte die het gebruik van moderne technologie afzweert. Explanatory Notes.

⁵⁴³ EA 2010, S93. Het gaat bijvoorbeeld over sportcentra en parken. Explanatory Notes §327. De Explanatory Notes lijken te impliceren dat dit ook geldt voor kinderen (dus onder 18 jaar). Tot 18 jaar is echter een onderscheid op grond van leeftijd wel toegestaan. EA 2010, S93(9). (Bescherming overgenomen van de Disability Discrimination Act)

⁵⁴⁴ EA 2010, Schedule 12, §1-3.

⁵⁴⁵ EA 2010, Schedule 12, §4.

⁵⁴⁶ EA 2010, Schedule 12, §5.

⁵⁴⁷ EA 2010, Schedule 12, §6-7.

⁵⁴⁸ Zie EA 2010, S97 voor een verdere bepaling van deze instanties. (Bescherming overgenomen van de Disability Discrimination Act)

⁵⁴⁹ EA 2010, S96(1)-(2).

⁵⁵⁰ EA 2010, S96(3)-(6).

⁵⁵¹ EA 2010, S96(7). Zie ook EA 2010, S96(8)-(10) over wie deze regulatoren aanduidt, welke criteria zij in acht moeten nemen en welke procedure zij moeten volgen wanneer zij bepaalde aspecten wensen uit te sluiten van de plicht tot redelijke aanpassingen.

322. De wet is vervolgens ook van toepassing op **verenigingen/associaties**,⁵⁵² behalve voor een onderscheid op grond van huwelijk en geregistreerd partnerschap ('associations').⁵⁵³ Verenigingen mogen niet discrimineren:

- door (het bepalen van de procedures voor) het (niet) aanvaarden of door de voorwaarden voor aanvaarding van kandidaat-leden;
- van leden ('members & associates'⁵⁵⁴) door het veranderen van de voorwaarden voor of het beëindigen van het lidmaatschap;
- van leden ('members & associates') door het aan andere voorwaarden of niet verlenen van toegang tot voordelen, voorzieningen of diensten;
- door enige andere benadeling van leden ('members & associates');
- door (het bepalen van de procedures voor) het (niet mogen) uitnodigen van gasten of door de voorwaarden waaronder gasten uitgenodigd (mogen) worden;
- door het enigszins benadelen of (al dan niet of onder andere voorwaarden) toegang verlenen tot voordelen, voorzieningen en diensten aan deze gasten.⁵⁵⁵

De vereniging mag zich hierbij ook niet schuldig maken aan intimidatie en victimisatie.⁵⁵⁶ Ook de plicht tot redelijke aanpassingen geldt.⁵⁵⁷ Bijzondere regels gelden voor politieke partijen die hen toelaten bepaalde onderscheiden op grond van beschermde kenmerken te maken wanneer die ertoe strekken ongelijkheid tegen te gaan.⁵⁵⁸ Schedule 19 bepaalt uitzonderingen voor verenigingen die hun lidmaatschap beperken tot mensen die een beschermd kenmerk delen,⁵⁵⁹ voor een voordeligere behandeling op grond van leeftijd of duur van lidmaatschap⁵⁶⁰ en voor het anders behandelen van zwangere vrouwen om risico's voor haar gezondheid en veiligheid te beperken of vermijden.⁵⁶¹

⁵⁵² Verenigingen bestaan uit minstens 25 leden en lidmaatschap is gereguleerd door een reglement van de vereniging en wordt bepaald door een selectieproces. EA 2010, S107(2). Als voorbeeld van dergelijke verenigingen vermelden de Explanatory Notes private golf clubs en gentlemen's clubs. Waar de toegangsvoorwaarde enkel bestaat uit het betalen van een 'membership' fee gelden de bepaling van deel 3 van de Equality Act (het verlenen van diensten) en ook bijvoorbeeld een book club georganiseerd onder vrienden zonder formele regels over lidmaatschap of met minder dan 25 leden is geen vereniging in deze zin.

Het for of non profit karakter van de vereniging is overigens niet relevant. EA 2010, S107(4).

⁵⁵³ EA 2010, S100(1). In ondergeschikte orde aan de voorafgaande regelingen. EA 2010, S100(2).

⁵⁵⁴ Een 'associate' is geen 'member' maar heeft volgens het reglement van de vereniging gedeeltelijk of volledig dezelfde rechten als gevolg van diens lidmaatschap van een andere vereniging. EA 2010, S107(6).

⁵⁵⁵ EA 2010, S101(1)-(3) en EA 2010, S102(1)-(2).

⁵⁵⁶ EA 2010, S101(4)-(7) en EA 2010, S102(3)-(5). Intimidatie op grond van religie of geloof en seksuele geaardheid is echter niet verboden voor dit toepassingsgebied. EA 2010, S103(2).

⁵⁵⁷ EA 2010, S103(1). Verder uitgewerkt in Schedule 15.

⁵⁵⁸ EA 2010, S104-106. S106 (voorlopig nog niet in werking) bepaalt ook dat bepaalde informatie over de aanwezigheid van personen met beschermde kenmerken in die partijen openbaar gemaakt wordt.

⁵⁵⁹ Zogenoemde 'single characteristics associations'. EA 2010, Schedule 16, §1.

⁵⁶⁰ EA 2010, Schedule 16, §1A.

⁵⁶¹ EA 2010, Schedule 16, §2. Hetzelfde lijkt ook toegestaan voor personen met 'andere fysieke aandoeningen'. EA 2010, Schedule 16, §2(1)(c).

323. De wet blijft van toepassing op personen die zich in een relatie binnen een van de toepassingsgebieden bevonden maar die beëindigd werd, voor discriminatie (incl. het weigeren van redelijke aanpassingen) en intimidatie die nauw verband houden met die relatie.⁵⁶² Werkgevers en zij die via een vertegenwoordiger handelen, zijn aansprakelijk voor de discriminatie hierbij begaan door hun werknemers of vertegenwoordiger ongeacht of zij hiervan op de hoogte waren.⁵⁶³ Dit geldt niet als zij kunnen aantonen alle redelijke stappen gezet te hebben om dit te vermijden noch geldt dit strafrechtelijke veroordelingen (behalve voor transport van personen met een handicap).⁵⁶⁴

Materieel toepassingsgebied	Belangrijke uitzonderingen op het toepassingsgebied	Geen bescherming voor
Diensten en openbare functies (met bijzondere regels voor vervoer aangeboden aan personen met een handicap)	-uitvaardigen wetgeving en rechtspraak; -leger en veiligheidsdiensten; -aspecten onderwijs; -(gezondheids)zorg; -immigratie; -verzekeringen en andere financiële diensten; -diensten of goederen voor één geslacht	-huwelijk en geregistreerd partnerschap; -leeftijd onder 18 jaar; -religie en geloof (mbt intimidatie); -seksuele intimidatie (mbt intimidatie)
Gebouwen ('premises')	-accommodatie voor iemand die elders woont; -accommodatie bestemd voor uitoefenen openbare functie of aanbieden dienst	-leeftijd; -huwelijk en geregistreerd partnerschap
Arbeidsbetrekkingen, m.n.: 1) tewerkstelling; 2) bedrijfspensioenregelingen; 3) arbeidsvoorwaarden.	-non-contractuele betaling bij moederschapsverlof; -openbaar aanbieden van diensten; -verzekeringen	-leeftijd, voor *verloning; *ontslagvergoeding; *bepaalde verzekeringen; *voorzien van zorg voor de kinderen;

⁵⁶² EA 2010, S108. Als het eigenlijk over victimisatie gaat, zijn die bepalingen en niet S108 van toepassing. EA 2010, S108(7). Explanatory Notes §365.

⁵⁶³ EA 2010, S109(1)-(3).

⁵⁶⁴ EA 2010, S109(4)-(5). Ook degene die de discriminatie begaat, is persoonlijk aansprakelijk tenzij die voortging (en redelijkerwijze kon voortgaan) op de verklaring van de werkgever/opdrachtgever dat de bepaalde handeling geen schending van de EA 2010 was. Zie uitgebreider EA 2010, S110 dat ook o.m. een uitzondering bepaalt wanneer het gaat over 'conscientious objectors' op grond van religie bij het sluiten van een huwelijk of geregistreerd partnerschap.

		*pensioenbijdragen. -burgerlijke staat voor bepaalde voordelen verworven voor 2005
Onderwijs: 1) scholen; 2) hoger en voortgezet onderwijs; 3) diploma-uitreikende instellingen	1) inhoud curriculum 2) inhoud curriculum	-huwelijk en geregistreerd partnerschap 1) -leeftijd; -geslacht (bij jongens- of meisjesschool); -geloof of religie (in scholen met religieuze grondslag). 2) -geslacht, geloof of religie in instellingen zoals in 1) -burgerlijke staat bij het verlenen van bepaalde voordelen
Verenigingen ('associations')	-verenigingen enkel open voor mensen met een beschermd kenmerk ('single characteristic associations')	-huwelijk en geregistreerd partnerschap -leeftijd (of duur van lidmaatschap)

324. Daarnaast bepaalt de wet enkele **algemene uitsluitingen** van het materiële toepassingsgebied. Naast uitzonderingen die in wetten voorzien zijn, is de wet onder meer niet van toepassing op handelingen die proportioneel zijn voor het garanderen van de nationale veiligheid en beperkter van toepassing op liefdadigheidsinstellingen en op sportactiviteiten.⁵⁶⁵

3. Vormen van discriminatie

325. Ten eerste verbiedt de Equality Act 2010 **directe discriminatie**.⁵⁶⁶ Directe discriminatie doet zich voor wanneer een persoon (A) een ander (B):

- omwille van een beschermd kenmerk
- minder gunstig behandelt
- dan die anderen behandelt of zou behandelen.⁵⁶⁷

⁵⁶⁵ EA 2010, S191-197. Zie ook Schedule 23 dat verdere algemene uitzonderingen bepaalt, onder meer voor religieuze of geloofsorganisaties en 'communal accommodation'.

⁵⁶⁶ EA 2010, S13. Zie ook EA 2010, S25.

⁵⁶⁷ EA 2010, S13(1). Zie ook EA 2010, S17-18: lex specialis betreffende moederschap en zwangerschap. Het verbod is overigens ook van toepassing op gedrag dat een inbreuk zou uitmaken als het zou worden toegepast op individuen, zonder identificeerbaar slachtoffer (conform de Feryn-RsP). S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 286.

Ook segregatie op grond van ras valt hieronder.⁵⁶⁸

326. Ten tweede is ook **indirecte discriminatie** verboden, behalve op grond van moederschap en zwangerschap.⁵⁶⁹ Indirecte discriminatie doet zich voor wanneer een persoon (A) op een ander (B) een ‘provision, criterion or practice’ (hierna: PCP) toepast die discriminerend is in verhouding tot een beschermd kenmerk van B.⁵⁷⁰ Dit is het geval als:

- de PCP wordt toegepast of zou worden toegepast op personen zonder het beschermde kenmerk;
- de PCP benadeelt personen die het kenmerk hebben in het bijzonder (‘to put at a particular disadvantage’) ten opzichte van personen die het kenmerk niet hebben of zou hen in het bijzonder benadelen⁵⁷¹;
- de PCP benadeelt B op die manier, of zou dat doen⁵⁷² en;
- de PCP vormt geen proportioneel middel om een legitiem doel te bereiken.⁵⁷³

Bij de vergelijking (zowel voor directe als voor indirecte discriminatie) mag geen materieel verschil zijn tussen omstandigheden van de (groepen) personen die vergeleken worden.⁵⁷⁴ De grens tussen directe en indirecte discriminatie vervaagde de voorbije jaren in een deel van de rechtspraak en sommige hoven en rechtbanken vereisten ook bij indirecte discriminatie (ten onrechte) een bewijs van oorzakelijk verband tussen benadeling en het hebben van het beschermd kenmerk.⁵⁷⁵

327. Ten derde legt de Equality Act voor een aantal materies ook de verplichting op om redelijke aanpassingen te voorzien voor personen met een handicap.⁵⁷⁶ Het **onterecht weigeren van redelijke aanpassingen** maakt ook een discriminatie uit.⁵⁷⁷ Waar de verplichting van toepassing is, is ze drieledig:

- waar een PCP personen met een handicap in het bijzonder benadeelt, moeten de redelijke stappen genomen worden om dit nadeel te vermijden;

⁵⁶⁸ EA 2010, S13(5).

⁵⁶⁹ EA 2010, S19. Zwangere werknemers en moeders blijven echter wel beschermd via het verbod van indirecte discriminatie op grond van geslacht. Zie ook EA 2010, S25.

⁵⁷⁰ EA 2010, S19(1).

⁵⁷¹ De vergelijking gebeurt hier doorgaans tussen groepen personen met en zonder het beschermd kenmerk. Zie ook S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 183.

⁵⁷² Het gaat hier om de ‘liable to’-vereiste die ook in (een deel van) het EU antidiscriminatierecht voorkomt: het volstaat aan te tonen dat een dergelijke bijzondere benadeling waarschijnlijk is. S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 183. Zie ook T. LOWENTHAL, “Essop v. Home Office: Proving Indirect Discrimination”, Oxford Human Rights Hub 6 april 2017, <http://ohrh.law.ox.ac.uk/essop-v-home-office-proving-indirect-discrimination/>

⁵⁷³ EA 2010, S19(2).

⁵⁷⁴ EA 2010, S23.

⁵⁷⁵ Zie S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 189 en 203-214.

⁵⁷⁶ EA 2010, S20.

⁵⁷⁷ EA 2010, S21(2). Behalve de schending van de discriminatieplicht kan het echter geen andere rechten verlenen. EA 2010, S21(3).

- waar de bijzondere benadeling door een kenmerk van de fysieke omgeving⁵⁷⁸ wordt veroorzaakt, moeten ook de redelijke stappen genomen worden om het nadeel te vermijden⁵⁷⁹;
- waar de bijzondere benadeling zou plaatsvinden als geen hulpmiddel (of ondersteunende dienst)⁵⁸⁰ voorzien wordt, moeten de redelijke stappen worden gezet om het hulpmiddel (of de dienst) te voorzien.⁵⁸¹

De eventuele kost van deze aanpassingen mag niet afgewenteld worden op de persoon met de handicap.⁵⁸² De verplichting is op sommige plaatsen in de wet anticiperend en vereist dat voor bepaalde zaken een alternatief beschikbaar is voor personen met een handicap.⁵⁸³ Op andere plaatsen is de plicht ‘reactief’, als antwoord op een verzoek tot redelijke aanpassingen.⁵⁸⁴

328. Ten vierde verbiedt de Equality Act **intimidatie** (al dan niet van seksuele aard) voor alle eerder genoemde beschermde kenmerken behalve huwelijk en geregistreerd partnerschap, zwangerschap & moederschap.⁵⁸⁵ Een persoon A intimideert persoon B als:

- A ongewenst gedrag stelt dat verband houdt met een beschermd kenmerk of dat van een seksuele aard is en;
- dat gedrag heeft als doel of effect⁵⁸⁶ de waardigheid van B te schenden of een intimiderende, vijandige, ontterende, vernederende of beledigende omgeving voor B te creëren.⁵⁸⁷

Er is ook sprake van intimidatie wanneer A of een ander persoon ongewenst seksueel gedrag of gedrag gerelateerd aan geslachtsverandering of geslacht stelt dat het hierboven beschreven doel of effect heeft en A B minder gunstig behandelt omwille van B’s afwijzing van of onderwerping aan (‘submission’) het gedrag B dan A anders gedaan zou hebben.⁵⁸⁸

Omdat intimidatie ook het uiten van meningen kan omvatten en om al te grote conflicten met de vrijheid van meningsuiting te vermijden, zijn bepaalde gronden in bepaalde toepassingsgebieden uitgesloten van het verbod op intimidatie.⁵⁸⁹

⁵⁷⁸ Verder gedefinieerd in EA 2010, S20(10).

⁵⁷⁹ Verder gedefinieerd in EA 2010, S20(9).

⁵⁸⁰ EA 2010, S20(11).

⁵⁸¹ EA 2010, S20(3-5). Ook deze verplichting kan verder uitgewerkt worden in regulations. EA 2010, S22. Waar het gaat over het verstrekken van informatie moet deze in een toegankelijk format voorzien worden. EA 2010, S20(6).

⁵⁸² EA 2010, S20(7).

⁵⁸³ S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 218-219. Daarnaast voorziet de wet ook op meerdere plaatsen toegankelijkheidsverplichtingen. Cf. supra.

⁵⁸⁴ S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 218-219.

⁵⁸⁵ EA 2010, S26.

⁵⁸⁶ Dit effect wordt beoordeeld rekening houdend met de perceptie van B, de andere omstandigheden van de zaak en de vraag of dit effect een redelijk gevolg is van het gestelde gedrag. EA 2010, S26(4).

⁵⁸⁷ EA 2010, S26 (1-2).

⁵⁸⁸ EA 2010, S26(3).

⁵⁸⁹ J. HAND, “Outside the Equality Act: Non-standard protection from discrimination in British law”, *International Journal of Discrimination and the Law* 2015, 208.

329. De opdracht tot, het veroorzaken van of iemand (direct of indirect) brengen tot discriminatie van een derde persoon is eveneens verboden.⁵⁹⁰ Zowel degene die de uiteindelijke discriminatie beging als het slachtoffer van de discriminatie kan een procedure opstarten tegen de opdrachtgever/veroorzaker voor de daaruit voortvloeiende benadeling.⁵⁹¹ Voorwaarde is wel dat de opdrachtgever/veroorzaker zich in een positie bevindt waarin hij zelf de persoon die de discriminatie begaat zou kunnen discrimineren.⁵⁹²

330. Ten slotte is ook het (wetens en willens)⁵⁹³ hulp verlenen bij een discriminatie verboden.⁵⁹⁴

4. Rechtvaardigingsgronden

331. Het gaat om een combinatie van een open en een gesloten rechtvaardigingssysteem.

Voor **indirecte discriminatie** is er sprake van een open rechtvaardigingssysteem door middel van een proportionaliteitstoets (“*a proportionate means of achieving a legitimate aim*”).⁵⁹⁵

Voor **directe discriminatie** is geen algemene rechtvaardigingsgrond voorzien.⁵⁹⁶ Hier bestaat een gesloten rechtvaardigingssysteem afhankelijk van de grond en het materiële toepassingsgebied. Naast de algemene bepaling omtrent positieve actie (zie randnr. 332-333), voorziet de wet de volgende rechtvaardigingsgronden:

- asymmetrische bescherming of gunstigere behandeling van personen met een *handicap*,⁵⁹⁷
- proportionaliteit bij een direct onderscheid op grond van *leeftijd*,⁵⁹⁸
- asymmetrische bescherming of gunstigere behandeling van vrouwen op grond van *zwangerschap en bevalling, behalve inzake arbeidsomstandigheden*.⁵⁹⁹

⁵⁹⁰ EA 2010, S111. Ook een poging om een ander hiertoe te brengen valt hieronder.

⁵⁹¹ EA 2010, S111(5). Ook de Equality and Human Rights Commission kan dit verbod afdwingen. EA 2010, S111(9). Explanatory Notes, §378.

⁵⁹² EA 2010, S111(7) & (9).

⁵⁹³ EA 2010, S112(2)-(4). Waar een persoon die dergelijke hulp verleent, vertrouwt op (en redelijkerwijze kan vertrouwen op) de verklaring van de discriminator dat die de EA 2010 niet schendt, schendt die persoon de wet niet. Een discriminator die dergelijke valse verklaringen aflegt, kan daarvoor beboet worden.

⁵⁹⁴ EA 2010, S112.

⁵⁹⁵ EA 2010, S19(2).

⁵⁹⁶ EA 2010, S13 (1). Cf. S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 154.

⁵⁹⁷ EA 2010, S13(3).

⁵⁹⁸ EA 2010, S13(2).

⁵⁹⁹ EA 2010, S13(6-b). Maar zie S. FREDMAN, “Reversing roles: bringing men into the frame”, *International Journal of Law in Context* 2014, 442-459: ouderschapsrechten behandelen als gunstigere behandeling van vrouwen dreigt het bestaande rollenpatroon waarbij vrouwen het grootste deel van de zorg voor kinderen opnemen net te versterken. Structurele gelijkheid kan enkel worden bereikt wanneer

- proportionaliteit bij een ongunstigere behandeling op grond van *handicap*;⁶⁰⁰
- redelijkheid bij een ongunstigere behandeling op grond van een afwezigheid op het werk bij een ‘*transseksueel*’ persoon wanneer die afwezigheid niet aan ziekte, letsel of de geslachtsverandering te wijten is;⁶⁰¹
- proportionaliteit bij een verschil in de arbeidsvoorwaarden voor het ene geslacht ten opzichte van het andere *geslacht* als aangetoond is dat het verschil in behandeling te wijten is aan een materiële factor die niet gebaseerd is op geslacht en waarbij het langetermijn doel is de ongelijkheid tussen de arbeidsvoorwaarden van mannen en van vrouwen te verkleinen;⁶⁰²
- de vereiste een bepaald beschermd kenmerk te bezitten in de arbeidsbetrekkingen⁶⁰³ is geen verboden discriminatie als het gaat om een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste;⁶⁰⁴
- wanneer het gaat om werk voor een georganiseerde godsdienst (‘organised religion’)⁶⁰⁵ en ofwel het kenmerk voor de naleving van bepaalde religieuze doctrine vereist is (‘compliance principle’) ofwel het kenmerk uit de aard of context van het werk vereist is (‘non-conflict principle’), maakt het vereisen van bepaalde beschermde kenmerken geen verboden discriminatie uit.⁶⁰⁶ Het gaat om de vereiste een bepaald **geslacht** te hebben, geen ‘transseksueel’ te zijn, de vereiste niet **getrouwd te zijn of in geregistreerd partnerschap** te leven (met iemand van hetzelfde geslacht, met iemand van het andere geslacht of met iemand wiens vorige partner/echtgenoot/echtgenote nog leeft), een vereiste betreffende de omstandigheden waarin een huwelijk of geregistreerd partnerschap beëindigd werd of een vereiste in verband met de **seksuele geaardheid**;⁶⁰⁷
- Ook een persoon met een ethos gebaseerd op religie of geloof mag in de arbeidsbetrekkingen een vereiste toepassen die met religie of geloof te maken heeft

de verantwoordelijkheid van beide ouders wordt erkend. S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 176.

⁶⁰⁰ EA 2010, S15(1).

⁶⁰¹ EA 2010, S16(2-3).

⁶⁰² EA 2010, S69 (1)-(3). Zie ook EA 2010, Schedule 14 dat bepaalt dat een beurs beperkt mag worden tot leerlingen van één geslacht waar die de gendergelijkheid in het onderwijs kan stimuleren. EA 2010, S69(3).

⁶⁰³ De specifieke bepalingen waarover het gaat, staan opgesomd in EA 2010, Schedule 9, §1 (2). Het gaat voornamelijk over het al dan niet aannemen of ontslaan van personen.

⁶⁰⁴ EA 2010, Schedule 9, §1(1) de toepassing van de vereiste moet bovendien proportioneel zijn in verhouding tot het te bereiken doel en degene op de bepaling wordt toegepast kan niet voldoen aan de vereiste (of de werkgever mag daar redelijkerwijs van uitgaan). Deze rechtvaardigingsmogelijkheid geldt ook voor een vorming (‘training’) tijdens hoger onderwijs. EA 2010, Schedule 12, §4. Al deze rechtvaardigingen in de arbeidsbetrekkingen gelden overigens ook voor de ‘employment services’ die voor een ander dit soort werk aanbieden. EA 2010, Schedule 9, §5.

⁶⁰⁵ Uitzondering die uitdrukkelijk toegelaten wordt in de Richtlijn. Zie EA 2010, Schedule 9, §2 (2) voor de specifieke relevante bepalingen, voornamelijk ivm het bepalen wie wordt aangenomen of ontslagen. Zie ook recente HvJ-zaak hierover. Vgl. in de services over marriage.

⁶⁰⁶ EA 2010, Schedule 9, §2. Ook hier geldt dat de persoon op wie de bepaling wordt toegepast niet kan voldoen aan de vereiste (of de werkgever mag daar redelijkerwijs van uitgaan).

⁶⁰⁷ EA 2010, Schedule 9, §2(4). Zie mutatis mutandis EA 2010, Schedule 11, §5-7 en 12, §5 voor een dergelijk onderscheid gemaakt in onderwijsinstellingen met religieuze grondslag.

als die kan aantonen dat het om een beroepsvereiste gaat in verhouding tot dat ethos en de aard of context van het werk;⁶⁰⁸

- Een onderscheid op grond van **leeftijd of handicap** wat betreft het leger is gerechtvaardigd (uitgesloten van het toepassingsgebied).⁶⁰⁹ Voor zover proportioneel in het nastreven van de ‘combat effectiveness’ van het leger, kan ook de vereiste een **man of geen ‘transseksueel’** te zijn gerechtvaardigd zijn;⁶¹⁰
- Het anders behandelen van **zwangere vrouwen** binnen het toepassingsgebied verenigingen voor zover dat ertoe strekt risico’s voor haar gezondheid en veiligheid te beperken of vermijden;⁶¹¹
- Bij redelijke aanpassingen geldt ten slotte dat het moet gaan om iets dat redelijk is te verwachten (ze gelden ook enkel als niet-verlenen van redelijke aanpassingen tot ‘substantial disadvantage’ voor de persoon met handicap zou leiden).⁶¹²

5. Positieve actie

332. Naast de verplichting tot redelijke aanpassingen omvat de Equality Act ook een aantal andere instrumenten die tot het positieve en proactieve discriminatierecht gerekend worden. Zoals hierboven ook al bleek, zijn bepaalde gevallen van asymmetrische bescherming gerechtvaardigd en dus niet discriminatoir.⁶¹³ Het elfde deel van de Equality Act heeft het over maatregelen ter bevordering of ‘advancement’ van gelijkheid. Het gaat enerzijds over maatregelen van positieve actie.⁶¹⁴ Anderzijds worden ook specifieke verplichtingen opgenomen voor overheden om in hun beleid rekening te houden met de mogelijke impact daarvan op gelijkheid of op kwetsbare groepen. Op die laatste categorie gaan we in dit rapport niet nader in, omdat dit geen deel uitmaakt van de studieopdracht.

333. Wanneer iemand redelijkerwijze denkt dat:

- mensen met het beschermd kenmerk een nadeel lijden verbonden met dat kenmerk;
- mensen met het beschermd kenmerk andere noden hebben dan mensen zonder dat kenmerk of;

⁶⁰⁸ EA 2010, Schedule 9, §3. Opnieuw geldt een proportionaliteitsvereiste en voldoet de persoon die niet wordt aangenomen/... niet aan de vereiste (of mag de werkgever daar redelijkerwijze van uitgaan).

⁶⁰⁹ EA 2010, Schedule 9, §4 (3).

⁶¹⁰ EA 2010, Schedule 9, §4 (1)-(2).

⁶¹¹ EA 2010, Schedule 16, §2.

⁶¹² EA 2010, S20. Zie ook de verschillende schedules die redelijke aanpassingen verder uitwerken per toepassingsgebied.

⁶¹³ EA 2010, S13 (3)-(4) en S69(1)-(3). Zie ook EA 2010, S104 over de regelingen die politieke partijen kunnen treffen om ongelijkheid binnen hun partij tegen te gaan.

⁶¹⁴ Afwijkende regels zijn mogelijk wanneer het gaat over politieke kandidaten. EA 2010, S158(4)-(5). Maatregelen van positieve discriminatie (bijvoorbeeld het voorrang geven aan bepaalde overledenen om religieuze redenen) zijn echter verboden, de wet staat enkel positieve actie toe. R. (on the application of Adath Yisroel Burial Society) v. Senior Coroner for Inner North London [2018] EWHC 969 (Admin).

- deelname aan een bepaalde activiteit disproportioneel laag is bij mensen met het beschermd kenmerk,

zijn **maatregelen van positieve actie** niet verboden op voorwaarde dat ze een van de volgende legitieme doelen nastreven:

- mensen met het beschermd kenmerk in staat stellen of aan te moedigen om het nadeel te overwinnen of te minimaliseren;
- de andere noden van mensen met het beschermd kenmerk te beantwoorden of;
- deelname aan die activiteiten voor mensen met het beschermd kenmerk mogelijk te maken of aan te moedigen.⁶¹⁵

Dergelijke maatregelen mogen echter geen andere wet overtreden.⁶¹⁶ De Explanatory Notes geven aan dat de proportionaliteit van de maatregelen onder meer zal afhangen van de ernst van het nadeel, hoe extreem de andere noden of ondervertegenwoordiging zijn en welke andere middelen beschikbaar zijn om het nadeel tegen te gaan.⁶¹⁷ Deze algemene mogelijkheid van positieve actie op basis van alle beschermde kenmerken was een vernieuwing van de Equality Act.⁶¹⁸ De Explanatory Notes verwijzen ook naar de beperkingen die het EU-recht oplegt.⁶¹⁹ In welke mate dit het geval blijft na de Brexit, zal de toekomst moeten uitwijzen (zie hoger randnr. 303).

Voor de aanwerving en bevordering voorziet de Equality Act in specifiekere regels.⁶²⁰ Hier geldt dat wanneer iemand redelijkerwijs denkt dat:

- mensen met het beschermd kenmerk een nadeel lijden dat verband houdt met dat kenmerk of,
- deelname aan een activiteit door personen met het beschermde kenmerk disproportioneel laag is,

⁶¹⁵ EA 2010, S158.

⁶¹⁶ EA 2010, S158(6).

⁶¹⁷ Explanatory Notes §526. De Explanatory Notes geven daarnaast twee voorbeelden. Een school die ontdekt dat de witte mannelijke leerlingen het systematisch slechter doen in de wiskundeles zou enkel voor die groep aanvullende wiskundelessen kunnen voorzien. Als een NHS Primary Care Trust zou vaststellen dat lesbische vrouwen waarschijnlijk minder vaak op de hoogte zijn van de risico's van baarmoederhalskanker en minder waarschijnlijk toegang heeft tot de nodige gezondheidszorgdiensten, kan het awareness raising campagnes inrichten voor lesbische vrouwen over het belang van screenings op kanker.

