

Nieuwe discriminatieregels in arbeidszaken

Ann WITTERS / Inger VERHELST

Advocaten Claey s & Engels Antwerpen

I. Inleiding

Diverse Europese richtlijnen vormen de basis inzake gelijke behandeling van personen binnen de Europese Ruimte.

Vooreerst bestaan er verschillende richtlijnen (gender-richtlijnen) om de gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen te verwezenlijken in het sociaal recht. Richtlijn 2002/73/EG van 23 september 2002 tot wijziging van richtlijn 76/207 van de Raad 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 en richtlijn 2004/113/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten vormen hiervan de meest recente voorbeelden.

Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2003 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (rasrichtlijn) bindt de strijd aan tegen racisme en vreemdelingenhaat binnen een breed materieel toepassingsgebied.

Richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (kaderrichtlijn) vormt het algemeen kader inzake antidiscriminatie in arbeidszaken.

Al deze richtlijnen werden aanvankelijk (gedeeltelijk) omgezet in het Belgisch recht door de wet van 25 februari 2003 de wet ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding. (1)

De omzetting was echter op meerdere gebieden onvolmaakt. (2)

Bovendien oordeelde het Arbitragehof (3) op 6 oktober 2004 dat een aantal paragrafen van de wet in strijd waren met het gelijkheidsbeginsel. (4) De betrokken paragrafen werden om die reden nietig verklaard. Zulks maakte de implementatie van de richtlijnen nog gebrekiger.

De Belgische Staat werd inmiddels door de Europese Commissie in gebreke gesteld voor de incorrecte omzetting van de rasrichtlijn. Wellicht volgt een gelijkwaardige ingebrekestelling voor wat betreft de kaderrichtlijn. (5)

Na grondige studie heeft onze wetgever ervoor gekozen om, ter implementatie van bovenvermelde richtlijnen, verschillende wetten op te stellen die elk betrekking hebben op één of meerdere vormen van discriminatie.

Op 10 mei 2007 werden de volgende wetten uitgevaardigd:

- wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (6) (hierna «algemene wet»);

(1) De geslachtsrichtlijnen werden mede omgezet door de wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot een zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid. Inzake rasdiscriminatie speelde ook nog de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden.

(2) Zie hierover o.m.: A. WITTERS, I. VERHELST en D. DEJONGHE, «De absurde gevolgen van de antidiscriminatie wet voor het arbeidsrecht», *Or.* 2004, 169-180.

(3) Thans het Grondwettelijk Hof.

(4) Arbitragehof 6 oktober 2004 (157/2004), www.arbitrage.be.

(5) *Parl. St.*, Kamer 2006-07, Doc. 51, 2722/1, 5.

(6) *B.S.* 30 mei 2007, 29016 e.v.

- wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (1) (hierna «genderwet»);
- wet tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden (2) (hierna «racismewet»).

Hieronder bespreken wij de krachtlijnen van deze nieuwe wetten en hun impact in arbeidszaken.

II. Toepassingsgebied

A. De lijst van de verboden discriminatiegronden

In de nieuwe «algemene wet» ter bestrijding van discriminatie werd gekozen voor een herinvoering van een gesloten lijst verboden discriminatiegronden.

Het Arbitragehof vernietigde in zijn arrest van 6 oktober 2004 de oorspronkelijke lijst met gronden die opgenomen was in het artikel 2 van de wet van 25 februari 2003. Het Hof oordeelde dat de wet door het bannen van de discriminatiegronden politieke overtuiging en taal uit deze lijst zelf een niet redelijk verantwoord onderscheid had gemaakt. Bovendien was het Hof van mening dat een limitatieve opsomming van discriminatiegronden niet overeenstemde met de bedoeling van de wetgever om met de wet van 25 februari 2003 alle vormen van discriminatie te bestrijden. (3)

Ten gevolge van het arrest functioneerde de wet van 25 februari 2003 met een algemeen discriminatieverbod waarbij elk onderscheid in behandeling, ongeacht het gebruikte criterium, ter discussie stond. Voor het arbeidsrecht had dit mogelijk desastreuze gevolgen. (4) In haar ingebrekestelling maakte de Europese Commissie de Belgische Staat duidelijk dat deze vorm van omzetting de vereisten van transparantie en rechtszekerheid enerzijds en doeltreffendheid anderzijds die de Europese richtlijnen vereisen, miskende.

