

INDIRECTE DISCRIMINATIE OP GROND VAN GESLACHT IN DE SOCIAAL-RECHTELIJKE SFEER

*Kathleen Van Havere**

Onder wetenschappelijke begeleiding van
Prof. Dr. Koen Lenaerts en Prof. Dr. André Alen

INLEIDING

De gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers kan niet los van de problematiek van gelijke behandeling van vrouwen en mannen in het algemeen worden gezien. Artikel 119 EG-Verdrag is immers slechts het begin, de eerste steen als het ware: het ligt aan de basis van een aantal richtlijnen die de toepassingssfeer van het non-discriminatiebeginsel op grond van het geslacht, aanvankelijk beperkt tot "gelijke beloning" voor "gelijke arbeid", hebben uitgebreid tot verscheidene aspecten van het arbeids- en sociale zekerheidsrecht.¹

Dit gemeenschapsrecht heeft in een tijdsperiode van ongeveer 25 jaar² het voorwerp uitgemaakt van 91 arresten van het Hof van Justitie, dat reeds in één van de eerste uitspraken de gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht heeft erkend³ en vervolgens in zijn rechtspraak dit beginsel voortdurend heeft aangevuld en versterkt. Dit cijfer illustreert niet alleen de belangrijkheid van deze problematiek, maar ook de omvang ervan.

Vandaar de keuze om uit het geheel één deelaspect te lichten en dit in detail te bekijken.

Men stelt vast dat in de rechtsleer bij de bespreking van artikel 119 doorgaans drie thema's worden behandeld nl. de vraag naar de rechtsaard van het artikel (funda-

* Met dank aan Petra Foubert, assistente Europees recht en Jan Theunis, assistent staatsrecht voor hun bereidwillige hulp.

¹ Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, *Pb.*, 1975, L 45/19 (hierna: de eerste richtlijn); Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *Pb.*, 1976, L 39/40 (hierna: de tweede richtlijn); Richtlijn 79/7/EEG van de Raad 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, *Pb.*, 1978, L 6/24 (hierna: de derde richtlijn); Richtlijn 86/378/EEG van de Raad van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *Pb.*, 1986, L 225/40 (hierna: de vierde richtlijn) en Richtlijn 86/613/EEG van de Raad van 11 december 1986 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap, *Pb.*, 1986, L 359/56.

² Meer precies tussen begin 1970 en december 1994.

³ H.v.J., 15 juni 1978, *Defrenne III*, zaak 149/77, *Jur.*, 1978, (1365) 1378-1379, r.o. 26-27.

menteel beginsel van gemeenschapsrecht, rechtstreekse werking), de vraag naar het toepassingsgebied (bepaald door de noties "gelijke beloning" en "gelijke arbeid") en tot slot het concept discriminatie, waarbij men in het bijzonder aandacht heeft voor het fenomeen van de indirecte discriminatie.

Dit begrip, ontwikkeld door het Hof van Justitie, kan kort omschreven worden als: discriminatie ten gevolge van het hanteren van een criterium dat als dusdanig niet verboden is, maar dat effecten sorteert die met het verboden onderscheidingscriterium samenvallen of dit benaderen.⁴ Dat dit op het eerste zicht eenvoudiger lijkt dan het in werkelijkheid is, moge blijken na het lezen van dit artikel.

"Indirecte discriminatie" is geen concept dat door de communautaire wetgever is geïntroduceerd en gedefinieerd om dan vervolgens door het Hof te worden geïnterpreteerd. De rollen zijn veeleer omgekeerd: eerst kwam het Hof, dan pas de wetgever (Commissie, Raad en Europees Parlement) die zag dat het goed was... Centraal bij de bespreking staan dan ook de arresten van het Hof van Justitie die een toepassing zijn van het concept.⁵

Dit artikel gaat uit van de definitie van indirecte discriminatie zoals die door de Commissie in 1988 is opgenomen in een voorstel van richtlijn betreffende de bewijslast op het gebied van de gelijke beloning voor en de gelijke behandeling van vrouwen en mannen.⁶ Hieruit kan men een aantal essentiële bestanddelen afleiden, waaronder het belang van een geslachtsneutraal criterium en de rechtvaardigingsmogelijkheid in hoofde van de "prima facie" discriminator. Na het Europeesrechtelijk luik, komt de -beperkte- rechtspraak van het Arbitragehof aan bod.

⁴ LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1995, 120, nr. 129.

⁵ Het betreft in totaal twintig arresten, chronologisch: de zaken *Sabbatini*, *Airole*, *Jenkins*, *Bilka*, *Rummler*, *Teuling*, *Rinner-Kühn*, *Danfoss*, *Ruzius-Wilbrink*, *Kowalska*, *Nimz*, *Commissie t. België*, *Bötel*, *Molenbroek*, *Enderby*, *Kirsammer-Hack*, *Roks*, *Grau Hupka*, *Helmig* en *Royal Copenhagen* (voor precieze verwijzingen, *infra*).

⁶ Voorstel voor een richtlijn van de Raad, door de Commissie bij de Raad ingediend op 27 mei 1988 (88/C176/09), *Pb.*, 1988, C 176/6: de hierin opgenomen definitie is in zekere zin de (poging tot) codificatie van de omschrijving ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof, *infra*.

I. HET EUROPEES RECHT

A. HET CONCEPT

1. Wording

Zoals hoger reeds vermeld, is indirecte discriminatie in essentie een jurisprudentiële notie, door het Hof van Justitie ontwikkeld vanaf de jaren '70. De wortels van het begrip moet men zoeken in de rechtspraak betreffende migrerende werknemers. Het gemeenschapsrecht verbiedt immers niet alleen een onderscheid in behandeling tussen onderdanen van de Lid-Staten op grond van hun geslacht, maar ook op grond van hun nationaliteit.⁷ De basisomschrijving van het huidige begrip indirecte discriminatie werd door het Hof geformuleerd in het arrest *Sotgiu* van 12 februari 1974: "Overwegende dat de regels omtrent de gelijkheid van behandeling niet alleen de zichtbare discriminaties op grond van nationaliteit verbieden, maar ook alle verkapt vormen van discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden."⁸ In dit geval ging het om een onderscheid steunend op de plaats van herkomst en de woonplaats van de werknemer.

De bereidheid om het verbod ruim te interpreteren bleek echter reeds uit een arrest van 7 juni 1972, de zaak *Sabbatini*.⁹ Het betrof een vrouwelijke ambtenaar van de Gemeenschappen die meende dat een bepaling van het Statuut van de ambtenaren, luidens dewelke een ambtenaar het recht op ontheemdingstoelage verliest "indien hij door huwelijk met een persoon die op de datum van het huwelijk niet aan de voorwaarden voor toekenning van deze toelage voldoet, niet de hoedanigheid van gezinshoofd verkrijgt", strijdig was met artikel 119 EG-Verdrag. Het Hof stelde het verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen vast op grond van het feit dat het Statuut "gezinshoofd" definieerde als in de regel de gehuwde mannelijke ambtenaar, terwijl een gehuwde vrouwelijke ambtenaar slechts in uitzonderingsgevallen als zodanig werd beschouwd. Vervolgens ging het Hof na of deze ongelijke behandeling niet objectief gewettigd -gerechtvaardigd door een voldoende belangrijk, rechtmatig doel- was. Daartoe ontleedde het het doel van de toelage en kwam het tot de conclusie dat dit een dergelijk onderscheid niet kon rechtvaardigen. Weliswaar kan men hierin de redenering die zo kenmerkend is voor indirecte discriminatie reeds herkennen, maar een heldere kijk van het Hof op de notie is hieruit zeker nog niet af te leiden.

⁷ Zie artikel 6, eerste alinea EG-Verdrag. Hier past reeds de waarschuwing van advocaat-generaal CAPOTORTI, in zijn conclusie bij de *derde Defrenne-zaak* (*supra*, vn. 3, *Jur.*, 1978, (1365) 1384-1385, overweging 4) dat het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit een aparte plaats inneemt in het gemeenschapsrecht. Redeneringen zijn dus niet zonder meer transposeerbaar. Dit neemt niet weg dat de rechtspraak inzake nationaliteit kan gebruikt worden als bron van inspiratie, voor zover men maar de verschillen voor ogen houdt. Zie PRECHAL, S., "Combating indirect discrimination in community law context", *L.I.E.L.*, 1993, 87.

⁸ H.v.J., 12 februari 1974, *Sotgiu*, zaak 152/73, *Jur.*, 1974, (153) 164, r.o. 11.

⁹ H.v.J., 7 juni 1972, *Sabbatini*, zaak 20/71, *Jur.*, 1972, 345.

Enkele jaren later, op 20 februari 1975, sprak het Hof zich in een gelijkaardige zaak (*Airole*) in dezelfde zin uit.¹⁰

Het is echter de communautaire wetgever die als eerste de term "indirecte discriminatie" heeft gebruikt nl. in artikel 2, lid 1 van de tweede richtlijn: "Het beginsel van gelijke behandeling in de zin van de hierna volgende bepalingen houdt in dat iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie." Dezelfde formulering vindt men terug in alle later uitgevaardigde richtlijnen m.b.t. de gelijke behandeling van mannen en vrouwen.¹¹

Opmerkelijk is dat het onderscheid direct - indirect in geen enkel van deze richtlijnen wordt gedefinieerd: men beperkt zich tot het vermelden ervan, de invulling wordt dus verder aan het Hof overgelaten.

Met het zgn. *tweede Defrenne-arrest* van 8 april 1976,¹² antwoord op een prejudiciële vraag betreffende de rechtstreekse werking van artikel 119, heeft het Hof echter heel wat verwarring gecreëerd. Het gebruikt het onderscheid tussen enerzijds "rechtstreekse en openlijke" en anderzijds "zijdelingse en verkapte" discriminaties, maar geeft hieraan een betekenis die volledig afwijkt van de tot op dat ogenblik hieromtrent ontwikkelde ideeën. Een rechtstreekse discriminatie wordt omschreven als een discriminatie die kan geïdentificeerd worden aan de hand van de criteria "gelijk loon" en "gelijk werk" zonder dat verdere precisering in communautaire of nationale wetgeving is vereist.¹³ Een dergelijke discriminatie heeft rechtstreekse werking (d.w.z. is "duidelijk, onvoorwaardelijk en niet afhankelijk van een discretionaire uitvoeringsmaatregel"¹⁴): zij kan door een particulier voor de nationale rechter worden ingeroepen ten aanzien van een andere particulier en ten aanzien van de overheid. Onrechtstreekse discriminaties zijn dan die discriminaties die niet binnen de toepassingsfeer van artikel 119 vallen en die dus slechts met behulp van verduidelijkende toepassingsbepalingen kunnen worden vastgesteld. Dit is gebeurd onder de vorm van richtlijnen: een particulier kan er zich slechts op beroepen ten aanzien van de overheid (ruim: in elke hoedanigheid). In die zin kan ook een indirecte discriminatie "rechtstreeks" zijn, nl. wanneer ze binnen de toepassingsfeer van artikel 119 valt. Omgekeerd kan een directe discriminatie onrechtstreeks ("verkapt") zijn wanneer het onderscheid in behandeling zich situeert op een vlak dat niet binnen voormelde criteria valt. Het Hof heeft zich dus in deze zaak enkel uitgesproken over de vraag of artikel 119 in een specifiek geval al dan niet rechtstreekse werking heeft, waarbij het zijn woorden -tot eenieders verwarring- nogal ongelukkig heeft gekozen.¹⁵

Op 31 maart 1981, in de zaak *Jenkins*,¹⁶ spreekt het Hof zich dan voor de eerste maal "ten gronde" uit over de aard van het concept op het gebied van de gelijke beloning tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers. Mevrouw Jenkins, zelf deeltijds tewerkgesteld, meende dat het verschil in uurloon door haar werkgever

¹⁰ H.v.J., 20 februari 1975, *Airole*, zaak 21/74, *Jur.*, 1975, 221.

¹¹ Zie artikel 4, lid 1 van de derde richtlijn en artikel 5, lid 1 van de vierde richtlijn.

¹² H.v.J., 8 april 1976, *Defrenne II*, zaak 43/75, *Jur.*, 1976, 455.

¹³ *Ibid.*, 473, r.o. 18.

¹⁴ H.v.J., 15 januari 1986, *Hurd t. Jones*, zaak 44/84, *Jur.*, 1986, (29) 83, r.o. 47.

¹⁵ Zie ook PRECHAL, S., "Gelijke behandeling retrospectief", *S.E.W.*, 1988, 97.

¹⁶ H.v.J., 31 maart 1981, *Jenkins*, zaak 96/80, *Jur.*, 1981, 911.

toegepast tussen deeltijdse en voltijdse werknemers een onrechtstreekse discriminatie inhield ten nadele van vrouwen aangezien deeltijdse arbeid in hoofdzaak door vrouwen wordt verricht. In haar argumentatie verwijst zij naar het beginsel ontwikkeld door het Supreme Court van de Verenigde Staten in *Griggs v. Duke Power Company*,¹⁷ "adverse impact", krachtens hetwelk niet enkel praktijken die beogen te discrimineren verboden zijn, doch ook praktijken die, ongeacht de bedoeling, een discriminerend effect hebben. Het Hof beperkt zich ertoe te zeggen dat "een verschil in beloning tussen voltijd- en deeltijdwerknemers slechts een door artikel 119 EEG-Verdrag verboden discriminatie is, wanneer het in werkelijkheid enkel een indirect middel is om het loonpeil van deeltijdwerknemers te verlagen wegens de omstandigheid dat deze groep werknemers uitsluitend dan wel voornamelijk uit vrouwen bestaat."¹⁸ Anders gezegd: het Hof gaat ervan uit dat een verschil in behandeling kan "zolang het maar zijn verklaring vindt in objectief gerechtvaardigde factoren die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht".¹⁹ Indien met de verschillende behandeling een rechtmatig doel wordt nagestreefd, voldoende belangrijk om voorrang te krijgen op het fundamenteel gelijkheidsbeginsel, wordt de discriminatie geoorloofd geacht. De beoordeling hiervan wordt overgelaten aan de nationale rechter waarbij sterk de nadruk wordt gelegd niet alleen op de feitelijke situatie, maar ook op de bedoeling van de werkgever.²⁰ Het arrest wekt zo de indruk dat de afwezigheid van de intentie om te discrimineren in hoofde van de werkgever (nochtans een subjectief element!) een voldoende rechtvaardigingsgrond is.