⁶¹⁸ Voordien bestonden slechts gefragmenteerde beschermingen op grond van een aantal van de beschermde kenmerken. Explanatory Notes §531 & 535.

⁶¹⁹ Explanatory Notes §526, 531 & 534-535.

⁶²⁰ EA 2010, S158(4) & S159. Verder gedefinieerd in EA 2010, S159(5). Ook deze bepaling staat niet toe dat andere wetten worden overtreden. EA 2010, S158(6). Voor de Equality Act waren enkel maatregelen in de opleiding of ter aanmoediging van kandidaatstelling mogelijk. Explanatory Notes §535.

kan die persoon mensen met het beschermde kenmerk op grond daarvan gunstiger behandelen bij aanwervingen of promoties dan personen zonder het beschermde kenmerk om hen in staat te stellen of aan te moedigen om:

- dat nadeel te overwinnen of,
- deel te nemen aan die activiteit.⁶²¹

Dit mag echter enkel als:

- de persoon met het beschermde kenmerk even gekwalificeerd is als de persoon zonder het beschermde kenmerk;⁶²²
- er geen beleid is om personen met het beschermde kenmerk in dit verband gunstiger te behandelen dan personen zonder dit kenmerk en;
- de gunstigere behandeling proportioneel is in verhouding tot dit doel.⁶²³

Of iemand dezelfde kwalificaties heeft als een ander is niet te herleiden tot enkel de academische kwalificaties.⁶²⁴ Het gaat om een totaaloordeel van de werkgever over wie de beste kandidaat is voor de job en kan onder meer kijken naar de geschiktheid, bekwaamheid en hoe goed ze hun huidige functie uitvoeren.⁶²⁵ Een voorkeursbeleid of automatische voorkeursbehandeling voor mensen met een beschermd kenmerk kan echter niet aangezien in iedere zaak op de eigen criteria moet worden geoordeeld.⁶²⁶ Deze bepalingen lijken in grote mate geïnspireerd op de relevante EU-rechtspraak.

6. Handhaving

(a) Door wie?

334. Deel 9 ('Enforcement') van de Equality Act bepaalt (behalve voor de public sector equality duty⁶²⁷) hoe de bepalingen van de wet worden gehandhaafd. Zaken op grond van de wet moeten voor een burgerlijke rechtbank (county courts) of een arbeidsrechtbank

⁶²¹ EA 2010, S159(1)-(2).

⁶²² Als voorbeelden worden in de Explanatory Notes dan ook genoemd: een politiedienst met disproportioneel weinig werknemers van een etnische minderheid geeft binnen een kandidatenpool waarin iedereen even gekwalificeerd is de voorkeur aan kandidaten van deze etnische minderheid. Dit kan enkel als hun respectievelijke verdiensten effectief in acht genomen werden. Een werkgever die een job aanbiedt aan vrouwen in een bedrijf waar vrouwen ondervertegenwoordigd zijn, begaat echter een directe discriminatie als er een gekwalificeerdere mannelijke kandidaat is.

⁶²³ EA 2010, S159(4).

⁶²⁴ Explanatory Notes §532.

⁶²⁵ Explanatory Notes §532.

⁶²⁶ Explanatory Notes §532.

⁶²⁷ Zie ook EA 2010, S148(2).

(‘employment tribunal’) gebracht worden.⁶²⁸ Over de toegankelijkheid tot en effectiviteit van de burgerlijke rechtbanken in discriminatiezaken wordt geklaagd omwille van de kostprijs maar ook omwille van het gebrek aan expertise en kennis bij de rechters van antidiscriminatiewetgeving.⁶²⁹ Daarom werd al gesuggereerd om alle discriminatiezaken, ongeacht het materiële toepassingsgebied voor employment tribunals te laten komen zodat de expertise daar gecentraliseerd kan worden.⁶³⁰ Hoewel die suggestie in de EA 2010 niet geïmplementeerd werd, moeten rechters zich in discriminatiezaken in principe laten bijstaan door een assessor (zie verder randnr. 337).

335. De employment tribunals werden specifiek opgericht als toegankelijker, goedkoper en sneller alternatief voor klassieke rechtbanken.⁶³¹ Ze hanteren informelere procedureregels en laten ook andere vertegenwoordigers dan advocaten toe.⁶³² Arbeidstribunalen (inclusief de Employment Appeal Tribunal in tweede aanleg) hebben een tripartiete structuur: naast de voorzitter met juridische achtergrond is een lid aangesteld in overleg met de vakbonden en een lid in overleg met werkgeversorganisaties.⁶³³ De tribunals lijken hun doel echter niet bereikt te hebben. Slechts een relatief laag aantal discriminatieclaims werd voor de tribunals behandeld.⁶³⁴ Hoewel de procedure iets sneller verloopt dan voor gewone rechtbanken, blijft het gaan om zeer lange perioden.⁶³⁵ Op de tripartiete structuur worden ook alsmaar meer uitzonderingen toegestaan.⁶³⁶ Naast bewijsproblemen wordt ook gewezen op de individuele aard van zo’n vorderingen, de beperkte bedragen die mogelijk toegekend worden ter compensatie (en niet opwegen tegen de kost van een procedure), het ontbreken van rechtsbijstand en de complexiteit van de wetgeving.⁶³⁷ In 2014 werden tribunal fees ingevoerd wat de toegankelijkheid van de procedure verlaagde.⁶³⁸ Deze tribunal fees werden door het

⁶²⁸ EA 2010, S113. Explanatory Notes §384. Dit laat de afdwingingsbevoegden van de Equality and Human Rights Commission onverlet. Explanatory Notes §385.

⁶²⁹ S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 287-289.

⁶³⁰ *Ibid.*, 288.

⁶³¹ *Ibid.*, 280.

⁶³² Men kan er ook zichzelf vertegenwoordigen. S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 280.

⁶³³ *Ibid.*, 280. Waar het beschermde kenmerk ras is, heeft een lid doorgaans ook ervaring met rasserverhoudingen.

⁶³⁴ *Ibid.*, 281.

⁶³⁵ Zeker in equal pay zaken. *Ibid.*, 280 en 282.

⁶³⁶ *Ibid.*, 282-283.

⁶³⁷ *Ibid.*, 283-284 & 287. Ter remediëring verdedigt Fredman de mogelijkheid om naast de Equality and Human Rights Commission ook vakbonden, ngo’s en andere ‘institutional litigators’ de vereiste standing te geven dergelijke vorderingen aanhangig te maken en ook class actions mogelijk te maken. *Ibid.*, 284-287.

⁶³⁸ Zie hierover onder meer M. FORD, ‘UNISON v. Lord Chancellor: the Statistics of Tribunal Fees in the Court of Appeal’, Oxford Human Rights Hub 8 september 2015, beschikbaar op <http://ohrh.law.ox.ac.uk/unison-v-lord-chancellor-the-statistics-of-tribunal-fees-in-the-court-of-appeal/>; B. HEPPLER, ‘The Equality Agenda in 2015-part ii: access to justice’, Oxford Human Rights Hub 9 maart 2015, <http://ohrh.law.ox.ac.uk/the-equality-agenda-in-2015-part-ii-access-to-justice/>; M. FORD, ‘New employment tribunal fees and discrimination: UNISON v. Lord Chancellor; Equality and Human Rights Commission’, Oxford Human Rights Hub 7 februari 2014, beschikbaar op <http://ohrh.law.ox.ac.uk/new-employment-tribunal-fees-and-discrimination-unison-v-lord-chancellor-equality-and-human-rights-commission/>.

UK Supreme Court als onwettig beschouwd omdat ze de toegang tot de rechter belemmerden en de ‘rule of law’ schonden.⁶³⁹

336. Deel 9 van de Equality Act verhindert geen procedures via judicial review of bepaalde specifieke wetten en is niet van toepassing op strafrechtelijke procedures met betrekking tot de Equality Act⁶⁴⁰ en straffen voor wat betreft de bepalingen over vervoer van personen met een handicap.⁶⁴¹ Judicial Review van beslissingen van de overheid kan verregaandere gevolgen hebben dan de andere procedures aangezien dit kan resulteren in het vernietigen van een beslissing op beleidsniveau en dus gevolgen zal hebben voor alle mensen op wie het beleid werd toegepast.⁶⁴²

337. De **burgerlijke rechtbank** is bevoegd voor discriminatie met betrekking tot beweerde discriminatie voor de onderdelen diensten en openbare functies, ‘premises’, onderwijs en verenigingen (‘associations’).⁶⁴³ In deze zaken wordt doorgaans ook een assessor aangesteld die de rechtbank ondersteunt tenzij er goede redenen zijn om dat niet te doen, bijvoorbeeld de eigen ervaring van de rechter, de aard van de zaak en de wensen van de eiser.⁶⁴⁴ Een vordering moet ingediend worden binnen de 6 maand nadat de beweerde discriminatie plaatsvond.⁶⁴⁵ De rechtbank kan echter ook beslissen een later ingediende vordering te behandelen als die dit ‘just and equitable’ acht.⁶⁴⁶ Voor gedrag dat doorheen een bepaalde periode gesteld wordt, begint de termijn te lopen vanaf het einde van dit gedrag.⁶⁴⁷ Wanneer het gaat over het onterecht niet stellen van bepaald gedrag, loopt de termijn vanaf het moment waarop de beslissing in deze zin werd genomen.⁶⁴⁸

Discriminatievorderingen in verband met de beslissing een persoon al dan niet toe te staan in het VK te blijven of naar het VK te komen en discriminatievorderingen m.b.t. diensten en openbare functies die in een procedure over immigratie aan bod komt (of zou kunnen komen in hoger beroep) vallen buiten de bevoegdheid van de burgerlijke rechter.⁶⁴⁹ Vorderingen over

⁶³⁹ Zie *R (on the application of UNISON) v. Lord Chancellor*, [2017] UKSC 51. Zie voor een bespreking bv. S. AREND, “R. (Unison) v. Lord Chancellor”, *Coventry Law Journal* 2019, 153-154; M. FORD, “Employment Tribunal Fees and the Rule of Law: *R (Unison) v Lord Chancellor* in the Supreme Court”, *Industrial Law Journal* 2018, 1-45; E. ROSE, “R (on the application of UNISON) v. Lord Chancellor: a masterclass in the constitutional right of access to the courts”, *Juridical Review* 2017, 261-267.

⁶⁴⁰ Waar een gelijktijdige strafrechtelijke vraag behandeld wordt en het beoordelen van de burgerrechtelijke vraag zou daarover ook uitsluitel vereisen, moet de burgerlijke rechter de procedure opschorten tot er een strafrechtelijke uitspraak is. EA 2010, S114(6).

⁶⁴¹ EA 2010, S113(3) & (7).

⁶⁴² S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 288-289.

⁶⁴³ EA 2010, S114.

⁶⁴⁴ EA 2010, S114(7)-(9). Explanatory Notes, §388.

⁶⁴⁵ EA 2010, S118 (1)(a). Voor een vordering betreffende een kwalificatieverlenende instelling is deze periode 9 maanden wanneer wel binnen de eerste 6 maanden klacht werd ingediend via een student complaints scheme. EA 2010, S118(2)-(3). Zie ook EA 2010, S140A-140B dat onder meer verlenging van de termijn voorziet wanneer een verzoeningsprocedure ingesteld wordt.

⁶⁴⁶ EA 2010, S118(1)(b).

⁶⁴⁷ EA 2010, S118(6)(a).

⁶⁴⁸ EA 2010, S118(6)(b). Zie ook EA 2010, S118(7).

⁶⁴⁹ EA 2010, S115. Na dit hoger beroep geldt nog een mogelijkheid een vordering in te stellen bij de burgerlijke rechter binnen de 6 maanden. EA 2010, S118(5).

discriminatie op grond van handicap in scholen komen voor in een gespecialiseerd tribunaal.⁶⁵⁰ De eisers(s) en/of de assessor kunnen van bepaalde (of de volledige) procedure uitgesloten worden wanneer de nationale veiligheid in het gedrang is.⁶⁵¹

338. De **arbeidsrechtbanken (employment tribunals)** zijn bevoegd voor schendingen in het toepassingsgebied arbeidsbetrekkingen ('work'), inclusief vragen over non-discriminatieclausules in arbeidsovereenkomsten en in bedrijfspensioensregelingen.⁶⁵² Een bijzondere regeling geldt voor wie voor het leger werkt.⁶⁵³ Dezelfde verjaringsregels als hierboven gelden *mutatis mutandis* voor de employment tribunals, alleen gaat het over een periode van 3 in plaats van 6 maanden.⁶⁵⁴

339. De wet geeft bovendien een mandaat aan de **Equality & Human Rights Commission** dat de implementatie van de wet mee opvolgt en tot op zekere hoogte mee instaat voor de afdwinging van de wet.⁶⁵⁵ De Commission werd opgericht via de *Equality Act 2006* en is de bevoegde mensenrechten- en gelijkheidsinstelling voor het VK.⁶⁵⁶ In die hoedanigheid ziet het toe op en biedt ondersteuning bij de naleving van de *Human Rights Act 1998* en de *Equality Act 2010*.⁶⁵⁷ Het voorziet hierbij *Codes of Practice* die uiteenzetten hoe werkgevers en verstrekkers van diensten zich conform de wetgeving kunnen gedragen.⁶⁵⁸ Rechters kunnen het niet handelen overeenkomstig deze *Codes* mee in acht nemen bij het beoordelen van een discriminatieclaim.⁶⁵⁹ Daarnaast vaardigt het ook eerder informele richtlijnen uit met praktische tips en voorbeelden.⁶⁶⁰

⁶⁵⁰ EA 2010, S116. (amendementen in de maak) Zie ook EA 2010, Schedule 17 dat hiervoor ook specifieke procedureregels uiteenzet. §6 (A-S) voorziet (in Wales) de mogelijkheid case friends ter ondersteuning van kinderen met een handicap aan te stellen in de procedure, verplicht lokale onderwijsinstanties de nodige informatie en advies te verstrekken aan kinderen met een handicap over discriminatie op grond van handicap op school en regelingen in te stellen om discussies hierover te vermijden. Daarnaast moeten ze ook independent advocacy services ter beschikking stellen.

⁶⁵¹ EA 2010, S117. In dat geval kan een special advocate aangesteld worden om de belangen van de eiser(s) doorheen de procedure te behartigen. Zie ook Explanatory Notes § 395.

⁶⁵² Zie uitgebreider EA 2010, S120 en Explanatory Notes, §404-405. Als vragen over deze materie in procedures voor de rechtbank opgeworpen worden, kan de rechtbank deze vragen weigeren of doorverwijzen naar het tribunal en de procedure opschorten. EA 2010, S122. Zie ook EA 2010, S140.

⁶⁵³ EA 2010, S121.

⁶⁵⁴ EA 2010, S123(1) &(3)-(4). Met uitzondering van wie voor het leger werkt. Daar geldt wel een periode van 6 maanden. EA 2010, S123(2). Zie opnieuw ook EA 2010, S140A-140B dat onder meer verlenging van de termijn voorziet wanneer een verzoeningsprocedure ingesteld wordt.

⁶⁵⁵ Voordien hadden de verschillende antidiscriminatie wetten elk een eigen Commission. Zie uitgebreider: S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 287 en 295.

⁶⁵⁶ <https://www.equalityhumanrights.com/en/about-us/who-we-are>. Het gaat om een nationaal mensenrechteninstituut met A-status. EA 2006, S1 & S3.

⁶⁵⁷ EA 2006, S8 & S9. Zie ook EA 2006, S11. Zie uitgebreider: <https://www.equalityhumanrights.com/en/equality-act/equality-act-2010>

⁶⁵⁸ EA 2006, S14. <https://www.equalityhumanrights.com/en/equality-act/equality-act-faqs>.

⁶⁵⁹ EA 2006, S15. <https://www.equalityhumanrights.com/en/equality-act/equality-act-faqs>.

⁶⁶⁰ Terug te vinden hier: <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-work/publications-library>. Zie ook EA 2006, S13.

De Commission is bevoegd om zelf een **juridische procedure op te starten of tussen te komen in hangende gedingen**, inclusief procedures van judicial review.⁶⁶¹ De Commission kan individuele burgers helpen met hun discriminatiezaken maar zal in een merendeel van de gevallen doorverwijzen naar een advocaat.⁶⁶² Naar een rechtbank of tribunal zal de Commission in principe enkel stappen wanneer die dit als de beste manier beschouwt om verandering te bekomen, zoals:

- wanneer de wet onduidelijk is;
- om prioriteiten terug bovenaan de maatschappelijke agenda te krijgen en;
- om beleid en praktijken onder druk te zetten die significant nadeel veroorzaken (bv. doorheen een hele industrie of sector).⁶⁶³

De Commission kan ook dwangbevelen vragen en kan procedures tot judicial review opstarten.⁶⁶⁴

De Commission kan daarnaast een ‘**formal investigation**’ opstarten tegen discriminerende praktijken.⁶⁶⁵ Dit kan enkel waar het een bepaalde actor ervan denkt de EA 2010 te hebben overtreden.⁶⁶⁶ Het heeft daarbij ruime onderzoeksbevoegdheden en kan heel wat informatie en bewijs opvragen van de beweerde ‘discriminator’.⁶⁶⁷ Via discussie, onderhandeling en verzoening probeert de Commissie de discriminerende praktijk te veranderen. Het kan daarbij ook een ‘unlawful act notice’ uitvaardigen dat kan vereisen dat de discriminator een plan voorbereidt en implementeert om te verhinderen dat de praktijk zich voortzet.⁶⁶⁸ In de vijf jaren volgend op deze notice kan de Commission naar de rechter stappen om te eisen dat de discriminator zich aan het plan houdt.⁶⁶⁹ Een discriminator die dit niet doet, riskeert een boete.⁶⁷⁰

⁶⁶¹ EA 2006, S24 & S30. <https://www.equalityhumanrights.com/en/court-action> Gezien het beperkte budget van de Commission, zal het die bevoegdheid wellicht strategisch uitoefenen. S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 285.

⁶⁶² EA 2006, S28. <https://www.equalityhumanrights.com/en/equality-act/equality-act-faqs>

Zie ook EA 2006, S28. <https://www.equalityhumanrights.com/en/court-action>

Voor een overzicht van zaken waarin de Commission betrokken was: <https://legal.equalityhumanrights.com/en>

⁶⁶³ <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-legal-action/our-powers>

⁶⁶⁴ <https://www.equalityhumanrights.com/en/court-action>

⁶⁶⁵ EA 2006, S20. <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-legal-action/inquiries-and-investigations>

⁶⁶⁶ <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-powers/inquiries-investigations-and-wider-powers>

⁶⁶⁷ <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-powers/inquiries-investigations-and-wider-powers> S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 286: hoewel die door de hoven en rechtbanken die zich in judicial review over de uitoefening van deze bevoegdheden werd gereduceerd. Zie EA 2006, Schedule 2 dat deze onderzoeksbevoegdheden en de rechten van de partij die onderzocht wordt uiteenzet.

⁶⁶⁸ EA 2006, S21 & S22.

⁶⁶⁹ EA 2006, S22. Zie ook schedule 2, paras. 17-18.

⁶⁷⁰ EA 2006, S22.

Daarnaast kan de Commission ook *inquiries* opstellen die op algemener niveau onderzoeken of en in welke mate structurele discriminatie speelt, bv. binnen een bepaalde sector.⁶⁷¹ Het kan aanbevelingen geven maar die hebben geen juridisch bindende waarde.⁶⁷²

Ten slotte kan de Commission ook een **overeenkomst** proberen sluiten met een discriminator over bepaalde stappen om discriminatie te vermijden in de toekomst.⁶⁷³ De discriminator stemt er dan mee in niet langer te discrimineren terwijl de Commission zal afzien van enige afdwinging van de antidiscriminatie wetgeving.⁶⁷⁴

(b) *Sancties*

340. In principe is de handhaving van het discriminatieverbod in het Verenigd Koninkrijk **burgerrechtelijk** van aard.

341. Als de **burgerlijke rechtbank** inderdaad een schending van het wettelijke discriminatieverbod vaststelt,⁶⁷⁵ kan die alle remedies toekennen die de High Court (in Schotland: the Court of Session) by torts of judicial review ter beschikking heeft.⁶⁷⁶ Het gaat dan voornamelijk over **schadevergoeding** (inclusief voor ‘injured feelings’), een dwangbevel (**‘injunction’**) en een vaststelling betreffende de rechten van de partijen in de zaak (**‘declaration’**).⁶⁷⁷ Wanneer de verweerder in een zaak van indirecte discriminatie kan aantonen dat die geen intentie tot discriminatie had, kan een schadevergoeding enkel opgelegd worden nadat de andere mogelijke maatregelen werden bekeken.⁶⁷⁸

342. Waar de **arbeidsrechtbank** een schending van het discriminatieverbod vaststelt, kan die

- een vaststelling (**‘declaration’**) uitvaardigen met betrekking tot de respectievelijke rechten van eiser en verweerder in deze aangelegenheid;

⁶⁷¹ EA 2006, S12 over reports of progress en EA 2006, S16 over inquiries. Zie uitgebreider S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 297-298. De rapporten zijn terug te vinden op <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-work/our-research> en <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-work/our-projects>.

Zie ook <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-legal-action/inquiries-and-investigations>

Zie ook <https://www.equalityhumanrights.com/en/legal-responses/consultation-responses> voor de ingediende dossiers in consultatierondes georganiseerd door de overheid.

⁶⁷² Schedule 2, para. 16. Zie ook schedule 2, paras. 17-18.

⁶⁷³ EA 2006, S23.

⁶⁷⁴ EA 2006, S23. <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-powers/inquiries-investigations-and-wider-powers> Voor dergelijke afgesloten overeenkomsten, zie: <https://www.equalityhumanrights.com/en/legal-casework/enforcement-work>.

⁶⁷⁵ En ervan overtuigd is dat die zich hierdoor niet uitspreekt over een aspect dat hangende is in een strafrechtelijke procedure. EA 2010, S119(7).

⁶⁷⁶ EA 2010, S119(1)-(3).

⁶⁷⁷ Explanatory Notes § 401.

⁶⁷⁸ EA 2010, S119(5)-(6).

- **schadevergoeding** opleggen;⁶⁷⁹
- een gepaste aanbeveling (**‘appropriate recommendation’**) geven.⁶⁸⁰

De aanbeveling kan erop gericht zijn de impact van de discriminatie op de individuele eiser weg te nemen of te reduceren maar kan ook de impact of alle werknemers (*‘the wider workforce’*) proberen wegnemen of reduceren.⁶⁸¹ De aanbeveling moet specifieke stappen omvatten en moet binnen een redelijke termijn uitgevoerd worden.⁶⁸² Gebeurt dit niet, dan is de verweerder gehouden tot (hogere) schadevergoeding.⁶⁸³ Wanneer de verweerder in een zaak van indirecte discriminatie kan aantonen dat die geen intentie tot discriminatie had, kan een schadevergoeding enkel opgelegd worden nadat de andere mogelijke maatregelen werden bekeken.⁶⁸⁴ Bij discriminatie in bedrijfspensioenregelingen kan het tribunal daarnaast een vaststelling uitvaardigen over de voorwaarden waaronder iemand toegelaten moet worden of de rechten die iemand onder de regeling zou moeten genieten.⁶⁸⁵

Regulations kunnen voorzien dat employment tribunals de verweerder opleggen een **equal pay audit** door te voeren wanneer zij een equal pay schending vaststellen (waarvan de resultaten ook publiek gemaakt kunnen worden).⁶⁸⁶

343. Bijzondere regels gelden voor **gelijkheidsclausules**: employment tribunals maar ook bepaalde rechtbanken zijn bevoegd zich uit te spreken over gelijkheidsclausules resulterend in een vaststelling (*‘declaration’*).⁶⁸⁷ De verjaringstermijn hierbij is 6 (of 9 maanden in het leger) maanden na het relevante feit.⁶⁸⁸ De wet schrijft ook voor hoe een tribunal kan bepalen of werk gelijkwaardig (*‘of equal value’*) is: door beroep te doen op een onafhankelijk expert die ofwel een rapport opstelt ofwel andere informatie aanlevert.⁶⁸⁹ Als in een job evaluation study⁶⁹⁰ werd gevraagd, kan het tribunal enkel een expert raadplegen als er redelijke gronden zijn om te vermoeden dat die evaluation study gebaseerd is op een systeem dat discrimineert op grond van geslacht of anderszins onbetrouwbaar is.⁶⁹¹ Voor andere schendingen dan die betreffende bedrijfspensioenregelingen kan de rechtbank of het tribunal behalve een vaststelling van de rechten van eiser en verweerder in dat geval ook een vergoeding toekennen ten belope van het achterstallige bedrag (berekend over een periode van vijf jaar; zes jaar in Schotland) en/of

⁶⁷⁹ Een schadevergoeding die overeenkomt met de schadevergoeding die doorgaans voor torts toegekend wordt. EA 2010, S124(6) en Explanatory Notes, §415. Regulations kunnen bepalen dat hier ook interest bijgerekend wordt. EA 2010, S139.

⁶⁸⁰ EA 2010, S124.

⁶⁸¹ EA 2010, S124(3) en Explanatory Notes, §416.

⁶⁸² EA 2010, S124(3) & (7).

⁶⁸³ EA 2010, S124(7). Tenzij daar een *‘reasonable excuse’* voor is.

⁶⁸⁴ EA 2010, S124(4)-(5).

⁶⁸⁵ EA 2010, S126. Schadevergoeding puur op basis van gedeerde winst is echter niet mogelijk. EA 2010, S126(3) en Explanatory Notes §424.

⁶⁸⁶ EA 2010, S139A.

⁶⁸⁷ EA 2010, S113(6). EA 2010, S127. Zie ook over de verwijzing naar een tribunal door een rechtbank van dergelijke vragen: EA 2010, S128.

⁶⁸⁸ EA 2010, S129. Met verdere verduidelijking in EA 2010, S130 & S135.

⁶⁸⁹ EA 2010, S131.

⁶⁹⁰ Zie EA 2010, S80(5).

⁶⁹¹ EA 2010, S131(6).

andere schadevergoeding.⁶⁹² Voor toegang tot en rechten verkregen onder pensioenregelingen kan een vaststelling gedaan worden die kan strekken tot toegang tot/verkregen rechten in de regeling.⁶⁹³ Voor betalingsachterstanden in bedrijfspensioenregelingen kan de rechtbank of het tribunal een vaststelling uitvaardigen of het achterstallige bedrag (over een periode van zes jaar; vijf jaar in Schotland) of andere schadevergoeding toekennen.⁶⁹⁴

Wanneer clauses in contracten een behandeling verboden door de wet stimuleren of voorzien zijn zij **niet afdwingbaar**.⁶⁹⁵ Voor *handicap* geldt dit ook voor clauses en voorwaarden in niet-contractuele regelingen die verband houden met het verlenen van employment services (cf. supra) en collectieve verzekeringsregelingen voor werknemers.⁶⁹⁶ De burgerlijke rechtbank mag, indien gevraagd door een partij die daar belang bij heeft, bevelen dat die clause **verwijderd of aangepast** wordt, eventueel zelfs met retroactieve werking.⁶⁹⁷ Ook clauses die bepalingen uit de wet beperken of uitsluiten, kunnen niet afgedwongen worden door degene in wiens voordeel de clauses werken.⁶⁹⁸

Bepalingen in een collectieve arbeidsovereenkomst zijn **nietig** voor zover ze een behandeling verboden door de wet stimuleren of voorzien.⁶⁹⁹ Regels van ondernemingen die dit doen, zijn niet afdwingbaar.⁷⁰⁰

(c) *Bewijs*

344. Over de **bewijslast** in discriminatiezaken wordt het volgende bepaald: als de rechtbank uit bepaalde feiten (en zonder enige andere aanwijsbare verklaring) kan afleiden dat een schending plaatsvond, moet die oordelen dat sprake is van een schending, tenzij de verweerder anders kan aantonen.⁷⁰¹ De eiser moet eerst voldoende feiten aantonen die kunnen wijzen op een schending van de wet waarna de bewijslast verschuift naar de verweerder die moet aantonen de wet niet te hebben geschonden.⁷⁰² Deze bepaling geldt niet voor

⁶⁹² EA 2010, S132.

⁶⁹³ EA 2010, S133.

⁶⁹⁴ EA 2010, S134.

⁶⁹⁵ EA 2010, S142. Tenzij deze clause gewijzigd is door een gelijkheidsclause zoals bepaald in het hoofdstuk over gelijkheidsclauses bij verloning of bij moederschaps- of zwangerschapsverlof.

⁶⁹⁶ EA 2010, S142(2). Zie ook EA 2010, S148(3).

⁶⁹⁷ EA 2010, S143 en Explanatory Notes, §474. In dat geval moeten alle belanghebbenden op de hoogte gebracht worden en de mogelijkheid krijgen gehoord te worden.

⁶⁹⁸ EA 2010, S144. Uitzonderingen gelden voor clauses die deel uitmaken van een eerder geschikte zaak. Zie EA 2010, S147 voor de voorwaarden waaronder zo'n schikking (settlement agreement) wettig en geldig kan zijn.

⁶⁹⁹ EA 2010, S145. Zie ook EA 2010, S146 over wie een vordering mag instellen die daartoe strekt. Zie ook EA 2010, S148(4).

⁷⁰⁰ EA 2010, S145. Zo'n regel is afkomstig van een werkgever, een vakbond of een 'qualifications body'. EA 2010, S146 & S148. Zie ook EA 2010, S146 over wie een vordering mag instellen die daartoe strekt.

⁷⁰¹ EA 2010, S136 (amendementen in de maak).