Bij de keuze voor de in de lijst op te nemen discriminatiegronden is de wetgever trapsgewijs tewerk gegaan. Uitgangspunt was de oorspronkelijke lijst van de wet van 25 februari 2003. Het principe van het behoud van het *acquis* vereiste dat minstens de discriminatie op basis van deze gronden opnieuw verboden werden. Dit betekent dat het voor interpretatie vatbaar zijnde criterium «geboorte» werd behouden. (5) Het valt te betreuren dat bij de gelegenheid van de nieuwe wet niet werd geopteerd voor een definitie van dit begrip. Ook het criterium «fortuin» werd behouden maar werd vervangen door de neutralere en modernere term «vermogen». (6)

Uit deze lijst werden de criteria geschrapt die nu het voorwerp uitmaken van andere wetten. Toegevoegd werden de gronden die voorkomen in andere belangrijke internationale mensenrechtenverdragen.

Het resultaat is volgende lijst van verboden discriminatiegronden (7): leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, handicap, fysieke eigenschap, genetische eigenschap. Op advies van de Raad van State werd hieraan nog de sociale afkomst toegevoegd. (8)

Door zich te laten inspireren door de belangrijkste mensenrechtenverdragen enerzijds en door in de titel van de wet aan te geven dat de wet slechts beoogt «bepaalde» vormen van discriminatie te bestrijden anderzijds, hoopt de wetgever een nieuwe vernietiging door het Grondwettelijk Hof te voorkomen.

De genderwet verbiedt discriminatie op basis van geslacht. (9) Een direct onderscheid op basis van zwangerschap, bevalling, moederschap of geslachtsverandering wordt gelijkgesteld met een direct onderscheid op basis van geslacht. (10)

(1) B.S. 30 mei 2007, 29031 e.v.

(2) B.S. 30 mei 2007, 29046 e.v.

(3) A. WITTERS, I. VERHELST en D. DEJONGHE, «De antidiscriminatiewet gewijzigd door het Arbitragehof: gevolgen voor het arbeidsrecht», *Or.* 2004, 243.

(4) Met name in de veronderstelling dat de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste onder de wet van 25 februari 2003 de enige rechtvaardigingsgrond was. Zie hierover A. WITTERS, I. VERHELST en D. DEJONGHE, *l.c.*, 245.

(5) J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, «De antidiscriminatiewet», *N.J.W.* 2003, 263; A. WITTERS, I. VERHELST, D. DEJONGHE, «De absurde gevolgen van de antidiscriminatiewet voor het arbeidsrecht», *Or.* 2004, 179.

(6) J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, *l.c.*, 263-264.

(7) Art. 3 algemene wet.

(8) Advies R.v.St., *Parl. St.* Kamer 2006-07, Doc. 51, 2722/1, 115.

(9) Art. 3 genderwet.

(10) Art. 4 genderwet.

De racismewet bestrijdt discriminatie op grond van nationaliteit, een zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming. (1)

B. Materieel toepassingsgebied: de domeinen waarin discriminatie verboden wordt

In de wet van 25 februari 2003 was geopteerd voor een zeer breed toepassingsgebied met een verregaande horizontale doorwerking van het gelijkheidsbeginsel tot gevolg. (2) Een gedeelte van het toepassingsgebied werd vernietigd door het arrest van het Arbitragehof van 6 oktober 2004. (3)

De drie nieuwe wetten hebben een quasi identiek materieel toepassingsgebied. Het betreft een combinatie van het toepassingsgebied van de wet van 25 februari 2003 met dat van de wet van 7 mei 1999, met uitzondering van de bepalingen die werden vernietigd door het Arbitragehof en met inbegrip van het toepassingsgebied van de rasrichtlijn, zijnde de richtlijn met het ruimste toepassingsgebied.

Met uitzondering van de aangelegenheden die onder de bevoegdheden van de gemeenschappen of de gewesten vallen, zijn de nieuwe wetten zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing met betrekking tot:

- 1° de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn;
- 2° de sociale bescherming, met inbegrip van de sociale zekerheid en de gezondheidszorg;
- 3° de sociale voordelen;
- 4° de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid;
- 5° de arbeidsbetrekkingen;
- 6° de vermelding in een officieel stuk of in een proces-verbaal;
- 7° het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of enige organisatie waarvan de leden een bepaald beroep uitoefenen, waaronder de voordelen die deze organisaties bieden;

- 8° de toegang tot en de deelname aan, alsook elke andere uitoefening van een economische, sociale, culturele of politieke activiteit toegankelijk voor het publiek. (4)

Arbeidsbetrekkingen worden gedefinieerd als de betrekkingen die onder meer de werkgelegenheid, de voorwaarden voor toegang tot arbeid, de arbeidsvoorwaarden en de ontslagregelingen omvatten, en dit:

- zowel in de openbare als in de private sector;
- zowel voor arbeid in loondienst, onbetaalde arbeid, arbeid in het kader van stageovereenkomsten, leerovereenkomsten, beroepsinlevingsovereenkomsten en startbaanovereenkomsten of arbeid als zelfstandige;
- voor alle niveaus van de beroepshiërarchie en voor alle activiteitstakken;
- ongeacht de statutaire of contractuele regeling van de persoon die de arbeid verricht;
- met uitzondering van bepaalde arbeidsverhoudingen in het onderwijs die geen federale bevoegdheid vormen. (5)

Onder aanvullende regelingen voor sociale zekerheid worden begrepen de regelingen die tot doel hebben aan werknemers of zelfstandigen uit een onderneming, een groep ondernemingen, een tak van de economie of één of meer bedrijfstakken omvattende sector, prestaties te verstrekken in aanvulling op de prestaties uit hoofde van de wettelijke regelingen op het gebied van de sociale zekerheid of in de plaats daarvan, ongeacht of aansluiting bij deze regelingen verplicht is of niet. (6)

De wetten verduidelijken het toepassingsgebied door het opnemen van een lijst met voorbeelden van domeinen waar ze toepassing vinden in arbeidsbetrekkingen

(1) Art. 3 racismewet.

(2) J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, *l.c.*, 270.

(3) Meer bepaald het art. 2 § 4 vijfde streepje: het verspreiden, het publiceren of het openbaar maken van een tekst, een bericht, een teken of enig andere drager van discriminerende uitlatingen.

(4) Art. 5 § 1 algemene wet; art. 6 § 1 genderwet; art. 5 § 1 racismewet.

(5) Art. 4 1° algemene wet; art. 5 1° genderwet; art. 4 1° racismewet.

(6) Art. 4 17° algemene wet; art. 5 16° genderwet; art. 4 16° racismewet.

(1) en aanvullende regelingen voor sociale zekerheid. (2)

Inhoudelijk wordt aldus niet afgeweken van het toepassingsgebied van de wet van 25 februari 2003. Het volledige spectrum van de arbeidsrelatie wordt gedekt: van selectie over aanwerving, tewerkstelling en loonvoorwaarden tot aan het ontslag. (3) De nieuwe bepaling is wel veel duidelijker omschreven en laat minder ruimte voor discussie.

Eén belangrijke nieuwigheid is de uitsluiting van intimidatie en seksuele intimidatie in de arbeidsbetrekkingen. (4) Deze vallen voortaan uitsluitend onder de welzijnswet van 4 augustus 1996. (5) Hiermee wordt een einde gesteld aan een zoveelste incoherentie onder de wet van 25 februari 2003. (6) Merken we ook op dat de wetgever heeft teruggegrepen naar de term «intimidatie» uit de richtlijnen daar waar de wet van 25 februari 2003 nog sprak van «pesterijen» en «ongewenst seksueel gedrag op het werk».

C. Temporeel toepassingsgebied: werking in de tijd

Noch in de wetten zelf noch in de parlementaire voorbereiding ervan kan enige verwijzing worden terugge-

vonden naar de werking van de nieuwe wetten in de tijd.

Bijgevolg gelden de algemene regels. De drie nieuwe wetten werden gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad* van 30 mei 2007 en zijn derhalve van toepassing vanaf 9 juni 2007.

Het is niet zo duidelijk hoe ongelijkheden die zich voor 9 juni 2007 voordeden, beoordeeld moeten worden. Wellicht zal een onderscheid gemaakt moeten worden tussen vier tijdvakken:

- de periode voor 27 maart 2003: voor de inwerkingtreding van de wet van 25 februari 2003 kan slechts worden teruggegrepen naar de vroegere wetgeving die al dan niet reeds richtlijnconform geïnterpreteerd moet worden;
- vanaf 27 maart 2003 tot 6 oktober 2004 gold de originele versie van de wet van 25 februari 2003 en bestond bijvoorbeeld geen verboden discriminatie op basis van politieke overtuiging en taal;
- vanaf 6 oktober 2004 tot 9 juni 2007 gold de gedeeltelijk vernietigde versie van de wet van 25 februari 2003 met een algemeen discriminatieverbod;