Dit stemt helemaal niet overeen met de redenering in de *Sotgiu*-zaak: inzake nationaliteit ging men ervan uit dat elk discriminerend effect (onderscheid tussen onderdanen van verschillende Lid-Statens) verboden is tenzij men dit onderscheid objectief kan rechtvaardigen. Hier wordt de intentionaliteit in hoofde van de discriminator dus niet in aanmerking genomen, het enige wat telt is het resultaat.²¹ Het blijft wachten tot 1986 vooraleer het Hof deze vage, afwijkende rechtspraak zal ophelderen. Op 13 mei 1986 heeft het Hof uitspraak gedaan in de zaak *Bilka*.²² Dit arrest is hét sleutelarrest inzake indirecte discriminatie. Het betrof eveneens een onderscheid tussen deeltijdse en voltijdse arbeid, in die zin dat alleen voltijdse werknemers aanspraak konden maken op een bedrijfspensioen. Mevr. Weber, deeltijds bediende bij het warenhuis "Bilka", argumenteerde dat deze regeling in hoofdzaak vrouwen benadeelde, omdat vrouwen over het algemeen veel vlugger dan mannen geneigd zijn deeltijds te werken om voor hun kinderen en het huishouden te kunnen zorgen. Het Hof heeft in zijn arrest een formule betreffende indirecte discriminatie gebruikt die alle twijfels omtrent de kwestie van de intentie wegneemt: "Artikel 119 wordt geschonden door een warenhuisexploitant die deeltijdwerknemers uitsluit van de bedrijfspensioenregeling wanneer de maatregel

¹⁷ 401 US 424 (1971) (zie *Jur.*, 1981, 916).

¹⁸ H.v.J., 31 maart 1981, *Jenkins*, zaak 96/80, *Jur.*, 1981, (911) 926, r.o. 15.

¹⁹ *Ibid.*, 925, r.o. 11.

²⁰ *Ibid.*, 925, r.o. 14.

²¹ Vgl. de houding van het Supreme Court in *Griggs*. Zie ook FORMAN, J., "The equal pay principle under Community law: a commentary on article 119 EEC", *L.I.E.J.*, 1982, 32, vn. 62 en PRECHAL, S., "Gelijke behandeling retrospectief", *l.c.*, 87.

²² H.v.J., 13 mei 1986, *Bilka*, zaak 170/84, *Jur.*, 1986, 1607.

een veel groter aantal vrouwen dan mannen treft, tenzij de onderneming aantoont dat de bedoelde maatregel haar verklaring vindt in factoren die objectief gerechtvaardigd zijn en niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht."²³ Vervolgens staat het stil bij de vraag wanneer objectieve rechtvaardiging afdoende is. Het merkt hierbij op dat de beoordeling hiervan grotendeels tot de soevereine appreciatie van de feitenrechter behoort, maar formuleert niettemin een aantal richtlijnen. Het aanvoeren van niet-discriminerende motieven is niet voldoende. De onderneming zal moeten bewijzen dat het loonbeleid kan worden verklaard door "objectief gerechtvaardigde" motieven die niets van doen hebben met enige discriminatie op grond van geslacht, met dien verstande dat de aangevoerde redenen aan een echte behoefte van de onderneming moeten beantwoorden en dat de aangewezen middelen geschikt moeten zijn om het nagestreefde doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk moeten zijn.²⁴ Het Hof voert hier dus het proportionaliteitsbeginsel in, zoals het al in zijn algemene rechtspraak omtrent gelijke behandeling had gedaan. Dit arrest fungeert als een soort referentiepunt voor alle latere uitspraken van het Hof inzake indirecte discriminatie.

Tenslotte heeft ook de Commissie zich op deze formule geïnspireerd bij het definiëren van het begrip in een voorstel van richtlijn van 27 mei 1988.²⁵ Dit voorstel is nooit in een richtlijn omgezet omdat het botste op het veto van het Verenigd Koninkrijk. Het bleek naderhand ook niet meer echt nodig doordat de hierin geformuleerde ideeën grotendeels in de rechtspraak van het Hof zijn overgenomen (*infra*).

2. Terminologie

Vooraleer dieper in te gaan op de essentiële bestanddelen van het begrip, zou ik eerst even willen stilstaan bij de verschillende termen die men in de literatuur m.b.t. dit onderwerp aantreft. Zoals hoger reeds is gebleken, is het gevaar voor terminologische verwarring immers zeker niet denkbeeldig.

Naast het onderscheid dat in dit artikel centraal staat nl. de tegenstelling directe - indirecte discriminatie, worden doorgaans nog twee begrippenparen naar voren geschoven: formele vs. materiële en zichtbare ("overt") vs. verkapte ("disguised") discriminatie.²⁶

Men spreekt van formele discriminatie indien personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden verschillend behandeld worden. Wanneer personen die zich in een ongelijke situatie bevinden gelijk worden behandeld, heeft men te maken met materiële discriminatie.²⁷

²³ *Ibid.*, 1627, r.o. 31.

²⁴ *Ibid.*, 1628-1629, r.o. 36-37.

²⁵ *Supra*, vn. 6: artikel 5, lid 1 van het voorstel.

²⁶ Zie o.m. HERBERT, F., "Indirecte discriminatie", *Arbbl.*, 1990, 662 e.v. en PRECHAL, S. en BURROWS, N., *Gender discrimination law of the European Community*, Aldershot, Dartmouth, 1990, 6 e.v.

²⁷ HERBERT, F., *l.c.*, 662: er moet een onderscheid gemaakt worden tussen materiële discriminatie en "discriminatie in materiële zin", uitdrukking door het Hof gebruikt in het eerste arrest betreffende de draagwijdte van artikel 6 EG-Verdrag (voorheen artikel 7 EEG-Verdrag) nl. *Italië t. Commissie* (H.v.J., 17 juli 1963, zaak 13/63, *Jur.*, 1963, (349) 375, r.o. 4): "dat sprake zou geweest zijn van discriminatie in materiële zin, indien hetzij vergelijkbare gevallen op verschillende wijze,

Omtrent de juiste betekenis van het tweede begrippenpaar bestaat geen eensgezindheid. De meest logische stelling lijkt mij deze van PRECHAL en BURROWS die menen dat "disguised discrimination relates to the underlying causes of discrimination."²⁸ Het gaat m.a.w. om structurele ongelijkheden die voortvloeien uit traditionele, stereotiepe rolmodellen, zoals de idee dat de opvang van kinderen door de moeder moet gebeuren. Wetgeving gaat hier doorgaans aan voorbij; het is trouwens de vraag of het recht hieraan kan verhelpen (in dit verband spreekt men ook van de 'social engineering'- functie van het recht). De term verwijst als het ware naar de sociologische dimensie van de discriminatieproblematiek.

Voornoemde begrippen hebben echter geen juridische relevantie: het zijn veeleer rechtstheoretische tegenstellingen die geen bijzonder praktisch nut vertonen.

Dit kan niet gezegd worden van het hier behandelde onderscheid, dat te maken heeft met het al of niet hanteren van een bij wet uitdrukkelijk verboden criterium.

Een regeling die de doelgroep uitdrukkelijk indeelt op basis van het geslacht van de betrokkenen (of een kenmerk dat uitsluitend eigen is aan één van beide geslachten: zwangerschap), is rechtstreeks discriminerend. Dit impliceert dat rechtvaardiging uitgesloten is, althans voor zover deze mogelijkheid niet in de wet is voorzien.²⁹ Alleen wettelijke "rechtvaardigingsgronden", dit zijn uitzonderingen voorzien in de wet, kunnen door de discriminator te zijner verdediging worden ingeroepen.³⁰

Deze rechtvaardigingsmogelijkheid is precies cruciaal ingeval van indirecte discriminatie.

3. Wezenlijke bestanddelen

Uitgangspunt is de begripsomschrijving opgenomen in artikel 5, lid 1 van het voorstel van 27 mei 1988:

"In de zin van het beginsel van gelijkheid zoals bedoeld in artikel 1, lid 2, bestaat er onrechtstreekse discriminatie wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze de leden van een van beide geslachten in onevenredige mate benadeelt, door een verwijzing naar met name de echtelijke staat of de gezinssituatie en niet objectief gerechtvaardigd is door een

hetzij verschillende gevallen op gelijke wijze waren behandeld." Het Hof wou er met deze formulering alleen de nadruk op leggen dat de benadering van het discriminatiebegrip pragmatisch moet zijn: wat belangrijk is, is de vaststelling van een feitelijke ongelijkheid, welke zowel het gevolg kan zijn van de verschillende behandeling van vergelijkbare omstandigheden als van de gelijke behandeling van verschillende omstandigheden. Zie ook TIMMERMANS, C.W.A., "Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie?", *S.E.W.*, 1982, 430.

²⁸ PRECHAL, S. en BURROWS, N., *o.c.*, 10. Anders: HERBERT, F., *l.c.*, 663: hij beschouwt verkapte, net als materiële discriminatie, als specifieke verschijningsvormen van indirecte discriminatie. Dit is volgens hem een soortnaam die wordt gebruikt voor het geheel van situaties waarbij een maatregel tot gevolg heeft dat een feitelijke ongelijkheid ontstaat of wordt vergroot, hetzij door gelijke behandeling van verschillende situaties, hetzij door introeping van een formeel neutraal criterium dat echter feitelijk de beschermde categorie benadeelt, d.i. verkapte discriminatie.

²⁹ Zie ook GARRONE, P., "La discrimination indirecte en droit communautaire: vers une théorie générale", *R.T.D.E.*, 427.

³⁰ Zie o.m. uitzonderingen voorzien in nationale reglementeringen in uitvoering van artikel 2, lid 2 van de tweede richtlijn.

dwingende reden of noodzakelijke voorwaarde die los staat van het geslacht van de betrokkene."

Essentieel is dus dat

1/ een criterium wordt aangewend dat op het eerste zicht neutraal is, d.w.z. dat formeel niets te maken heeft met het geslacht van de betrokken personen,
2/ maar het resultaat in feite is van een onderscheid in behandeling tussen mannen en vrouwen, in die zin dat een aanzienlijk groter percentage vrouwen dan mannen (of vice versa) door de regeling wordt benadeeld.

Dergelijke regeling is verboden,

3/ tenzij de discriminator een objectieve rechtvaardigingsgrond kan aanvoeren ter verantwoording van het verschil in behandeling. Daartoe moet hij aantonen

- dat hij met het criterium een rechtmatig doel nastreeft dat belangrijk genoeg is om voorrang te krijgen op het beginsel van gelijke behandeling
- dat de middelen (het aangewende criterium) geschikt en noodzakelijk zijn om dit doel te bereiken (proportionaliteit).

Deze redenering wordt ook wel de *Bilka*-test genoemd.³¹

Een overzicht van wat men verdachte criteria zou kunnen noemen, evenals van de rechtvaardigingsgronden en de vereisten waaraan deze moeten voldoen (*Bilka*-test s.s.) komen verder aan bod. Hier zou ik eerst even willen stilstaan bij het tweede essentieel element, nl. de voorwaarde dat het criterium een nadelig effect moet hebben ten aanzien van vrouwen (of mannen)³² en de verschuiving van de bewijslast die daaruit voortvloeit.

a. Het effect

Dit confronteert partijen (maar ook de rechter) met heel wat moeilijkheden.³³

Ten eerste stelt de rechter zich niet zomaar tevreden met argumenten gebaseerd op "algemene bekendheid": dat het algemeen geweten is dat een welbepaalde regeling of handelwijze aanzienlijk meer vrouwen dan mannen raakt, volstaat niet. Aan de eiser, op wie de initiële bewijslast rust, wordt gevraagd statistische gegevens voor te leggen. Dit veronderstelt echter dat hij de nodige informatie verzamelt, wat eenvoudiger lijkt dan het is. De relevante gegevens zijn immers doorgaans in

³¹ Hier moet wel een zeker voorbehoud gemaakt worden: bij studie van de rechtsleer blijkt immers dat die test niet altijd dezelfde lading dekt. Bij PRECHAL (PRECHAL, S., "Combating indirect discrimination in community law context", *l.c.*) bijvoorbeeld omvat de test de hele redenering die de kern uitmaakt van het concept (en waarvan de fundamenteen reeds in het Jenkins-arrest aanwezig waren), terwijl bij HERVEY (HERVEY, T.K., *Justifications for sex discriminations in employment*, London, Butterworths, 1993, 264 p.) de "*Bilka*-test" beperkt is tot de beoordeling van de door de discriminator opgeworpen rechtvaardiging. Deze laatste zienswijze is eveneens verdedigbaar gelet op het feit dat *Bilka* precies m.b.t. de vereisten waaraan de rechtvaardiging moet voldoen innovender is geweest. Men zou in dit verband kunnen spreken van de *Bilka*-test *sensu lato* en *sensu stricto*.