⁷⁰² Explanatory Notes §456.

strafrechtelijke vervolging op grond van de wet.⁷⁰³ Zoals eerder aangegeven is in de aanwervingsprocedure in principe niet toegestaan een kandidaat te bevragen over diens gezondheid (en handicap).⁷⁰⁴ Als een dergelijke vraag wordt gesteld, volstaat die in een eventuele latere procedure om de bewijslast te doen verschuiven.⁷⁰⁵

345. In de rechtspraak wordt doorgaans gesteld dat de eiser een ‘*prima facie*’ discriminatie moet aantonen.⁷⁰⁶ Meer dan “*the bare facts of a difference in status and a difference in treatment*” is vereist, op basis van de aangevoerde feiten moet een rechter, “*on the balance of probabilities*” kunnen besluiten dat de verweerder een onwettige discriminatie beging (niet gewoon dat het kon dat de verweerder dit had gedaan).⁷⁰⁷ **Praktijktests** kunnen (in combinatie met ander bewijs) worden gebruikt om een directe discriminatie aan te tonen.⁷⁰⁸ Deze techniek wordt echter relatief weinig toegepast.⁷⁰⁹

(d) Bescherming tegen represailles

346. Ter bescherming van wie discriminatie aanklaagt, verbiedt de Act *victimisatie*, d.i. het nadelig behandelen van (natuurlijke) personen omdat zij een beschermde handeling gesteld hebben.⁷¹⁰ Beschermde handelingen zijn:

- een procedure opstarten op grond van de Equality Act;
- bewijs of informatie geven in verband met zo’n procedure;
- andere handelingen stellen die het doel van de Act nastreven of met de Act verband houden;
- een (al dan niet bedoelde) beschuldiging uiten van een overtreding van de Equality Act (door de persoon die victimiseert of door een ander).⁷¹¹

⁷⁰³ EA 2010, S136(5).

⁷⁰⁴ EA 2010, S60. Uitzonderingen worden gemaakt voor positieve actiemaatregelen, situaties waarin de vraag wordt gesteld om redelijke aanpassingen te kunnen aanbieden tijdens de aanwervingsprocedure of om diversiteit in de kandidatenpool te monitoren of waar het niet hebben van een handicap een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste uitmaakt. Explanatory notes § 214.

⁷⁰⁵ EA 2010, S60 (4)-(5).

⁷⁰⁶ *Chief Constable of Greater Manchester v Bailey* [2017] EWCA Civ 425; *Base Childrenswear Ltd v Otshudi* [2019] EWCA Civ 1648.

⁷⁰⁷ *Base Childrenswear Ltd v Otshudi* [2019] EWCA Civ 1648.

⁷⁰⁸ L. VICKERS, “Country Report Non-Discrimination: UK 2019”, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, beschikbaar op <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4976-united-kingdom-country-report-non-discrimination-2019-pdf-1-39-mb>, 20.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, 20.

⁷¹⁰ EA 2010, S27. Zie in de specifieke onderdelen o.m.: EA 2010, S29, S33, S35, S39, S77, S85, S86, S91, S96, S101 en S102.

⁷¹¹ EA 2010, S27(2). Zie ook EA 2010, S27(5). Niet beschermd is het verstrekken van valse bewijzen of informatie als dit ter kwader trouw werd gedaan. EA 2010, S27(3).

Regulations kunnen de voorwaarden waaronder dit mogelijk is verder preciseren.⁷¹²

G. FRANKRIJK

347. Het Franse antidiscriminatiebeleid gaat uit van een abstract, universalistisch en formeel gelijkheidsconcept, dat onder meer in de Grondwet verankerd is.⁷¹³ Dit gelijkheidsbeginsel en het daaraan gekoppelde gelijkheidsverbod zijn dan ook specifiekier uitgewerkt in heel wat wetgeving en uitvoeringsbesluiten.⁷¹⁴ Ook het antidiscriminatieverbod van de eigenlijke antidiscriminatiewetgeving wordt verder uitgewerkt in décrets en andere specifiekere wetgeving.⁷¹⁵ Een exhaustieve bespreking van al deze bepalingen zou ons dan ook te ver leiden. Voor de functionaliteit en beheersbaarheid van de rechtsvergelijking wordt doorheen deze sectie gefocust op de eigenlijke antidiscriminatiewetgeving, die ook het equivalent vormt van het Gelijkekansendecreet. De focus ligt specifiek op deze wetten ter omzetting van de Europese antidiscriminatieverplichtingen maar ook andere wetgeving wordt vermeld waar relevant. Het Franse wetgevende kader onderging meermaals wijziging en voor sommige artikels die hier besproken worden zijn amendementen hangende. De bespreking houdt rekening met de bepalingen die van kracht zijn op 1 mei 2020. De voornaamste antidiscriminatiewetgeving wordt hieronder beknopt vermeld.

348. Een eerste scharnierwet is de **wet van 16 november 2001 betreffende de strijd tegen discriminatie**.⁷¹⁶ Verschillende bepalingen van deze wet werden intussen opgeheven en vervangen door recentere wetten. De wet voegt een discriminatieverbod en sancties toe aan het **Wetboek Arbeidsrecht** en het **Wetboek Strafrecht**.⁷¹⁷ De wet stelt ook een meldlijn in voor discriminatie.⁷¹⁸

349. In 2004 werd een gelijkekansengorgaan, meer bepaald een ‘haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité’ (hierna: HALDE), opgericht.⁷¹⁹ Sinds 2011 is

⁷¹² EA 2010, S158 (3).

⁷¹³ S. LATRAVERSE, ‘Country report on Non-discrimination: France 2019’, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 5. Dit uitgangspunt, net als het vasthouden aan bewijs van een fout in burgerrechtelijke procedures kan ervoor zorgen dat procedures soms moeizaam verlopen en bescherming tegen discriminatie pas in hoger beroep verleend wordt. Zie ook ditzelfde rapport op p. 11-12.

⁷¹⁴ S. LATRAVERSE, ‘Country report on Non-discrimination: France 2019’, 13-16.

⁷¹⁵ Zie bv. S. LATRAVERSE, ‘Country report on Non-discrimination: France 2019’, 6 & 139-145 en M. MERCAT-BRUNS, ‘Country report on Gender Equality: France 2019’, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 5-11 & 14-15 voor een opsomming van relevante wetgevende en uitvoeringsinstrumenten.

⁷¹⁶ Wet nr. 2001-1066 van 16 november 2001 betreffende de strijd tegen discriminatie, beschikbaar op <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000588617>.

⁷¹⁷ Artikel 1 wet 16 november 2001.

⁷¹⁸ Artikel 9 wet 16 november 2001.

⁷¹⁹ Wet nr. 2004-1486 van 30 december 2004 tot oprichting van de ‘haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité’, beschikbaar op

HALDE opgevolgd door de ‘**Défendeur des droits**’ (hierna: Ddd), die verschillende voordien afzonderlijk bestaande instellingen samenbracht.⁷²⁰

350. De wet van 11 februari 2005 voorziet in de integratie van personen met een handicap op alle vlakken.⁷²¹ De wet voert redelijke aanpassingen in en legt bepaalde toegankelijkheidsvereisten op.⁷²² Ook omvat die ruime mogelijkheden (en door middel van een quotaregeling ook verplichtingen) tot positieve actie (cfr. randnrs. 384 e.v.).

351. De wet van 27 mei 2008 brengt het Franse antidiscriminatierecht in overeenstemming met de Europese vereisten.⁷²³ Deze wet bepaalt in algemene zin het materieel en personeel toepassingsgebied van het antidiscriminatierecht en definieert de verboden vormen van discriminatie. Daarnaast bepaalt de wet ook wie kan optreden in rechte en wat de sancties zijn voor overtreding van de wet.

352. De gelijkheid van mannen en vrouwen is een grondwettelijk beginsel in Frankrijk en verschillende wetten hebben dan ook in het bijzonder betrekking op deze gelijkheid. Zo werd in 2001 een wet ingevoerd betreffende de professionele gelijkheid tussen vrouwen en mannen dat onder meer bepalingen over nachtarbeid, over gelijke vertegenwoordiging in beroepsverkiezingen en gelijkheid in collectieve onderhandelingen bevat.⁷²⁴ Een wet van 2006 omvat de modaliteiten die gelijke verloning voor mannen en vrouwen opleggen.⁷²⁵ Een wet van 2014 bevordert op verschillende manieren de gelijkheid van man en vrouw.⁷²⁶ De wet bevat bepalingen op diverse domeinen die dit onderliggende doel nastreven. Zo voert de wet

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000423967&fastPos=2&fastReqId=1282060517&categorieLien=id&oldAction=rechTexte>.

⁷²⁰ Organieke wet nr. 2011-333 van 29 maart 2011 betreffende de ‘Défenseur des droits’, beschikbaar op

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023781167&dateTexte=&categorieLien=id>, onder meer artikel 4, 3° en 5,3°. Zie ook: <https://equineteurope.org/author/france-dr/> en <https://www.defenseurdesdroits.fr/>. De instelling fuseerde wat voordien de Franse Ombudsman, de Ombudsman voor Kinderen, HALDE en de nationale commissie voor ethiek in veiligheidszaken waren.

⁷²¹ Wet nr. 2005-102 van 11 februari 2005 betreffende gelijkheid van kansen en rechten, participatie en burgerschap van personen met een handicap, beschikbaar op <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000809647>.

⁷²² Zie voor deze laatste bv. artikels 41, 45 en 47 wet 11 februari 2005 die ook voor particulieren verplichtingen inhouden (en sancties opleggen wanneer zij in gebreke blijven) en artikels L57-1 en L62-2 van het wetboek betreffende de verkiezingen.

⁷²³ Wet nr. 2008-496 van 27 mei 2008 betreffende diverse bepalingen ter omzetting van het gemeenschapsrecht in het domein van antidiscriminatierecht, beschikbaar op <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018877783>.

⁷²⁴ Wet nr. 2001-397 van 9 mei 2001 betreffende de professionele gelijkheid tussen vrouwen en mannen, beschikbaar op <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000756495>.

⁷²⁵ Wet nr. 2006-340 van 23 maart 2006 betreffende de gelijke verloning voor vrouwen en mannen, beschikbaar op <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000816849&dateTexte=20200506>.

⁷²⁶ Wet nr. 2014-873 van 4 augustus 2014 betreffende de echte gelijkheid tussen vrouwen en mannen, beschikbaar op <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029330832&dateTexte=20200424>.

positieve verplichtingen in om de feitelijke gelijkheid tussen mannen en vrouwen te bevorderen, waarborgt gelijke vertegenwoordiging in verschillende (politieke en andere) organen, bevat bepalingen over ouderschapsverplichtingen en –uitkeringen, over abortus, de ondersteuning van eenoudergezinnen, partnergeweld enzovoort. Ten slotte hebben enkele wetten betrekking op seksuele intimidatie en voegen ze daartoe bepalingen in het Wetboek Arbeidsrecht en het Wetboek Strafrecht in.⁷²⁷

353. Bovenstaande wetten brengen ook wijzigingen aan in andere wetten en wetboeken, onder meer in het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek Arbeidsrecht en het Wetboek Strafrecht. De relevantste bepalingen in deze wetboeken worden dan ook mee in aanmerking genomen.

354. Omdat de verschillende relevante wetten doorgaans in gelijkaardige bescherming voorzien, kunnen de principes die uit rechtspraak blijken voor een van de wetten of beschermde gronden doorgaans ook van toepassing worden geacht voor de andere gronden en andere relevante wetten.⁷²⁸

1. Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)

355. De verschillende wetten verbieden (burgerrechtelijk en strafrechtelijk) discriminatie op grond van de volgende beschermde kenmerken:

- afkomst;
- geslacht;
- genderidentiteit;
- gezinssituatie (‘situation de famille’);
- zwangerschap en moederschap, inclusief moederschapsverlof⁷²⁹;
- uiterlijk;
- specifieke kwetsbaarheid resulterend uit iemands schijnbare of gekende economische situatie;

⁷²⁷ Zie wet nr. 2012-954 van 6 augustus 2012 met betrekking tot seksuele intimidatie, beschikbaar op <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000026263463&dateTexte=20200424>. Zie ook wet nr. 2018-703 van 3 augustus 2018 betreffende de strijd tegen seksueel en seksistisch geweld, beschikbaar op <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037284450&dateTexte=20200506>.

⁷²⁸ S. LATRAVERSE, “Country report on Non-discrimination: France 2019”, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 8.

⁷²⁹ Artikel 2, 4° wet 27 mei 2008. Zie ook artikels L1225-1 tot en met L1225-72 Wetboek Arbeidsrecht over zwangerschaps- en ouderschapsverlof. Deze bescherming geldt ook voor werknemers die een behandeling van medisch begeleide voortplanting ondergaan. Artikel L1225-3-1 Wetboek Arbeidsrecht. Ook vaders die vaderschapsverlof nemen als hun vrouw overlijdt, genieten bescherming. Artikel L1225-28 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook artikel 37bis wet 11 januari 1984 over het recht deeltijds te werken na de geboorte van een kind.

- familienaam;
- verblijfplaats of domicilieadres ('domiciliation bancaire'⁷³⁰);
- gezondheidstoestand;
- verlies van autonomie;
- handicap;
- genetische eigenschappen;
- zeden of gewoonten ('moeurs');
- seksuele geaardheid⁷³¹;
- leeftijd;
- politieke overtuiging⁷³²;
- filosofische overtuiging⁷³³;
- syndicale activiteiten⁷³⁴;
- vermogen om zich in een taal uit te drukken anders dan het Frans⁷³⁵;
- het echte of vermeende (niet-)behoren tot een etnische groep of natie, een zogenaamd ras of een erkende godsdienst.⁷³⁶

Het Wetboek Arbeidsrecht voegt hier nog specifieke discriminatieverboden aan toe op grond van het vervullen van de taken als jurylid of lekenrechter, het te goeder trouw getuigen of melden van een misdrijf waarvan iemand kennis kreeg in het uitoefenen van zijn job of van bepaalde misdrijven gerelateerd aan corruptie.⁷³⁷

356. Sommige kenmerken worden verder gedefinieerd in wetgeving of rechtspraak. De (arbeidsrechtelijke) definitie van het kenmerk **handicap** omvat ook beperkingen resulterend

⁷³⁰ Deze grond werd ingevoegd ter bescherming van mensen die verblijven in de Franse overzeese gebieden. S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 18.

⁷³¹ Zie ook artikel L1132-3-2 Wetboek Arbeidsrecht: werknemers mogen niet gediscrimineerd worden wanneer zij omwille van hun seksuele geaardheid een overplaatsing weigeren naar een land dat homoseksualiteit verbiedt.

⁷³² Artikel L1132-1 Wetboek Arbeidsrecht verbiedt ook discriminatie op grond van de uitoefening van een lokaal verkozen mandaat.

⁷³³ Enkel in het discriminatieverbod in artikel 6 van wet nr. 83-634 van 13 juli 1983 betreffende de rechten en verplichtingen van ambtenaren, afgekort de 'Wet le Pors', beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=D389BFF35E73F559537234EB608F28AD.tplgfr31s_1?cidTexte=JORFTEXT000000504704&dateTexte=20201231 dat ook de vrijheid van mening van ambtenaren neerlegt.

⁷³⁴ Artikel L1132-2 Wetboek Arbeidsrecht beschermt ook tegen discriminatie op grond van de uitoefening van het stakingsrecht. Zie ook artikel L2141-1 Wetboek Arbeidsrecht.

⁷³⁵ Deze grond dient zowel ter bescherming van mensen die een streektaal spreken als mensen van buitenlandse afkomst die Frans spreken met een accent. S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 17-18.

⁷³⁶ Artikel 1 wet van 27 mei 2008. Zie ook artikel 225-1 Wetboek Strafrecht. Het Wetboek Strafrecht verbiedt discriminatie bovendien ten opzichte van natuurlijke en rechtspersonen. Artikel 225-1-2 verbiedt ook onderscheiden in behandeling op grond van het al dan niet ondergaan van een ontgroening. Zie ook artikel L511-3 wetboek onderwijs en artikels 225-16-1 en 225-2 Wetboek Strafrecht. Artikel L1132-1 Wetboek Arbeidsrecht.

⁷³⁷ Artikels L1132-3-1 en L1132-3-3 Wetboek Arbeidsrecht.

uit de omgeving.⁷³⁸ Een werknemer met een handicap is immers iedereen wiens mogelijkheden om werk te vinden of te behouden effectief verminderd werden als gevolg van een wijziging in een of meerdere van diens fysieke, zintuiglijke, mentale of psychische functies.⁷³⁹ Een ‘commission des droits et de l’autonomie des personnes handicapées’ erkent en ondersteunt werknemers met een handicap.⁷⁴⁰

357. Het kenmerk ‘**moeurs**’, dat we hier als zeden of gewoonten vertalen, verwees oorspronkelijk naar seksuele geaardheid en moraliteit.⁷⁴¹ Seksuele geaardheid is nu echter als afzonderlijk kenmerk opgenomen en ‘moeurs’ wordt nu voornamelijk gebruikt voor sociaal onaanvaard gedrag, bv. roken.⁷⁴²

358. Verder blijkt uit de wetgeving expliciet dat **attributieve discriminatie** verboden is voor de kenmerken specifieke kwetsbaarheid resulterend uit iemands economische situatie, voor het behoren tot een etnisch of nationale groep, een zogenaamd ras of een erkende godsdienst.⁷⁴³ Ook voor de andere kenmerken wordt attributieve discriminatie echter als verboden beschouwd.⁷⁴⁴ Daarnaast werden de beschermde kenmerken uiterlijk, nationale afkomst en achternaam ingevoerd om attributieve discriminatie op grond van zogenaamd ras of afkomst te ondervangen.⁷⁴⁵ Ten slotte ligt de focus in de rechtspraak ook eerder bij de vraag of een beschermd kenmerk een rol speelde voor de discriminator dan of een benadeeld persoon of groep drager is van het beschermd kenmerk.⁷⁴⁶

359. Een verbod op **associatieve discriminatie** wordt niet op algemene wijze in de wet ingeschreven. In de rechtspraak werd echter al aanvaard dat associatieve discriminatie op basis van de beschermde kenmerken verboden is.⁷⁴⁷ Expliciet wordt in het Wetboek Arbeidsrecht

⁷³⁸ Artikel L5213-1 Wetboek Arbeidsrecht. S. LATRAVERSE, ‘Country report on Non-discrimination: France 2019’, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 8.

⁷³⁹ Artikel L5123-1 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook artikel L114 Wetboek voor Sociale Actie en Gezinnen.

⁷⁴⁰ Artikel L5213-2 Wetboek Arbeidsrecht.

⁷⁴¹ S. LATRAVERSE, ‘Country report on Non-discrimination: France 2019’, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 20-21.

⁷⁴² S. LATRAVERSE, ‘Country report on Non-discrimination: France 2019’, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 20-21.

⁷⁴³ Artikel 1 wet van 27 mei 2008; artikel 225-1 Wetboek Strafrecht; artikel L1132-1 Wetboek Arbeidsrecht en artikel 5213-1 Wetboek Arbeidsrecht. S. LATRAVERSE, ‘Country report on Non-discrimination: France 2019’, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 21.

⁷⁴⁴ S. LATRAVERSE, ‘Country report on Non-discrimination: France 2019’, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 22-23. Zie ook artikel 621-1, 6° Wetboek Strafrecht dat het heeft over de echte of vermeende seksuele geaardheid van het slachtoffer.

⁷⁴⁵ S. LATRAVERSE, ‘Country report on Non-discrimination: France 2019’, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 7 & 22-23.

⁷⁴⁶ S. LATRAVERSE, ‘Country report on Non-discrimination: France 2019’, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 22-23.

⁷⁴⁷ S. LATRAVERSE, ‘Country report on Non-discrimination: France 2019’, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 7 & 23. Het ging om discriminatie van een werknemer omwille van de haar relatie met iemand die op grond van het uitoefenen van syndicale activiteiten beschermd was.

wel bepaald dat naast personen met een handicap ook de naasten van een persoon met handicap en mantelzorgers aanspraak kunnen maken op een aangepast geïndividualiseerd werkrooster.⁷⁴⁸ Bepaalde mantelzorgers in overheidsdienst, o. m. voor ouders of partners met een handicap, kunnen net als personen met een handicap deeltijds werken of een aangepast geïndividualiseerd werkrooster krijgen.⁷⁴⁹ Een vorm van redelijke aanpassingen wordt dus bij associatie verleend. Ook **meervoudige discriminatie** werd in de rechtspraak al erkend.⁷⁵⁰

2. Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied)

360. De antidiscriminatiewetgeving kan afgedwongen worden ten opzichte van private en publieke personen.⁷⁵¹ De antidiscriminatiewet van 2008 is van toepassing op alle private en publieke personen (inclusief zelfstandigen).⁷⁵² De wet heeft dus horizontale en verticale toepassing. De bescherming van de antidiscriminatiewetgeving geldt in principe ook voor burgers van andere landen.⁷⁵³ Bijzondere wetten bepalen dit toepassingsgebied soms verder. Zo is een deel van de wetgeving gericht op het statuut van ambtenaren op verschillende niveaus. Uiteraard blijft de toepassing daarvan beperkt tot overheidswerkgevers.

361. Artikel 2 van de wet van 2008 somt de **domeinen** op waarbinnen deze wet van toepassing is. Het gaat om:

- lidmaatschap van en aanwerving door een syndicale of professionele organisatie, inclusief voordelen die zij verleent, toegang tot werk, werk, professionele en beroepsopleidingen, zelfstandig werk of werk buiten loondienst, arbeidsvoorwaarden en promoties⁷⁵⁴;
- sociale zekerheid;

⁷⁴⁸ Artikel L3121-49 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook R3121-29 Wetboek Arbeidsrecht.

⁷⁴⁹ Artikel 37bis & 40ter wet 11 januari 1984, artikel 60bis & 60quinquies wet 26 januari 1984 en artikel 46-1 en 47-2 wet 9 januari 1986.

⁷⁵⁰ S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 7 & 21-22; M. MERCAT-BRUNS, 'Current Issues in Non-Discrimination Law in France and their Possible Impact in the EU', ERA 2015, beschikbaar op http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/14_Other%20topics/115DV92_Bruns_EN.pdf, 12-13.

⁷⁵¹ S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 8.

⁷⁵² De wet heeft geen impact op de bepalingen en voorwaarden betreffende de toelating en het verblijf van burgers van niet-EU landen en apatride mensen. Artikel 5 wet 27 mei 2008.

⁷⁵³ Zie S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 8 over de uitzonderingen op dit principe.

⁷⁵⁴ Zie S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 6 over de principiële uitsluiting van magistraten, ambtenaren die voor het parlement werken en contractuele ambtenaren alsook over de geldigheid daarvan. Andere wetgeving voor werknemers in overheidsdienst voorziet echter in gelijkaardige bescherming.

- gezondheidszorg⁷⁵⁵;
- sociale voordelen⁷⁵⁶;
- onderwijs⁷⁵⁷;
- toegang tot en verstrekking van goederen en diensten.⁷⁵⁸

362. Het strafrechtelijk discriminatieverbod wordt expliciet herhaald voor huurcontracten.⁷⁵⁹

363. Het Wetboek Arbeidsrecht herhaalt het verbod voor werkgevers om zich schuldig te maken aan enige discriminatie in de arbeidsbetrekkingen.⁷⁶⁰ Het bepaalt ook specifieker dat niemand gediscrimineerd mag worden:

- bij de aanwervingsprocedure of de nominatie voor of toegang tot een stage of bijscholing;
- door een beslissing tot ontslag;
- door het opleggen van een tuchtsanctie;
- in de verloning;
- bij winstdeling of verdeling van aandelen;
- bij opleidingen, reclassering, affectatie, kwalificatie en klassering;
- bij beslissingen over overplaatsing, promotie of vernieuwing van het contract.⁷⁶¹

Het Wetboek specificeert ook dat een werkgever niet mag informeren naar de zwangerschap van sollicitanten of werknemers en de sollicitanten of werknemers op dergelijke vragen niet moeten ingaan.⁷⁶² Ook verbiedt het expliciet een onderscheid in verloning tussen mannen en vrouwen voor hetzelfde werk of werk van gelijke waarde.⁷⁶³

⁷⁵⁵ Zie ook artikel L1110-3 wetboek volksgezondheid dat discriminatie in de toegang tot preventie of zorg verbiedt en dat ook interne beroepsprocedures bij mogelijke ongerechtvaardigde weigering van zorg bepaalt die uiteindelijk ook kan resulteren in een procedure voor een rechtbank.

⁷⁵⁶ Zie ook artikel L931-3-2 wetboek sociale zekerheid en artikel L112-1-1 wetboek mutualiteit telkens specifiek op grond van geslacht.

⁷⁵⁷ Zie ook artikel 21 van de wet 11 februari 2005 dat het recht op redelijke aanpassingen in het onderwijs neerlegt.

⁷⁵⁸ Artikel 2 wet 27 mei 2008.

⁷⁵⁹ Artikel 1 wet nr. 89-462 van 6 juli 1989 met het oog op het verbeteren van de verhouding tussen huurders en verhuurders en tot wijziging van wet nr. 86-1290 van 23 december 1986, beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=204FDC2F683DDDA5E8B6FA13F809FD30.tplgfr31s_1?idArticle=LEGIARTI000028806595&cidTexte=JORFTEXT000000509310&catEgorieLien=id&dateTexte=.

⁷⁶⁰ Artikels L1132-1 en L1132-2 Wetboek Arbeidsrecht.

⁷⁶¹ Artikels L1132-1 en L1132-2 Wetboek Arbeidsrecht. Zie specifiek voor zwangerschap, gezinssituatie en geslacht: artikels L1225-1 en L1142-1 Wetboek Arbeidsrecht. Het is dan ook verboden via enige vorm van publiciteit gerelateerd aan de aanwervingsprocedure te vermelden dat kandidaten van een bepaald geslacht of in een bepaalde gezinssituatie gezocht worden. Artikel L1142-1, 1^o Wetboek Arbeidsrecht.

⁷⁶² Artikels L1225-1 en L1225-2 Wetboek Arbeidsrecht.

⁷⁶³ Deze verplichting geldt zowel voor publieke als private werkgevers. Artikels L3221-1 en L3221-1 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook L3221-3 tot en met L3222-2, net als D1142-1 tot en met D1142-14 (en

364. De Wet le Pors verbiedt directe en indirecte discriminatie van ambtenaren door overheidsactoren.⁷⁶⁴ Voor jobs bij de overheid wordt ook de verplichting expliciet gemaakt personen niet omwille van hun handicap uit te sluiten van aanwervingsprocedures (via vergelijkende examens) en jobs.⁷⁶⁵ Een uitzondering geldt waar de handicap onverenigbaar werd verklaard met de functie in een medisch onderzoek daartoe.⁷⁶⁶ Indien nodig moeten bij vergelijkende aanwervingsprocedures redelijke aanpassingen worden geboden, bijvoorbeeld het toelaten van begeleiders en rustpauzes.⁷⁶⁷ Overheidswerknemers met een handicap hebben het recht deeltijds te werken op advies van de arbeidsgeneesheer.⁷⁶⁸ Ook hebben zij recht op aangepaste uurroosters waar dit de uitoefening (of het behoud) van hun job mogelijk maakt.⁷⁶⁹ Ten slotte wordt ook (prioritair) rekening gehouden met de handicap wanneer over de overplaatsing van ambtenaren wordt beslist.⁷⁷⁰

365. De wet van 2005 verbiedt een onderscheid op grond van handicap of leeftijd bij de terugbetaling van gezondheidszorgkosten door de ziekteverzekeraar.⁷⁷¹

366. Het wetboek voor sport bepaalt ook dat sportverenigingen of groepen geschorst of ontbonden kunnen worden als diens leden zich bij of in verband met een sportevent schuldig maakten aan geweld op personen, aanzetten tot haat of discriminatie op grond van afkomst, seksuele geaardheid of genderidentiteit, geslacht of het echte of vermeende behoren tot een etnische groep, een natie, een ras of een erkende godsdienst.⁷⁷²

bijhorende annexen) voor de verdere definiëring en modaliteiten hiervan. Deze bepalingen bevatten onder meer transparantie- en publiciteitsverplichtingen voor de werkgever.

⁷⁶⁴ Artikel 6 en 6bis Wet le Pors.

⁷⁶⁵ Artikel 27 van wet nr. 84-16 van 11 januari 1984 houdende statutaire bepalingen omtrent de openbare functie van de staat, beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=C127A9A5EEEE581E0E8807F37DB2B740.tplgfr31s_1?cidTexte=JORFTEXT000000501099&dateTexte=20200424; artikel 35 van wet nr. 84-53 van 26 januari 1984 houdende statutaire bepalingen omtrent de territoriale publieke functie, beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=C127A9A5EEEE581E0E8807F37DB2B740.tplgfr31s_1?cidTexte=JORFTEXT000000501099&dateTexte=20200424 en artikel 27 van wet nr. 86-33 van 9 januari 1986 houdende diverse bepalingen omtrent de functie van het openbare ziekenhuiswezen, beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=C127A9A5EEEE581E0E8807F37DB2B740.tplgfr31s_1?cidTexte=JORFTEXT000000512459&dateTexte=20200424. Ook gelden voor hen andere leeftijdslimieten voor de toegang tot bepaalde jobs.

Zie ook artikel 38 wet 26 januari 1984 over de mogelijkheid van aanwerving zonder vergelijkend 'concours'.

⁷⁶⁶ Artikel 27 wet 11 januari 1984, artikel 27 wet 9 januari 1986 en artikel 35 wet 26 januari 1984.

⁷⁶⁷ Artikel 27 wet 11 januari 1984, artikel 27 wet 9 januari 1986 en artikel 35 wet 26 januari 1984.

⁷⁶⁸ Artikel 37bis wet 11 januari 1984, artikel 60bis wet 26 januari 1984 en artikel 46-1 wet 9 januari 1986.

⁷⁶⁹ Artikel 40ter wet 11 januari 1984, artikel 60quinquies wet 26 januari 1984 en artikel 47-2 wet 9 januari 1986.

⁷⁷⁰ Artikel 60 & 62 wet 11 januari 1984 en artikel 54 wet 26 januari 1984.

⁷⁷¹ Artikel 63 wet 11 februari 2005.

⁷⁷² Artikel L332-18 wetboek sport.

3. Vormen van discriminatie

367. De meeste wetten die een discriminatieverbod omvatten verwijzen voor de definitie daarvan naar de wet van 2008 of omvatten geen eigen definitie.⁷⁷³ De focus in deze afdeling ligt dan ook op de verboden zoals omschreven in de wet van 2008.