³² Het Hof van Justitie heeft zich tot op heden nog niet uitgesproken over een geval van indirecte discriminatie ten nadele van mannen.

³³ PRECHAL, S., "Combating indirect discrimination in community law context", *l.c.*, 85.

handen van de werkgever (vermeende discriminator), die niet spontaan geneigd zal zijn deze ter beschikking te stellen van de eiser.

Vervolgens, eens men er in geslaagd is cijfermateriaal over te leggen (dat niet meer wordt betwist: tussen partijen worden vaak ellenlange discussies gevoerd over de juistheid van de cijfers), rijst de vraag hoe dit moet worden gehanteerd en geïnterpreteerd.³⁴ De idee van proportie (percentage) veronderstelt een "pool", een groep waarbinnen die verhouding zich manifesteert. Hoe groot moet die zijn om een betrouwbare vergelijking te kunnen maken? Moeten de cijfers een zekere tijdsperiode bestrijken vooraleer zij relevant kunnen worden geacht?³⁵ Het gevaar is niet denkbeeldig dat rechters zullen trachten te ontkomen aan de complexiteit van dergelijk statistisch bewijs door de toepassing van het begrip op de ene of andere manier te omzeilen.

Een laatste probleem is de vraag hoe groot de benadeelde groep vrouwen moet zijn in verhouding tot het aantal mannen om van een "aanzienlijk groter" percentage te kunnen spreken.

Heel wat vragen, jammer genoeg weinig antwoorden van het Hof ter zake. Dit is een logisch gevolg van de prejudiciële procedure (artikel 177 EG-Verdrag) in het kader waarvan bijna alle indirecte discriminatie-zaken aan het Hof zijn voorgelegd. De bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechtbanken en het Hof impliceert dat de beoordeling van de feiten aan de nationale rechtbanken is voorbehouden.

Kan het Hof hier dan op geen enkele manier tussenkomen? Zijn nationale rechters volledig aan hun lot overgelaten?

Neen, integendeel: ze schijnen soms te vergeten dat zij hier in belangrijke mate hun lot zelf in handen kunnen nemen. Het Hof mag zich in het kader van een prejudiciële procedure weliswaar niet inlaten met de beoordeling van de feiten *an sich*, maar niets belet de feitenrechters aan het Hof aanwijzingen te vragen omtrent hoe zij die feiten moeten appreciëren. Zo staat het de rechters vrij aan het Hof opheldering te vragen over de vereisten waaraan het statistisch materiaal moet voldoen of over de betekenis van een "aanzienlijk groter percentage".

De Deense rechters waren de eersten om in te zien dat ook bewijsproblemen het voorwerp kunnen uitmaken van een prejudiciële vraag. Een scheidsgerecht te Kopenhagen werd geconfronteerd met een geding door de Deense Bond van Handels- en Kantoorpersoneel aangespannen tegen de onderneming *Danfoss*,³⁶ die verweten werd een beloningspraktijk te volgen die een discriminatie inhield op grond van geslacht. De firma betaalde immers aan werknemers in dezelfde loongroep eenzelfde basisloon, maar kende -overeenkomstig een landelijke CAO- ook

³⁴ DIERX, J.R. en SIEGERS, J.J., "Indirecte discriminatie van deeltijdwerkers. Statistisch bewijs en objectieve rechtvaardiging", *N.J.B.*, 1990, 554-560: in dit artikel geven de auteurs een illustratie van de verschillende methodes die bestaan om statistieken op te stellen en te beoordelen. Zij wijzen er bovendien op dat het gebrek aan kennis bij rechters en advocaten terzake onvermijdelijk zal leiden tot misleidende interpretaties en foutieve uitspraken.

³⁵ Zie ook GILLIAMS, H., "Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van man en vrouw 1988-1990", *R.W.*, 1990-91, 1366, nr. 25, HUMBLET, P., "Bewijs(last) en geslachtsdiscriminatie", *R.W.*, 1991-92, 486, nr. 6 en SHAW, J., "The burden of proof and the legality of supplementary payments in equal pay cases" (noot onder H.v.J., 17 oktober 1989, *Danfoss*), *E.L.Rev.*, 1990, 265.

³⁶ H.v.J., 17 oktober 1989, *Danfoss*, zaak 109/88, *Jur.*, 1989, 3199.

individuele toeslagen toe, op basis van hun flexibiliteit, beroepsopleiding en anciënniteit. Uit statistische gegevens bleek nu dat binnen dezelfde loongroep het gemiddeld loon voor mannen 6,85 % hoger was dan dat voor vrouwen. Een sluitend bewijs van de oorzaken van dit verschil en dus van het eventuele bestaan van een discriminatie ten nadele van vrouwelijke werknemers kon echter niet geleverd worden, wegens het volstrekt gebrek aan doorzichtigheid van het beloningssysteem. Aan het Hof werd o.m. de vraag gesteld wie (werknemer of werkgever), gelet op het voorgaande, moet bewijzen dat het verschil in beloning al dan niet op het geslacht berust. Het Hof oordeelde dat wanneer een vrouwelijke werknemer met betrekking tot een relatief groot aantal loontrekkenden aantoonde dat de gemiddelde beloning voor vrouwen lager is dan voor mannen, dit volstaat om een verschuiving van de bewijslast met zich te brengen. Het komt de werkgever toe te bewijzen dat zijn beloningspraktijk, gekenmerkt door een volstrekt gebrek aan doorzichtigheid, niet discriminerend is.³⁷ Het Hof baseerde deze overweging op artikel 6 van de eerste richtlijn dat aan de Lid-Staten de verplichting oplegt om overeenkomstig hun nationaal recht en praktijk de nodige maatregelen te nemen om de toepassing van het beginsel van gelijke beloning te waarborgen. Bovendien moeten zij er zich van vergewissen dat er doeltreffende middelen bestaan om op de naleving van het beginsel toe te zien. Wanneer een stelsel van individuele loontoeslagen volstrekt ondoorzichtig is, kunnen de vrouwelijke werknemers slechts bewijzen dat er een verschil bestaat tussen de gemiddelde beloningen. Welnu, zij zouden over geen enkel doeltreffend middel beschikken om de inachtneming van het beginsel van gelijke beloning voor de nationale rechter af te dwingen indien dat statistisch bewijs niet de verplichting zou meebrengen voor de werkgever om op zijn beurt te bewijzen dat zijn beloningspraktijk in werkelijkheid niet discriminerend is.³⁸ Wel moet men zeer goed voor ogen houden dat de in dit arrest geformuleerde regel beperkt is tot situaties waarin een onderneming een loonstelsel toepast dat gekenmerkt wordt door "een volstrekt gebrek aan doorzichtigheid" en waarin met betrekking tot een "relatief groot aantal loontrekkenden" is aangetoond dat het loon voor vrouwen gemiddeld lager is dan dat voor mannen. Dit arrest bevestigt enerzijds de bereidheid van het Hof om de feitenrechtelijke richtlijnen te geven omtrent de wijze waarop zij met de concrete gegevens van een zaak moeten omgaan, en illustreert anderzijds hoe het Hof zich met betrekking tot het bewijs van het effect steeds soepeler opstelt. Reeds uit de eerste arresten *Jenkins* en *Bilka* kon men -zij het impliciet- afleiden dat het Hof veeleer opteert voor een zinnige benadering dan voor een uitgewerkt statistisch bewijs.³⁹ In beide arresten werd in het algemeen verwezen naar de moeilijkheden die vrouwen ondervinden om voltijds te kunnen werken, gelet op hun verantwoordelijkheid voor het huishouden en de zorg voor de kinderen. Misschien moet men hieruit inderdaad concluderen dat geen overdreven belang mag gehecht worden aan gedetailleerd statistisch bewijs. Men moet niet alleen rekening houden met het effect van een bepaald onderscheidingscriterium binnen een kleine precies afgeba-

³⁷ *Ibid.*, 3226, r.o. 16.

³⁸ *Ibid.*, r.o. 13 en 14.

³⁹ HERBERT, F., *l.c.*, 681.

kende groep, maar ook met het effect van dat criterium in het ruimer kader van de maatschappij.

Ook na het arrest *Danfoss* bleven echter nog heel wat vragen open, o.m. wat het vereiste betreft van het "relatief groot aantal loontrekkenden".⁴⁰ Hetzelfde Deense scheidsgerecht heeft dit probleem in de meest recente indirecte discriminatie-zaak aan het Hof voorgelegd.⁴¹ Het geschil draaide rond een beweerd loonverschil tussen twee categorieën werknemers bij de keramiekproducent *Royal Copenhagen*: degenen belast met het bedienen van automatische machines enerzijds (groep A) en zij die het keramiek met de hand beschilderden anderzijds (groep B). Bijkomende complicatie was dat dit verschil zich alleen manifesteerde bij die werknemers die er voor hadden geopteerd per stuk betaald te worden en niet per uur (aangezien het uurloon voor alle categorieën -ongeacht het geslacht van de betrokkenen- gelijk was). De vergelijking werd dus tot deze werknemers beperkt. Groep A telde (rekening houdend met deze beperking) 26 werknemers, allen mannen; groep B 156 werknemers, waaronder slechts 1 man. De onderneming stelde in totaal 1150 werknemers te werk. Aan het Hof werd gevraagd of bij de vergelijking van verschillende groepen voorwaarden kunnen worden gesteld o.m. wat de omvang betreft. Het Hof antwoordde hierop dat de groepen een relatief groot aantal werknemers moeten vertegenwoordigen zodat vermeden wordt dat verschillen tussen de groepen zouden te wijten zijn aan louter toevallige korte termijnfactoren of aan verschillen in de individuele output van de werknemers.⁴²

Tot slot moet men nog vaststellen dat in andere domeinen van het gemeenschapsrecht het risico dat een criterium ten nadele zal werken, *i.c.* van onderdanen van andere Lid-Staten volstaat om een zgn. "*prima facie*-zaak" te hebben.⁴³ Weliswaar kunnen het discriminatieverbod op grond van nationaliteit en dat op grond van geslacht niet zonder meer met elkaar vergeleken worden,⁴⁴ maar toch kan deze rechtspraak inspirerend werken.

De rol van het Hof van Justitie betreffende (de beoordeling van) het benadelend effect kan dus veel groter zijn en is vaak ook effectief veel groter dan men op het eerste zicht zou vermoeden.

2. De verschuiving van de bewijslast

⁴⁰ Zo vraagt GILLIAMS zich af of dit vereiste beoordeeld moet worden volgens de grootte van de onderneming. Hij neemt aan van wel: in het geval van een onderneming met weinig werknemers zou een kleinere steekproef volstaan (GILLIAMS, H., *l.c.*, 1366).

⁴¹ H.v.J., 31 mei 1995, *Royal Copenhagen*, zaak 400/93, *E.C.R.*, 1995, 1275.

⁴² *Ibid.*, 1310, r.o. 34. Advocaat-generaal LEGER heeft in casu zeer sterke twijfels bij de omvang van groep A (*ibid.*, 1286, overweging 33 van zijn conclusie).

⁴³ Zie o.m. H.v.J., 8 mei 1990, *Biehl*, zaak 175/88, *Jur.*, 1990, (1779) 1793, r.o. 14 ("Het criterium van de vaste woonplaats in het binnenland als voorwaarde voor eventuele terugbetaling van te veel betaalde belasting dreigt, ofschoon het ongeacht de nationaliteit van de betrokken belastingplichtigen van toepassing is, toch in het nadeel te werken van in het bijzonder die belastingplichtigen die onderdaan van andere Lid-Staten zijn.").

⁴⁴ Nationaliteit wordt meer gezien vanuit de invalshoek van de vier vrijheden, nl. als een belemmering hiervan. Interessant in dit verband is de opvatting van LANQUETIN: zij stelt dat ook discriminatie op basis van geslacht kan beschouwd worden als de belemmering van de vrijheid van de vrouw (man?) om de arbeid te verrichten die zij (hij) verkiest (LANQUETIN, M.-T., "La preuve de la discrimination: l'apport du droit communautaire", *Droit social*, 1995, 441).

De vaststelling van het discriminerend effect van een ogenschijnlijk neutraal criterium creëert een vermoeden van verboden discriminatie. Op dat ogenblik zit de taak van de verzoeker er op en ligt de bal in het kamp van de vermeende discriminator. Het vermoeden is immers weerlegbaar. Het komt nu aan de gedaagde toe om te bewijzen dat de discriminerende maatregel of praktijk objectief gerechtvaardigd is. Hoewel men het doorgaans heeft over een "omkering van de bewijslast" ("reversal of the burden of proof"),⁴⁵ gaat het hier veeleer om een verschuiving van de bewijslast:⁴⁶ de initiële bewijslast berust bij de eiser die de rechter er van moet overtuigen dat er inderdaad een feitelijke ongelijkheid bestaat⁴⁷ (zoals hoger blijkt: aan de hand van concrete gegevens: een gevoel van benadeling volstaat niet!). Omkering van de bewijslast zou impliceren dat door de eiser geen enkel bewijs moet geleverd worden, maar dat hij ermee kan volstaan het bestaan van de discriminatie aannemelijk te maken.

Diezelfde idee vindt men terug in het reeds hoger vermelde voorstel van de Commissie, in het bijzonder in artikel 3 betreffende de "wijziging van de bewijslast": wanneer personen voor de rechter of een andere bevoegde instantie een rechtsvermoeden van discriminatie aantonen, moet de gedaagde bewijzen dat er geen schending is van het gelijkheidsbeginsel. "Alle resterende twijfel wordt in het voordeel van de eiser uitgelegd." Lid 2 bepaalt vervolgens wat onder dit vermoeden moet verstaan worden: "Er bestaat een rechtsvermoeden van discriminatie wanneer een eisende partij een feit of een aantal feiten aantoont, die, zo zij niet zouden worden weerlegd, rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie zouden betekenen." Dat de eiser een -zij het initiële- bewijslast draagt en er dus geen sprake is van een volledige omkering van de bewijslast blijkt tenslotte overduidelijk uit lid 3 dat aan de Lid-Staten de vrijheid laat "om de bewijslast bij de gedaagde te leggen".

Dit voorstel werd door de Commissie ingediend bij de Raad op 27 mei 1988. Op 16 december 1988 stootte het echter op het veto van het Verenigd Koninkrijk.⁴⁸ Een aantal maanden later, op 17 oktober 1989, aanvaardde het Hof in de zaak *Danfoss*⁴⁹ een gedeeltelijke omkering van de bewijslast als gevolg van de productie van statistische gegevens.

Wat is de band tussen deze uitspraak en het in de Raad geblokkeerde voorstel van richtlijn?

Het Hof heeft in zijn oordeel niet verwezen naar het voorstel. Dit is weinig verwonderlijk: het Hof wil de indruk vermijden dat het zich wetgevende macht binnen het gemeenschapsrechtelijke systeem wil toeëigenen. Advocaat-generaal DARMON is echter in zijn conclusie wel ingegaan op het initiatief van de Commissie.⁵⁰ Volgens hem bestaat er geen enkele tegenstrijdigheid tussen zijn benadering (gevolgd door het Hof) en deze in het voorstel. De traditionele bewijs-

⁴⁵ Zie o.m. HERBERT, F., *l.c.*, 681.

⁴⁶ J. SHAW heeft het over een "partial or limited reversal" (*l.c.*, 264). Zie ook HUMBLET, P., *l.c.*, 486, nr. 5 en THOMAS, G., "De bewijslast", *Arbbl.*, 1990, 724.

⁴⁷ PRECHAL en BURROWS spreken over "the burden of persuasion", die zij onderscheiden van "the evidential burden" (*o.c.*, 299)

⁴⁸ PRECHAL, S. en BURROWS, N., *o.c.*, 298 en ELLIS, E., *o.c.*, 76.

⁴⁹ *Supra*, vn. 36.

⁵⁰ *Jur.*, 1989, (3199) 3216, overweging 41.

lastverdeling blijft bestaan, maar de werkgever wordt belast met het bewijs van die feitelijke aangelegenheden die alleen binnen zijn invloedssfeer liggen. Inderdaad, de beperking door het vereiste van het "gebrek aan doorzichtigheid" houdt in dat de uitspraak niet zo ver gaat als artikel 3 van het voorstel. Niettemin heeft het Hof de Raad een vriendschappelijk duwtje gegeven door aan bestaande wetgevende bronnen, i.h.b. de eerste richtlijn een extensieve interpretatie te geven.

Opmerkelijk is dat de Britse regering zich in haar tussenkomst een voorstander toonde van de toepassing van de beginselen uit het voorstel in deze zaak.⁵¹ Een verklaring hiervoor moet wellicht gezocht worden in de Britse "Equal pay Act", die reeds voorzag in dergelijke verschuiving van de bewijslast, zodat de regering dacht door haar houding geen daadwerkelijke toegevingen te doen. Blijkbaar heeft men niet stilgestaan bij het feit dat ook arbeidsvoorwaarden of de toegang tot het arbeidsproces en zelfs sociale zekerheidsstelsels (tweede en derde richtlijn) door een dergelijk gebrek aan doorzichtigheid gekenmerkt kunnen worden en dat de *Danfoss* uitspraak dus ook hierop zou kunnen worden toegepast.⁵² Immers: de tweede en derde richtlijn bevatten beide een bepaling die sterk lijkt op artikel 6 van de eerste richtlijn (in het geding in *Danfoss*).⁵³

Het Hof heeft zich hierover nog niet uitgesproken, maar ook het feit dat het de transparantievereiste aan de rechtspraak met betrekking tot de tweede richtlijn heeft ontleend,⁵⁴ doet vermoeden dat het zijn oordeel in *Danfoss* niet beperkt ziet tot het domein van de gelijke beloning.

B. DE CRITERIA

Het recht op gelijke behandeling is al in die mate doorgedrongen dat gevallen van rechtstreekse discriminatie bijna niet meer voorkomen (met uitzondering dan van zwangerschapszaken, *infra*). Zeer dikwijls echter werd het criterium man/vrouw vervangen door een ander criterium dat -op het eerste zicht althans- volledig los staat van het geslacht van de doelgroep. Deze criteria zijn zeer uiteenlopend en niet altijd even voor de hand liggend. Hieronder volgt een korte bespreking van onderscheidingselementen die reeds voor het Hof zijn gebracht, te beginnen met de meest voorkomende.

1. Deeltijdse arbeid

Het verschil in behandeling tussen deeltijdse en voltijdse werknemers is hét typevoorbeeld van indirecte discriminatie. Het is algemeen geweten (hoewel dit niet

⁵¹ SHAW, J., *l.c.*, 264.

⁵² Met dit verschil weliswaar dat de richtlijnen, in tegenstelling tot artikel 119, geen horizontale rechtstreekse werking hebben en dus door werknemers voor nationale rechtbanken niet kunnen ingeroepen worden tegen hun particuliere werkgevers. Dit neemt niet weg dat omzetting in nationale wetgeving is vereist overeenkomstig de interpretatie die aan het gemeenschapsrecht wordt gegeven door het Hof. Zie HUMBLET, P., *l.c.*, 487-488, nr. 8.

⁵³ Zie artikel 6, lid 2 en artikel 6, lid 3.

⁵⁴ In de zaak *Commissie tegen Frankrijk* (H.v.J., 30 juni 1988, zaak 318/86, *Jur.*, 1989, 663) oordeelde het Hof reeds dat een systeem van aanwerving dat niet doorzichtig is, strijdig is met het beginsel van gelijke behandeling omdat het geen effectieve controle mogelijk maakt.

volstaat om een vermoeden van discriminatie te vestigen, *supra*) dat vrouwen veel vlugger dan mannen de overstap maken naar deeltijds werk.⁵⁵ De zorg voor kinderen en huishoudelijke taken komt immers nog grotendeels op hun schouders terecht.

Heel wat voordelen zijn in de praktijk echter afhankelijk van de vereiste dat men voltijds werkt of althans een minimum aantal uren per week of per maand presteert. Het Hof heeft zich reeds gebogen over prejudiciële vragen met betrekking tot een verschil in uurloon,⁵⁶ het recht op een bijkomend bedrijfspensioen,⁵⁷ het recht op behoud van het salaris betaald door de werkgever ingeval van ziekte,⁵⁸ het recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering,⁵⁹ het recht op een afvloeiingsvergoeding,⁶⁰ het recht op een loonsverhoging,⁶¹ het recht op een vergoeding voor opleiding buiten de werkuren,⁶² een verschil in de berekening van de pensioenloopbaan,⁶³ het recht op een vergoeding voor overuren.⁶⁴ In al deze gevallen werd *prima facie* het bestaan van discriminatie aanvaard.

Er is slechts één geval waarin door het Hof werd geoordeeld dat het verschil tussen deeltijdsen en voltijdsen niet de oorzaak was van een nadelig effect ten aanzien van vrouwen, de zaak *Kirsammer-Hack*.⁶⁵ Centraal stond een Duitse wet betreffende bescherming tegen ongeoorloofd ontslag. Het probleem was dat deze wet niet van toepassing was op kleine ondernemingen, dit zijn ondernemingen die minder dan vijf werknemers tewerkstellen. Om deze drempel te berekenen, mocht geen rekening worden gehouden met personen die minder dan 10 uren per week of 45 uren per maand werkten. Het gevolg van deze beperking was dat mevrouw *Kirsammer-Hack*, die beweerde ongeoorloofd ontslagen te zijn door haar werkgeefster (met twee voltijdse en zes deeltijdse werknemers van wie er echter vier minder dan 10 uren per week presteerden), zich niet op deze regeling kon beroepen. Zij argumenteerde dat de categorie van werknemers die minder dan 10 uren per week tewerkgesteld zijn, hoofdzakelijk uit vrouwen bestaat en dat hier dus sprake is van indirecte discriminatie in de arbeidsvoorwaarden (schending van artikel 5, lid 1 van de tweede richtlijn).⁶⁶ Het Hof oordeelde echter dat niet alleen deeltijdse werknemers, maar alle personen die in kleine ondernemingen tewerkgesteld zijn, ongeacht hun aantal werkuren, hierdoor benadeeld zijn. Er kan dus enkel sprake zijn van discriminatie indien aangetoond wordt dat dergelijke kleine ondernemingen een aanzienlijk groter gedeelte vrouwen dan mannen tewerkstel-

⁵⁵ Ongeveer 28% van de vrouwen in de EG werkt deeltijds, slechts 4% van de mannen doet dit ook ("Gelijke kansen voor vrouwen in de Europese Gemeenschap", *Europa in beweging*, uitgave van het Bureau voor officiële publikaties der Europese Gemeenschappen, Luxemburg, 1993).

⁵⁶ H.v.J., 31 maart 1981, *Jenkins*, zaak 96/80, *Jur.*, 1981, 911.

⁵⁷ H.v.J., 13 mei 1986, *Bilka*, zaak 170/84, *Jur.*, 1986, 1607.

⁵⁸ H.v.J., 13 juli 1989, *Rinner-Kühn*, zaak 171/88, *Jur.*, 1989, 2743.

⁵⁹ H.v.J., 13 december 1989, *Ruzius-Wilbrink*, zaak 102/88, *Jur.*, 1989, 4311.

⁶⁰ H.v.J., 27 juni 1990, *Kowalska*, zaak 33/89, *Jur.*, 1990, 2591.

⁶¹ H.v.J., 27 februari 1991, *Nimz*, zaak 184/89, *Jur.*, 1991, 297.

⁶² H.v.J., 4 juni 1992, *Bötel*, zaak 360/90, *Jur.*, 1992, 3589.

⁶³ H.v.J., 13 december 1994, *Grau Hupka*, zaak 297/93, *Jur.*, 1994, 5535.

⁶⁴ H.v.J., 15 december 1994, *Helmig*, zaken 399/92 - 409/92 - 425/92 - 34/93 - 50/93 - 78/93, *Jur.*, 1994, 5727.

⁶⁵ H.v.J., 30 november 1993, *Kirsammer-Hack*, zaak 189/91, *R.C.J.*, 1993, 6185.

⁶⁶ Ook in dit opzicht is deze zaak uitzonderlijk: de tweede richtlijn had tot dan toe nog niet het voorwerp uitgemaakt van een prejudiciële vraag.

len, wat het Hof *in casu* niet bewezen achtte.⁶⁷ Dit is opmerkelijk vermits uit onderzoek – dat weliswaar dateerde van 1987-, door verzoekster voorgelegd, bleek dat dergelijke ondernemingen gemiddeld vier keer meer vrouwen dan mannen tewerkstellen...

Het Hof vervolgde dat zelfs indien het nadelig effect bewezen werd geacht, deze regel objectief kon worden gerechtvaardigd op grond van het verlichten van de lasten voor kleinere ondernemingen (verwijzing naar artikel 118A EG-Verdrag).⁶⁸

2. "De echtelijke staat of gezinssituatie"

Dit is het enige criterium dat "wettelijk" verdacht wordt, in het bijzonder in artikel 2, lid 1 van de tweede richtlijn, artikel 4, lid 1 van de derde richtlijn en artikel 5, lid 1 van de vierde richtlijn.⁶⁹ "... iedere vorm van discriminatie is uitgesloten op grond van geslacht, hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar met name de echtelijke staat of gezinssituatie."

Deze zinsnede kan men -theoretisch althans- op drie manieren interpreteren.

Ofwel gaat men er van uit dat verwijzing naar de echtelijke staat of gezinssituatie zowel een vorm van directe als van indirecte discriminatie kan uitmaken. Enkel in het laatste geval is dan rechtvaardiging (*Bilka*-test s.s.) mogelijk.⁷⁰

Ofwel ziet men verwijzing naar echtelijke staat of gezinssituatie als een expliciet vermeld voorbeeld van indirecte discriminatie. Dit is logisch verdedigbaar uitgaande van de definitie van directe discriminatie, nl. een maatregel of praktijk is rechtstreeks discriminerend indien het geslacht of een kenmerk uitsluitend eigen aan één geslacht als onderscheidingselement fungeert. De tekst zelf pleit eveneens in het voordeel van deze opvatting door het gebruik van de uitdrukking "met name" en doordat tussen "indirecte" en "door verwijzing" geen komma staat.

Ofwel -dit is de stelling van PIETERS-⁷¹ is het een per se verboden criterium (door de expliciete vermelding in de richtlijn) en is iedere vorm van rechtvaardiging dus uitgesloten, vermits die mogelijkheid nergens in de "wet" (richtlijn) is voorzien.

PIETERS verdedigde deze stelling naar aanleiding van de zaak *Teuling*, de eerste zaak⁷² waarin toepassing werd gemaakt van de derde richtlijn en het begrip "indi-

⁶⁷ H.v.J., 30 november 1993, zaak 189/91, *R.C.J.*, 1993, (6215) 6223, r.o. 30-31.