368. De wet verbiedt **directe discriminatie** en definieert dat als “*de situatie waarbij een persoon, op grond van zijn of haar beschermd kenmerk, minder gunstig wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie behandeld werd, wordt of zal worden*”.⁷⁷⁴ Deze definitie is echter enger geformuleerd dan de Europeesrechtelijke definitie die ook vergelijking met een hypothetische referentiepersoon toelaat (“*zou worden*”).⁷⁷⁵

369. Daarnaast is ook **indirecte discriminatie** verboden, meer bepaald is dit het geval waar “*een schijnbaar neutrale bepaling, criterium of praktijk een bijzondere benadeling van personen met beschermde kenmerken met zich mee kunnen brengen ten opzichte van andere personen*”.⁷⁷⁶ Er is echter geen indirecte discriminatie als het criterium of de praktijk objectief gerechtvaardigd kunnen worden door een legitiem doel en als de middelen voor het realiseren van dat doel gepast en noodzakelijk zijn.⁷⁷⁷

370. Ook **intimidatie** en **seksuele intimidatie** zijn verboden. Die worden gedefinieerd als: ‘elke (seksuele) handeling gerelateerd aan een beschermd kenmerk die een persoon ondergaat en die als doel of effect heeft diens waardigheid te ondermijnen of een intimiderende, vijandige, beledigende, vernederende, of kwetsende omgeving te creëren’.⁷⁷⁸ Artikel L1153-1 van het Wetboek Arbeidsrecht definieert seksuele intimidatie in de arbeidsbetrekkingen verder en heeft het over:

- herhaaldelijke voorstellen of gedrag met seksuele connotatie die de waardigheid van een persoon aantasten omwille van hun kwetsende of vernederende aard of die een intimiderende, vijandige of beledigende omgeving creëren;

⁷⁷³ Bv. Artikel L1132-1 Wetboek Arbeidsrecht; artikel 6 en 6bis Wet le Pors.

⁷⁷⁴ Artikel 1 wet 27 mei 2008. Zie ook artikel 225-1 Wetboek Strafrecht. Zie ook artikel L1321-3 Wetboek Arbeidsrecht dat alle discriminerende bepalingen in het huishoudelijk reglement verbiedt.

⁷⁷⁵ S. LATRAVERSE, ‘Country report on Non-discrimination: France 2019’, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 7.

⁷⁷⁶ Artikel 1 wet 27 mei 2008. Zie ook artikel 225-1 Wetboek Strafrecht.

⁷⁷⁷ Artikel 1 wet 27 mei 2008.

⁷⁷⁸ Artikel 1 wet 27 mei 2008. Zie ook artikel L1152-1 Wetboek Arbeidsrecht dat intimidatie in het algemeen verbiedt en artikels L4123-10-1 en L4123-10-2 wetboek over de landsverdediging. Zie ook artikel 222-33-2 Wetboek Strafrecht dat intimidatie definieert als (herhaalde) voorstellen of gedragingen met als doel of effect de arbeidsomstandigheden te verslechteren op een manier die afbreuk kan doen aan iemands rechten en waardigheid of iemands mentale of fysieke gezondheid of iemands professionele toekomst in het gedrang te brengen.

- gedrag vergelijkbaar met seksuele intimidatie, d.w.z. iedere vorm van zware druk (eenmalig of herhaaldelijk) die iemand uitoefent met de echte of schijnbare doelstelling een handeling van seksuele aard te verkrijgen voor zichzelf of voor een ander.⁷⁷⁹

Het Wetboek Strafrecht verbiedt en definieert seksuele intimidatie op gelijkaardige wijze en maakt duidelijk dat ook gedrag dat door meerdere personen (al dan niet afgesproken) wordt gesteld hieronder kan vallen.⁷⁸⁰

Het Wetboek Arbeidsrecht verbiedt ook **seksistische handelingen**, meer bepaald “*alle handelingen in verband met iemands geslacht die als doel of effect heeft diens waardigheid te ondermijnen of een intimiderende, vijandige, beledigende, vernederende, of kwetsende omgeving te creëren*”.⁷⁸¹ Het Wetboek Strafrecht verbiedt in gelijkaardige termen seksistisch geweld, met name elk voorstel of gedrag met seksuele of seksistische connotatie dat iemands waardigheid ondermijnt of een intimiderende, vijandige, beledigende of kwetsende omgeving creëert.⁷⁸²

371. Vervolgens is ook iemand **opdracht geven tot een van deze vormen van discriminatie** is verboden.⁷⁸³ Deze vorm van discriminatie valt bovendien onder de strafrechtelijke medeplichtigheid en wordt ook gedekt door de algemene burgerrechtelijke aansprakelijkheidsregimes.⁷⁸⁴

372. Het Wetboek Arbeidsrecht (net zoals vergelijkbare bepalingen in wetten betreffende tewerkstelling door de overheid) maakt duidelijk dat **het weigeren van (proportionele) redelijke aanpassingen** discriminatie uitmaakt.⁷⁸⁵ Het gaat om gepaste maatregelen in functie van de noden in een concrete situatie die werknemers met een handicap toelaten een job uit te oefenen of behouden.⁷⁸⁶ De werkgever moet ook verzekeren dat zowel de werkplek als de thuiswerkplek van de persoon met een beperking toegankelijk is.⁷⁸⁷ Zoals in deel 5 ook besproken, kan een deel van de kosten gedragen worden door het daartoe opgerichte overheidsfonds.⁷⁸⁸ De kosten van de aanpassing mogen niet disproportioneel

⁷⁷⁹ Zie ook artikel 6ter Wet le Pors en artikel L4123-10 wetboek over de landsverdediging.

⁷⁸⁰ Artikel 222-33 Wetboek Strafrecht.

⁷⁸¹ Artikel L1142-2-1 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook artikel 6 Wet le Pors.

⁷⁸² Artikel 621-1 Wetboek Strafrecht. Zie ook artikel 621-1, III Wetboek Strafrecht: de aanwezigheid van bepaalde beschermde kenmerken bij het slachtoffer leidt tot verhoging van de strafmaat.

⁷⁸³ Artikel 2 wet 27 mei 2008. Vgl. ook artikel L332-18 wetboek sport.

⁷⁸⁴ S. LATRAVERSE, ‘Country report on Non-discrimination: France 2019’, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 7. Zie ook artikel 121-6 en 121-7 Wetboek Strafrecht.

⁷⁸⁵ Artikel L5213-6 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook artikel L211-30 wetboek betreffende het platteland en de maritieme visserij en artikel 88 wet nr. 87-588 van 30 juli 1987 over het recht om zich te laten vergezellen door de assistentiehond. Vgl. artikel 76-77 wet 11 februari 2005.

⁷⁸⁶ Artikel L5213-6 Wetboek Arbeidsrecht. Deze maatregelen kunnen ook bestaan uit de vrijstelling van bepaalde opleidingen.

Zie ook artikel L6222-37 Wetboek Arbeidsrecht.

⁷⁸⁷ Artikel L5213-6 Wetboek Arbeidsrecht.

⁷⁸⁸ Artikel L5213-6 Wetboek Arbeidsrecht. Vgl. L5214-1 tot en met L5214-3 Wetboek Arbeidsrecht.

zijn.⁷⁸⁹ Werknemers met een handicap (en bepaalde mantelzorgers) hebben ook het recht om te werken volgens een aan hun noden aangepast uurrooster.⁷⁹⁰

Zoals hierboven aangegeven moeten kandidaten voor jobs bij de overheid redelijke aanpassingen krijgen bij aanwervingsprocedures (en vergelijkende examens daarbij) zoals ondersteuning van hun persoonlijke begeleiders of rustpauzes.⁷⁹¹ Ook tijdens de job hebben zij recht op redelijke aanpassingen.⁷⁹² Overheidswerknemers met een handicap (en bepaalde mantelzorgers voor personen met een handicap) hebben ook het recht deeltijds te werken of een aangepast uurrooster te krijgen.⁷⁹³

373. Ten slotte maakt een discriminerend motief van de dader of de aanwezigheid van een beschermd kenmerk bij het slachtoffer een bestanddeel of verzwarende omstandigheid uit bij een reeks misdrijven in het Wetboek Strafrecht.⁷⁹⁴

4. Rechtvaardigingsgronden

374. Aangezien de meeste wetten de definitie van discriminatie van de wet van 2008 hanteren, worden de rechtvaardigingsgronden uit die wet belicht. Waar andere wetten in verdere rechtvaardigingsgronden voorzien, worden die ook aangestipt. Een heel aantal wetten laten ook asymmetrische bescherming en positieve actie toe. Deze worden onder dat onderdeel en niet in deze afdeling besproken.

375. De antidiscriminatiewet van 2008 hanteert een gemengd systeem. Voor directe discriminatie geldt een gesloten rechtvaardigingssysteem. Enkel waar de wet in een uitzondering voorziet, kan die gerechtvaardigd worden. Voor indirecte discriminatie geldt een open rechtvaardigingssysteem door een proportionaliteitstoets. Er is geen indirecte discriminatie als het criterium of de praktijk objectief gerechtvaardigd kunnen worden door een legitiem doel en als de middelen voor het realiseren van dat doel gepast en noodzakelijk zijn.⁷⁹⁵

⁷⁸⁹ Artikel L5213-6 Wetboek Arbeidsrecht.

⁷⁹⁰ Artikel L3121-49 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook R3121-29 Wetboek Arbeidsrecht.

⁷⁹¹ Artikel 6sexies Wet le Pors, artikel 27 wet 11 januari 1984, artikel 27 wet 9 januari 1986 en artikel 35 wet 26 januari 1984.

⁷⁹² Artikel 6sexies Wet le Pors.

⁷⁹³ Artikel 37bis en 40ter wet 11 januari 1984, artikel 60bis en 60quinquies wet 26 januari 1984 en artikel 46-1 en artikel 47-2 wet 9 januari 1986.

⁷⁹⁴ Zie bv. artikels 132-77, 221-4, 222-8, 222-9, 222-12, 222-13, 222-24, 226-19, 312-2 en 621-1 Wetboek Strafrecht. Zie ook artikels 695-9-17, 695-22, 713-20 en 713-37 Wetboek Strafrecht die bepaalde onderzoeks- en aanhoudingsmaatregelen verbieden waar die ingegeven blijken door de wil iemand op grond van (bepaalde) beschermde kenmerken te vervolgen of veroordelen of als de tenuitvoerlegging daarvan afbreuk zou kunnen doen aan de situatie van die persoon omwille van een van die gronden.

⁷⁹⁵ Artikel 1 wet 27 mei 2008.

Deze open proportionaliteitstoets geldt bovendien ook voor *prima facie* directe discriminatie op vlak van sociale zekerheid, gezondheidszorg, sociale voordelen, onderwijs, toegang en verstrekking van goederen en diensten behalve voor de beschermde kenmerken afkomst, achternaam of het echte of vermeende (niet-)behoren tot een etnische of nationale groep, een zogenaamd ras of een erkende godsdienst.⁷⁹⁶

376. Een ongunstigere behandeling op grond van beschermde kenmerken is niet verboden wanneer die beantwoordt aan een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste, een legitiem doel nastreeft en proportioneel is.⁷⁹⁷ Een lijst wordt opgesteld en periodiek geëvalueerd die bepaalt voor welke beroepen het behoren tot het een of andere geslacht een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is.⁷⁹⁸

In beroepscategorieën waar dit een risico zou inhouden voor de gezondheid of veiligheid is het bovendien verboden zwangere vrouwen, vrouwen die net bevallen zijn en vrouwen die borstvoeding geven tewerk te stellen.⁷⁹⁹ Aan werkneemsters in die situatie wordt echter een andere job aangeboden die wel verenigbaar is met hun gezondheidstoestand.⁸⁰⁰

377. Het wetboek volksgezondheid bepaalt dat ook zorg geweigerd kan worden (met uitzondering van spoedgevallen of gevallen waarin de gezondheidsprofessional tekort zou komen aan zijn plicht van menselijkheid) op grond van een wezenlijke en bepalende persoonlijke of beroepsvereiste die bepalend is voor de kwaliteit, veiligheid of efficiëntie van de zorgverlening.⁸⁰¹ De continuïteit van de zorg moet steeds verzekerd worden.⁸⁰²

378. Een verschil in behandeling in de arbeidsbetrekkingen op grond van handicap, gesteund op de medisch vastgestelde ongeschiktheid om het beroep uit te oefenen, maakt geen discriminatie uit zolang dit proportioneel is.⁸⁰³

379. Het weigeren van redelijke aanpassingen kan wanneer de kost disproportioneel is.⁸⁰⁴ Bij deze afweging moet echter ook de bijdrage uit het overheidsfonds mee in overweging worden genomen.⁸⁰⁵

⁷⁹⁶ Artikel 2, 3° wet 27 mei 2008.

⁷⁹⁷ Artikel 2 wet 27 mei 2008 en artikel L1133-1 Wetboek Arbeidsrecht.

⁷⁹⁸ Artikel L1142-2 Wetboek Arbeidsrecht. Artikel R1142-1 van het Wetboek specificeert dat het gaat om artiesten die een mannelijke of vrouwelijke rol vertolken, mannequins en modellen. Zie ook artikel 21 wet 11 januari 1984, artikel 34 wet 9 januari 1986, artikel 24 wet 26 januari 1984 en artikel 6bis Wet le Pors. In artikel 6 van de Wet le Pors gaat het ruimer om gelijk welke fysieke ongeschiktheid.

⁷⁹⁹ Artikel L4152-1 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁰⁰ Artikel L4152-2 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁰¹ Artikel L1110-3 wetboek volksgezondheid.

⁸⁰² Artikel L1110-3 wetboek volksgezondheid.

⁸⁰³ Artikel L1133-3 Wetboek Arbeidsrecht. Voor gelijkaardige bepalingen in de publieke sector, zie artikel 5, 5bis, en 6 Wet le Pors, artikel 27 wet 11 januari 1984, artikel 27 wet 9 januari 1986 en artikel 35 wet 26 januari 1984.

⁸⁰⁴ Artikel L5213-6 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁰⁵ Artikel L5213-6 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook R5213-32 tot en met R5213-38 Wetboek Arbeidsrecht.

380. Een verschil in behandeling in de arbeidsbetrekkingen op grond van leeftijd maakt geen discriminatie uit waar die proportioneel is.⁸⁰⁶ Een legitiem doel hierbij is het verzekeren van de gezondheid of veiligheid van werknemers, het bieden van ondersteuning bij de deelname aan de arbeidsmarkt en het verzekeren van hun jobs, hun reclassering of vergoeding als ze hun job zouden verliezen.⁸⁰⁷ Zo kan een minimum- of maximumleeftijd gelden voor bepaalde jobs of kunnen speciale regels gelden voor jonge of oudere werknemers.⁸⁰⁸

381. De wet verhindert niet dat scholen hun onderwijs enkel (of in afzonderlijke groepen) aanbieden aan leerlingen van één geslacht.⁸⁰⁹

382. Verschillende behandeling die voorzien en toegestaan is door wetten en reglementen⁸¹⁰ blijft onaangetast door de antidiscriminatiewet van 2008.⁸¹¹

383. Ten slotte bepaalt het Wetboek Strafrecht ook een aantal uitzonderingen op het toepassingsgebied van het strafrechtelijk discriminatieverbod.⁸¹² Het gaat meer bepaald om:

- discriminaties op grond van gezondheidstoestand bij de dekking van het risico op overlijden of op aantasten van de fysieke integriteit of op arbeidsongeschiktheid of invaliditeit bij preventieve operaties⁸¹³;
- een niet-aanwerving of ontslag op grond van gezondheidstoestand of handicap gesteund op medische ongeschiktheid (zoals verder wettelijk uitgewerkt);
- discriminaties in de arbeidsbetrekkingen wanneer het beschermde kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste uitmaakt (en die proportioneel is);
- discriminaties op grond van geslacht in de toegang tot goederen en diensten gerechtvaardigd door de bescherming van slachtoffers van seksueel geweld, respect voor privéleven en fatsoen, de bevordering van de gelijkheid van de geslachten of van de belangen van mannen of vrouwen, de vrijheid van associatie of de organisatie van sportactiviteiten;
- een niet-aanwerven op grond van nationaliteit resulterend uit de relevante wetsbepalingen over de openbare functie;
- discriminaties op grond van verblijfplaats waar de persoon belast met de levering van een goed of dienst zich in een situatie van manifest gevaar bevindt.⁸¹⁴

⁸⁰⁶ Artikel L1133-2 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook artikel 6 Wet le Pors.

⁸⁰⁷ Artikel L1133-2 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁰⁸ Artikel L1133-2 Wetboek Arbeidsrecht. Zie o.m. artikels L3161-1 tot en met L3164-9, L4153-1 tot en met L4153-9, L5131-3 tot en met L5131-6-1 en L5134-54 tot en met L5134-64 van het Wetboek Arbeidsrecht voor aangepaste regelingen voor 'jeunes travailleurs'.

⁸⁰⁹ Artikel 2 wet 27 mei 2008.

⁸¹⁰ Die van kracht zijn op de publicatiedatum van de wet van 18 november 2016 tot modernisering van de justitie van de 21^e Eeuw.

⁸¹¹ Artikel 2, 6^o wet 27 mei 2008.

⁸¹² Artikel 225-3 Wetboek Strafrecht.

⁸¹³ Zie artikel 225-3 Wetboek Strafrecht voor uitzonderingen op dit principe.

⁸¹⁴ Artikel 225-3 Wetboek Strafrecht.

5. Positieve actie

384. Verschillende van de relevante wetten voorzien zelf regelingen van positieve actie of geven aan dat een dergelijke regeling geen discriminatie uitmaakt. Vooral wat betreft beschermde kenmerken **geslacht** en **handicap** bestaan uitgebreide regelingen. Bovendien laat de Raad van State programma's van positieve actie toe voor zover die gebaseerd zijn op neutrale en algemene onderscheidingscriteria zoals geslacht, handicap, territoriale verbondenheid met een bepaalde geografische regio of socio-economische overwegingen.⁸¹⁵

385. De wet van 2008 laat expliciet voordeligere behandeling toe van bepaalde groepen. Zo bepaalt het dat bijzondere bescherming van vrouwen toegestaan is:

- omwille van hun zwangerschap of moederschap (inclusief moederschapsverlof);
- of ter bevordering van de gelijkheid tussen mannen en vrouwen.⁸¹⁶

386. Het Wetboek Arbeidsrecht bevat een aantal specifiekere bepalingen. Het staat eveneens toe dat tijdelijke maatregelen worden getroffen die enkel in het voordeel van vrouwen werken om de gelijkheid van kansen tussen vrouwen en mannen te bevorderen en de feitelijke ongelijkheden die vrouwen benadelen tegen te gaan.⁸¹⁷ De werkgever moet ook nastreven de loonkloof tussen vrouwen en mannen te dichten.⁸¹⁸ Ondernemingen met minstens 50 werknemers publiceren jaarlijks hun indicatoren betreffende de loonkloof en geven ook aan welke maatregelen zij in dat verband getroffen hebben.⁸¹⁹ De werkgever neemt ook alle nodige maatregelen om morele en seksuele intimidatie te voorkomen (en bij dat laatste ook te beëindigen en bestraffen).⁸²⁰ De desbetreffende strafbepalingen en info over juridische en ondersteuningsmogelijkheden moeten zichtbaar aanwezig zijn op de werkplaats.⁸²¹

De gelijkheid tussen mannen en vrouwen wordt in acht genomen en nagestreefd bij de sociale onderhandelingen.⁸²² Wordt geen akkoord bereikt, dan kan de werkgever een actieplan voor de gelijkheid in de beroepsverhoudingen opstellen en toepassen.⁸²³ Voor het toepassen van maatregelen die de gelijkheid van kansen tussen vrouwen en mannen ondersteunen, kan een

⁸¹⁵ S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 83.

⁸¹⁶ Artikel 2, 4° wet 27 mei 2008. Zie ook artikel L6112-2 Wetboek Arbeidsrecht en artikel 6bis Wet le Pors.

⁸¹⁷ Artikel L1142-4 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook L1142-5 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸¹⁸ Artikel L1142-7 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸¹⁹ Artikel L1142-8 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook artikel L1142-10 over sancties bij het in gebreke blijven voor deze verplichtingen.

⁸²⁰ Artikels L1152-4 en L1153-5 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸²¹ Artikels L1152-4 en L1153-5 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸²² Zie bv. artikels L1142-9, L2241-1, L2241-8, L2241-11, L2241-17, L2242-1, L2242-6, L2242-13, L2242-15, L2242-17, L2261-22 en D2241-2 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook artikel L2271-1 dat de Commission nationale de la négociation collective de l'emploi et de la formation professionnelle opdraagt hier toezicht op te houden. Zie ook artikels D1145-7 tot en met D1145-19 over de Conseil Supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

⁸²³ Artikels L1142-9, L1143-1, L1143-2 en L2242-3 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook artikel R2242-2 Wetboek Arbeidsrecht.

werkgever een overeenkomst sluiten met de staat om financiële ondersteuning te ontvangen.⁸²⁴ Waar geen akkoord wordt bereikt hierover, deze onderhandelingen niet plaatsvinden in specifieke ondernemingen of geen actieplan werd opgesteld, loopt de werkgever sancties op.⁸²⁵

387. Heel wat wetten voorzien bovendien in een gewaarborgde aanwezigheid van vrouwen in organisaties, comités, vertegenwoordigings- en bestuursorganen en vragen waakzaamheid voor de genderbalans bij de samenstelling hiervan.⁸²⁶ Soms staan op het niet-naleven van deze verplichtingen ook (financiële) sancties en/of gelden hierover rapporteringsverplichtingen.⁸²⁷ Tv- en radiozenders moeten in hun programmering ook bijdragen aan het bestrijden van seksistische vooroordelen (en vooroordelen gelinkt aan diversiteit en discriminatie op grond van geslacht).⁸²⁸

⁸²⁴ Artikel R1143-1 Wetboek Arbeidsrecht. Zie artikels D1143-7 tot en met D1143-11 en R2242-2 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸²⁵ Zie bv. L2242-8 en L2243-1 Wetboek Arbeidsrecht. Deze laatste legt een gevangenisstraf van een jaar op en een boete van € 3 750. Verdere modaliteiten over het bedrag worden uitgewerkt in artikels R2242-6 en R2242-7 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸²⁶ Vaak gaat het om een gewaarborgde vertegenwoordiging van 40%. Zie bv. artikels 6bis en 6quater Wet le Pors; artikels 12 en 20bis wet 11 januari 1984; artikel 12 wet 16 november 2001; artikel 20 wet 9 januari 1986; artikels 52 en 56 wet nr. 2012-347 van 12 maart 2012 betreffende de toegang tot werk en de verbetering van de arbeidsomstandigheden voor contractuele werknemers voor de overheid, de bestrijding van discriminatie en verschillende bepalingen inzake de publieke functie, beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=B0AC77EF536B484B34A5FE46493E8E38.tplgfr32s_1?cidTexte=JORFTEXT000025489865&dateTexte=20200426; artikel L131-8 wetboek sport; artikel 35 wet nr. 2006-450 van 18 april 2006 betreffende onderzoeksprogramma's, beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=B0AC77EF536B484B34A5FE46493E8E38.tplgfr32s_1?cidTexte=JORFTEXT000000426953&dateTexte=20200424; artikels 6-1 en 6-2 wet nr. 83-675 van 26 juli 1983 betreffende de democratisering van de publieke sector, beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=B0AC77EF536B484B34A5FE46493E8E38.tplgfr32s_1?cidTexte=JORFTEXT000000320196&dateTexte=20200426; artikels L225-18-1, L225-69-1 en L226-4-1 wetboek handel; artikel 5 wet nr. 2011-103 van 27 januari 2011 betreffende de evenwichtige vertegenwoordiging van vrouwen en mannen in administratieve en toezichtsraden en de gelijkheid in de beroepsverhoudingen, beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=B0AC77EF536B484B34A5FE46493E8E38.tplgfr32s_1?cidTexte=JORFTEXT000023487662&dateTexte=20200426; artikel L511-7 wetboek betreffende het platteland en de maritieme visserij; artikel 74 wet 4 augustus 2014; artikel 1A en 7-1 Ordonnantie nr. 2005-722 van 29 juni 2005 betreffende de openbare investeringsbank, beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=45B5804F076BA33A5E028019239D0ED6.tplgfr32s_1?cidTexte=JORFTEXT000000810872&dateTexte=20200426; artikel 3-1 wet nr. 86-1067 van 30 september 1986 betreffende de vrijheid van communicatie (wet Léotard), beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=B0AC77EF536B484B34A5FE46493E8E38.tplgfr32s_1?cidTexte=JORFTEXT000000512205&dateTexte=20200426; artikels L231-1 en L231-3 wetboek sociale zekerheid; artikels L2314-13, L2314-30, L2314-31 en L2314-32 Wetboek Arbeidsrecht en artikels L4134-2, L4422-34, L4432-9, L7124-3 en L7226-3 wetboek decentrale overheden, beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C945B2B8E4C6720E1932EDD6A1B7E28.C.tplgfr31s_1?cidTexte=LEGITEXT000006070633&dateTexte=20200507.

⁸²⁷ Zie bv. artikels 6bis en 6quater Wet le Pors; artikel 12 wet 16 november 2001; artikel 52 wet 12 maart 2012; artikels 6-1 en 6-2 wet 26 juli 1983; artikel 5 wet 27 januari 2011.

⁸²⁸ Artikels 20-1-A en 43-11 Wet Léotard. Zie ook artikel 3-1 over de Conseil supérieur de l'audiovisuel die hierover waakt.

388. De discriminatieverboden van de wet van 2008 verhinderen ook niet dat maatregelen worden genomen:

- ten voordele van personen met een handicap om gelijke behandeling te stimuleren;
- ten voordele van personen in bepaalde geografische zones om gelijke behandeling te stimuleren.⁸²⁹

389. Specifiek voor arbeidsbetrekkingen maakt het Wetboek Arbeidsrecht duidelijk dat maatregelen van positieve actie toegestaan zijn om de gelijke kansen van personen met een handicap, personen in bepaalde geografische zones en personen die kwetsbaar zijn omwille van hun economische positie te bevorderen.⁸³⁰ De wet van 2005 verduidelijkt voor verschillende aspecten van het leven (onderwijs, gezondheidszorg...) waar die asymmetrische bescherming voor personen met een handicap uit kan bestaan.⁸³¹

390. Het Franse arbeidsrecht kent een quotasysteem van gewaarborgde tewerkstelling van personen met een handicap.⁸³² Dit systeem eist dat minstens 6% van de door een werkgever effectief tewerkgestelde werknemers werknemers met een handicap zijn.⁸³³ De verplichting geldt voor alle (publieke en private) werkgevers die meer dan twintig werknemers tewerkstellen en werkgevers krijgen een periode van vijf jaar vanaf hun oprichting om zich in regel te stellen.⁸³⁴ De werkgevers dienen daartoe een verklaring in over hun aantal werknemers met een handicap.⁸³⁵ De werkgever kan opteren een bijdrage te storten aan een ondersteuningsfonds dat integratiemaatregelen voor werknemers met een handicap bekostigt ten belope van het aantal personen met een handicap dat hij volgens de quota moest tewerkstellen maar niet tewerkstelt.⁸³⁶ Dit systeem wordt elke vijf jaar herzien, rekening houdend met het aandeel van de bedoelde werknemers met een handicap in de actieve

⁸²⁹ Artikel 2, 5° a)-b) wet 27 mei 2008. Zie over die laatste maatregelen bv. ook: artikel 225-3 Wetboek Strafrecht en over die eerste artikel L6112-3 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸³⁰ Artikels L1133-4-L1133-6 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸³¹ Soms lijkt de formulering ook positieve actie toe te staan op andere gronden dan handicap. Zo heeft artikel L111-1 van de Codex Onderwijs (beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=642E6640F322115C5C42E63DF43B01F3.tplgfr31s_1?idArticle=LEGIARTI000038904597&cidTexte=LEGITEXT000006071191&categorieLien=id&dateTexte=) zoals gewijzigd door artikel 19 van de wet van 2005 het over algemene maatregelen ter individuele ondersteuning van leerlingen in moeilijkheden, ongeacht de oorsprong van die moeilijkheden.

⁸³² Zie ook S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 83-84.

⁸³³ Artikel L5212-2 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook artikels D5212-1 tot en met R5212-31 voor verdere modaliteiten.

⁸³⁴ Artikel L5212-1 & L5212-4 Wetboek Arbeidsrecht. Voor een onderneming met meerdere etablissementen geldt de verplichting op het niveau van de onderneming. Artikel L5212-3 Wetboek Arbeidsrecht. De verklaring is vertrouwelijk. Zie echter ook L5212-5-1 over de vraag van werknemers tot kennisname van de verklaring.

Zie ook artikel L5212-8 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸³⁵ Artikel L5212-1 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook L5212-5 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸³⁶ Artikel L5212-9 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook artikel L5212-10 en volgende over het bedrag en R5214-19 tot en met R5214-23 over het fonds. Zie uitgebreider: S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 83-84. Zie ook artikels L5213-10 tot en met L5214-1B Wetboek Arbeidsrecht.

beroepsbevolking en hun positie op de arbeidsmarkt.⁸³⁷ Wie aan geen enkele van bovenstaande verplichtingen voldoet, wordt een administratieve sanctie, meer bepaald een boete van 1,25 maal wat verschuldigd zou zijn als de werkgever voor de vervangende bijdrage had geopteerd, opgelegd.⁸³⁸ Verenigingen die tot doel hebben de belangen te verdedigen van personen met een handicap kunnen een burgerlijke vordering instellen in geval van overtreding als deze de collectieve belangen beschadigt die zij verdedigen.⁸³⁹

Ook hier houden de sociale partners in hun onderhandelingen rekening met de gelijke kansen en deelname aan de arbeidsmarkt van personen met een handicap.⁸⁴⁰ Werknemers met een handicap kunnen bovendien een herscholing of beroepsvorming volgen en hiervoor financiële ondersteuning krijgen van de staat.⁸⁴¹

391. De eerder vermelde wet van 2005 omschrijft daarnaast verschillende stappen die verschillende overheidsactoren moeten nemen om de rechten van personen met een handicap (op gelijke voet met anderen) te waarborgen.⁸⁴² Voor het mainstreamen van beleid voor personen met een handicap (ter bevordering van de toegang tot rechten en diensten) werd een staatssecretaris voor Personen met een Handicap opgericht, die rapporteert aan de premier.⁸⁴³ Elke drie jaar organiseert de overheid een nationale conferentie over handicap die de relevante verenigingen en organisaties samenbrengt om te reflecteren over het beleid en de politieke middelen voor personen met een handicap.⁸⁴⁴ Het stelt vervolgens een rapport op dat het parlement informeert over de tenuitvoerlegging van het beleid ten aanzien van personen met een handicap dat aanleiding kan geven tot een parlementair debat.⁸⁴⁵ Specifiek op vlak van

⁸³⁷ Artikel L5212-2 Wetboek Arbeidsrecht. Aanvankelijk werd ook rekening gehouden met de mate waarin aan deze plicht voldaan werd bij het toekennen van bepaalde contracten ter delegatie van openbare diensten. L 1411-1 wetboek decentrale overheden, beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=4640A53348AC6E38577F00A00398CA19.tplgfr31s_1?cidTexte=LEGITEXT000006070633&idArticle=LEGIARTI000006389210&dateTexte=20200423&categorieLien=id#LEGIARTI000006389210.