⁶⁸ *Ibid.*, r.o. 32.

⁶⁹ Nergens in deze richtlijnen wordt omschreven wat precies onder dit criterium moet verstaan worden. Volgens E. ELLIS (*o.c.*, 136) omvat "echtelijke staat" elk type van dergelijke staat, m.a.w. zowel een verwijzing naar het al of niet getrouwd zijn als naar het ooit getrouwd geweest zijn. "Gezinssituatie" zou dan betrekking hebben op een verwijzing naar iemands positie binnen een familie, bijvoorbeeld als kind of als ouder.

⁷⁰ PRECHAL, S. en BURROWS, N., *o.c.*, 175: zij geven als voorbeeld o.m. de notie van kostwinner. Indien de wet uitgaat van een vermoeden dat dit de man is, terwijl de vrouw het moet bewijzen, dan betreft het een geval van directe discriminatie. Wanneer daarentegen kostwinner wordt gedefinieerd als "de echtgenoot/partner met het hoogste inkomen", zou er sprake zijn van indirecte discriminatie, althans indien blijkt dat mannen over het algemeen meer verdienen dan vrouwen.

⁷¹ PIETERS, D., "Rechtvaardiging van indirecte discriminatie in de sociale zekerheid?" (noot onder H.v.J., 11 juni 1987, *Teuling*, zaak 30/85), *R.W.*, 1987-88, 253-256. *Contra*: ELLIS, E., *o.c.*, 137.

⁷² H.v.J., 11 juni 1987, *Teuling*, zaak 30/85, *Jur.*, 1987, 2497. De allereerste zaak waarin een verwijzing naar "gezinssituatie" (i.c. gebruik van het criterium "gezinshoofd") als verdacht werd bestempeld, dateert van voor de tweede richtlijn en is tevens de eerste zaak waarin men sporen van de idee indirecte discriminatie aantreft, nl. de zaak *Sabbatini* (*supra*).

recte discriminatie" uitdrukkelijk werd gebruikt. De feiten kan men als volgt samenvatten: volgens de Nederlandse Wet op de Arbeidsongeschiktheid (WAO) hadden tot eind 1983 alle loontrekkenden die arbeidsongeschikt werden, ongeacht hun geslacht of burgerlijke staat, recht op een nettominimumuitkering gelijk aan het nettobedrag van het wettelijk minimumloon. Bij wet van 29 december 1982 werd dit recht per 1 januari 1984 afgeschaft en werd geleidelijk overgestapt naar een uitkering ten belope van 70 % van het wettelijk minimumloon. Maar personen met gezinslasten konden dit uitkeringsbedrag door middel van verhogingen optrekken tot 100 %. Mevrouw Teuling genoot sinds 1975 een WAO-uitkering ten belope van 100 %. Vanaf 1 januari 1984 werd haar uitkering echter verlaagd tot 70 % van het wettelijk minimumloon zonder verhoging, aangezien het inkomen uit de arbeid van haar man de bij de wet gestelde grenzen overschreed. Zij werpt op dat een dergelijk verhogingsstelsel dat verband houdt met het inkomen van de echtgenoot of met kinderen ten laste indirect discriminerend is en dus strijdig met artikel 4, lid 1 van de derde richtlijn. Het Hof aanvaardde het bestaan, *prima facie*, van discriminatie op basis van statistieken overgelegd door de Nederlandse regering, waaruit bleek dat een aanzienlijk groter aantal mannen dan vrouwen van die verhogingen konden genieten.⁷³ Het onderzoek vervolgens (in overeenstemming met de *Bilka*-test) of hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestond en vond die inderdaad in de ratio van de verhogingen, nl. het garanderen van het bestaansminimum voor personen met gezinslasten. Het Hof aanvaardt dit als een noodzakelijke doelstelling van sociaal beleid, met dit voorbehoud dat het aan de nationale rechter toekomt te oordelen of de verhogingen overeenstemmen met de zwaardere lasten die uitkeringsgerechtigden met personen hebben in vergelijking met alleenstaanden, en of zij geschikt en noodzakelijk zijn om dit doel te bereiken (de proportionaliteitseis wordt aan de rechter overgelaten).⁷⁴ Het belang van dit arrest is dus gelegen in het feit dat een rechtvaardigingsmogelijkheid, in het bijzonder gegrond op het sociaal beleid van de Lid-Staat, principieel wordt aanvaard en vooral in het gemak waarmee een doelstelling van het sociaal beleid van de Lid-Staten (wat voor zeer ruime interpretatie vatbaar is) als grondslag hiervoor in aanmerking wordt genomen.

Dit wordt bevestigd in latere uitspraken waarin toepassing wordt gemaakt van artikel 4, lid 1 van de derde richtlijn, nl. de zaken *Commissie tegen België*⁷⁵ en *Molenbroek*.⁷⁶

De eerste zaak -een rechtstreeks beroep op grond van artikel 169 EG-Verdrag⁷⁷- betrof de Belgische reglementering inzake werkloosheid en ziekte en invaliditeit, waarin een onderscheid werd gemaakt tussen drie categorieën van uitkeringsgerechtigden, nl. werknemers die samenwonen met personen zonder eigen inkomsten (groep I), alleenstaande werknemers (groep II) en werknemers die samenleven met personen met eigen inkomsten (groep III). Vereenvoudigd kwam het door de Belgische wet uitgewerkte stelsel hierop neer dat de uitkeringen voor de groe-

⁷³ *Ibid.*, 2521, r.o. 14.

⁷⁴ *Ibid.*, r.o. 15-18.

⁷⁵ H.v.J., 7 mei 1991, *Commissie tegen België*, zaak 229/89, *Jur.*, 1991, 2205.

⁷⁶ H.v.J., 19 november 1992, *Molenbroek*, zaak 226/91, *Jur.*, 1992, 5943.

⁷⁷ Het enige tot op heden in de indirecte discriminatie-rechtspraak; alle overige arresten zijn antwoorden op prejudiciële vragen.

pen II en III, na verloop van de in de wet bepaalde perioden, een duidelijk neerwaartse ontwikkeling kenden, terwijl voor groep I niets veranderde. De Commissie was van oordeel dat een dergelijk stelsel met name vrouwen benadeelde, omdat groep III, die voor een groot deel uit vrouwen bestond, duidelijk slechter af was en dat er derhalve sprake was van indirecte discriminatie. Ook hier achtte het Hof het criterium niettemin gerechtvaardigd op grond van doeleinden (o.m. voor werklozen met personen ten laste mogelijk maken de kosten van de huishouding te kunnen blijven dragen) "die passen in het kader van de sociale politiek die, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht, onder de bevoegdheid van de Lid-Staten valt. Voor wat de aard van de maatregelen van sociale bescherming betreft, alsmede de concrete modaliteiten van hun doorvoering, beschikken de Lid-Staten over een redelijke beleidsmarge."⁷⁸

In *Molenbroek* werd een verhoging van pensioen niet afhankelijk gemaakt van het bestaan van gezinslast, wel van het beroepsinkomen van de partner, in die zin dat wanneer de gepensioneerde een partner heeft die nog professioneel actief is, maar wiens inkomen lager ligt dan het pensioen, zijn pensioen wordt verhoogd.⁷⁹ Het spreekt vanzelf dat meer mannen dan vrouwen zich hierop kunnen beroepen, aangezien het aantal oudere mannen met een jongere vrouw met een lager inkomen, aanzienlijk hoger ligt dan het aantal oudere vrouwen gehuwd of samenwonderend met jongere mannen die daarenboven ook nog minder verdienen dan het pensioen waarop vrouwen aanspraak kunnen maken. In zijn antwoord verwees het Hof uitdrukkelijk naar de arresten *Teuling* en *Commissie tegen België* om de maatregel gerechtvaardigd te achten.⁸⁰

Het gevolg van een dergelijke soepele houding van het Hof is dat vrouwen als het ware afhankelijk worden gemaakt van mannen.⁸¹ De achterliggende redenering is dat de toegekende voordelen bedoeld zijn om een bestaansminimum te garanderen aan het gezin als eenheid. Wanneer in dit minimum reeds wordt voorzien door een persoon binnen die "cel", kan het voordeel verminderd of ingetrokken worden. Mogelijk verweer hiertegen, in hoofde bijvoorbeeld van mevrouw *Teuling* die haar arbeidsongeschiktheidsuitkering aangetast ziet, zou kunnen luiden dat men geen zekerheid heeft dat verhogingen toegekend aan de man of dat diens loon ook effectief ten goede komt aan de personen ten zijne laste (de overige leden van het gezin). Uit onderzoek blijkt immers dat dit vaak niet het geval is.⁸²

3. Flexibiliteit, beroepsopleiding en anciënniteit

⁷⁸ H.v.J., 7 mei 1991, *Commissie t. België*, zaak 229/89, *Jur.*, 1991, (2205) 2229, r.o. 22.

⁷⁹ Het arrest *Roks* gaat in dit verband nog een stapje verder: het betrof overgangsbepalingen opgenomen in de Nederlandse Algemene Arbeidsongeschiktheidswet, o.m. een artikel dat het behoud van dergelijke uitkering zowel bij mannen als bij vrouwen afhankelijk stelt van een inkomenseis. Dergelijke bepaling discrimineert vrouwen indirect omdat het vereiste bedrag vrij hoog lag en vrouwen doorgaans minder verdienen dan mannen. Zie ook VERRETH, K., noot onder H.v.J., 24 februari 1994, *Roks*, zaak 343/92, *R.W.*, 1994-95, 58-59.

⁸⁰ H.v.J., 19 november 1992, *Molenbroek*, zaak 226/91, *Jur.*, 1992, (5943) 5967-5968, r.o. 10-11 en 5968-5969, r.o. 13-15.

⁸¹ PRECHAL, S. en BURROWS, N., o.c., 176.

⁸² LUCKHAUS, L., "Sex discrimination in state social security schemes" (noot onder H.v.J., 11 juni 1987, *Teuling*, zaak 30/85), *E.L.Rev.*, 1988, 57-58.

Deze drie elementen worden samen behandeld omdat ze ook alle drie tegelijk aan het Hof werden voorgelegd in de zaak *Danfoss*.

Wat het flexibiliteitscriterium betreft maakt het Hof een onderscheid tussen het geval waarin het wordt gebruikt om de kwaliteit van de verrichte arbeid te belonen en het geval waarin het wordt aangewend om het vermogen van de werknemer om zich aan te passen aan variabele werktijden en arbeidsplaatsen te honoreren. In het eerste geval is het criterium onbetwistbaar geslachtsneutraal. Wanneer de toepassing ervan leidt tot een stelselmatige benadeling van vrouwelijke werknemers kan dat derhalve enkel toe te schrijven zijn aan het feit dat de werkgever het oneigenlijk heeft gebruikt. Men kan immers niet aannemen dat het werk uitgevoerd door vrouwen over het algemeen van een lagere kwaliteit zou zijn dan dat van mannen. In deze betekenis kan het dan ook niet gerechtvaardigd zijn. In het tweede geval ligt de zaak anders: het aldus uitgelegde criterium zal doorgaans mannelijke werknemers bevoordelen ten opzichte van vrouwelijke werknemers. Door de zorg voor het huishouden kunnen vrouwen immers hun werktijden minder makkelijk aanpassen. Een dergelijk onderscheid kan wel worden gerechtvaardigd indien de flexibiliteit (mogelijkheid om zijn uren aan te passen) van belang is voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke werkzaamheden.⁸³ De werkgever kan zich dus niet beroepen op de nood aan flexibel personeel in het algemeen. Voor de concrete job die in het geding is, moet hij aantonen dat flexibiliteit vereist is.

Ook het gebruik van het criterium van de beroepsopleiding kan tot indirecte discriminatie van vrouwen leiden doordat zij minder opleidingskansen hebben gekregen of die kansen in mindere mate hebben kunnen benutten. Rechtvaardiging is mogelijk op dezelfde gronden als bij flexibiliteit, nl. belang voor de uitvoering van de aan de werknemer opgedragen specifieke taken.⁸⁴

Een recent voorbeeld van verschil in behandeling op grond van de genoten beroepsopleiding is de zaak *Enderby*.⁸⁵

Mevrouw Enderby, spraaktherapeute bij de Nationale Gezondheidsdienst van het Verenigd Koninkrijk, had vastgesteld dat klinische psychologen en apothekers, die binnen dezelfde dienst taken uitoefenden met een gelijk(waardige) verantwoordelijkheid, aanzienlijk meer betaald werden. Spraaktherapeute is een typisch vrouwenberoep, een opleiding die in hoofdzaak door vrouwen wordt gekozen o.m. omdat de aard van het beroep het mogelijk maakt dit deeltijds uit te oefenen.⁸⁶

Het Hof heeft zich in deze zaak niet expliciet uitgesproken over het direct of indirect karakter van de discriminaties. Deze uitspraak getuigt van een zeer pragmatische benadering gericht op de effecten.⁸⁷ Het Hof interesseerde zich anders gezegd niet aan de technische aspecten van het begrip indirecte discriminatie. Het stelde gewoon dat een loonongelijkheid tussen gelijkwaardige jobs, die in hoge mate gesegregeerd zijn naar geslacht, volstaat om *prima facie* discriminatie vast te

⁸³ H.v.J., 17 oktober 1989, *Danfoss*, zaak 109/88, *Jur.*, 1989, (3199) 3227-3228, r.o. 20-22.

⁸⁴ *Ibid.*, 3228, r.o. 23.