⁸³⁸ Artikel L5212-12 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸³⁹ Artikel L5212-16 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁴⁰ Zie bv. artikels L2241-13, L2242-18 en D2241-3 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁴¹ Artikels L5213-3 en L5213-4 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁴² Wet nr. 2005-102 van 11 februari 2005, beschikbaar op <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000809647>. Het gaat onder meer ook over het inrichten van multidisciplinaire onderzoeksprogramma's over bijv. drempels voor personen met een handicap en over het opleiden van gezondheidspersoneel zodat ze meer inzicht krijgen in wat een handicap inhoudt.

Zie ook artikel 55 tot 63 over de instelling van een 'caisse nationale de solidarité pour l'autonomie'.

⁸⁴³ S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 12. Zie ook artikel L114-2 van het Wetboek voor sociale actie en gezinnen, beschikbaar op <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006074069&idArticle=LEGIARTI000006796452&dateTexte=&categorieLien=id>.

⁸⁴⁴ Artikel 114-2-1 Wetboek voor sociale actie en gezinnen, beschikbaar op https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=D88089E3F58028B380E30B58D72ECFDB.tplgfr31s_1?cidTexte=LEGITEXT000006074069&idArticle=LEGIARTI000006796453&dateTexte=20200422&categorieLien=id#LEGIARTI000006796453.

⁸⁴⁵ Artikel 114-2-1 Wetboek voor sociale actie en gezinnen, beschikbaar op <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=D88089E3F58028B380E30B58D72E>

werkgelegenheid stellen de regio's programma's op om de tewerkstelling van personen met een handicap te bevorderen en zij verzekeren onder meer dat professionele vormingen rekening houden met de noden van personen met een handicap.⁸⁴⁶ In ieder departement is er bovendien een Maison Départementale des Personnes Handicapées dat ondersteuning en informatie biedt aan personen met een handicap en hun naasten en mee instaat voor de implementatie van hun rechten.⁸⁴⁷ Gemeenten met minstens 5000 inwoners stellen bovendien ook een gemeentelijke commissie inzake toegankelijkheid in die onderzoekt hoe het in die gemeente staat op vlak van toegankelijkheid en daarover jaarlijks rapporteert en aanbevelingen doet.⁸⁴⁸

392. Ten slotte laat artikel 1133-2 van het Wetboek Arbeidsrecht positieve actie op grond van leeftijd toe op voorwaarde dat dit proportioneel is, in het bijzonder wanneer dit doel erin bestaat

- de veiligheid of gezondheid van de werknemers te vrijwaren;
- hun professionele integratie te bewaren of;
- hun behoud van werk, het vinden van nieuw werk of werkloosheidsuitkering bij ontslag te verzekeren.

Een toegestaan verschil in behandeling kan bijvoorbeeld bestaan uit de beperking van toegang tot arbeid of de tewerkstelling aan andere arbeidsvoorwaarden ter bescherming van jonge of oudere werknemers of het opleggen van een maximumleeftijd voor de aanwerving.⁸⁴⁹

6. Handhaving

(a) Door wie?

393. Alle vorderingen op grond van discriminatie door een particulier moeten ingesteld worden bij de **burgerlijke rechter**.⁸⁵⁰ Werknemers in loondienst stellen hun vordering echter in bij de **arbeidsrechtbank**.⁸⁵¹ Daarnaast zijn ook de **strafrechtbanken** bevoegd voor de afdwinging van de strafbepalingen.

CFDB.tplgfr31s_1?cidTexte=LEGITEXT000006074069&idArticle=LEGIARTI000006796453&dateTexte=20200422&categorieLien=id#LEGIARTI000006796453. De Conseil national consultatif des personnes handicapées heeft hier bovendien een adviserende functie.

⁸⁴⁶ Zie uitgebreider artikels L5211-2-L-5211-5 en D5211-1 tot en met D5211-6 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁴⁷ Zie uitgebreider artikel 64 wet van 11 februari 2005 en de artikels waar dit naar doorverwijst.

⁸⁴⁸ Artikel L2143-3 wetboek decentrale overheden.

⁸⁴⁹ Artikel 1133-2, tweede lid Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁵⁰ S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 11.

⁸⁵¹ S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 11. Dit is het geval voor de meeste discriminatiezaken. Er gebeurt echter geen systematische monitoring noch is er een proces voor systematische publicatie van beslissingen.

394. Vorderingen op basis van het Wetboek Arbeidsrechtbank en burgerrechtelijke vorderingen moeten binnen een termijn van vijf jaar na de discriminatie ingesteld worden.⁸⁵² De termijn begint pas te lopen vanaf het moment waarop het slachtoffer accurate informatie heeft over de noodzakelijke elementen voor een vergelijking en het bijhorende bewijs.⁸⁵³ Voor strafrechtelijke vorderingen is deze termijn één, zes of twintig jaar afhankelijk van het soort vordering (overtreding, wanbedrijf of misdaad).⁸⁵⁴

395. Al wie een legitiem belang heeft bij de vordering, kan die instellen.⁸⁵⁵ De verschillende wetten voorzien in een mogelijkheid voor verenigingen die discriminatie bestrijden of ijveren voor personen met een handicap, zieken of personen op leeftijd, of wiens statutaire doelstellingen geraakt worden door de discriminatie, vakbonden en verenigingen van openbaar nut om een vordering in te stellen ten behoeve van slachtoffers van discriminatie of om zich burgerlijke partij te stellen bij een strafvordering.⁸⁵⁶ Voorwaarde is wel dat de vereniging al minstens vijf jaar bestaat ('régulièrement déclarée').⁸⁵⁷ Doorgaans wordt ook de instemming van het slachtoffer (of een voogd of nabestaanden) vereist.⁸⁵⁸

396. Bovendien is ook een *class action* mogelijk.⁸⁵⁹ Een vereniging die al minstens vijf jaar bestaat en discriminatie bestrijdt of ijvert voor personen met een handicap of wiens statutaire doelstelling geschaad worden door discriminatie of een vakbond (of beide gezamenlijk), kan een (burgerlijke of administratieve) vordering instellen tot staking van discriminatie van meerdere natuurlijke personen.⁸⁶⁰ De discriminatie moet wel terug te voeren

⁸⁵² Artikel 2224 Burgerlijk Wetboek; L1134-5 Wetboek Arbeidsrecht. S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 89-90.

⁸⁵³ Maar in elk geval verjaart de vordering twintig jaar na de discriminatie. Art. 2232 Burgerlijk Wetboek. S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 89-90.

⁸⁵⁴ Artikels 7, 8 & 9 Wetboek Strafvordering.

⁸⁵⁵ Artikel 31 Gerechtelijk Wetboek.

⁸⁵⁶ Artikels 2-2, 2-6, 2-8 en 2-10 Wetboek Strafvordering; artikels L1134-2, L1134-3, L1144-2 en L1154-2 Wetboek Arbeidsrecht; artikel 48-4, 48-5 en 48-6 wet 29 juli 1881. Zie ook artikel L4213-10 wetboek over de landsverdediging over de bescherming die de staat moet bieden aan haar militairen en bepaalde van hun naasten, inclusief het instellen van een vordering of de burgerlijke partijstelling bij intimidatie of seksuele intimidatie.

⁸⁵⁷ De precieze verenigingen die in aanmerking komen, verschillen van wet tot wet. Artikels 2-2, 2-6, 2-8 en 2-10 Wetboek Strafvordering; artikel L1134-3 Wetboek Arbeidsrecht; artikel 48-4, 48-5 en 48-6 wet 29 juli 1881.

⁸⁵⁸ Artikels 2-2, 2-6, 2-8 en 2-10 Wetboek Strafvordering; ; artikels L1134-3, L1144-2 en L1154-2 Wetboek Arbeidsrecht; artikel 48-4, 48-5 en 48-6 wet 29 juli 1881. Zie echter L1134-2 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁵⁹ Een wijziging aan de wet van 2008 door de wet ter modernisering van het justitiesysteem in de 21^e eeuw. Zie uitgebreid artikels 60 tot en met 88 wet nr. 2016-1547 van 18 november 2016 ter modernisering van het justitiesysteem inde 21^e eeuw, beschikbaar op <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033418805&dateTexte=20200429>. S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 9. Vgl. ook artikels L1134-8 tot en met L1134-10 en L5213-21 Wetboek Arbeidsrecht.

Ook een bemiddeling is mogelijk in dit geval, zie artikels 75-76 wet 18 november 2016.

⁸⁶⁰ Artikel 10 wet 27 mei 2008; artikel L1134-7 Wetboek Arbeidsrecht.

zijn tot eenzelfde dader en eenzelfde beschermd kenmerk.⁸⁶¹ Voor een vordering kan worden ingesteld, moet gevraagd worden aan de werkgever de collectieve discriminatie te doen stoppen.⁸⁶² Zes maanden hierna voor discriminatie in de arbeidsbetrekkingen en vier maanden voor discriminatie in andere toepassingsgebieden kan de vordering worden ingesteld.⁸⁶³ De vordering strekt tot staking van de discriminatie en/of herstel van de geleden schade.⁸⁶⁴ Enkel schade geleden na de vraag aan de werkgever komt in aanmerking voor vergoeding.⁸⁶⁵ De verjaringstermijn voor individuele vorderingen op grond van deze discriminatie wordt geschorst doorheen de procedure tot het vonnis of arrest in de collectieve procedure niet meer vatbaar is voor (cassatie)beroep (of desgevallend het akkoord gehomologeerd werd) en loopt dan minstens nog voor zes maanden.⁸⁶⁶ Iedere clause die deelname aan een class action verbiedt wordt voor als niet geschreven beschouwd.⁸⁶⁷ Ook voor een administratieve rechtbank kan een class action op grond van discriminatie te wijten aan eenzelfde werkgever worden ingesteld.⁸⁶⁸

397. Zoals in de inleiding aangegeven kent Frankrijk sinds 2011 een *Défendeur des droits* ('Ddd') die handelt als gelijkheidsorgaan.⁸⁶⁹ De Ddd kan alle klachten van discriminatie onderzoeken en kan ook ambtshalve een onderzoek instellen.⁸⁷⁰ De instelling kan een verantwoording ('des explications') eisen van iedere natuurlijke of rechtspersoon waartegen klacht is ingediend en kan daartoe iedere persoon horen die haar nuttig lijkt.⁸⁷¹ De Ddd kan hierbij de onderzoekscapaciteiten inschakelen van controleambtenaren.⁸⁷²

De natuurlijke of rechtspersonen (en hun vertegenwoordigers) waartegen klacht is ingediend moeten hun medewerking bij het onderzoek verlenen en zij verstrekken op gemotiveerd verzoek alle nuttige informatie en stukken voor het onderzoek.⁸⁷³ Gebeurt dit niet, kan de Ddd hen in gebreke stellen en eisen binnen een bepaalde termijn gevolg te geven aan hun verzoek.⁸⁷⁴ Als de persoon in kwestie in gebreke blijft, kan de Ddd de kortgedingrechter vatten

⁸⁶¹ Artikel 10 wet 27 mei 2008; artikel L1134-7 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁶² Artikel L1134-9 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁶³ Artikel L1134-9 Wetboek Arbeidsrecht; artikel 64 wet 18 november 2016.

⁸⁶⁴ Artikel L1134-8 Wetboek Arbeidsrecht; artikel 62 wet 18 november 2016. Zie artikel 65 wet 18 november 2016 over de staking, artikels 66-68 van dezelfde wet over de schadevergoeding en artikels 69-74 over de tenuitvoerlegging van zo'n vonnis.

⁸⁶⁵ Artikel L1134-8 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁶⁶ Artikel 77 wet 18 november 2016. Zie ook artikel 79 wet 18 november 2016.

⁸⁶⁷ Artikel 82 wet 18 november 2016.

⁸⁶⁸ Artikel 88 wet 18 november 2016.

⁸⁶⁹ Organieke wet 29 maart 2011, zie ook voetnoot 8.

⁸⁷⁰ Zie artikel 23 organieke wet 29 maart 2011 dat ingaat op eventuele bevoegdheidsproblemen wanneer bijvoorbeeld een gelijktijdige juridische vervolging loopt.

⁸⁷¹ Artikel 18 organieke wet 29 maart 2011.

⁸⁷² Artikel 18 organieke wet 29 maart 2011. De Ddd kan ook vragen aan de Raad van State of het Rekenhof om bepaalde studies uit te voeren.

⁸⁷³ Artikel 18 en 20 organieke wet 29 maart 2011. Zij kunnen zich laten bijstaan door hun advocaat en hebben recht op een tegensprekelijk proces-verbaal van het verhoor. De geheime of vertrouwelijke aard van nuttige informatie kan aan de Ddd niet worden tegengeworpen (met beperkte uitzonderingen).

⁸⁷⁴ Artikel 21 organieke wet 29 maart 2011.

met een gemotiveerd verzoek om alle nuttige maatregelen te bevelen.⁸⁷⁵ De Ddd kan gebruik maken van verschillende andere onderzoeksbevoegdheden in dergelijke onderzoeken. Zo mag het verificaties uitvoeren in de administratieve of private lokalen van beschuldigde personen, op de werkplaats en op publiek toegankelijke plaatsen en mag het daarbij iedere persoon verhoren die informatie kan aanleveren.⁸⁷⁶ Wat betreft de arbeidsbetrekkingen is relevant te vermelden dat ook de arbeidsinspectie bevoegd is om verschillende vormen van discriminatie vast te stellen.⁸⁷⁷

Daarnaast kan de Ddd ook een aanbeveling geven aan de partijen in een concrete zaak (die publiek kan worden gemaakt bij niet-toepassing), bemiddelen in discriminatiezaken en het slachtoffer van discriminatie ondersteunen bij het opstellen van een dossier en het identificeren van de relevante procedures.⁸⁷⁸ De Ddd kan de betrokken partijen voorstellen een ‘transaction’ af te sluiten voor zaken die onder het strafrechtelijk discriminatieverbod (alle gronden) of het arbeidsrechtelijk discriminatieverbod (geslacht of syndicale activiteiten) vallen.⁸⁷⁹ De ‘transaction’ kan de volgende vormen aannemen:

- de storting van een boete (maximaal €3000 bij een natuurlijk persoon, maximaal €15 000 bij een rechtspersoon) en desgevallend schadevergoeding voor het slachtoffer⁸⁸⁰;
- het weergeven van een communiqué op de gepreciseerde locaties voor maximaal twee maanden;
- de doorgave van een communiqué ter informatie aan het ‘comité d’entreprise’ of aan de vertegenwoordigers van het personeel;
- de verspreiding van een communiqué in het Journal officiel of in een of meerdere publicaties of via elektronische communicatiediensten;
- de verplichting om de beslissing te publiceren binnen de onderneming⁸⁸¹.⁸⁸²

De Ddd kan ook optreden als *amicus curiae* op eigen verzoek, op verzoek van de rechter of van de partijen en kan delen van het door de Ddd gevoerde onderzoek overmaken aan de rechtbank of procureur.⁸⁸³ Daarnaast kan de Ddd steeds beslissen aanbevelingen, adviezen of beslissingen openbaar te maken.⁸⁸⁴ De Ddd kan daarnaast ook een hervorming van de

⁸⁷⁵ Artikel 21 organieke wet 29 maart 2011.

⁸⁷⁶ Artikel 22 organieke wet 29 maart 2011. Zie datzelfde artikel voor beperkte uitzonderingen op dit principe.

⁸⁷⁷ Artikels L3221-9, L8112-2 en R2242-3 Wetboek Arbeidsrecht. Zie ook L8113-3 tot en met L8113-9 over de onderzoeksbevoegdheden van de arbeidsinspectie.

⁸⁷⁸ Artikels 25, 26 en 27 organieke wet 29 maart 2011.

⁸⁷⁹ Artikel 28 organieke wet 29 maart 2011. Als nog geen strafvervolging hangende is. Zie datzelfde artikel over de modaliteiten van deze transaction en de mogelijkheden die daarnaast bestaan om toch nog een strafvervolging op te starten.

⁸⁸⁰ Het bedrag wordt bepaald in functie van de ernst van de feiten en de middelen en lasten van de dader. Artikel 28 organieke wet 29 maart 2011.

⁸⁸¹ De kosten van de verspreiding zijn telkens ten laste van de dader maar mogen het bedrag van de boete niet overschrijden.

⁸⁸² Artikel 28 organieke wet 29 maart 2011.

⁸⁸³ Artikel 33 organieke wet 29 maart 2011.

⁸⁸⁴ Artikel 36 organieke wet 29 maart 2011. Na de beschuldigde persoon hiervan op de hoogte te hebben gebracht en eventueel vergezeld van diens antwoord.

wetgeving aanbevelen waar dit nuttig lijkt en kan ook om advies gevraagd worden door verschillende overheidsinstanties.⁸⁸⁵ Ten slotte voert de Ddd ook alle communicatie en informatieve campagnes die ze opportuun acht, voorziet ze in vormingen, voert ze studies uit en ondersteunt ze andere actoren die zich inzetten voor gelijkheid.⁸⁸⁶

(b) Sancties

398. De voornaamste remedie in het Franse burgerlijke recht is een compensatoire **schadevergoeding** die de financiële en niet-materiële schade vergoedt.⁸⁸⁷ De vordering tot staking kan resulteren in een **dwangbevel** ('injunction') en behalve voor zaken betreffende arbeidsbetrekkingen ook in schadevergoeding.⁸⁸⁸

399. De specifieke wetten voorzien in specifiekere bepalingen en sommige gevallen van discriminatie kunnen ook **bestraft** worden met een gevangenisstraf.

Zo wordt een overtreding van het strafrechtelijk discriminatieverbod bestraft met drie jaar gevangenisstraf en een boete van 45.000 euro wanneer zij bestaat uit:

- het weigeren een goed of dienst te verstrekken⁸⁸⁹;
- het belemmeren van de normale uitoefening van enige economische activiteit;
- het niet aannemen, sanctioneren of ontslaan van een persoon;
- het verstrekken van een goed of dienst afhankelijk maken van een van de beschermde kenmerken;
- een arbeidsaanbod, een stage of opleidingsperiode afhankelijk maken van een van de beschermde kenmerken;
- het discriminerend weigeren van bepaalde beschermde personen voor bepaalde posities.⁸⁹⁰

⁸⁸⁵ Artikel 32 organieke wet 29 maart 2011. Zie ook artikel 31 organieke wet 29 maart 2011. Artikel 36 bepaalt ook dat de Ddd jaarlijks rapporteert aan de president en aan de voorzitters van beide wetgevende kamers.

⁸⁸⁶ Artikel 34 organieke wet 29 maart 2011.

⁸⁸⁷ S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 9. Waar het goederen en diensten betreft is de verstrekte vergoeding erg laag.

⁸⁸⁸ S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 9. Wet 27 mei 2008. Bij vorderingen in het toepassingsgebied arbeid kan wel schadevergoeding gevraagd worden voor schade die geleden wordt na de instelling van de vordering. S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 9.

⁸⁸⁹ Wanneer dit gebeurt op een publiek toegankelijke plaats of met het doel er de toegang toe te ontzeggen, wordt dit verhoogd tot vijf jaar gevangenisstraf en €75 000 boete. Artikel 225-2 Wetboek Strafrecht.

⁸⁹⁰ Artikel 225-2 Wetboek Strafrecht. Artikel L412-8 wetboek sociale zekerheid bepaalt over welke omstandigheden en beschermde kenmerken het in dat laatste geval gaat.

Een overtreding van het strafrechtelijk verbod op **seksuele intimidatie** wordt bestraft met twee jaar gevangenisstraf en een boete van 30.000 euro.⁸⁹¹ Op een overtreding van het strafrechtelijk verbod op intimidatie staat twee jaar gevangenisstraf en een boete van 30.000 euro.⁸⁹² Wanneer een openbaar ambtenaar of een overheidsagentschap in of bij de uitoefening van diens functie discrimineert, wordt dit bestraft met vijf jaar gevangenisstraf en een boete van 75.000 euro waar de discriminatie bestaat uit de weigering van een door de wet verleend recht of uit het belemmeren van de normale uitoefening van gelijk welke activiteit.⁸⁹³

Ook het **Wetboek Arbeidsrecht** voorziet boetes en gevangenisstraffen.⁸⁹⁴ Algemeen bepaalt het dat de schadevergoeding (en interest) de volledige schade resulterend uit de discriminatie ongedaan moet maken.⁸⁹⁵ Miskenning van de bepalingen over de professionele gelijkheid tussen mannen en vrouwen wordt bestraft met een gevangenisstraf van een jaar, een boete van 3.750 euro en mogelijk ook de bekendmaking van de beslissing.⁸⁹⁶ (Seksuele) intimidatie of discriminatie door werknemers geeft aanleiding tot een tuchtsanctie ten aanzien van hen.⁸⁹⁷ Discriminatie na (seksuele) intimidatie wordt bestraft met een gevangenisstraf van een jaar en een boete van 3.750 euro en mogelijk ook de bekendmaking van de beslissing.⁸⁹⁸ Elke akte of bepaling in de arbeidsbetrekkingen strijdig met het verbod op (en de bijhorende bepalingen omtrent) discriminatie, (seksuele) intimidatie en victimisatie in deze context is nietig.⁸⁹⁹ Een rechter kent ingeval van ontslag dat nietig is wegens een onderliggende discriminatie een schadevergoeding toe die niet lager is dan het bedrag van de laatste zes maanden loon.⁹⁰⁰

Zoals eerder vermeld, voorziet het **wetboek sport** in de schorsing of ontbinding van sportverenigingen of –groepen die aanzetten tot haat of discriminatie op bepaalde gronden.⁹⁰¹ Die schorsing kan twaalf maand of langer duren.⁹⁰² Wie toch deelneemt aan het behoud of de heroprichting van zo'n vereniging, kan bestraft worden met drie jaar gevangenisstraf en een

Zie ook artikel 225-4 over de modaliteiten bij sanctionering van een rechtspersoon.

⁸⁹¹ Artikel 222-33 Wetboek Strafrecht. Dit kan verhoogd worden tot drie jaar gevangenisstraf en een boete van € 45 000 in geval van verzwarende omstandigheden genoemd in artikel 222-33, III Wetboek Strafrecht (o.m. de aanwezigheid van bepaalde beschermde kenmerken bij het slachtoffer).

⁸⁹² Artikel 222-33-2 Wetboek Strafrecht. Zie ook artikels 222-33-2-1 en 222-33-2-2 Wetboek Strafrecht over een mogelijke strafverzwaring tot drie of vijf jaar gevangenisstraf en een boete van €45 000 of €75 000 of een lagere straf van een jaar gevangenisstraf en een boete van €15 000.

⁸⁹³ Artikel 432-7 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁹⁴ Zie ook specifiek voor de bepalingen over gelijke verloning: artikels R3221-1 tot en met R3222-3 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁹⁵ Artikel L1134-5 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁹⁶ Artikel L1146-1 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁹⁷ Artikel L1152-5 Wetboek Arbeidsrecht, artikels 6 en 6ter Wet le Pors en artikels L4123-10-1 en L4123-10-2 wetboek over de landsverdediging. Zie ook artikel L1153-5 Wetboek Arbeidsrecht dat de werkgever oplegt alle nodige maatregelen te treffen om seksuele intimidatie te voorkomen, te beëindigen en te bestraffen (o.m. via het verstrekken van bepaalde informatie aan de werknemers). Zie ook artikel 29 en 30 organieke wet 29 maart 2011 over de mogelijkheden voor de Ddd om aan te sporen tuchtsancties op te leggen bij discriminatie.

⁸⁹⁸ Artikel L1155-2 Wetboek Arbeidsrecht.

⁸⁹⁹ Artikels L1132-4, L1142-3, L1152-3, L1153-4, L1225-70 en L3221-7 Wetboek Arbeidsrecht. Ook het discriminerend ontslag is nietig. Artikel L1134-4 Wetboek Arbeidsrecht.

⁹⁰⁰ Artikel L1235-3-1 Wetboek Arbeidsrecht.

⁹⁰¹ Artikel L332-18 wetboek sport.

⁹⁰² Artikel L332-18 wetboek sport.

boete van 45.000 euro.⁹⁰³ Wie dit organiseert, kan een gevangenisstraf van vijf jaar en een boete van 75.000 euro oplopen.⁹⁰⁴

(c) **Bewijs**

400. Behalve voor strafprocedures, voorziet de wet een **verschuiving van de bewijslast** naar de verweerder als de eiser feiten heeft aangevoerd die een vermoeden van discriminatie kunnen wekken.⁹⁰⁵ Het is dan aan de verweerder om aan te tonen dat de bestreden handeling gerechtvaardigd is door objectieve elementen die losstaan van enige discriminatie.⁹⁰⁶ De rechter oordeelt slechts nadat hij alle onderzoeksmaatregelen bevolen heeft die hij nuttig acht.⁹⁰⁷ Ondanks ontwikkelingen in de goede richting, blijft er weerstand tegen en een inconsistente toepassing van deze regeling bij de lagere rechtbanken.⁹⁰⁸

401. Onder meer **statistieken** kunnen als geldig bewijs dienen.⁹⁰⁹ **Praktijktests** (voornamelijk gebruikt door NGO's die ijveren tegen racisme) worden zowel in burgerrechtelijke als in strafrechtelijke zaken aanvaard maar kunnen op zichzelf niet volstaan om tot een veroordeling te leiden.⁹¹⁰

⁹⁰³ Artikel L332-19 wetboek sport.

⁹⁰⁴ Artikel L332-19 wetboek sport.

⁹⁰⁵ Artikel 4 wet 27 mei 2008. Zie ook artikels L1134-1, L1144-1, L3221-8 en L 1154-1 Wetboek Arbeidsrecht en artikel 1 wet 6 juli 1989. Zie specifiek artikel L1225-3 Wetboek Arbeidsrecht dat bepaalt bij twijfel in zaken van beweerde zwangerschapsdiscriminatie die in het voordeel geldt van de zwangere werkneemster. Zie voor een uitgebreidere bespreking ook J. RINGELHEIM, 'The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France & Ireland', *European equality law review* 2019/2, 49-64.

⁹⁰⁶ Artikel 4 wet 27 mei 2008; artikels L1134-1 en L1154-1 Wetboek Arbeidsrecht en artikel 1 wet 6 juli 1989.

⁹⁰⁷ Artikel 4 wet 27 mei 2008; artikels L1134-1 en L 1154-1 Wetboek Arbeidsrecht en artikel 1 wet 6 juli 1989.

⁹⁰⁸ S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', 8.

⁹⁰⁹ Statistieken over vergelijkbare situaties van werknemers voor eenzelfde werkgever worden frequent gebruikt in het arbeidsrecht en zijn meermaals erkend door het Hof van Cassatie. S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 9. Zie ook J. RINGELHEIM, 'The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France & Ireland', *European equality law review* 2019/2, 57-58

⁹¹⁰ S. LATRAVERSE, 'Country report on Non-discrimination: France 2019', European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 9; . RINGELHEIM, 'The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France & Ireland', *European equality law review* 2019/2, 59. Zie ook artikel 225-3-1 Wetboek Strafrecht.

(d) Bescherming tegen represailles

402. Wie te goeder trouw getuigd heeft tegen een discriminatoire handeling of die gemeld heeft, mag geen nadeel ondervinden op grond daarvan.⁹¹¹ De verschillende wetten over arbeidsbetrekkingen verbieden specifiek victimisatie van werknemers (of potentieel toekomstige werknemers in stage, opleiding of tijdens aanwervingsprocedures) die getuigen over discriminatie of discriminatie melden.⁹¹² De (niet-)aanvaarding van een discriminatie mag niet resulteren in enige nadelige behandeling ten opzichte van de betrokken persoon.⁹¹³ Victimisatie van werknemers omdat ze een beroep bij een hiërarchisch hogergeplaatste instelden of een vordering tot staking instelden, is ook verboden.⁹¹⁴ Werknemers (of potentieel toekomstige werknemers in stage, opleiding of tijdens aanwervingsprocedures) mogen bovendien niet benadeeld worden omdat ze discriminatie of (seksuele) intimidatie ondergingen of weigerden te ondergaan.⁹¹⁵ Een werkgever mag niet informeren naar de zwangerschap van sollicitanten of werknemers en deze moeten deze vragen niet beantwoorden.⁹¹⁶ Een ontslag als reactie op een klacht van discriminatie is nietig.⁹¹⁷

F. SYNTHESE VAN DE RECHTSVERGELIJKENDE STUDIE

403. De in Deel I van dit rapport gevoerde rechtsvergelijkende studie kan als volgt worden samengevat, waarbij we focussen op de grote lijnen alsook op zaken die mogelijk als inspiratie voor wijzigingen was het Gelijkekansendecreet kunnen dienen.

1. Wie is beschermd? (personeel toepassingsgebied)

(a) Beschermdde persoonskenmerken

404. Het Vlaamse Gelijkekansendecreet heeft een ruim personeel toepassingsgebied, in de zin dat het een groot aantal persoonskenmerken beschermt. Op dit punt gaat het decreet een stuk verder dan de Europese Unie vereist. Zo verbiedt het decreet niet alleen discriminatie op grond van de zes persoonskenmerken beschermd in de richtlijnen (nl. ras en etnische

⁹¹¹ Artikel 4 wet 27 mei 2008. Zie ook artikel 20 organieke wet 29 maart 2011 en artikel 225-1-1 Wetboek Strafrecht.