⁸⁵ H.v.J., 27 oktober 1993, *Enderby*, zaak 127/92, *R.C.J.*, 1993, 5535.

⁸⁶ Zie ook FREDMAN, S., "Equal pay and justification" (noot onder H.v.J., 27 oktober 1993, *Enderby*, zaak 127/92), *L.I.E.I.*, 1994, 37.

⁸⁷ ELLIS, E., noot onder H.v.J., 27 oktober 1993, *Enderby*, zaak 127/92, *C.M.L.Rev.*, 1994, 389 en FREDMAN, S., *l.c.*, 39.

stellen. Dit -aldus het Hof- impliceert dat het aan de werkgever toekomt om objectieve rechtvaardigingsgronden voor een dergelijk verschil in behandeling aan te voeren.⁸⁸ Het maakt dus wel toepassing van de redenering kenmerkend voor indirecte discriminatie-claims. De werkgever kon zich hier ter rechtvaardiging niet beroepen op de band met de uit te voeren taken aangezien men er van uitging (dit werd ook niet betwist) dat spraaktherapeuten enerzijds en klinische psychologen en apothekers anderzijds in de betrokken dienst gelijkwaardig werk (in de zin van artikel 119) verrichtten. Twee andere rechtvaardigingsgronden werden dan naar voren geschoven, nl. ten eerste zou het verschil in loon voortvloeien uit het feit dat met betrekking tot de verschillende beroepen verschillende CAO's bestonden, m.a.w. de verschillende positie van de sociale partners bij de onderhandelingen lag aan de basis van het onderscheid. Uit het antwoord van het Hof kan men afleiden dat de oorzaak van het verschil er niet toe doet, wat telt is het resultaat.⁸⁹ Ten tweede beriep men zich op de toestand van de arbeidsmarkt, in het bijzonder het tekort aan psychologen en apothekers. Het Hof oordeelde dat een maatregel die tot doel heeft het aantrekken van personen met een bepaalde opleiding gerechtvaardigd kan zijn.⁹⁰ Deze uitspraak is te betreuren omdat zij geen rekening houdt met de structurele ongelijkheden die als het ware inherent zijn aan de arbeidsmarkt. Het betalen van een hoger loon verandert niets aan het feit dat de schaarse psychologen en apothekers in hoofdzaak mannen zijn, omdat deze beroepen zich minder lenen tot combinatie met huishoudelijke taken. Het Hof is dus niet echt tot de kern van de zaak doorgedrongen: waarom is de spraaktherapeutenopleiding zo populair bij vrouwen?

Het gebruik van het anciënniteitscriterium kan volgens het Hof eveneens in het nadeel spelen van vrouwelijke werknemers voor zover vrouwen hun intrede op de arbeidsmarkt later doen dan mannen of hun loopbaan vaker moeten onderbreken. Maar omdat anciënniteit en beroepsopleiding hand in hand gaan en een werknemer met meer ervaring "in de regel" zijn taken beter kan vervullen, aanvaardde het Hof dat een werkgever anciënniteit mag belonen zonder dat hij dit moet rechtvaardigen.⁹¹ In het arrest *Nimz* nuanceert het gelukkig deze "regel": niet in alle betrekkingen betekent meer uren presteren ook automatisch meer nuttige ervaring voor de uitoefening van de werkzaamheden. In elk concreet geval moet de rechter beoordelen of de werkzaamheden van dien aard zijn dat deze stelling kan (en blijft) opgaan.⁹²

4. Fysische criteria

⁸⁸ H.v.J., 27 oktober 1993, *Enderby*, zaak 127/92, *R.C.J.*, 1993, (5535) 5573, r.o. 19.

⁸⁹ *Ibid.*, 5574, r.o. 22-23.

⁹⁰ *Ibid.*, 5575, r.o. 26.

⁹¹ H.v.J., 17 oktober 1989, *Danfoss*, zaak 109/88, *Jur.*, 1989, (3199) 3228, r.o. 24.

⁹² H.v.J., 27 februari 1991, *Nimz*, zaak 184/89, *Jur.*, 1991, (297) 319, r.o. 14. Het betrof een Duitse CAO die loonsverhoging voorzag in functie van anciënniteit, maar bij de berekening hiervan een onderscheid maakte tussen deeltijdse en voltijdse werknemers: de jaren gedurende de welke iemand meer dan de helft maar minder dan drievierde van het normaal aantal uren presteerde werden slechts voor een half jaar meegerekend. Zie ook PRECHAL, S., collectieve noot onder *Danfoss*, *Kowalska* en *Nimz*, *S.E.W.*, 1992, 192-193.

Tot op vandaag heeft het Hof zich nog maar één keer moeten buigen over het probleem van fysieke vereisten en hun al dan niet discriminerend effect, nl. in de zaak *Rummler*.⁹³ Dit is niet alleen het eerste arrest waarin het probleem van de fysieke verschillen tussen man en vrouw aan bod kwam, maar ook de eerste keer dat een schending van artikel 1, lid 2 van de eerste richtlijn werd ingeroepen, dat als volgt luidt: "In het bijzonder wanneer voor de vaststelling van de beloning gebruik wordt gemaakt van een systeem van werkclassificatie, dient dit systeem te berusten op criteria die voor mannelijke en vrouwelijke werknemers eender zijn, en zodanig te zijn dat ieder onderscheid naar kunne is uitgesloten." Mevrouw Rummler werkte bij een Duitse drukkerij. Voor de hele drukkerijsector waren bepaalde loonschalen afgesproken. Er werd een onderscheid gemaakt tussen 7 loonniveaus in functie van de moeilijkheidsgraad van het werk, bepaald aan de hand van verschillende factoren waaronder lichamelijke inspanning (vereiste spierkracht). Mevrouw Rummler viel onder niveau III, maar argumenteerde dat zij eigenlijk recht had op het loon van niveau IV gelet op het feit dat zij pakketten van meer dan 20 kilo moest tillen, wat voor haar een zware lichamelijke inspanning betekende. De kern van de zaak is dat bepaalde taken voor vrouwen gemiddeld een grotere inspanning inhouden dan voor mannen. Men zou hieruit inderdaad kunnen afleiden dat vrouwen voor dergelijke taken recht hebben op een hogere beloning, maar dit heeft als ongewenst neveneffect dat vrouwen duurder worden dan mannen en bijgevolg in praktijk van dat soort taken uitgesloten worden.⁹⁴ De vraag rees dus of het opnemen van een fysisch criterium in een systeem van werkclassificatie niet discriminerend werkt (en dus strijdig is met artikel 1, lid 2 van de eerste richtlijn), aangezien het voor vrouwen, gelet op hun "zwakkere" lichamelijke constitutie, veel moeilijker is dan voor mannen om aan dergelijke vereisten te voldoen. Het Hof antwoordde dat het discriminatoir karakter van een bepaald criterium niet kan beoordeeld worden los van de andere factoren die in aanmerking worden genomen. Een systeem van werkclassificatie moet in zijn geheel beoordeeld worden, rekening houdend met alle elementen die de hoogte van het loon bepalen. Het gebruik van een dergelijk criterium is dus als dusdanig niet verboden voor zover de uit te oefenen taak daadwerkelijk een zekere fysieke inspanning vereist en op voorwaarde dat het past in een systeem dat in zijn geheel niet discriminerend werkt ten aanzien van één geslacht (dergelijk discriminerend effect kan men vermijden door zowel criteria op te nemen die in het voordeel spelen van mannen als criteria die in het voordeel spelen van vrouwen).⁹⁵

Het fysisch "verschilpunt" tussen mannen en vrouwen dat het meest voor de hand ligt, is zwangerschap. Het Hof heeft echter in zijn arrest *Dekker* geoordeeld dat de weigering om een vrouw aan te werven om reden van haar zwangerschap een vorm van directe discriminatie is.⁹⁶ Dit heeft als belangrijke consequentie dat in hoofdte van de werkgever geen rechtvaardiging mogelijk is. Dat het Hof de band zwangerschap-discriminatie eng interpreteert, blijkt uit een tweede arrest op

⁹³ H.v.J., 1 juli 1986, *Rummler*, zaak 237/85, *Jur.*, 1986, 2101.

⁹⁴ PRECHAL, S. en BURROWS, N., *o.c.*, 106.

⁹⁵ H.v.J., 1 juli 1986, *Rummler*, zaak 237/85, *Jur.*, 1986, (2101) 2114-2115, r.o. 14-15.

⁹⁶ H.v.J., 8 november 1990, *Dekker*, zaak 177/88, *Jur.*, 1990, (3941) 3973, r.o. 12.

dezelfde dag geweest, in de zaak *Hertz*: ontslag op grond van een ziekte die haar oorsprong vindt in zwangerschap of bevalling, valt niet onder artikel 5 van de tweede richtlijn (verbod van discriminatie m.b.t. ontslagvoorwaarden).⁹⁷ Het zou zelfs niet om een vorm van indirecte discriminatie gaan. In twee recente arresten, *Habermann-Beltermann*⁹⁸ en *Webb*,⁹⁹ heeft het Hof de beginselen ontwikkeld in Dekker inzake toegang tot het arbeidsproces, bevestigt inzake ontslag. Voor zover een rechtstreekse band bestaat tussen zwangerschap en ontslag, is er sprake van directe discriminatie. Vandaar dat deze rechtspraak in dit overzicht verder buiten beschouwing wordt gelaten.

C. DE RECHTVAARDIGING

Bij de bespreking van dit aspect moet men twee zaken goed voor ogen houden. Ten eerste heeft het Hof van Justitie beslist dat het verbod van discriminatie op grond van geslacht een fundamenteel recht is dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht.¹⁰⁰ Oordelen over rechtvaardiging voor discriminatie is oordelen over een uitzondering op een algemeen beginsel en moet bijgevolg op restrictieve wijze gebeuren.¹⁰¹

Ten tweede heeft het Hof zich m.b.t. indirecte discriminatie (bijna) altijd uitgesproken in het kader van de prejudiciële procedure.¹⁰² Dit impliceert dat het juiste evenwicht moet worden gevonden tussen enerzijds de bevoegdheid van de nationale rechter om de feiten te appreciëren en de nationale wetgeving uit te leggen en anderzijds de opdracht van het Hof de correcte en uniforme interpretatie van het gemeenschapsrecht te verzekeren. Dit verklaart waarom, voornamelijk wat de rechtvaardiging betreft, het Hof vaak zijn toevlucht zoekt tot eerder vage uitspraken en veralgemeningen, waarbij de concrete toepassing uitdrukkelijk aan de feitenrechter wordt overgelaten.¹⁰³

1. Vereisten waaraan de rechtvaardiging moet voldoen

Vergelijkt men de zinsnede terzake in het *Bilka*-arrest¹⁰⁴ met de definitie van artikel 5, lid 1 van het voorstel, dan valt te betreuren dat men in het voorstel niet preciezer heeft aangegeven hoe de objectieve rechtvaardiging moet beoordeeld worden. "Een dwingende reden of noodzakelijke voorwaarde die los staat van het geslacht van de betrokkene" lijkt niet zo moeilijk te vinden. Men mag echter niet

⁹⁷ H.v.J., 8 november 1990, *Hertz*, zaak 179/88, *Jur.*, 1990, (3979) 3999, r.o. 14.

⁹⁸ H.v.J., 5 mei 1994, *Habermann-Beltermann*, zaak 421/92, *Jur.*, 1994, 1668.

⁹⁹ H.v.J., 14 juli 1994, *Webb*, zaak 32/93, *Jur.*, 1994, 3567.

¹⁰⁰ *Supra*, vn. 3.

¹⁰¹ PRECHAL, S., "Combatting indirect discrimination in community law context", *l.c.*, 87.

¹⁰² *Supra*, vn. 77.

¹⁰³ Zie ook GILLIAMS, H., *l.c.*, 1364 (pleidooi voor een iets minder afstandelijke opstelling van het Hof) en NERI, S., "L'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins dans le droit communautaire", *J.T.T.*, 1981, 159.

¹⁰⁴ "...wanneer wordt vastgesteld dat de ter bereiking van dat doel gekozen middelen beantwoorden aan een echte behoefte van de onderneming, geschikt zijn om dat doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk zijn." (H.v.J., 13 mei 1986, *Bilka*, zaak 170/84, *Jur.*, 1986, (1607) 1628-1629, r.o. 37)

vergeten dat dit verwijst naar een test in twee stappen:¹⁰⁵ is het doel van de discriminerende maatregel of praktijk belangrijk genoeg om voorrang te krijgen op het principe van de gelijke behandeling en is de maatregel geschikt en noodzakelijk om dit doel te bereiken?

a. Een voldoende belangrijk, legitiem doel

Het doel dat men bij de toepassing van een bepaald criterium voor ogen heeft, moet rechtmatig zijn, in de betekenis van "algemeen aanvaardbaar, wat bescherming verdient". Daarenboven moet het belangrijk genoeg zijn om het fundamenteel recht op gelijke behandeling terzijde te kunnen schuiven. Dit veronderstelt een belangenafweging: weegt het belang van de discriminator op tegen het belang van het non-discriminatiebeginsel?