⁹¹² Artikels L1132-3, L1152-2 en L1153-3 Wetboek Arbeidsrecht; artikels 6 en 6ter Wet le Pors; artikel L4213-10-1 wetboek over de landsverdediging.

⁹¹³ Artikel 4 wet 27 mei 2008. Zie ook artikel 225-1-1 en 225-1-2 Wetboek Strafrecht.

⁹¹⁴ Artikels 6 en 6ter Wet le Pors; artikels L4213-10-1 en L4213-10-2 wetboek over de landsverdediging.

⁹¹⁵ Artikels L1152-2 en L1153-2 Wetboek Arbeidsrecht, artikels 6 en 6ter Wet le Pors; artikels L4213-10-1 en L4213-10-2 wetboek over de landsverdediging.

⁹¹⁶ Artikel L1225-1 en L1225-2 Wetboek Arbeidsrecht.

⁹¹⁷ Artikels L1134-4 en L1144-3 Wetboek Arbeidsrecht.

afstamming, geslacht, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid), maar ook op tal van andere gronden, zoals burgerlijke staat, geboorte, vermogen, taal en sociale positie.

405. Toch zijn er rechtssystemen die nog meer verboden discriminatiegronden kennen. De Belgische federale antidiscriminatiewetgeving verbiedt sinds kort bijvoorbeeld ook uitdrukkelijk discriminatie op grond van het geven van borstvoeding, adoptie, medisch begeleide voortplanting, seksekenmerken en vader- of meemoederschap. Ook in Frankrijk zijn er nog meer persoonskenmerken beschermd, met enkele uitschieters zoals “zeden en gewoonten” (incl. schadelijke gewoonten zoals roken), verlies van autonomie, specifieke kwetsbaarheid resulterend uit iemands schijnbare of gekende economische situatie, uiterlijk, vermogen om zich in een taal uit te drukken anders dan het Frans (ter bescherming van zowel mensen die een streektaal spreken als mensen van buitenlandse afkomst die Frans spreken met een accent).

406. Anderzijds, zijn er ook (en zelfs meer) landen die minder ver gaan dan Vlaanderen, wat verboden discriminatiegronden betreft. Dat is onder andere het geval voor de overige in deze studie onderzochte landen. Zo omvat de Nederlandse lijst de gronden godsdienst en levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat, handicap of chronische ziekte en leeftijd.⁹¹⁸ De Britse *Equality Act 2010* beperkt zich dan weer tot de gronden vermeld in de Europese richtlijnen, aangevuld met “huwelijk en geregistreerd partnerschap”. En de Duitse lijst in het *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) gaat, qua gronden, zelfs niet verder dan wat strikt moet van de EU. Enkel de gronden ras of etnische afstamming, geslacht (incl. uitdrukkelijk, zwangerschap en moederschap), religie en levensovertuiging, handicap, leeftijd en seksuele identiteit zijn beschermd.

407. Of er nog meer persoonskenmerken zouden moeten worden toegevoegd aan de reeds uitgebreide lijst vervat in artikel 16, § 3, van het Gelijkekansendecreet, lijkt ons voornamelijk een politieke keuze. Wel is het o.i. essentieel om daarbij steeds het doel van het discriminatieverbod voor ogen te houden, namelijk de waardigheid en de autonomie van mensen beschermen, door te garanderen dat niemand iets waardevols wordt ontnomen vanwege een eigenschap die men niet, of slechts tegen een hoge persoonlijke kostprijs, kan veranderen. Het is daarom van belang om telkens na te gaan of het persoonskenmerk op grond waarvan de decreetgever overweegt discriminatie te verbieden, effectief een kenmerk is dat de persoon niet *kan* veranderen of dat voor de persoon zo *fundamenteel* is dat hij het slechts tegen een hoge prijs zou kunnen veranderen. Ook de vraag of er zich in de samenleving daadwerkelijk (discriminatoire) benadeling voordoet op de grond, lijkt belangrijk. Zijn beide voorgaande zaken niet het geval, dan is het o.i. beter om het kenmerk niet aan de lijst van verboden discriminatiegronden toe te voegen, om te vermijden dat er een inflatie aan

⁹¹⁸ Daarnaast is ook discriminatie op grond van verschil in arbeidsduur en het al dan niet tijdelijke karakter van een arbeidsovereenkomst verboden, in arbeidsbetrekkingen, maar dat verbod geldt in andere landen eveneens en het betreft een andersoortig discriminatieverbod.

discriminatiegronden ontstaat en het draagvlak in de samenleving voor het discriminatieverbod (nog verder) afbrokkelt, zelfs voor wat betreft fundamentele persoonskenmerken, zoals ras en geslacht. Ook kan rekening gehouden met opportuniteitsoverwegingen en ‘verdunding’ van middelen: uitbreiding van non-discriminatierechten naar bijkomende groepen kan de handhavende bescherming verminderen voor groepen die reeds beschermd zijn: middelen zijn immers beperkt en, tenzij er tegenover de uitbreiding van gronden ook bijkomende middelen staan – hetgeen niet *a priori* zeker is –, betekent dat dat er met dezelfde middelen meer vormen van discriminatie aangepakt moeten worden.

O.i. hoeven de voornoemde kanttekeningen evenwel geen fundamenteel bezwaar te vormen tegen het gelijkstellen van de volgende gronden met het beschermde kenmerk “geslacht”, naar analogie met de Genderwet: het geven van borstvoeding, adoptie, medisch begeleide voortplanting, seksekenmerken en vader- of meemoederschap.

Het is weliswaar zo dat bijvoorbeeld **het geven van borstvoeding** ook besloten ligt in het reeds beschermde kenmerk “moederschap” (aangezien enkel moeders borstvoeding kunnen geven). Toch kan het symbolisch van belang zijn om dit ook uitdrukkelijk zo te vermelden in het decreet. Bovendien leidt een uitdrukkelijke vermelding ook tot meer duidelijkheid en rechtszekerheid, zowel voor jonge moeders als voor hun werkgevers en voor aanbieders van goederen en diensten, zoals winkelluitbaters, café- en restauranthouders, hoteluitbaters, vliegtuigmaatschappijen, enz. Aan meer rechtszekerheid lijkt daadwerkelijk nood te zijn in de praktijk. Alleen al het laatste jaar werden in de media verschillende incidenten gerapporteerd met betrekking tot moeders die bekritiseerd of zelfs weggestuurd werden, omdat ze in het openbaar borstvoeding gaven.⁹¹⁹ Ook het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen en de Vlaamse Ombudsdienst ontvangen soms meldingen of vragen hieromtrent. Om elke twijfel weg te nemen, heeft bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk ervoor geopteerd om in zijn antidiscriminatiewetgeving te preciseren dat, in het kader van geslachtsdiscriminatie, het ongunstiger behandelen van een vrouw ook het ongunstiger behandelen van een vrouw *omdat ze borstvoeding geeft* omvat.⁹²⁰ Een gelijkaardige bepaling zou ook in het

⁹¹⁹ Zie bv. K. SIMONS, “Heisa rond vrouw die borstvoeding geeft in zwembad Leuven”, 29 april 2019, <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2019/04/29/heisa-rond-vrouw-die-borstvoeding-geeft-in-zwembad-leuven/>; X., “KLM onder vuur omdat moeder die borstvoeding geeft, gevraagd werd zich te bedekken”, *De Standaard*, 18 juli 2019, https://www.standaard.be/cnt/dmf20190718_04516116; X., “Politieaan dreigt met boete omdat vrouw borstvoeding geeft in auto”, *De Morgen*, 28 november 2019, <https://www.demorgen.be/nieuws/politieman-dreigt-met-boete-omdat-vrouw-borstvoeding-geeft-in-auto~b79e1849/>; jse, “Cafébazen onder vuur na massaal gedeelde Facebookpost over borstvoeding”, *Nieuwsblad*, 17 februari 2020, https://www.nieuwsblad.be/cnt/dmf20200218_04853604. In sommige van de aangegeven gevallen betwistten de tegenstrever overigens wel de toedracht van de feiten.

⁹²⁰ Section 13(6)(a) Equality Act 2010. Daarenboven omvat de Equality Act 2010, naast geslacht als dusdanig, nog de discriminatiegronden zwangerschap en moederschap. Overeenkomstig Section 17 wordt een vrouw namelijk gediscrimineerd indien ze, binnen de 26 weken na haar bevalling, ongunstiger wordt behandeld omdat ze bevallen is, en in het bijzonder omdat ze borstvoeding geeft. Binnen de eerste 26 weken na de bevalling hoeft een voedende vrouw dus geen beroep te doen op het verbod op geslachtsdiscriminatie, maar kan ze zich rechtstreeks beroepen op het verbod op discriminatie op grond van moederschap. De Schotse Breastfeeding etc. (Scotland) Act 2005, die de Britse antidiscriminatiewetgeving aanvult, maakt het zelfs uitdrukkelijk strafbaar om te beletten dat een kind

Gelijkekansendecreet kunnen worden opgenomen. Zeker nu het geven van borstvoeding van belang is voor de volksgezondheid valt dit o.i. zeker te overwegen.

Ook **vaderschap** en **meemoederschap** zouden uitdrukkelijk kunnen worden vermeld als onder geslacht beschermde (sub)kenmerken, om de symmetrie met het kenmerk moederschap te verzekeren.

408. Daarenboven moet ook rekening worden gehouden met een nieuwe Europese richtlijn, de **Work-Life-Balancerichtlijn**, die tegen 2 augustus 2022 moet worden omgezet in het nationale recht. Artikel 11 van die richtlijn verplicht de lidstaten om te verbieden dat werknemers minder gunstig worden behandeld op grond van het feit dat zij:

- vaderschaps-, ouderschaps- of zorgverlof hebben opgenomen, of hiertoe een aanvraag hebben ingediend, of
- hun werk hebben verzuimd wegens overmacht in verband met dringende familieomstandigheden in geval van ziekte of een ongeval, of
- gebruik hebben gemaakt van hun recht om te verzoeken om flexibele werkregelingen voor zorgdoeleinden (voor werknemers met kinderen tot een bepaalde leeftijd, die ten minste acht jaar bedraagt).

Ter omzetting van die richtlijn is het mogelijk om de lijst van verboden discriminatiegronden uit te breiden met onder meer vaderschap en ouderschap, naar analogie met wat reeds is gebeurd voor moederschap. In dat geval wordt discriminatie op deze gronden dan in principe wel verboden in *alle* maatschappelijk domeinen die binnen de werkingssfeer van het decreet vallen, en dus niet alleen op het gebied van de arbeidsbetrekkingen (de werkingssfeer waartoe de betreffende richtlijn gebiedt).

Een andere mogelijkheid, die minder verregaand is, is om artikel 22*bis* van het Gelijkekansendecreet aan te vullen (of een artikel 22*ter* in te voegen). Luidens die bepaling heeft *“een ouder die zich in een arbeidsbetrekking bevindt en die zwangerschaps- en bevallingsverlof, vaderschapsverlof of adoptieverlof heeft, (...) het recht om onder voor haar/hem niet minder gunstige voorwaarden en omstandigheden naar haar/zijn functie of een gelijkwaardige functie terug te keren en te profiteren van elke verbetering van de arbeidsvoorwaarden waarop zij/hij tijdens haar/zijn afwezigheid aanspraak kan maken.”* Deze bepaling geeft uitvoering aan de artikelen 15 en 16 van de Genderrichtlijn Arbeid en Beroep en is beperkt tot de arbeidsbetrekkingen. Het is een optie om artikel 22*bis* van het decreet uit te breiden naar ouderschaps- en zorgverlof, werkverzuim en flexibele werkregelingen, ter omzetting van de Work-Life-Balance-richtlijn.

409. Een laatste aanbeveling wat de in het Gelijkekansendecreet verboden discriminatiegronden betreft, is om het begrip **“transseksualiteit”** in artikel 16, § 5, van het decreet te vervangen door **“geslachtsverandering”**. De term transseksualiteit is inmiddels wat

melk (d.w.z. borst- of flesvoeding) toegediend krijgt in een voor het publiek toegankelijke ruimte, op voorwaarde dat het kind jonger is dan twee jaar en in de betrokken ruimte aanwezig mag zijn.

‘oubollig’ of achterhaald geworden. Bovendien wordt de term geslachtsverandering ook gebruikt in de Genderrichtlijn Arbeid en Beroep (overw. 3) en in de Genderwet (art. 4, § 2), zodat het de voorkeur lijkt te verdienen daarbij aansluiting te zoeken.

(b) Meervoudige, associatieve en attributieve discriminatie

410. Net als de *Equality Act 2010*, vermeldt het Vlaamse Gelijkekansendecreet uitdrukkelijk dat ook discriminatie op grond van meer dan één beschermd kenmerk (meervoudige discriminatie), discriminatie op grond van een kenmerk van een andere persoon (associatieve discriminatie) en discriminatie op grond van een vermeend kenmerk (attributieve discriminatie) verboden zijn. In het Duitse systeem geldt hetzelfde voor meervoudige discriminatie en discriminatie op een vermeend kenmerk. Ook andere rechtssystemen, zoals het Belgische (federale), het Nederlandse en het Franse, verbieden (onder omstandigheden) *de facto* dergelijke vormen van discriminatie, zelfs als ze niet uitdrukkelijk door de wetgeving worden gevisieerd. Deels – en zeker waar het om discriminatie bij associatie gaat – *moet* dat ook op basis van rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.⁹²¹

411. Uit de rechtspraakanalyse in deel II van dit rapport blijkt evenwel dat rechters nog nooit een *meervoudige* discriminatie hebben vastgesteld op basis van het Gelijkekansendecreet. Nochtans hadden zij daartoe al verschillende malen de gelegenheid, zoals in de zaken over het boerkiniverbod in openbare zwembaden. Een dergelijk verbod benadeelt enkel vrouwen met een bepaalde religie. Het gaat om een ongunstige behandeling die men als islamitische vrouw ondervindt, maar niet als vrouw met een ander geloof of levensbeschouwing en ook niet als islamitische man. De beweerde discriminatie gebeurt hier op de snijlijn of intersectie van de beschermde gronden geslacht en geloof of levensbeschouwing. Deze specifieke vorm van meervoudige discriminatie wordt daarom in de rechtsleer vaak ‘intersectionele discriminatie’ genoemd.⁹²² Ook (sommige) zaken over het verbod om een hoofddoek te dragen op school vallen theoretisch gezien in die categorie (zie voor andere voorbeelden: *supra* I.A.1).

Ter herinnering: het kan bij de algemene term ‘meervoudige discriminatie’ gaan om meerdere discriminaties op grond van meerdere beschermde kenmerken die op elk van die kenmerken afzonderlijk *ook* een zelfstandige discriminatie uitmaken (nader onder te verdelen in successieve/*sequential* meervoudige discriminatie wanneer de discriminaties zich op een

⁹²¹ Zie bv. H.v.J., C-303/06, *Coleman*, 17 juli 2008, EU:C:2008:415, § 48; C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, 16 juli 2015, EU:C:2015:480, § 60. Inzake meervoudige en zeker inzake attributieve discriminatie is de Unierechtelijke situatie minder eenduidig. Zie over het HvJ en meervoudige en attributieve discriminatie resp. S. VINCENT & J. VRIELINK, “Les discriminations multiple et intersectionnelle”, in I. HACHEZ & J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 250-274; M. SPINOY & J. VRIELINK, “Discriminatie door associatie (en discriminatie bij attributie), in *ibid.*, 226-247

⁹²² M. SPINOY, “Het boerkiniverbod: discriminatierechtelijke troebele wateren”, *Tijdschrift voor Jeugd en Kinderrechten*, 2019, 121.

ander moment voordoen enerzijds en samengestelde of ‘compound’ meervoudige discriminatie wanneer de discriminaties zich gelijktijdig voordoen, anderzijds). Daarnaast kan het ook gaan om een discriminatie op grond van een *combinatie* van meerdere beschermde kenmerken waar geen zelfstandige (directe) discriminatie op een van die gronden bestaat (intersectionele discriminatie).⁹²³ Het gaat dan om de intersectie van die twee (of meerdere) gronden die zorgt voor een nadeel dat er niet zou zijn (opnieuw: in directe zin) als het slachtoffer slechts één van die gronden had (zie voor voorbeelden: *supra* I.A.1).⁹²⁴ Het EU-recht verbiedt (vooralsnog) geen intersectionele discriminatie maar in beginsel wel ‘gewone’ meervoudige discriminatie (daar de ‘gewone’ meervoudige verschijningsvormen als afzonderlijke discriminaties aangevochten kunnen worden).⁹²⁵

Een (van de) mogelijke reden(en) waarom rechters weinig of geen gebruik maken van het etiket intersectionele discriminatie en/of (andere) meervoudige discriminatie, en verzoekers het ook niet vaak inroepen, is dat het niet duidelijk is welke rechtvaardigingsgrond in zo’n situatie moet worden toegepast.⁹²⁶ Het Gelijkekansendecreet bepaalt daaromtrent niets. In de rechtsleer lijkt echter geen consensus te bestaan over welke rechtvaardigingsgrond geldt voor een *prima facie* intersectionele discriminatie; voor (andere) meervoudige discriminatie is er wel een consensus (*infra*).

Sommige rechtsgeleerden zijn van mening dat voor alle gevallen van meervoudige discriminatie (dus inclusief intersectionele discriminatie) de rechtvaardigingsgrond moet primeren die de sterkste rechtsbescherming biedt aan het slachtoffer. Van de bestudeerde landen is dat ook het geval in het Duitse rechtssysteem: enkel als bij een onderscheid op meerdere (en dus ook op een intersectionele combinatie van) gronden voldaan is aan de rechtvaardiging(en) die voor alle betrokken gronden kunnen worden ingeroepen, dan is een meervoudige of intersectionele discriminatie gerechtvaardigd (*supra* I.E.4.f). In het geval van discriminatie op de intersectie van geslacht en geloof geldt dan bijvoorbeeld meestal de (doorgaans) striktere rechtvaardigingsgrond voor geslachtsdiscriminatie. Die benadering biedt maximale rechtsbescherming aan slachtoffers van meervoudige en intersectionele

⁹²³ Wel is er dan doorgaans – zoals ook bij de boerkini – een indirecte discriminatie voorhanden op grond van een of zelfs meer afzonderlijke gronden. Zie daarover: S. VINCENT & J. VRIELINK, “Les discriminations multiple et intersectionnelle”, in I. HACHEZ & J. VRIELINK (eds.), *Les grands arrêts en matière de handicap*, Brussel, Larcier, 2020, 250-274.

⁹²⁴ Zie bv. K. CRENSHAW, ‘Demarginalizing the Intersection of Race and Sex : a Black Feminist Critique of Anti-discrimination doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics’, *University of Chicago Legal Forum* 1989, 139-152 die de term *intersectionality* ontwikkelde over het nadeel dat zwarte vrouwen ondervinden en S. FREDMAN, *Discrimination law*, 141-143 over het nadeel van vrouwen met een migratie-achtergrond.

⁹²⁵ Zie o.m. overweging 14 Rasrichtlijn; overweging 3 Kaderrichtlijn; HvJ 24 november 2016, C-443/15, *David L. Parris v. Trinity College Dublin and Others*; S. VINCENT & J. VRIELINK, ‘Discriminations multiple et intersectionnelle’, 254-265.

⁹²⁶ Zie bv. S. FREDMAN, *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, 2016, <https://www.equalitylaw.eu/downloads/3850-intersectional-discrimination-in-eu-gender-equality-and-non-discrimination-law-pdf-731-kb>, 63-64; R. XENIDIS, “Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law: Towards Redressing Complex Inequality?” in U. BELAVUSAU en K. HENRARD (eds.), *EU Anti-Discrimination Law beyond Gender*, Oxford, Hart Publishing, 2018, 57-58.

discriminatie en het is de oplossing die in nogal wat literatuur wordt aanbevolen.⁹²⁷ Zeker voor ‘gewone’ meervoudige discriminatie⁹²⁸ lijkt dat ook juridisch eigenlijk ook de meest (of zelfs de enige) verdedigbare oplossing: iemand die zowel op ras gediscrimineerd wordt, als – tegelijk, maar daarnaast – ook op geslacht, moet uiteraard de volle bescherming hebben van beide discriminatieverboden. Degene die discrimineert zou dan niet louter mogen hoeven voldoen aan de ‘lichtste’ rechtvaardiging. Indien toch zou worden gekozen voor een soepelere rechtvaardigingsgrond, dan zou men bovendien de striktere rechtvaardigingsgrond kunnen ontlopen door op een bijkomende grond te discrimineren.⁹²⁹

Bij *intersectionele* discriminatie (dus: waarbij de discriminatie zich enkel voordoet op de *combinatie* van twee of meer gronden en niet (ook) op de individuele gronden afzonderlijk, zoals bij andere vormen van meervoudige discriminatie wel) achten sommige rechtsgeleerden deze oplossing eventueel voor discussie vatbaar. Ze creëert immers de paradox dat discriminatie op grond van ‘nieuwe’, intersectionele, gronden vaak strenger behandeld zal worden dan onderscheid op de wettelijk voorziene gronden. Bepaalde rechtsgeleerden menen daarom dat in die gevallen een proportionaliteitstoets – met, qua toetsingsintensiteit, veel aandacht voor het contextuele nadeel dat zich voordoet – zou moeten volstaan om een *prima facie* intersectionele discriminatie te rechtvaardigen.⁹³⁰

Het is daarom een optie om in het decreet een algemene bepaling op te nemen die stelt dat de sterkste rechtsbescherming primeert indien een discriminatie plaatsvindt op grond van meerdere beschermde kenmerken (of aanknopingspunten vertoont met verschillende maatschappelijke domeinen, zie verder randnr. 430). Een andere optie is om dit eerste weliswaar te doen voor ‘gewone’ meervoudige discriminatie, maar om specifiek voor *intersectionele* discriminatie te bepalen welke exacte rechtvaardigingsgrond moet worden toegepast (bv. een proportionaliteitstoets). De laatste optie zou overigens ook nadere conceptuele uitwerking vragen, binnen het Gelijkekansendecreet, van intersectionele discriminatie, enerzijds, en (andere vormen van) meervoudige discriminatie, anderzijds.⁹³¹

⁹²⁷ Zie bijv. S. FREDMAN, *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-discrimination Law*, Luxembourg, European Commission, 2016; R. XENIDIS, “Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law: Towards Redressing Complex Inequality?”, *EU AntiDiscrimination Law Beyond Gender*, U. Belavusau et K. Henrard (dir.), Oxford, Hart, 2018.

⁹²⁸ Dus: successieve en samengestelde meervoudige discriminatie.

⁹²⁹ In die zin M. SPINOY, “Het boerkiniverbod: discriminatierechtelijke troebele wateren”, *Tijdschrift voor Jeugd en Kinderrechten*, 2019, 122. Zie ook S. ATREY, *Intersectional Discrimination*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 188-189.

⁹³⁰ S. VINCENT & J. VRIELINK, ‘Discriminations multiple et intersectionnelle’, 254-265. Ook R. XENIDIS (die inzake meervoudige discriminatie een doctoraat voorbereidt) is deze oplossing genegen, zo bleek uit schriftelijke communicatie die het onderzoeksteam met haar voerde.

⁹³¹ bijv. door een onderscheid te maken – en nader te definiëren – tussen discriminatie op een ‘combinatie’ van gronden (intersectionele discriminatie) enerzijds en discriminatie op ‘meerdere’ gronden (andere vormen van meervoudige discriminatie)

2. Wanneer ben je beschermd? (materieel toepassingsgebied)

412. De werkingssfeer van het Gelijkekansendecreet strekt zich verder uit dan die van de Europese antidiscriminatie richtlijnen. Waar de richtlijnen vooral bedoeld zijn om discriminatie te verbieden in het economische leven, namelijk op het werk en bij de toegang tot goederen en diensten, verbiedt het decreet discriminatie – op grond van welk beschermd kenmerk dan ook – tevens in de gezondheidszorg, het onderwijs, de toegang tot sociale voordelen en de toegang tot economische, sociale, culturele of politieke activiteiten die buiten de privésfeer worden aangeboden.

413. Niettemin is er momenteel een lacune in het materiële toepassingsgebied van het decreet. Artikel 20, eerste lid, maakt immers geen melding van **sociale bescherming**, hoewel zowel de Rasrichtlijn als de Genderrichtlijn Sociale Zekerheid discriminatie in dit domein verbieden. Zeker sinds de zesde staatshervorming heeft Vlaanderen belangrijke bevoegdheden gekregen inzake sociale bescherming, zodat het niet langer verantwoord is om dit domein buiten de werkingssfeer van het Gelijkekansendecreet te houden.

414. Ook in de andere bestudeerde rechtssystemen heeft het discriminatieverbod een ruimere werkingssfeer dan het Unierecht vereist. De **Belgische federale wetgeving** heeft hetzelfde materiële toepassingsgebied als het Vlaamse decreet, met dien verstande dat de federale wetten enkel van toepassing zijn op die materies die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren. Het onderwijs, bijvoorbeeld, valt daarom buiten de werkingssfeer van het federale antidiscriminatieverbod.

415. In het **Verenigd Koninkrijk** is het materiële toepassingsgebied van het discriminatieverbod niettemin in bepaalde opzichten beperkter dan bij ons. De Equality Act 2010 is weliswaar van toepassing in een heel aantal domeinen, zelfs ook op “gebouwen” en “verenigingen” (iets wat in het Vlaamse decreet niet als dusdanig is opgenomen), maar niet alle kenmerken zijn in alle domeinen beschermd en de bescherming is niet steeds even sterk voor elke vorm van discriminatie. Zo geldt het discriminatieverbod bij de *toegang tot diensten* niet voor de kenmerken huwelijk en geregistreerd partnerschap en geldt het voor leeftijd slechts vanaf 18 jaar.⁹³² Dit betekent dat een hotel, een B&B of een restaurant kinderen en jongeren de toegang mag weigeren, zonder dat dit wordt gezien als een verdacht onderscheid, zodat de uitbater zich ook niet hoeft te verantwoorden. Van de bescherming tegen *intimidatie* bij de toegang tot diensten zijn bovendien ook geloof en seksuele oriëntatie uitgesloten.⁹³³ Bovendien is er een hele reeks van diensten, zoals veiligheidsdiensten, financiële diensten en gezondheidszorg, uitgesloten van de werkingssfeer van het discriminatieverbod. Ook in het domein *onderwijs* strekt de bescherming van de antidiscriminatie wetgeving zich niet uit tot

⁹³² Equality Act 2010, S28 (1).

⁹³³ Equality Act 2010, S29(8)

huwelijk en geregistreerd partnerschap en, wat de scholen betreft, tot leeftijd.⁹³⁴ Ook intimidatie is verboden in het onderwijs, behalve op grond van geslachtsverandering, geloof en seksuele geaardheid.⁹³⁵

416. In **Nederland** heeft ook de AWGB (gronden: godsdienst en levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat) een aanzienlijk ruimer materieel toepassingsgebied dan de Europese antidiscriminatie-richtlijnen vereisen (voor de betrokken gronden). Tegelijk is dat toepassingsgebied zeker niet ruimer dan dat van het Gelijkekansendecreet. Hooguit zijn sommige zaken wat specifiek geformuleerd in de AWGB, maar daaraan lijken in de meeste gevallen niet onmiddellijk voordelen verbonden.⁹³⁶ Een mogelijke uitzondering daarop betreft de formulering van het toepassingsgebied inzake goederen en diensten. Waar het Gelijkekansendecreet spreekt van “*het aanbod van, de toegang tot, de levering en het genot*” daarvan, gaat het in de AWGB om het “*aanbieden van of verlenen van toegang tot*” goederen of diensten, maar ook expliciet om “*het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake*”. Dat laatste is niet begrepen in het Gelijkekansendecreet en zou eventueel voor discussie kunnen zorgen in concrete gevallen. Het valt te overwegen deze formulering uit de AWGB toe te voegen aan het Gelijkekansendecreet.

Voor de criteria *handicap en chronische ziekte* zijn, in de afzonderlijke Wet gelijke behandeling handicap/chronische ziekte, de toepassingsgebieden vrijwel identiek aan die van de AWGB, maar men kiest in die wet voor een nadere uitwerking van sommige toepassingsgebieden (vooral inzake (openbaar) vervoer en woningen/huur). Er lijken voor- en nadelen verbonden te (kunnen) zijn aan een specifieke opsomming zoals de WGb/cz hanteert voor woonruimtes en openbaar vervoer in het bijzonder. Een potentieel voordeel is de grotere duidelijkheid over wat allemaal met zekerheid bestreken wordt door de wet, zodat zowel de verantwoordelijke voor de (potentiele) discriminatie als de (mogelijk) gediscrimineerde beter weten waar ze aan toe zijn. Een mogelijk nadeel kan gelegen zijn in *a contrario* redeneringen: voor zover andere aspecten van discriminatie bij woonruimtes of openbaar vervoer niet vermeld worden in de bewuste subonderdelen lijkt de suggestie dat die ook niet onder de wet vallen. Dit lijkt ook, alvast in Nederland, ook de bewuste bedoeling te zijn geweest. Vanuit een maximale (reikwijdte van de) rechtsbescherming is het wellicht verkieslijk om de formulering meer ‘open’ te houden (tenzij in het Gelijkekansendecreet aanvullend zou worden verduidelijkt dat de opsomming louter als exemplatief en niet-exhaustief moet worden beschouwd).

Inzake leeftijd ten slotte is Nederland erg karig op het vlak van het toepassingsgebied. De afzonderlijke Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (WGbl) is enkel van toepassing in de context van arbeidsbetrekkingen (weliswaar in ruime zin, dus incl. vrij beroep

⁹³⁴ Equality Act 2010, S84, 90 & 95. Een beurs die slechts aan leerlingen van één geslacht wordt verleend door bepaalde liefdadigheidsinstellingen is geen discriminatie waar die de gendergelijkheid in het onderwijs kan stimuleren. Zie uitgebreider Equality Act 2010, Schedule 14.

⁹³⁵ Equality Act 2010, S85(10).

⁹³⁶ En andersom het Gelijkekansendecreet is dan weer van toepassing in bepaalde contexten waarin de AWGB niet geldt (zoals bij sociale, politieke, culturele etc. activiteiten).

en lidmaatschap van werkgevers- en werknemersorganisaties). Dit houdt verband met een principiële keuze: leeftijdsdiscriminatie werd niet in dezelfde mate maatschappelijk problematisch geacht als discriminatie op andere gronden en zou “*geen bij voorbaat verdacht criterium*” zijn, zodat men bewust niet verder wilde gaan dan de minimumverplichtingen die de EU aan haar lidstaten oplegt, op grond van richtlijn 2000/78.⁹³⁷

Strikt formeel is het ook in Vlaanderen natuurlijk steeds een optie om bescherming voor bepaalde gronden – waaronder leeftijd of andere gronden waarbij de supranationale verplichtingen minder verregaand zijn (of zelfs onbestaande) dan de actuele decretale regeling. Erg wenselijk lijkt ons dat evenwel niet: ten eerste zou het gaan om een vorm van *levelling down*,⁹³⁸ nadat de bescherming – specifiek in het geval van leeftijd – al 17 jaar werd geboden. Bovendien werkt men op Europees vlak sowieso aan een *uitbreiding* van de verplichtingen tot de sector goederen en diensten. Hoewel die ontwikkeling al enige jaren geblokkeerd is, lijkt het niettemin te verwachten dat op termijn ook een ruimere Unierechtelijke verplichting zal worden ingevoerd, zodat ook om die reden terugplooiën op een mindere bescherming niet aangewezen lijkt.

417. Ook de **Duitse AGG**, tot slot, heeft (grotendeels)⁹³⁹ een ruimer materieel toepassingsgebied dan de Europese antidiscriminatie-richtlijnen vereisen, voor de meeste betrokken gronden. Het gaat in essentie om het toepassingsgebied dat vereist is onder de Rasrichtlijn en dat onder de Duitse wet veralgemeend wordt naar alle ‘Europese’ gronden. Maar daarop geldt een belangrijke disclaimer: voor andere gronden dan ras wordt het toepassingsgebied wel beperkt tot ‘*bulk- of massagoederen en -diensten*’ (*Massengeschäfte*) – dus die een bepaalde omvang of aantal hebben (en bij verhuur specifiek vanaf dat de eigenaar 50 wooneenheden verhuurt) – en bovendien tot die goederen en diensten die geen ‘*bijzondere band van nabijheid of vertrouwen tussen de partijen of hun verwanten scheppen*’ (*supra* I.E.5). Door die inperkingen is het toepassingsgebied van de AGG zeker niet ruimer dan het Gelijkekansendecreet.⁹⁴⁰

3. Vormen van discriminatie

418. Het Gelijkekansendecreet verbiedt, in navolging van de Europese richtlijnen, de volgende vormen van discriminatie:

- directe discriminatie;
- indirecte discriminatie;

⁹³⁷ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2002/03, 28 170, nrs 1-3, p. 12; Kamerstukken II 2002/03, 28 170, nr. 4, p. 14 en Kamerstukken II 2002/03, 28 170, nr. 5, p. 22.

⁹³⁸ Mogelijk zelfs met spanningen op het vlak van het standstillbeginsel (*sensu lato*).

⁹³⁹ Wel kunnen zich vragen van richtlijnconformiteit stellen inzake het toepassingsgebied voor de grond geslacht (*supra* I.E).

⁹⁴⁰ En andersom is het GKD is dan weer van toepassing in bepaalde contexten waarin de AWGB niet geldt (zoals bij sociale, politieke, culturele etc. activiteiten).

- (seksuele) intimidatie;
- opdracht geven tot discrimineren;
- het weigeren van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap.

419. Op dit (basis)punt zijn er weinig noemenswaardige verschillen tussen de onderzochte rechtssystemen te melden: deze basisvormen worden door alle systemen bestreken.⁹⁴¹ Niettemin zijn er enkele interessante verschillen in de formulering.

(a) *Onderscheid v. discriminatie*

420. Om te beginnen kent de Nederlandse discriminatiewetgeving een opvallend en kenmerkend terminologisch aspect, t.w.: ze hanteert de term ‘discriminatie’ niet.⁹⁴² In plaats daarvan wordt het begrip (verboden) ‘onderscheid’ gehanteerd. Dit terwijl die term in de Vlaamse en andere Belgische regelgeving eerder gehanteerd wordt als een neutrale verzamelterm voor differentiërend handelen, ongeacht de vraag of die differentiatie geoorloofd is. De reden voor die term ‘onderscheid’ is dat die minder ‘beladen’ zou zijn. Daardoor zou er bij de verweerders meer bereidheid zijn om hun gedrag te conformeren aan de vereisten van de discriminatiewetgeving. Daarnaast zou het begrip ‘discriminatie’, bij de gemiddelde burger, de indruk wekken dat het moet gaan om *bewust* onderscheid maken en een *intentie* tot benadeling, wat door de wetgeving geenszins vereist is.⁹⁴³ Vanuit dit perspectief zou het gebruik van de term ‘discriminatie’ afbreuk riskeren te doen aan de duidelijkheid en effectiviteit van de gelijke behandelingswetgeving.

421. De veronderstellingen die ten grondslag liggen aan de Nederlandse terminologie zijn moeilijk te evalueren, gezien het ontbreken van een reëel vergelijkbare situatie.⁹⁴⁴ Het eerste argument is *prima facie* plausibel, maar evengoed is het mogelijk om het tegendeel te veronderstellen: wellicht kan juist de beladen term ‘discriminatie’ meer normconformiteit teweegbrengen, omdat niemand deze term op zichzelf toegepast wil (blijven) zien. Het tweede

⁹⁴¹ Hoewel in Duitsland wel wat onduidelijkheid is, of minstens was, over de plicht tot redelijke aanpassingen, die wettelijk slechts geldt voor personen met een ‘zware handicap’. Hogere rechtspraak past de betreffende bepaling (neergelegd in andere, oudere wetgeving dan de AGG) echter via richtlijnconforme interpretatie toe op alle vormen van ‘handicap’ in de betekenis van het Unierecht en het IVPRH (*supra* I.E).

⁹⁴² Buiten in de voorafgaande overwegingen van de AWGB en de WGbh/cz.

⁹⁴³ Zie R. HOLTMAAT, “Stop de inflatie van het discriminatiebegrip”, *NJB*, nr. 25, 2003, p. 1266-1276.

⁹⁴⁴ Zie hierover ook J. VRIELINK, “Discriminatie: van inflatie naar complicatie?”, *Nederlands Juristen Blad* 2003, nr. 43, 2252-2254. In evaluaties ter zake wordt slechts gesteld dat er goede ervaringen zijn met het gebruik van het neutrale begrip en dat andersom niet blijkt dat het tot problemen leidt. Of dit wél het geval zou zijn indien de terminologie veranderd wordt, is onduidelijk. Zie o.m.: *Kamerstukken II* 2001/2001, 28 187; Brief met betrekking tot de notitie omtrent de implementatie van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep en van richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming).

argument is voorts ontegensprekelijk iets wat je in de praktijk vaak ziet,⁹⁴⁵ maar het is onzeker of de term ‘onderscheid’ daaraan iets wezenlijks verandert.⁹⁴⁶

Er zijn bovendien bijkomende tegenargumenten denkbaar. De huidige Nederlandse terminologie is conceptueel onduidelijk doordat eenzelfde term (onderscheid) gebruikt wordt voor toegestaan én verboden gedrag. Is dat opzicht is het eenduidiger om een ongeoorloofd onderscheid steeds aan te duiden als ‘discriminatie’. Ook supra- en internationaalrechtelijk wordt de term ‘discriminatie’ universeel gebruikt. De (afdeling wetgeving van de) Nederlandse Raad van State pleit om die reden zelf tegen het gebruik van de term ‘onderscheid’ ter aanduiding van ‘discriminatie’.⁹⁴⁷

(b) *Intimidatie/seksuele intimidatie*

422. Inzake intimidatie zijn er her en der ook verschillen tussen de diverse vergeleken landen, meer bepaald inzake de vraag of het (uitdrukkelijk) om ‘ongewenst’ gedrag moet gaan (i), inzake het al dan niet geven van (concretere) voorbeelden/illustraties binnen de definitie (ii) en of het in alle contexten voor alle gronden moet gelden (ii).

(i) *‘Ongewenst’ (of niet)*

423. Analooq aan het feit dat de Nederlandse wetgeving geen ‘benadeling’ maar louter een ‘verschil in behandeling’ vereist, omvat de definitie van intimidatie en seksuele intimidatie geen vereist – zoals in het Gelijkekansendecreet en de richtlijnen wel het geval is – dat het om ‘ongewenst’ gedrag moet gaan. Dit verruimt de definities en dat is er ook de expliciete bedoeling van. Zoals het luidde in de parlementaire voorbereidingen van de betrokken wetten: “*In de definities van intimidatie en seksuele intimidatie (...) is het element ‘ongewenst’, dat wel in de definities in de richtlijn staat, niet opgenomen. Het hanteren van het element ‘ongewenst’ kan afbreuk doen aan de rechtsbescherming van geïntimideerden*”.⁹⁴⁸

Hoewel het allicht klopt dat het meer rechtsbescherming biedt als het niet moet gaan om ‘ongewenst gedrag’, is het weglaten van die vereiste niettemin opmerkelijk, omdat de bepaling op deze wijze ook ‘gewenst’ gedrag viseert. In dat opzicht – en mede in het licht van het feit dat de intimidatiebepaling uit het Gelijkekansendecreet een bijzonder ruim toepassingsgebied

⁹⁴⁵ Zie: M. SPINOY, “Discriminatie in het Gelijkekansendecreet?”, *TBP*, 2020, te verschijnen.

⁹⁴⁶ Sowieso is het juridisch onjuist om te stellen – zoals wel eens gedaan wordt – dat verandering van de term naar ‘discriminatie’ een zwaardere bewijslast met zich mee zou brengen. Zie bijv.: *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 770, nr. 4, p. 7. Het discriminatiebegrip, zoals gehanteerd in bijvoorbeeld het Europese recht, veronderstelt geenszins een opzettelijke wil en men mag die ook niet vereisten voor toepassing ervan.

⁹⁴⁷ Zie o.m.: *Kamerstukken II 2001/2002*, 28 187 A, p. 4-5; *Kamerstukken II 2001/2002*, 28 187 B, p. 3-4. De Nederlandse wetgever legde evenwel het advies van de Raad naast zich neer.

⁹⁴⁸ *Kamerstukken II 89 499*, nr. 3. Zie ook *Kamerstukken II 2002/03*, 28 770 A, 15.

kent en de Unierechtelijke definitie op zichzelf al erg ruim is – zouden we niet meteen adviseren tot verdere verruiming, naar Nederlands voorbeeld.

(ii) *Illustraties seksuele intimidatie*

424. In de Duitse wetgeving geeft men – in aanvulling op de definitie in de richtlijnen en in het Gelijkekansendecreet – een nadere (exemplatieve) uitwerking ('met inbegrip van') aan wat zoals ongewenste gedragingen kunnen zijn, bij seksuele intimidatie, t.w.: "*ongewenste seksuele handelingen en verzoeken om dergelijke handelingen, seksueel expliciet lichamenlijk contact, opmerkingen van seksuele aard en het ongewenst tonen of zichtbaar tonen van pornografische afbeeldingen*".⁹⁴⁹

425. Het kan interessant zijn om iets dergelijks ook te doen in het Gelijkekansendecreet, temeer daar de verbodsbepaling uit het Unierecht op zichzelf niet erg duidelijk is (of minstens erg algemeen). Tegelijk zal desgevallend in de formulering wel een evenwicht gezocht moeten worden met andere belangen en (grond)rechten (waaronder de expressievrijheid).

(iii) *Inperkingen*

426. Verder is het interessant dat in het Verenigd Koninkrijk intimidatie niet in alle maatschappelijke domeinen op grond van alle beschermde kenmerken verboden is. Zo zijn de beschermde kenmerken geloof en seksuele oriëntatie uitgesloten van bescherming tegen intimidatie bij de toegang tot diensten en in het onderwijs.⁹⁵⁰ De reden is dat aan de definitie van intimidatie voldaan kan worden door zaken die meningsuitingen betreffen en de Britse wetgever wilde daarom al te grote conflicten met de vrijheid van meningsuiting vermijden door bepaalde gronden in bepaalde domeinen uit te sluiten van het verbod op intimidatie.⁹⁵¹

427. Een soortgelijke situatie doet zich *de facto* voor in Nederland, maar dan door het bestaan van een afzonderlijke wet voor leeftijdsdiscriminatie (incl. het intimidatieverbod op die grond) die een minder ruim toepassingsgebied kent dan de regelgeving voor de overige gronden (*supra*). De inperking geldt in Nederland dan ook niet enkel voor intimidatie op grond van leeftijd maar voor alle discriminatieverboden in verband met die grond, buiten arbeidsbetrekkingen.

⁹⁴⁹ § 3 (4) AGG. Eigen vertaling van "*wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird*".

⁹⁵⁰ Equality Act 2010, S29(8) en S85(10).

⁹⁵¹ J. HAND, "Outside the Equality Act: Non-standard protection from discrimination in British law", *International Journal of Discrimination and the Law* 2015, 208.

(c) *Conformiteit Unierecht*

428. Tot slot kan worden vermeld dat diverse rechtssystemen bepaalde vormen van discriminatie omschrijven op een wijze die niet geheel overeenstemt met het Unierecht. Zo geeft de Belgische Welzijnswet een te enge invulling aan het begrip intimidatie op het werk, wordt het begrip directe discriminatie te restrictief opgevat in de Franse wetgeving en is de (wettelijke) definitie van redelijke aanpassingen ontoereikend in het Duitse recht.

Het Vlaamse decreet is o.i. op dit vlak wél in overeenstemming met de Europese richtlijnen, al zou het wenselijk kunnen zijn om sommige begrippen nog nader te omschrijven in het decreet, teneinde de beoordelingsruimte in te perken van de rechters die het decreet moeten toepassen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de invoering van een uitdrukkelijke bepaling die stelt dat, voor de vaststelling van een discriminatie in de zin van het Gelijkekansendecreet, geen opzet in hoofde van de discriminator dient te worden aangetoond (behoudens in strafzaken). Hierop wordt nader ingegaan in deel II van het rapport (randnr. 57).

4. **Rechtvaardigingsgronden**

429. De Vlaamse decreetgever hanteert als algemeen principe dat gevallen van *prima facie* discriminatie gerechtvaardigd kunnen worden aan de hand van een open **proportionaliteitstoets**. Dat betekent dat wanneer het gemaakte onderscheid een legitiem doel heeft en geschikt en noodzakelijk is om dat doel te bereiken, er geen sprake is van discriminatie.

Alleen in die gevallen waar de Europese richtlijnen een **strikt rechtvaardigingsregime** voorschrijven, heeft het Gelijkekansendecreet hierin voorzien. Dit is enkel zo voor *prima facie directe* discriminatie op welbepaalde gronden in welbepaalde domeinen.

- Een direct onderscheid in de arbeidscontext op basis van ras- en geslachtsgerelateerde gronden, geloof of overtuiging, seksuele oriëntatie of handicap kan enkel worden gerechtvaardigd wanneer het kenmerk een “wezenlijke en bepalende beroepsvereiste” uitmaakt.
- Een direct onderscheid op grond van raciale gronden bij de toegang tot goederen en diensten, in de gezondheidszorg, m.b.t. sociale voordelen en in het onderwijs kan niet worden gerechtvaardigd.
- Een direct onderscheid op grond van geslachtsgerelateerde gronden bij de toegang tot goederen en diensten kan enkel worden gerechtvaardigd indien de goederen of diensten in kwestie uitsluitend of hoofdzakelijk bestemd zijn voor één geslacht (en tevens aan de proportionaliteitstoets is voldaan).

430. Problematisch is evenwel dat het Gelijkekansendecreet momenteel een open proportionaliteitstoets voorziet als rechtvaardigingsgrond voor een direct onderscheid op grond van geslacht bij de toegang tot **sociale voordelen**. Dit lijkt ons in tegenspraak te zijn met de Genderrichtlijn Sociale Zekerheid, die in geen enkele rechtvaardigingsmogelijkheid voorziet voor een direct (of zelfs indirect) onderscheid op grond van geslacht, al laat zij de lidstaten wel toe welbepaalde uitkeringen uit haar toepassingsgebied uit te sluiten. Zeker indien ook **sociale bescherming** aan de werkingssfeer van het decreet zou worden toegevoegd – wat wij aanbevelen –, is een aanpassing van het decreet nodig zodanig dat geen rechtvaardiging mogelijk is van een *prima facie* discriminatie op grond van geslacht bij de toegang tot sociale bescherming en sociale voordelen. Dit is overigens ook het geval in de Genderwet.

Tevens kan de open proportionaliteitstoets als rechtvaardigingsgrond problemen stellen indien het Hof van Justitie bepaalde medische behandelingen of bepaalde economische, sociale, culturele of politieke activiteiten als “**diensten**” in de zin van de antidiscriminatie-richtlijnen zou aanmerken, waarvoor striktere (of zelfs helemaal geen) rechtvaardigingsmogelijkheden gelden. Daarom verdient het o.i. aanbeveling om in het decreet een algemene clausule op te nemen luidens dewelke de bepalingen inzake de toegang tot goederen en diensten voorrang hebben als de beweerde discriminatie ook onder het toepassingsgebied van die bepalingen valt. Een andere optie is om in het decreet een nog meer algemene bepaling op te nemen die stelt dat de sterkste rechtsbescherming primeert indien een discriminatie aanknopingspunten vertoont met verschillende maatschappelijke domeinen en/of verschillende beschermde kenmerken (zie hoger randnr. 411).

431. Ook hier is het niet verwonderlijk vast te stellen dat de andere onderzochte rechtssystemen een gelijkaardig rechtvaardigingssysteem hebben ontwikkeld, nu dit is opgelegd door het Unierecht. Alle bestudeerde landen hanteren een open proportionaliteitstoets (i.e. legitiem doel, geschiktheid en noodzakelijkheid) ter rechtvaardiging van een *indirect* onderscheid, terwijl voor een *direct* onderscheid op welbepaalde gronden in welbepaalde domeinen de rechtvaardigingsmogelijkheden beperkter zijn. We stippen hieronder nog enkele opvallende en/of interessante voorbeelden aan (waarvan we daarom nog niet noodzakelijk (in alle gevallen) de overname aanbevelen).

(a) Concrete(re) illustraties van objectieve en redelijke rechtvaardiging

432. Een frequente en niet onterechte kritiek op de algemene proportionaliteitstoets in het kader van het Gelijkekansendecreet en discriminatiewetgeving in het algemeen is dat die toets weinig concreet en weinig voorspelbaar is. Een mogelijke manier – die je in sommige van de onderzochte landen ziet – om dat (deels) te ondervangen is door in de regelgeving zelf (niet-limitatieve) nadere illustraties te bieden van welke omstandigheden en situaties zoal in aanmerking kunnen komen voor een dergelijke rechtvaardiging.

433. Zo voorziet met name de Duitse wet in bepaalde burgerrechtelijke contexten (t.w. *buiten* arbeidsrelaties en *buiten* de context van (private) verzekeringen) dat het discriminatieverbod niet wordt geschonden als er een objectieve rechtvaardiging is “*voor een verschillende behandeling op grond van godsdienst, handicap, leeftijd, seksuele identiteit of geslacht*”. Die keuze komt voor de meeste gronden *de facto* overeen met wat het Gelijkekansendecreet doet, met uitzondering van geslacht.⁹⁵²

De wet gaat evenwel ook verder en geeft een reeks (niet-exhaustieve) voorbeelden van wat (onder omstandigheden) onder meer kan gelden als een dergelijke ‘objectieve reden’ of rechtvaardiging.⁹⁵³ Het gaat daarbij onder andere om bepaalde beschermings- en veiligheidsmaatregelen; het toekennen van specifieke voordelen aan groepen; en redelijke rechtvaardigingen in het kader van andere grondrechten (zie voor de precieze formuleringen *supra* E.4.b.3). Het kan interessant zijn om iets soortgelijks te doen in het Gelijkekansendecreet, opdat de weliswaar gestructureerde maar niettemin qua afweging en uitkomst bijzonder onvoorspelbare objectieve en redelijke rechtvaardigingstoets iets meer afgelijnd zou kunnen worden.

(b) Conformiteit Unierecht

434. Niet alle rechtvaardigingen die in andere landen geboden worden, lijken even richtlijnconform te zijn.

Zo geldt onder de Nederlandse wetgeving voor ‘ras’ – ook buiten de arbeidsrelaties – een uitzondering die toelaat om onderscheid te maken “*in gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is*”.⁹⁵⁴ Opmerkelijk was dat men bij het invoeren van deze bepaling beseftte dat de Rasrichtlijn een dergelijke rechtvaardiging niet toestond, maar de Nederlandse wetgever oordeelde “*dat ook buiten de sfeer van de arbeid een grondslag zou moeten worden geboden voor uitzonderingen in het zeer beperkte aantal gevallen, waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend kunnen zijn*”⁹⁵⁵ Ook op het punt van geslacht biedt de Nederlandse regelgeving een analoge (te ruime) rechtvaardiging, buiten arbeidsrelaties, voor “*wanneer het geslacht bepalend is*”,⁹⁵⁶ alsook specifiek waar het gaat om (private) goederen en diensten.⁹⁵⁷

⁹⁵² Daar een algemene objectieve en redelijke rechtvaardiging voor die grond – ook in diverse niet-arbeidsrechtelijke contexten – niet is toegelaten onder de relevante Europese richtlijnen.

⁹⁵³ Iets soortgelijks doet de Duitse regelgeving inzake leeftijdsonderscheid. Bij die thematiek doet richtlijn 2000/78 dit overigens zelf ook al ten dele. De Duitse AGG voorziet echter nog enkele aanvullingen op de illustraties die (ook) reeds in de richtlijn staan (*supra*).

⁹⁵⁴ Art. 4a AWGB.

⁹⁵⁵ Memorie van toelichting EG-implementatiewet Awgb, Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 3, 10.

⁹⁵⁶ Art. 2, lid 2a AWGB.

⁹⁵⁷ Artikel 7, lid 3 AWGB.

Ook in diverse van de andere geanalyseerde systemen lijken de wetgevers soms (bewust of onbewust) over de grens te gaan van wat Unierechtelijk toelaatbaar is. Zo geldt in Duitsland een algemene uitzondering inzake huur die toelaat – inclusief voor de gronden geslacht en ras – om “*sociaal stabiele bewonersstructuren en evenwichtige vestigingsstructuren [te creëren en in stand te houden] en evenwichtige economische, sociale en culturele omstandigheden*”.⁹⁵⁸ Ook de uitzondering inzake tendensondernemingen lijkt duidelijk te ruim te zijn opgesteld (*supra* E.4.d).

5. Proactieve/positieve maatregelen

435. Inzake maatregelen van proactief discriminatierecht laat het Gelijkekansendecreet positieve actie toe mits een aantal (door het Grondwettelijk Hof en het Hof van Justitie bepaalde) voorwaarden zijn vervuld. Op dit punt loopt het decreet gelijk met de federale antidiscriminatie wetten. Ook in alle andere onderzochte rechtssystemen zijn maatregelen van positieve actie toegestaan (maar in de meeste gevallen, net als in Vlaanderen, niet verplicht). Vooral Frankrijk kent op dit punt een uitgebreide regelgeving (zie *supra* voor details).

(a) Positieve actie: alle gronden?

436. In de meeste landen geldt de mogelijkheid van positieve actie voor alle in de wetgeving beschermde discriminatiegronden. Maar dat is niet overal zo. In sommige systemen geldt de mogelijkheid slechts voor een beperkte selectie aan gronden.

437. Dat is binnen de onderzochte landen meer bepaald het geval in Nederland: enkel voor ras, geslacht en handicap/chronische ziekte acht de Nederlandse wetgeving positieve actie toelaatbaar. De inperking is in beginsel conform Europees recht⁹⁵⁹ en de redenen die aan de keuze ten grondslag liggen zijn in hoofdzaak tweeledig. Enerzijds ging het om de gronden in verband waarmee zich de sterkste maatschappelijke achterstelling voordeed (naar het oordeel van de wetgever); anderzijds werden bepaalde gronden – waarvoor dat eventueel ook geldt (seksuele gerichtheid en (bepaalde) religies bijvoorbeeld) – achterwege gelaten omdat ze te (privacy)gevoelig zijn om een realistisch voorkeursbeleid te kunnen voeren.

In Vlaanderen (ook) terugplooiën op een dermate beperkt aantal gronden als waarvoor in de Nederlandse regelgeving positieve actie mogelijk is, is wellicht niet aangewezen (al was het maar vanuit de nu reeds jaren geboden ruimere mogelijkheid). Maar de vraag die je wel kan

⁹⁵⁸ § 19 AGG. Eigen vertaling van: “(3) *Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig*”.

⁹⁵⁹ Dat immers de optie laat, maar geenszins verplicht tot positieve actie voor (alle) gronden. Ook de EC maakte van deze kwestie geen punt bij haar beoordeling van de Nederlandse wetgeving.

stellen, is of het Gelijkekansendecreet voor *alle* discriminatiegronden positieve actie moet toelaten. Temeer omdat de lijst met gronden erg lang is en het met betrekking tot veel gronden moeilijk valt in te zien wat het nut of belang zou kunnen zijn van een positieve-actiebeleid. Dit terwijl – omgekeerd – het bieden van die zeer ruime mogelijkheid wel potentiële risico's met zich mee kan brengen: zogezegde 'positieve actie' op bepaalde gronden kan dan – minstens in theorie – dienen om kandidaten met (door de werkgever of andere actor) 'ongewenste' persoons- of groepskenmerken (bij gelijke geschiktheid) te benadelen. Een inperking zou tegelijk wel de moeilijke vraag met zich meebrengen welke gronden wel en welke niet voor positieve actie in aanmerking (mogen) komen, maar in beginsel is dat keuze die toekomt aan de politiek.

438. Een bijkomend verschil tussen de Nederlandse en Vlaamse regelgeving inzake positieve actie is dat ook voor alle 'toegelaten' gronden, de formulering *asymmetrisch* is (en dus enkel ten gunste van vrouwen, etnische minderheden en personen met een handicap/chronische ziekte kan worden ingeroepen).⁹⁶⁰ Die keuze zag men als voortvloeiend uit de ruimere keuze om positieve actie enkel toe te staan ten aanzien van structureel en op maatschappelijk niveau benadeelde groepen (*supra*).

In het licht van de (huidige) systematiek van het Gelijkekansendecreet, waarin positieve actie een veel meer contextuele mogelijkheid is en ook ongelijkheden op een concreet 'micro'-niveau kan beogen te verhelpen, lijkt het overschakelen naar een dergelijke asymmetrische benadering minder in de rede te liggen. Tegelijk is het wellicht een discussie waard, omdat de reden om bij positieve actie af te (kunnen) wijken van het formele gelijkheidsprincipe traditioneel en conceptueel vooral gelegen is in structurele en maatschappelijke benadeling (en minder in eventuele 'microsituaties' waarin ongelijkheden *ten voordele* van de 'maatschappelijk' benadeelde (sub)groepen bestaan).

(b) Positieve actie: uitvoeringsbesluiten?

439. Op het federale niveau werden de wetsbepalingen inzake positieve actie recent nader uitgewerkt in een koninklijk besluit voor wat de privésector betreft. Een gelijkaardig uitvoeringsbesluit voor de privésector bestaat er niet in Vlaanderen. In tegenstelling tot de federale wetgeving, bevat het decreet ook geen delegatie hieromtrent aan de uitvoerende macht.

Toch zou het ook in Vlaanderen nuttig kunnen zijn dat het decreet of een uitvoeringsbesluit de hypothesen waarbinnen en de voorwaarden waaronder maatregelen van positieve actie kunnen worden aangenomen nader omschrijft. Dit zou als voordeel hebben dat private personen een grotere rechtszekerheid hebben wanneer zij positieve actiemaatregelen overwegen en niet het risico lopen om achteraf met gerechtelijke procedures te worden geconfronteerd. Te denken valt bijvoorbeeld aan private aanbieders van huisvesting die

⁹⁶⁰ Enkel inzake handicap (een inherent asymmetrische grond) is natuurlijk ook binnen het GKD de formulering *de facto* asymmetrisch.

bepaalde wooneenheden willen voorbehouden aan jongeren of ouderen of aan personen met een beperking. In het verleden ontstond er reeds discussie over de rechtmatigheid van dergelijke initiatieven.⁹⁶¹ Ook wervings- en selectiekantoren en arbeidsbemiddelaars die in het kader van een positieve actiemaatregel voor hun klanten gerichte werving of selectie doen van kandidaten op basis van hun handicap, geslacht, origine, leeftijd, ... hebben baat bij een grotere rechtszekerheid. De klant geeft in wezen de opdracht aan die kantoren en bemiddelaars tot het maken van een direct onderscheid op grond van een beschermd criterium. Om meer rechtszekerheid te bieden aan dergelijke kantoren en bemiddelaars lijkt het ons zinvol om in een meer gedetailleerde regelgeving voor positieve actiemaatregelen te voorzien.⁹⁶²

(c) **Toegankelijkheidsverplichtingen**

440. De Nederlandse Wet gelijke behandeling handicap en chronische ziekte kent een interessante positieve *verplichting* (en dus geen loutere optie), die de werking van het discriminatieverbod op grond van handicap en chronische ziekte koppelt aan een (geleidelijke) **toegankelijkheidsplicht**: “*Degene tot wie het verbod van onderscheid zich richt, draagt daarnaast tenminste geleidelijk zorg voor de algemene toegankelijkheid voor personen met een handicap of chronische ziekte, tenzij dat voor hem een onevenredige belasting vormt*”.⁹⁶³ Bij uitvoeringsbesluiten kunnen regels worden gesteld voor de uitvoering van die plicht.