Dergelijke afweging is niet alleen uiterst moeilijk, maar ook tijdsgebonden: wat objectief gerechtvaardigd lijkt in bepaalde omstandigheden op een bepaald ogenblik kan veranderen, precies omdat de beoordeling hiervan in belangrijke mate bepaald wordt door de onderliggende waardenhiërarchie binnen een bepaalde samenleving.¹⁰⁶

Hoe het Hof voor deze beoordeling de "taakverdeling" met de nationale rechter ziet, blijkt uit het arrest *Bötel*.¹⁰⁷ In de Duitse wet betreffende de organisatie van bedrijven werd aan de werkgever de verplichting opgelegd om werknemers die lid waren van de ondernemingsraad, te vergoeden voor niet-gepresteerde uren ten gevolge van hun deelname aan opleidingscursussen nodig voor werkzaamheden van die raad. Krachtens deze regeling werden deeltijdse werknemers, zoals mevrouw *Bötel*, slechts vergoed voor de opleidingsuren die binnen hun werktijd vielen: indien zij tijdens hun vrije tijd op deze cursussen aanwezig waren, kregen zij hiervoor geen compensatie. De Duitse regering riep ter verantwoording in dat de bedoeling van deze compensatieplicht enkel was te vermijden dat werknemers die zich engageerden in de ondernemingsraad loonverlies zouden lijden. Het Hof aanvaardde dit argument niet: wanneer twee categorieën van werknemers eenzelfde cursus volgen, moeten zij daarvoor op dezelfde manier vergoed worden, zoniet worden deeltijdsen ontnoedigd lid te worden van de ondernemingsraad, wat er toe zou kunnen leiden dat deze categorie werknemers niet meer op representatieve wijze kan vertegenwoordigd worden binnen de raad.¹⁰⁸ Maar het Hof voegde hieraan toe dat het de Duitse regering vrij staat andere argumenten aan te voeren ter rechtvaardiging van de regeling, waarover de nationale rechter zich dan moet uitspreken.¹⁰⁹ Anders gezegd: het Hof is bereid zijn mening te geven over de houdbaarheid en aanvaardbaarheid van de objectieve redenen die in het kader van de prejudiciële procedure worden voorgelegd, maar dit doet geen afbreuk aan de mogelijkheid voor de nationale rechter om te beslissen dat er andere redenen

¹⁰⁵ PRECHAL, S., "Combatting indirect discrimination in community law context", *l.c.*, 84: zij spreekt over twee "subtests".

¹⁰⁶ *Ibid.*, 87.

¹⁰⁷ H.v.J., 4 juni 1992, *Bötel*, zaak 360/90, *Jur.*, 1992, 3589.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 3614, r.o. 25.

¹⁰⁹ *Ibid.*, r.o. 26-27.

(doelstellingen van de regeling) zijn die het onderscheid objectief kunnen rechtvaardigen.

b. De proportionaliteitstest

Eens vastgesteld dat een bepaalde maatregel of praktijk ingegeven is door een aanvaardbaar doel, moet men zich de vraag stellen of het niet mogelijk was ditzelfde doel op een niet-discriminerende of althans minder discriminerende manier te bereiken.

Deze subtest wordt door het Hof, nog meer dan de vorige, overgelaten aan de appreciatie van de feitenrechters. Slechts in een aantal zaken is het hierop ingegaan o.m. in de zaak *Teuling*,¹¹⁰ waarin het Hof de door de Nederlandse regering opgeworpen rechtvaardiging, nl. garanderen van een minimum inkomen, principieel aanvaardt, maar aan de nationale rechter de taak oplegt om na te gaan of de betwiste verhogingen overeenstemmen met de zwaardere lasten voor een begunstigde met partner en/of kinderen ten laste en of de verhogingen het geschikt en noodzakelijk middel zijn om hieraan tegemoet te komen.¹¹¹

Weliswaar is het al of niet proportioneel zijn van een maatregel of praktijk in belangrijke mate een feitenkwestie, dit neemt echter niet weg dat het Hof over de wijze waarop de geschiktheid en noodzakelijkheid moet beoordeeld worden, richtlijnen zou kunnen geven voor zover het daarover een prejudiciële vraag krijgt. En hier wringt het schoentje: nationale rechtbanken vragen het Hof doorgaans niet hoe het de proportionaliteit zou beoordelen. Een uitzondering hierop is het arrest *Molenbroek*: hierin heeft het Hof, op vraag van de verwijzende rechter, zich expliciet uitgesproken over de noodzaak van de Nederlandse reglementering.¹¹²

2. Overzicht van de rechtvaardigingsgronden

Net zoals de criteria kunnen ook de rechtvaardigingsgronden zeer sterk uiteenlopen. Niettemin heeft HERVEY een poging gedaan om een classificatie op te stellen, om hierin een zekere structuur te herkennen.¹¹³ Zij onderscheidt drie types rechtvaardigingen: "job-related", "enterprise-related" en "public interest-related".

Een verantwoording van het eerste type houdt verband met de noodzaak om de opgelegde taken te kunnen vervullen.

Het tweede type zijn verantwoordingen die betrekking hebben op het efficiënt functioneren van de onderneming in zijn geheel.

De derde categorie verwijst naar het ruime publiek of sociaal belang van de discriminerende maatregel.

¹¹⁰ *Supra*, vn. 72.

¹¹¹ Zoals hoger gezien is dit betwistbaar: komen de vergoedingen in praktijk per se ten goede aan de personen ten laste omwille van wie ze worden uitgekeerd? Hieromtrent heeft men geen zekerheid aangezien niet de personen ten laste, maar diegenen die hen ten laste hebben, worden begunstigd!

¹¹² *Supra*, vn. 76: *Jur.*, 1992, (5943) 5969, r.o. 19: "Uit het voorgaande volgt dat de betrokken nationale wettelijke regeling beantwoordt aan een gerechtvaardigde doelstelling van sociaal beleid, dat de voorziene toeslagen ter bereiking van dat doel geschikt en noodzakelijk zijn,..."

¹¹³ HERVEY, T.K., *Justifications for sex discriminations in employment*, London, Butterworths, 1993, 183 e.v.

HERVEY legt zelf zeer sterk de nadruk op het feit dat het een louter theoretisch onderscheid is. Het wordt noch in de rechtspraak van het Hof van Justitie, noch in de nationale rechtspraak gemaakt: de *Bilka*-test s.s. wordt zonder onderscheid toegepast op alle mogelijke rechtvaardigingsgronden. Nochtans zou deze classificatie praktisch relevant kunnen zijn: eens de rechter heeft uitgemaakt met welk type rechtvaardiging hij te maken heeft, kan hij zijn overwegingen en appreciatie hierop afstemmen. Beroept verweerder zich op de noodzaak voor de uitoefening van de job, dan weet de rechter dat die noodzaak moet worden aangetoond voor de uitoefening van specifieke werkzaamheden aan de werknemer opgedragen (en dat andere argumenten die in het algemeen naar de vereisten van de job verwijzen waardeloos zijn); verwijst verweerder naar een behoefte van de onderneming, dan is een afweging tussen belang van de werkgever en belang van de werknemer aan de orde; roept hij tenslotte het algemeen belang in, dan weet de rechter dat de discriminerende maatregel de maatschappij als geheel ten goede moet komen.

Jobgebonden rechtvaardigingen zijn een verdediging voor het aanwenden van twee soorten criteria hierboven besproken, nl. de vereisten van flexibiliteit, beroepsopleiding en anciënniteit en de fysische vereisten.

Ondernemingsgebonden rechtvaardigingen worden ingeroepen tegen discriminaties tussen deeltijdse en voltijdse werknemers. Ze hebben doorgaans betrekking op de economische en administratieve efficiëntie van de onderneming (zoals het verzekeren van aanwezigheid van werknemers op minder populaire tijdstippen, *Bilka*). Beoordeling hiervan ligt moeilijker dan bij het eerste type precies omwille van de belangenafweging. De rechter mag hierbij niet uit het oog verliezen dat hij te maken heeft met een fundamenteel beginsel. Daarenboven mag men niet vergeten -zoals HERVEY terecht opmerkt-¹¹⁴ dat de huidige organisatie van bedrijven gericht is op het mannelijk leefpatroon en systematisch als het ware structureel ten nadele van vrouwen werkt. Wil men werkelijk komen tot gelijke behandeling in de betekenis van "gelijke kansen", moeten structurele veranderingen worden doorgevoerd en die impliceren noodzakelijkerwijze bepaalde ongemakken en lasten in hoofde van de huidige bevoorrechten (nl. werkgevers en sommige mannelijke werknemers). Rechtvaardigingen die uitsluitend gebaseerd zijn op beweerd nadeel voor de onderneming, moeten bijgevolg met een zekere terughoudendheid beoordeeld worden.

Het algemeen belang kan -theoretisch althans- zowel in hoofde van de wetgever als in hoofde van een particuliere werkgever een rechtvaardiging vormen. Zo zou een werkgever die kinderopvangfaciliteiten voorziet ten voordele van die werknemers die geen partner hebben die thuis is om op de kinderen te passen (dit is een maatregel die indirect discriminerend werkt ten nadele van mannen) zich kunnen beroepen op het feit dat hij hiermee tegemoet komt aan een sociale behoefte van vrouwelijke werknemers en hun kinderen en dus het openbaar belang dient. In praktijk echter heeft het Hof zich hierover nog nooit moeten uitspreken en zijn het de wetgevers die een bepaalde regeling trachten te rechtvaardigen door een beroep te doen op het algemeen belang. In principe behoeven wettelijke regels geen rechtvaardiging, dit wil zeggen: voor de nationale rechtbanken volstaat een beroep op de wet(skracht) om een indirecte discriminatie-eis te ontkrachten. In de Europe-

¹¹⁴ HERVEY, T.K., *o.c.*, 196.

se rechtsorde moeten we echter rekening houden met het beginsel van de rechtstreekse werking. Wanneer een eiser kan aantonen dat nationale -zelfs wettelijke- bepalingen onverenigbaar zijn met "self-executing" gemeenschapsrecht, moeten deze bepalingen terzijde worden geschoven. Wordt dus door de eiser het discriminerend effect in het licht van het Europees gemeenschapsrecht van een nationale maatregel aangetoond, dan kan de regering niet volstaan met de mededeling dat deze maatregel wetskracht heeft en in haar beleid past, maar moet zij aantonen dat hij is ingegeven door een noodzakelijke doelstelling van algemeen belang, doorgaans -inzake discriminaties in de sociale zekerheidssector- van sociaal beleid (*supra*, criteria die een verwijzing inhouden naar de echtelijke staat of gezinssituatie).

Belangrijk hierbij is de overweging van het Hof in het arrest *Rinner-Kühn* dat louter veralgemeningen betreffende een bepaalde categorie van werknemers geen objectieve rechtvaardiging kunnen gronden.¹¹⁵ Centraal stond een Duitse wet betreffende behoud van loon ingeval van ziekte, die werkgevers verplichtte gedurende zes weken het salaris te blijven uitbetalen aan zieke werknemers. Deze wet was echter niet van toepassing op werknemers die minder dan 10 uren per week of 45 uren per maand presteerden. Mevrouw Rinner-Kühn viel ten gevolge van deze uitzondering buiten het toepassingsgebied van de wet en stapte naar de rechter. Haar werkgever beriep zich op de wettelijke bepalingen. De Duitse regering verdedigde de reglementering op grond van de overweging dat werknemers die slechts een beperkt aantal uren presteren niet zo geïntegreerd zijn in of althans minder afhankelijk zijn van de onderneming dan werknemers die voltijds tewerkgesteld zijn en dat de voorwaarden om hun werkgever te verplichten hen bijstand te verlenen dus niet vervuld waren. Het Hof nam hiermee -terecht- geen voldoening. Dergelijke overweging bevestigt immers een stereotiep denken, waarbij men ervan uitgaat dat alleen voltijdse werknemers (in hoofdzaak mannen) "echt" werken als kostwinner en dat zij dus tegen inkomensverlies moeten beschermd worden, terwijl het loon van deeltijdse werknemers (voornamelijk vrouwen) maar wat extra zakgeld vertegenwoordigt. Men gaat er met andere woorden van uit dat er steeds een echte kostwinner is die de deeltijdse werknemer (en het gezin) kan onderhouden ingeval van ziekte. Dergelijke redenering houdt echter geen rekening met het feit dat voor heel wat gezinnen het inkomen van de vrouw het verschil uitmaakt tussen leven boven of onder de armoedegrens. Afgezien van deze beperking stelt het Hof zich doorgaans eerder soepel op bij de beoordeling van "public interest-related justifications" (*supra*).

II. HET INTERN RECHT: HET ARBITRAGEHOF

Het hoger besproken gemeenschapsrecht staat niet los van of boven de Belgische rechtsorde, maar maakt er deel van uit. Zowel aan artikel 119 als aan de richtlijnen werd uitvoering gegeven in de nationale reglementering.¹¹⁶ Een bespreking hier-

¹¹⁵ H.v.J., 13 juli 1989, *Rinner-Kühn*, zaak 171/88, *Jur.*, 1989, (2743) 2761, r.o. 14.

¹¹⁶ Voor een overzicht van de Belgische wetgeving inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, zie VAN NUFFEL, H., "Het gemeenschaps- en nationale recht: een stand van zaken

van valt echter buiten het bestek van dit werk, dat zich beperkt tot een vergelijking van het Europese en Belgische concept van indirecte discriminatie. De vraag rijst echter of men van een dergelijk "Belgisch" concept kan spreken. Weliswaar maakt de visie ontwikkeld door het Hof van Justitie integraal deel uit van de Belgische rechtsorde, maar heeft de Belgische rechtspraak, los van deze evolutie in het Europees recht, ook eigen ideeën terzake ontwikkeld?