441. De discussie over de verhouding tussen algemene toegankelijkheidsplichten (veelal neergelegd in afzonderlijke wetgeving, buiten de discriminatieregelgeving) enerzijds en redelijke aanpassingen en het (materiële) discriminatieverbod anderzijds is een langlopende en complexe. De(ze) Nederlandse oplossing op dat vlak lijkt een interessante. Ook in Nederland bestaat nog afzonderlijke en meer gedetailleerde toegankelijkheidswetgeving, maar men besloot niettemin een bijkomende toegankelijkheidsplicht te introduceren voor eenieder die gehouden is om ook de discriminatieverboden en positieve-gelijkheidsgeboden te respecteren is, “*zodat in de toekomst toegankelijkheid voor iedereen geen service of uitzondering meer is, maar een vanzelfsprekendheid*” en dit dus op alle gebieden waar de Wgbh/cz van toepassing is: “*arbeid, basisonderwijs, voortgezet onderwijs, direct op het beroep gericht onderwijs (praktijkonderwijs, middelbaar beroepsonderwijs, hoger beroepsonderwijs en wetenschappelijk onderwijs), wonen, openbaar vervoer en goederen en diensten*”.⁹⁶⁴

⁹⁶¹ Zie bv. de discussie n.a.v. de Hasseltse woontoren voor jongeren. T. ROYACKERS, “Woontoren enkel voor jongeren mag niet”, *Het Laatste Nieuws*, 24 mei 2018, <https://www.hln.be/in-de-buurt/hasselt/woontoren-enkel-voor-jongeren-mag-niet~ae3406d1/>.

⁹⁶² Unia, *Evaluatie Vlaams Gelijkekansendecreet*, 2019, niet gepubliceerd, 49.

⁹⁶³ Artikel 2a, lid 1 Wgbh/cz.

⁹⁶⁴ Nota van toelichting Wgbh/cz.

(d) *Positieve plichten in advertenties*

442. Interessant als een soortement van positieve verplichtingen zijn nog bepaalde publieke **informatie-** en **rechtvaardigingsplichten** die voortvloeien uit de Nederlandse discriminatiereggeving, specifiek op het vlak van leeftijd en geslacht.

443. Bij geslacht moet meer bepaald bij het openlijk aanbieden van betrekkingen, waarin ingevolge de discriminatiewetgeving of enige andere wet “*onderscheid mag worden gemaakt (...) de grond voor dat onderscheid daarbij uitdrukkelijk [worden] vermeld*”.⁹⁶⁵ Analoog moet wanneer er “*bij een openlijke aanbieding van een betrekking onderscheid op grond van leeftijd wordt gemaakt (...) de grond daarvan uitdrukkelijk [worden] vermeld*”.⁹⁶⁶

444. Enkel inzake geslacht geldt tot slot dat het aanbieden van betrekkingen in het algemeen zodanig moet geschieden “*wat betreft tekst en vormgeving (...), dat duidelijk blijkt, dat zowel mannen als vrouwen in aanmerking komen*”.⁹⁶⁷ En, daarbij aansluitend: “*[i]ndien voor de aangeboden betrekking een functiebenaming wordt gebruikt, wordt of zowel de mannelijke als de vrouwelijke vorm gebruikt, of uitdrukkelijk vermeld, dat zowel vrouwen als mannen in aanmerking komen*”.⁹⁶⁸

445. Dit soort bijkomende (positieve) verplichtingen ter flankering van de klassieke discriminatieverboden lijken op zich interessant en kunnen ter inspiratie dienen voor Vlaanderen.⁹⁶⁹ Zeker de eerste aspecten (de verplichting om de grondslag en reden voor het gemaakte onderscheid te duiden) kan interessant zijn, ook in het licht van een eventueel juridisch vervolg (waarbij het dan minder in de rede lijkt te liggen om – zoals nu vaak gebeurt – allerlei *ad hoc* en *ex post facto* rechtvaardigingen naar voren te schuiven). De belangrijkste praktische vraag lijkt voldoende kenbaarheid van de plichten te betreffen (in Nederland leert de praktijk dat de betreffende regels, zelfs na jaren, soms nog weinig gekend en niet overall ingeburgerd zijn) en – in samenhang daarmee – (een gebrek aan) handhaving.

6. Handhaving

(a) *Door wie?*

446. In Vlaanderen en in het federale België wordt de antidiscriminatiewetgeving gehandhaafd door de gewone, generalistische rechtscolleges. Afhankelijk van de aard van de discriminatie en van de vordering zijn de burgerlijke rechtbanken, de arbeidsrechtbanken, de

⁹⁶⁵ Art. 3, lid 2, 3 en 4 Wgb.

⁹⁶⁶ Art. 9 Wgl.

⁹⁶⁷ Art. 3, lid 2, 3 en 4 Wgb.

⁹⁶⁸ Art. 3, lid 2, 3 en 4 Wgb.

⁹⁶⁹ Voor zover relevant voor de Vlaamse bevoegdheden, uiteraard.

ondernemingsrechtbanken of de strafrechtbanken bevoegd. Ook in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en in Frankrijk wordt het discriminatieverbod gehandhaafd via een systeem van algemeen rechterlijk toezicht, waarbij de beoordelende rechters geen specifieke specialisatie hebben in het discriminatierecht.

Wel bestaan in al deze landen – naast de gerechtelijke instellingen – gelijkheidsorganen van het ‘promotietype’ (*promotion type bodies*). Deze gelijkheidsorganen besteden de meeste tijd en middelen aan een combinatie van activiteiten,⁹⁷⁰ waarbij klachtbehandeling en het bieden van (juridisch) advies en bijstand aan slachtoffers van discriminatie doorgaans centraal staan.⁹⁷¹ Deze organen kunnen klagers bijstaan of – in sommige gevallen (zoals in Frankrijk en in België) – zelf ook in rechte optreden om de toegang tot het gerecht te vergemakkelijken. Maar ze zijn, buiten het doen van adviezen of het verrichten van bemiddeling, niet gemachtigd om zelf oordelen te vellen over discriminatiezaken.

447. In Nederland, daarentegen, is geopteerd voor een ander of minstens ‘flankerend’ handhavingssysteem naast de gewone rechter, in de vorm van een *quasi-jurisdictioneel gelijkheidsorgaan*. Dergelijke organen besteden de meeste tijd en middelen aan het genereren van (gemotiveerde) oordelen inzake discriminatie, op grond van zaken die voor het orgaan worden gebracht.

Wat aantallen betreft, bestaat er wereldwijd ongeveer een evenwicht tussen het aantal promotieorganen en quasi-jurisdictionele instellingen. Voorbeelden van (overwegend) promotieorganen zijn het Duitse (federale) *Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, de Ierse *Equality Authority*, het Luxemburgse *Centre pour l’Egalité de Traitement* en de Zweedse *Diskrimineringsombudsmannen*. Ook Unia, de Vlaamse Ombudsvrouw Gender en het IGVM zijn allemaal typische voorbeelden van promotieorganen. Tot (overwegend) quasi-jurisdictionele organen kunnen dan weer, onder meer, de volgende instellingen gerekend worden: de Cypriotische *Ombudsman*, de Oostenrijkse *Gleichbehandlungskommission*, de Finse *Syrjintälautakunta*, en de Noorse *Likestillings- og diskrimineringsnemnda*.⁹⁷²

Het Nederlandse orgaan heet (tegenwoordig)⁹⁷³ het College voor de Rechten van de Mens. Deze instelling kan formele (zij het niet-bindende) oordelen vellen over het al dan niet bestaan van een discriminatie in een dossier. Het oordeel van het College laat onverlet dat een zaak nadien alsnog door een rechtbank wordt behandeld, maar in veruit de meeste gevallen zetten de betrokkenen niet (alsnog) de stap naar het gerecht.

448. Nu Vlaanderen vorig jaar heeft aangekondigd het samenwerkingsakkoord voor participatie aan Unia op te zeggen, dient zich de vraag aan voor welk type handhavingorgaan

⁹⁷⁰ Waarvan de (meer) concrete inhoud varieert van instelling tot instelling.

⁹⁷¹ Daarnaast houden zij zich bezig met activiteiten zoals het ontwikkelen en ondersteunen van ‘*good practices*’, sensibiliserings- en bewustwordingsactiviteiten, advisering en onderzoek.

⁹⁷² Zie ook S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, ‘*Institutionalisering van gelijkheid en mensenrechten. Gelijkheidsorganen en mensenrechteninstellingen in Vlaanderen en België*’, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2012, 28.

⁹⁷³ De voormalige Commissie Gelijke Behandeling (van 1994 tot 2012).

men best zou kiezen, op Vlaams niveau. De Nederlandse situatie biedt in dat opzicht een interessante vergelijking (die we enigszins verruimd hebben met functionele vergelijkingen met andere landen en ruimere literatuur).

(i) *Sterktes en zwaktes van elk type instelling*⁹⁷⁴

449. Uitgaande van de oprichting van één enkel type instelling, komen in uit de praktijk en in de literatuur de volgende sterktes en zwaktes van beide types naar voren.

450. *Jurisdictionele organen* worden gezien als een *laagdrempelig, goedkoop en tijdsbesparend alternatief* voor een rechtsgang.⁹⁷⁵ Een bijkomend voordeel, in het verlengde daarvan, is dat zij op korte termijn voor *duidelijkheid* zorgen over wat (althans naar hun oordeel) wel en niet toegelaten is onder de antidiscriminatiewetgeving. Wanneer voor gerechtelijke procedures wordt gekozen, moet soms jarenlang op duidelijkheid worden gewacht. Een illustratie daarvan is dat binnen enkele maanden na de totstandkoming van de Nederlandse wet, de toenmalige Commissie Gelijke Behandeling (het huidige College) al verschillende oordelen had gevelde, daar waar we in België lange tijd hebben moeten wachten op de eerste rechtspraak. Ook vandaag biedt de schaarse Belgische rechtspraak die er ondertussen is nog altijd weinig houvast (zie ook deel II van dit rapport). De beter ontwikkelde ‘jurisprudentie’ van de CGB/het College blijft dan ook een belangrijke inspiratiebron voor de Belgische rechtsleer en rechtspraak. Het probleem van de trage afwikkeling van gerechtelijke procedures is in België des te prangender gezien de nog altijd significante *gerechtelijke achterstand*, een gegeven dat ontsnapt aan de controle van de Vlaamse decreetgever. Een bijkomend voordeel – in vergelijking met een gewone rechtsgang – is de graad van *specialisatie* bij de oordeelvormende instantie: in het College zetelen gespecialiseerde personen uit de academische wereld en de rechterlijke macht, wat ervoor zorgt dat discriminatiezaken met meer kennis van zaken beoordeeld en afgehandeld worden. Voorts wordt in bepaalde literatuur ook de (veelal) ‘*zachtere*’ en *minder confronterende* aard van de procedures en oordeelsvorming door quasi-jurisdictionele organen, tegenover die van rechtbanken en hoven, gezien als een argument ten gunste van dit type instelling: de gevolgen zijn minder ingrijpend en stigmatiserend.⁹⁷⁶ Tot slot zou het in beginsel eenvoudiger zijn om

⁹⁷⁴ Zie ook uitvoerig: S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, ‘*Institutionalisering*’ van *gelijkheid en mensenrechten. Gelijkeheidsorganen en mensenrechteninstellingen in Vlaanderen en België*, Antwerpen/Cambridge, Intersentia, 2012, 62-65.

⁹⁷⁵ I.P. ASSCHER-VONK en C.A. GROENENDIJK (eds.), *Gelijke behandeling: regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Den Haag, SDU, 1999, 235; M.M. VAN DER BURG, *Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid*, Deventer, Kluwer, 2004, 102; J. VRIELINK, D. DE PRINS en S. SOTTIAUX, “Het kaartenhuis der keuzes: een rechtsvergelijkende analyse van de gelijke behandelingswetgeving in Nederland en België”, in R. HOLTMAAT (ed.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer, Kluwer, 2004, 262.

⁹⁷⁶ Zie o.m. M. DAVIDOVIC en P.R. RODRIGUES, *Monitor racisme & extremisme: opsporing en vervolging in 2006*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2007, 40; J. VRIELINK, D. DE PRINS en S. SOTTIAUX, “Het kaartenhuis der keuzes: een rechtsvergelijkende analyse van de gelijke behandelingswetgeving in Nederland en België”, in R. HOLTMAAT (ed.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer, Kluwer, 2004, 262-263.

de *neutraliteit* van de overheid te waarborgen door middel van quasi-jurisdictionele organen. Promotieorganen zijn immers per definitie ‘partijdig’ en staan aan de zijde van de (mogelijke) slachtoffers.⁹⁷⁷

451. Tot de *nadelen* van quasi-jurisdictionele organen behoort om te beginnen – voor zover hun oordelen althans niet bindend zijn, zoals die van het Nederlandse College – dat zij riskeren *vrijblijvend* te zijn,⁹⁷⁸ hoewel dat risico voor de landen die dergelijke systemen kennen, beperkt lijkt in de praktijk. Verder is de bevoegdheid van dit type van organen beperkt tot het toepassen van de wetgeving in de zaken die hen actief worden voorgelegd door derden. Er is dus sprake van een aanzienlijk *immobilisme*, terwijl een belangrijk en gekend probleem met discriminatiezaken vaak is dat de slachtoffers het hun aangedane onrecht niet kunnen of durven aanklagen. De angst voor represailles of andere kosten is bijvoorbeeld vaak groot en sommige commentatoren menen dat de laagdrempeligheid van dergelijke instellingen hiervoor onvoldoende compensatie biedt: het risico zou daardoor bestaan dat juist degenen die de meeste nood hebben aan bescherming niet in de positie zijn om zelfs maar over de (lage) drempel naar het gelijkheidsorgaan te stappen.⁹⁷⁹

452. De voor- en nadelen van een *promotieorgaan* zijn grotendeels het spiegelbeeld van de elementen die zojuist aan bod kwamen. Zo is een van de grote voordelen van dit type instellingen dat zij door hun (potentiële) *proactieve karakter* niet lijdzaam klachten hoeven af te wachten: zij kunnen veelal actief op zoek naar (collectieve en individuele) misstanden en deze – indien nodig – juridisch (laten) aanpakken.⁹⁸⁰ Promotieorganen zouden verder *drempelverlagend* kunnen werken; niet alleen in vergelijking met een directe rechtsgang, maar ook in vergelijking met jurisdictionele organen, doordat deze instellingen relatief eenduidig aan de zijde van de slachtoffers staan.⁹⁸¹ Zeker in het licht van de aangehaalde terughoudendheid van slachtoffers van discriminatie om zelfs maar naar een quasi-jurisdictioneel orgaan toe te stappen, kan dit een belangrijk voordeel zijn van promotieorganen.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, 263. Daar tegenover staat dat de neutraliteit van jurisdictionele organen, indien zij het enige gelijkheidsorgaan zijn dat opgericht wordt, ook gezien wordt als problematisch vanuit de Europese richtlijnen, die immers vereisen dat gelijkheidsorganen *bijstand verlenen* aan slachtoffers van discriminatie. Zie hierover o.m.: M. AMMER, N. CROWLEY, B. LIEGL, E. HOLZLEITHNER, K. WLADASCH en K. YESILKAGIT, *Study on equality bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC – Synthesis report*, Wenen, FRA, 2010.

⁹⁷⁸ J. VRIELINK, D. DE PRINS EN S. SOTTIAUX, “Het kaartenhuis der keuzes: een rechtsvergelijkende analyse van de gelijke behandelingswetgeving in Nederland en België”, in R. HOLTMAAT (ed.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer, Kluwer, 2004, 262.

⁹⁷⁹ J. VRIELINK, D. DE PRINS EN S. SOTTIAUX, “Het kaartenhuis der keuzes: een rechtsvergelijkende analyse van de gelijke behandelingswetgeving in Nederland en België”, in R. HOLTMAAT (ed.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer, Kluwer, 2004, 263.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, 263. Wel dient te worden opgemerkt dat veel promotieorganen weinig gebruikmaken van hun proactieve mogelijkheden. Zie daarover o.m.: M. AMMER, N. CROWLEY, B. LIEGL, E. HOLZLEITHNER, K. WLADASCH en K. YESILKAGIT, *Study on equality bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC – Synthesis report*, Wenen, FRA, 2010, nr. 185.

⁹⁸¹ M. AMMER, N. CROWLEY, B. LIEGL, E. HOLZLEITHNER, K. WLADASCH & K. YESILKAGIT, *Study on equality bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC – Synthesis report*, Wenen, FRA, 2010.

453. Tot de nadelen van promotieorganen behoort volgens sommigen het feit dat deze instellingen – wanneer zij beschikken over de mogelijkheid om in rechte op te treden – een ongecontroleerde *extra belasting* kunnen vormen voor het rechtssysteem, en ook dat hun optreden tot wantrouwen kan leiden met betrekking tot hun *motieven* en *legitimiteit*.⁹⁸² Een ander nadeel is dat het *risico op politieke inmenging* groter blijkt te zijn bij promotieorganen dan bij jurisdictionele instellingen.⁹⁸³ Ook meer in het algemeen is de (gepercipieerde en reële) *neutraliteit* van promotieorganen beperkter, als instellingen die eenduidig aan de kant van de slachtoffers staan, zodat zij ook sneller het voorwerp kunnen worden van *maatschappelijke discussie* en controverse.⁹⁸⁴

(ii) *Beide types*

454. In plaats van te kiezen voor een van beide types instellingen, kan er ook voor worden geopteerd om de beide naast elkaar in te voeren: *de facto* is dat in Nederland bijvoorbeeld het geval. Daar combineert men het quasi-jurisdictionele College voor de Rechten van de Mens met regionale promotieorganen (*supra* D.6).

455. De voordelen van een dergelijke benadering zijn dan in beginsel de optelsom van de voordelen van de afzonderlijke instellingen, terwijl de nadelen van de oprichting van (slechts) een van beide type instellingen hierdoor in belangrijke mate worden vermeden. Het kan zelfs de geloofwaardigheid van *beide* instellingen verder verhogen door de duidelijke scheiding van (categorieën van) activiteiten.⁹⁸⁵ Verschillende landen met een lange traditie op het gebied van discriminatiebestrijding hebben voor deze optie gekozen. Zo is de handhaving van het discriminatierecht in de meeste Canadese provincies in handen van een *tribunal* en een *commission* die naast elkaar functioneren.

De voor de hand liggende *nadelen* van deze optie liggen vooral op budgettair vlak en/of (bij de verdeling van de beschikbare fondsen) bij de slagkracht en de effectiviteit van beide types van instellingen.

⁹⁸² Zie o.m. E. BARRY, “Interventions and amicus curiae applications. Making individual enforcement more effective”, in S. OBURA en F. PALMER (eds.), *Report by Equinet working group 2 on strategic enforcement*, Equinet, 2006, 40.

⁹⁸³ M. AMMER, N. CROWLEY, B. LIEGL, E. HOLZLEITHNER, K. WLADASCH & K. YESILKAGIT, *Study on equality bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC – Synthesis report*, Wenen, FRA, 2010.

⁹⁸⁴ J. VRIELINK, D. DE PRINS en S. SOTTIAUX, “Het kaartenhuis der keuzes: een rechtsvergelijkende analyse van de gelijke behandelingswetgeving in Nederland en België”, in R. Holtmaat (ed.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Deventer, Kluwer, 2004, 263.

⁹⁸⁵ M. AMMER, N. CROWLEY, B. LIEGL, E. HOLZLEITHNER, K. WLADASCH & K. YESILKAGIT, *Study on equality bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC – Synthesis report*, Wenen, FRA, 2010, nr. 498.

(b) Sancties

456. Het Vlaamse Gelijkekansendecreet zet hoofdzakelijk in op een **burgerrechtelijke** handhaving van het decreet. Discriminatie kan worden gesanctioneerd met een stakingsbevel (dat eventueel wordt bekendgemaakt en gepaard kan gaan met een dwangsom), de nietigheid van de discriminatoire bepalingen en een schadevergoeding.

Slechts in twee gevallen stelt het Gelijkekansendecreet ook **strafsancties** op discriminatie: wanneer iemand zich niet voegt naar een rechterlijk stakingsbevel en wanneer de discriminatie is gepleegd door een gezagsdrager of ambtenaar. Wel moet hieraan worden toegevoegd dat het Decreet Evenredige Arbeidsparticipatie, dat primeert op het Gelijkekansendecreet, directe discriminatie op grond van bepaalde kenmerken in de arbeidscontext strafbaar stelt.

457. De Belgische federale wetgever trekt, iets meer dan de Vlaamse, maar ook maar in beperkte mate, de kaart van de penalisering van discriminatie.⁹⁸⁶ (Enkel) op ras- en geslachtsgerelateerde discriminatie, ook indien gepleegd door private personen, staan strafsancties in de federale wetgeving wanneer het gaat om de context van arbeidsbetrekkingen enerzijds en goederen en diensten anderzijds. Ook in Frankrijk zijn diverse verschijningsvormen van discriminatie strafbaar met geldboetes en gevangenisstraffen, die overigens nog een stuk strenger zijn dan in België. In Nederland bestaan voor een beperkt aantal discriminatiegronden strafbepalingen⁹⁸⁷ en in het Verenigd Koninkrijk en Duitsland, tot slot, wordt het discriminatieverbod nagenoeg uitsluitend burgerrechtelijk gehandhaafd.

Op de (on)wenselijkheid van strafsancties in het discriminatierecht wordt nader ingegaan in deel II van het rapport (randnr. 39).

⁹⁸⁶ Voor veel minder gronden gelden in de wetten van 2007 strafsancties voor gewone burgers voor daadwerkelijke discriminatie. Initieel was voor discriminatie door burgers zelfs een algehele depenalisering voorzien. De reden voor deze accentverschuiving en de inperking van de strafrechtelijke discriminatiebepalingen was ten eerste dat de ervaringen van landen met een langere traditie inzake discriminatiebestrijding lieten zien dat vooral van het burgerlijk recht op ter- mijn (positieve) effecten verwacht konden worden. Sterker nog, men vreesde dat een te grote nadruk op het strafrecht met zijn zware bewijslast en sterke morele implicaties, contraproductief kon werken. De aanwezigheid van die bepalingen zou te zeer een stempel drukken op het discriminatierecht als geheel en er een zware morele lading aan verlenen die in de weg staat van een oplossingsgerichte aanpak van discriminaties, omdat die in de meeste gevallen niet te maken hebben met kwaadwilligheid of opzettelijkheid. Uiteindelijk werd de depenalisering voor wat betreft de Antiracismewet teruggedraaid. De reden hiervoor was dat bepaalde minderheidsorganisaties en het toenmalige CGKR zich ertegen verzetten. De meerderheid gaf toe aan deze weerstand en voerde de verwijderde strafbepalingen opnieuw in. De depenalisering vond dus geen doorgang in de Antiracismewet, in tegenstelling tot in de Antidiscriminatiewet en de Genderwet (zie uitvoerig: J. VRIELINK en D. DE PRINS, “Die Wiederkehr des Gleichen. Het Grondwettelijk Hof en de (federale) discriminatiewetgeving”, *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* 2009, nr. 10, 588-589). Later, toen de seksismewet tot stand kwam in 2014, werden ook weer strafbepalingen (her)ingevoerd inzake geslacht.

⁹⁸⁷ ‘Beperkt’ als in ‘beperkter dan de opsomming die in de (burgerrechtelijke) discriminatiewetgeving geldt. Het gaat in het strafrecht enkel om: ras, geslacht, godsdienst/levensovertuiging, hetero-/homoseksuele gerichtheid en handicap.

(c) Bewijs

458. In Vlaanderen alsook in de andere bestudeerde rechtssystemen **verschuift de bewijslast** in burgerlijke procedures naar de verweerder zodra de verzoeker feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden. Dit is logisch, nu deze verschuiving van de bewijslast voortvloeit uit het Unierecht.

459. Een vraag die daarbij rijst is of **praktijktests** als bewijs kunnen worden aangewend in gerechtelijke procedures. Het Gelijkekansendecreet bepaalt hierover niets expliciet, en het Unierecht evenmin. Tegelijk lijkt de huidige formulering van feiten die ‘discriminatie kunnen doen vermoeden’ in het decreet genoeg ruimte te bieden om ook (kwalitatieve) ‘praktijktests’ te aanvaarden en bovendien is het bewijs sowieso grotendeels vrij. Onder de federale wetten – die op dit punt identiek geformuleerd zijn – werden praktijktests al wel door rechters aanvaard.⁹⁸⁸ Bovendien werd in 2018 in het Sociaal Strafwetboek een bepaling ingevoegd die sociale inspecteurs de bevoegdheid verleent om discriminatie te testen, onder meer via praktijktests.⁹⁸⁹

460. Uit onze rechtsvergelijkende studie blijkt dat in Nederland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk praktijktests toegelaten zijn. In Nederland wordt het in zowel strafzaken als in burgerlijke zaken aanvaard⁹⁹⁰ en ook het College voor de Rechten van Mensen aanvaardt praktijktesten als bewijs.⁹⁹¹ Ook in Frankrijk worden praktijktests zowel in burgerrechtelijke als in strafrechtelijke procedures aanvaard⁹⁹² en er is – in strafrechtelijke context – zelfs uitdrukkelijke regelgeving die bepaalt dat discriminatie ook verboden is “*indien zij worden gepleegd jegens een of meer personen (...) die goederen, akten, diensten of contracten (...) hebben aangevraagd om het bestaan van discriminerend gedrag aan te tonen, zolang dit laatste wordt bewezen*”.⁹⁹³ Ook de Franse gelijkheidsorganen voerden al praktijktests uit.⁹⁹⁴ In het Verenigd Koninkrijk bepaalt de wetgeving niets over de rechtmatigheid van praktijktests, en het middel wordt niet erg vaak gebruikt, maar er is ons niettemin één zaak bekend waarin het hoogste rechtscollège bewijs verkregen door een praktijktest heeft aanvaard.

⁹⁸⁸ Zie inzake discriminatiezaken op burgerrechtelijk vlak bijv.: REA Brussel, 3 juni 2005; Gent, 30 november 2005. Op strafrechtelijk vlak, zie: Luik, 11 maart 1988. Ook in andere rechtsdomeinen wordt het middel geregeld gehanteerd, zie bijv.: Bergen, 27 november 2013.

⁹⁸⁹ Art. 42/1 Sociaal Strafwetboek, ingevoegd door de wet van 15 januari 2018 houdende diverse bepalingen inzake werk.

⁹⁹⁰ I. RORIVE, *Providing discrimination cases. The role of situation testing*, Stockholm/Brussel, Centre for equal rights/MPG, 2009, 71-74.

⁹⁹¹ Zie voor enkele oordelen bijv. 1997-62; 1997-64; 199-133 en 1998-39.

⁹⁹² Zie bijvoorbeeld de volgende beslissingen van het Franse Hof van Cassatie: Cour de Cassation, 12 september 2000, nr. 99-87.251; Cour de Cassation, 11 juni 2002, nr. 01-85.559; Cour de Cassation, 7 juni 2005, nr. 04-8735,

⁹⁹³ Art. 225-3-1 Frans Strafwetboek. Eigen vertaling van “*Les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie*”.

⁹⁹⁴ I. RORIVE, *Providing discrimination cases. The role of situation testing*, Stockholm/Brussel, Centre for equal rights/MPG, 2009, 65-66.

Op de rechtmatigheid van praktijktests in Vlaanderen gaan we nader in in deel II van dit rapport (randnr. 45).

(d) Bescherming tegen represailles

461. In alle bestudeerde rechtssystemen worden slachtoffers én getuigen van discriminatie beschermd tegen represailles. Dit is opnieuw weinig verwonderlijk, nu het Unierecht een dergelijke bescherming oplegt.

Uit het recente arrest-*Hakelbracht* van het Hof van Justitie blijkt evenwel dat de Belgische federale antidiscriminatiewetgeving getuigen onvoldoende beschermt tegen represailles, omdat de bescherming beperkt blijft tot *formele* getuigen. Ook het Gelijkekansendecreet heeft het over “*personen die een slachtoffer vertegenwoordigen of in zijn voordeel getuigen tijdens een procedure*”. Daarom zal de tekst van het Gelijkekansendecreet moeten worden aangepast, zodat niet enkel formele getuigen, maar ook al wie de gediscrimineerde persoon informeel steunt, voortaan beschermd wordt (ook wordt best verduidelijkt, zoals het arrest en ook de relevante richtlijnen bepalen, dat de bescherming tevens na beëindiging van de arbeidsrelatie moet gelden).⁹⁹⁵ Naar wij begrijpen, zijn de voorbereidende werkzaamheden voor een aanpassing van het decreet al opgestart.

Mogelijk kan de formulering in de andere onderzochte landen, waar de formulering zoals al ruimer is, nog tot inspiratie dienen: zo is in Duitsland sprake van personen ‘die de werknemer helpen of die als getuige optreden’, terwijl de Nederlandse wet het – algemener – op het verlenen van ‘bijstand’ houdt. In het Verenigd Koninkrijk, tot slot, verbiedt de wetgeving alle (natuurlijk) personen die een beschermde handeling stelden, waarbij beschermde handelingen de volgende zaken omvatten: een procedure opstarten op grond van de discriminatiewetgeving; bewijs of informatie geven in verband met zo’n procedure; andere handelingen stellen die het doel van de discriminatiewetgeving nastreven of met die wetgeving verband houden; een (al dan niet bedoelde) beschuldiging uiten van een overtreding van de discriminatiewetgeving.⁹⁹⁶

462. In diezelfde landen – dus: Nederland en Duitsland – omvat de bescherming tegen represailles bovendien nog een (mogelijk) interessante toevoeging. In een bijkomende bepaling in het artikel inzake represaillebescherming wordt in die landen verduidelijkt dat het feit dat iemand discriminatie of intimidatie afwijst of lijdzaam ondergaat/duldt, evenmin aanleiding mag geven tot (negatieve) beslissingen die deze persoon treffen. Hoewel het onderliggende principe aansluit bij algemene rechtsbeginselen, valt het zeker te overwegen dat

⁹⁹⁵ H.v.J., C-404/18, *Hakelbracht*, 20 juni 2019, § 29. Zie ook overw. 32 Richtlijn 2006/54 en de richtlijnen voor de toegang tot procedures.

⁹⁹⁶ EA 2010, S27(2). Zie ook EA 2010, S27(5). Niet beschermd is het verstrekken van valse bewijzen of informatie als dit ter kwader trouw werd gedaan. EA 2010, S27(3).

[Definitief]

element in het Gelijkekansendecreet op te nemen, daar het in de praktijk een niet zelden ingeroepen argument is, door personen die van discriminatie of intimidatie worden beticht.