Uitgangspunt hierbij is artikel 10 van de gecoördineerde grondwet (voorheen artikel 6) dat bepaalt dat alle Belgen gelijk zijn voor de wet. Het toezicht op de naleving door de wetgever van dit gelijkheidsbeginsel is sinds 1989 toevertrouwd aan het Arbitragehof,¹¹⁷ net zoals het Hof van Justitie op Europees niveau instaat voor de correcte toepassing en interpretatie van het gemeenschapsrecht, zowel door de communautaire instellingen als door de Lid-Staten.¹¹⁸ Onderzoek van de arresten van het Arbitragehof waarin artikel 10 wordt getoetst, leverde slechts twee arresten op waarin het Hof werd gevraagd zich uit te spreken over het al of niet bestaan van indirecte discriminatie (in de betekenis daaraan door het Hof van Justitie gegeven). Afgezien daarvan kan men uit geen enkel arrest de idee van indirecte discriminatie afleiden.

1. Bespreking van de twee arresten van het Arbitragehof

Het eerste arrest, door het Hof gewezen op 4 juli 1991, is het antwoord op een prejudiciële vraag van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Nijvel.¹¹⁹ De reglementering die in twijfel wordt getrokken, artikel 40bis van de Wet van 5 augustus 1978 houdende economische en budgettaire hervormingen, beperkt de cumulatie van een rustpensioen en een overlevingspensioen. Volgens verzoekster in het geding, die door deze beperking getroffen wordt, houdt deze regeling verscheidene discriminaties in, waaronder een indirecte discriminatie ten nadele van vrouwen. Artikel 40 van diezelfde wet beperkt immers eveneens de cumulatie van twee rustpensioenen, maar op een heel wat minder drastische wijze. Deze beperking treft bijna uitsluitend mannen, terwijl de veel strengere cumulatie beperking van artikel 40bis bijna uitsluitend vrouwen raakt. Ter staving van haar middel verwijst zij uitdrukkelijk naar "door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen ontwikkelde beginselen, inzonderheid het begrip indirecte discriminatie, dat vaak wordt toegepast in verband met artikel 119 van het EEG-Verdrag".

Het Hof aanvaardt het bestaan van een nadelig effect ten aanzien van vrouwen en wijst er op dat dit niet volstaat om van indirecte discriminatie te kunnen spreken, maar daar blijft het dan ook bij. Het oordeel over een mogelijke rechtvaardiging blijft beperkt tot de volgende overweging: "De wetgever heeft door het beperken van de cumulatie van overlevings- en rustpensioenen geen discriminatie in het

inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen" (Rede uitgesproken door advocaat-generaal H. VAN NUFFEL op de plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Antwerpen op 1 september 1992), *R.W.*, 1992-93, 666-669.

¹¹⁷ Art. 1 en 26 Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof (*B.S.*, 7 januari 1989).

¹¹⁸ Zowel het Arbitragehof als het Hof van Justitie beschikken daartoe over twee technieken: het oordelen over rechtstreekse beroepen en het beantwoorden van prejudiciële vragen (*ibid.* en art. 169 en 177 EG-Verdrag).

¹¹⁹ Arbitragehof, nr. 17/91, 4 juli 1991.

leven geroepen ten nadele van de weduwen, maar heeft een instituut gewijzigd dat hij eerder uitsluitend in hun voordeel had ingesteld en waardoor vooral zij in feite begunstigd blijven." Vergeleken met de stapsgewijze redenering die het Hof van Justitie bij indirecte discriminatie-claims volgt, maakt het Arbitragehof er zich wel heel snel van af!

Op 21 oktober 1993 sprak het Arbitragehof zich uit over een beroep tot vernietiging van de artikelen 103 tot 107 van de Wet van 26 juni 1992 houdende sociale en diverse bepalingen, ingesteld door de VZW Algemene Belgische Schoonmaakunie.¹²⁰ Deze bepalingen voeren een bijzondere werkgeversbijdrage in uit hoofde van de tewerkstelling van onvrijwillig deeltijdse werknemers. De sector van de schoonmaakbedrijven is inzonderheid aan de gevolgen van deze bepalingen blootgesteld vermits het deeltijds werk er structureel is: het cliënteel eist immers dat de schoonmaak gebeurt drie of vier uur voor of na de werkuren. De sector stelt talrijke "onvrijwilligen" tewerk omdat hij voortdurend uitbreiding neemt en dus arbeidskrachten vraagt. Het aanbod van vrijwillig deeltijds werk kan de vraag niet volgen. De schoonmaakbedrijven zijn dus van mening dat zij het slachtoffer zijn van een onverantwoord verschil in behandeling. Tot staving van hun beroep roepen zij o.m. in dat dergelijke bepalingen werkgevers er zullen toe brengen te weigeren vrouwen, die vijfmaal meer onvrijwillig deeltijdse werknemers vertegenwoordigen dan mannen, in dienst te nemen. Ook hier werd uitdrukkelijk verwezen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie (met vermelding van de arresten *Bilka*, *Rinner-Kühn* en *Bötel*). Het antwoord op dit middel is weliswaar al iets uitgebreider dan in het eerste arrest, maar het Hof blijkt nog steeds niet echt de kern van de zaak te vatten. De gevolgde redenering is op zijn minst merkwaardig te noemen. Het Hof vermeldt eerst de cijfers voorgelegd door de verzoekende partij en niet betwist door de tegenpartij (de Ministerraad) waaruit inderdaad blijkt dat 80% van de deeltijdse werknemers vrouwen zijn en dat men dezelfde verhouding terugvindt in de categorie van de onvrijwillig deeltijdse werknemers. Vervolgens onderzoekt het het doel van de betwiste maatregel, nl. vermijden dat werknemers die in werkelijkheid slechts een deeltijdse betrekking willen uitoefenen zich ten onrechte aandienen als onvrijwillig deeltijdse werknemers met als enig doel bijkomende werkloosheidsuitkeringen te krijgen. Het onderzoek van het doel van de maatregel, mogelijke rechtvaardiging in hoofde van de wetgever, doet vermoeden dat het Hof het nadelig effect van de maatregel heeft aanvaard. Maar wat blijkt: in plaats van nu deze mogelijke rechtvaardiging verder te toetsen aan de vereisten vooropgesteld in het *Bilka*-arrest (wat de redenering volledig zou maken), oordeelt het Hof dat "de maatregel dus niet tot gevolg [zal] hebben dat het totale aantal deeltijdse werknemers wordt beïnvloed, maar wel dat binnen die categorie het juiste aantal van de 'vrijwilligen' wordt hersteld door een einde te maken aan praktijken die de wetgever als misbruiken bestempelt". Anders gezegd: het Hof acht het nadelig effect ten aanzien van vrouwen niet bewezen, het gevolg van de maatregel is enkel een verschuiving binnen de categorie deeltijdse werknemers, die in zijn geheel niet wordt benadeeld. Dergelijk besluit is op zich niet onverenigbaar met de rechtspraak van het Hof van Justitie, maar indien de maatregel geen discriminerend effect heeft, wat is dan het nut van het nagaan van het

¹²⁰ Arbitragehof, nr. 74/93, 21 oktober 1993.

doel van de maatregel? Hoe valt het besluit te rijmen met de daaropvolgende overweging van het Arbitragehof (die duidelijk een beoordeling van de rechtvaardiging inhoudt): "De wetgever kan, in naam van het beginsel van niet-discriminatie, niet het recht worden ontzegd een einde te maken aan misbruiken onder het voorwendsel dat die zouden worden begaan door een categorie van werknemers die vijfmaal meer vrouwen dan mannen telt."?

2. Een mogelijke verklaring voor de afwezigheid van een "Belgisch" concept

Artikel 10 van de grondwet formuleert het gelijkheidsbeginsel in algemene zin. Er is geen onderscheidingselement dat expliciet verboden wordt, maar ongelijke behandeling van personen die zich in een gelijke situatie bevinden als dusdanig wordt verboden. Dit betekent eigenlijk dat elke vorm van discriminatie direct is, want elke vorm van discriminatie is door de (grond)wet verboden.

Dit in tegenstelling tot het Europees recht: in het Unieverdrag is geen algemeen gelijkbehandelingsvoorschrift opgenomen. Wel bevat het Verdrag een aantal toepassingen van het beginsel, waaronder artikel 6, eerste alinea en artikel 119 van het EG-Verdrag, waarin bepaalde onderscheidingscriteria expliciet verboden worden.¹²¹ Het Hof van Justitie heeft deze artikelen zeer ruim geïnterpreteerd door niet zozeer de nadruk te leggen op het criterium dat het onderscheid creëert, maar veeleer op het onderscheid zelf. Toegepast op artikel 119 betekent dit dat het niet alleen verboden is om in een bepaalde regeling een bepaald (loons)voordeel uitdrukkelijk voor te behouden aan mannen (of vrouwen), maar ook zelfs om feitelijk een onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen, ongeacht het criterium dat het verschil in behandeling doet ontstaan. Het Hof van Justitie heeft dus de eerder beperkte draagwijdte van artikel 119 in belangrijke mate verruimd door de introductie van de notie "indirecte discriminatie", door niet te vereisen dat expliciet het criterium man/vrouw wordt gebruikt, maar zich "tevreden te stellen" met eender welk criterium op voorwaarde dat het resultaat een onderscheid tussen mannen en vrouwen is. Een absolute voorwaarde voor de toepassing van artikel 119 blijft dus het bestaan van een nadelig effect ten aanzien van vrouwen of mannen. Zo is het bijvoorbeeld uitgesloten op grond van dit artikel een wet aan te vechten waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen mensen met zwart haar en mensen met blond haar.

Het Arbitragehof wordt door deze beperking niet gehinderd: het gelijkheidsbeginsel in de Belgische grondwet is ruim genoeg geformuleerd. Het had dan ook geen enkele nood aan zoiets als "indirecte discriminatie"...

BESLUIT

¹²¹ Voor een volledig overzicht van de toepassingen van de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie in het gemeenschapsrecht, zie LENAERTS, K., "Gelijkheid en non-discriminatie in het Europees gemeenschapsrecht" in *Gelijkheid en non-discriminatie*, ALLEN, A. en LEMMENS, P. (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 47-85 (in het bijzonder de bijlage bij dit rapport).

Indirecte discriminatie op grond van geslacht

Het concept indirecte discriminatie is dus eigenlijk "uitgevonden" door het Hof van Justitie vanuit een specifieke nood: de concrete, eerder beperkte discriminatie-verboden in het Verdrag een zo groot mogelijke slagkracht geven.

De achterliggende idee is het tot stand brengen van een reële gelijkheid.

Is de jurisprudentiële notie van indirecte discriminatie daartoe het geschikte instrument?

De verdienste van de notie is in ieder geval dat zij er toe bijdraagt bepaalde, vaak diepgewortelde, praktijken, die traditoneel in het nadeel van vrouwen werken, in vraag te stellen. Zo wijst het Hof er in zijn rechtspraak herhaaldelijk op dat het niet zo evident is voor een vrouw met een gezin om voltijds uit werken te gaan. Het Hof vertrekt dus van de idee dat de vrouw de zorg voor het gezin volledig voor haar rekening neemt, wat in praktijk inderdaad doorgaans het geval is. Uitgangspunt van het concept blijft dus een bepaalde sociale realiteit, doordrongen van een traditionele rollenverdeling tussen man en vrouw. "Echte" gelijkheid veronderstelt meer aandacht voor deze structurele ongelijkheden ("disguised discriminations").

In die zin is indirecte discriminatie slechts een remedie om de symptomen van de ziekte te behandelen, maar men mag niet vergeten het virus zelf aan te pakken.

Vanzelfsprekend valt dit buiten de macht van het Hof, dat weliswaar de vrijheid heeft het gegeven recht ruim te interpreteren, maar geen recht kan creëren. Gelijke kansen voor mannen en vrouwen is een kwestie van beleid.

Hoe kan men een dergelijk beleid juridisch vorm geven?

In ieder geval volstaat het niet het probleem van geslachtsdiscriminatie uitsluitend te benaderen vanuit de optiek van het verbod. Eén van de nadelen van het feit dat men zich beperkt tot het opleggen van een verbod om te discrimineren (o.m. aan de werkgever) is precies het bewijslastprobleem: het komt dan in principe de gediscrimineerde toe de overtreding aan te tonen. Het lijkt efficiënter aan de werkgever zo veel als mogelijk verplichtingen op te leggen, zoals de organisatie van kinderopvang. Degene die zich gediscrimineerd weet, zal zich dan kunnen beperken tot het signaleren van het verzuim. De werkgever moet zich verantwoorden waarom hij de verplichting niet heeft nageleefd. Daardoor vertrekt hij en niet de potentieel gediscrimineerde vanuit een ongunstige positie.

Ingrijpen van de wetgever op een positieve manier (opleggen van verplichtingen i.p.v. verbodsbepalingen), kan de vorm aannemen van positieve discriminatie: acties die erop gericht zijn feitelijke, structurele ongelijkheden, die de kansen van vrouwen nadelig beïnvloeden, op te heffen. Soms moet men tijdelijk ongelijkheid introduceren om uiteindelijk gelijkheid te realiseren. Deze acties kunnen de meest uiteenlopende vormen aannemen: quota-systemen (verplicht minimum aantal vrouwelijke werknemers), systemen waarbij de werkgever moet bewijzen inspanningen te hebben geleverd om ongelijkheden weg te werken om bepaalde subsidies te kunnen genieten of verplichting voor de werkgever die de keuze heeft uit gelijkwaardige kandidaten om de voorkeur te geven aan vrouwen. Hoe wetgever en rechter hier tegenover staan, is echter weer een ander verhaal ...