-
- (1) Art. 5 § 2 algemene wet; art. 6 § 2 genderwet; art. 5 § 1 racismewet:
- met betrekking tot **toegang tot arbeid**: werkaanbiedingen en advertenties voor betrekkingen en promotiekansen, de bepaling en toepassing van selectiecriteria en selectiekanalen, de bepaling en toepassing van aanstellingscriteria bij aanwerving of benoeming, de bepaling en toepassing van criteria bij promotie, de toetreding als vennoot in vennootschappen of maatschappen van zelfstandige beroepen;
 - met betrekking tot de **arbeidsvoorwaarden en beloning**: arbeidsovereenkomsten, overeenkomsten van zelfstandigen, bestuursrechtelijke statutaire regelingen, stage- en leerovereenkomsten, collectieve arbeidsovereenkomsten, collectieve regelingen voor zelfstandigen, arbeidsreglementen, eenzijdige werkgeversbeslissingen en eenzijdige beslissingen opgelegd aan zelfstandigen, de toekenning en bepaling van loon of ereloon, de toekenning of bepaling van alle huidige of toekomstige voordelen in geld of natura, arbeidsduurregelingen, regelingen inzake feestdagen en zondagsrust, regelingen inzake nachtarbeid, regelingen inzake arbeid van jeugdige werknemers, regelingen met betrekking tot ondernemingsraden, comités voor preventie en bescherming op het werk, vakbondsafvaardigingen en raden en comités van dezelfde aard in de openbare sector, bevordering van arbeids- en loonsverbetering, beroepen- en functieclassificatie, betaald educatief verlof en vormingsverlof, regelingen inzake tijdskrediet, regelingen inzake jaarlijkse vakantie en vakantiegeld, regelingen met betrekking tot het welzijn van de werknemers;
 - met betrekking tot de **beëindiging van de arbeidsbetrekking**: de ontslagbeslissing, de bepaling en toepassing van voorwaarden en modaliteiten van ontslag, de bepaling en toepassing van ontslagcriteria, de toekenning en bepalingen van vergoedingen naar aanleiding van de beëindiging van de professionele relatie, maatregelen naar aanleiding van de beëindiging van de professionele relatie.
- (2) Art. 5 § 3 algemene wet; art. 6 § 3 genderwet; art. 5 § 3 racismewet: het toepassingsgebied van de aanvullende regelingen, de verplichting tot premiebetaling en de premieberekening, de berekening van prestaties alsmede de voorwaarden inzake duur en behoud van het recht op prestaties, de bepaling van de deelnemers, de bepaling of verplicht dan wel vrijwillig wordt deelgenomen, de bepaling van toetredingsregels, regels ten aanzien van minimumduur van arbeid of aansluiting bij de regeling om in aanmerking te komen voor prestaties, de bepaling van regels ten aanzien van de terugbetaling van premies wanneer de aangeslotene uit de regeling treedt zonder te voldoen aan voorwaarden die een uitgesteld recht op prestaties van lange termijn waarborgen, de bepaling van voorwaarden voor toekenning van prestaties, de bepaling van het behoud of de verwerving van rechten tijdens de periodes van schorsing van de arbeidsovereenkomst, de bepaling van rechten op uitgestelde prestaties bij het verlaten van de regeling.
- (3) *Parl. St.* Kamer 2006-07, Doc. 51, 2722/1.
- (4) Art. 6 algemene wet; art. 7 genderwet; art. 6 racismewet.
- (5) Meer bepaald het hfdst. Vbis – Bijzondere bepalingen betreffende geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk.
- (6) A. WITTERS, I. VERHELST en D. DEJONGHE, «De absurde gevolgen van de antidiscriminatiewet voor het arbeidsrecht» *Or.* 2004, 178.

- vanaf 9 juni 2007 gelden de drie nieuwe wetten en zijn de verboden discriminatiegronden (opnieuw) beperkt.

III. Definities

De drie nieuwe wetten worden ingeleid door een reeks definities. (1) Cruciaal zijn de begrippen «onderscheid» en «discriminatie». De term «onderscheid» heeft een neutrale connotatie terwijl «discriminatie» expliciet doelt op wat niet kan gerechtvaardigd worden en dus verboden is.

A. Direct onderscheid en directe discriminatie

Direct onderscheid is de situatie die zich voordoet wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van één van de beschermde criteria. (2) Directe discriminatie is dan het direct onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen voorzien in de wet. (3) De definitie van direct onderscheid is een woordelijke overname van de definitie van directe discriminatie uit de Europese richtlijnen. Deze nieuwe definitie maakt in vergelijking met de definitie uit de wet van 25 februari 2003 duidelijk:

- dat een ongunstiger behandeling op basis van de beschermde criteria wordt vereist (i.p.v. louter een verschil in behandeling) (4);
- dat discriminatie maar mogelijk is bij een verschillende behandeling in zogenaamde «vergelijkbare situaties»;
- dat alle verschillen in behandeling, zowel toekomstige, verleden en hypothetische verschillen (aangegeven door «zou worden behandeld») (5) door de wet geïndiceerd worden.

Het concept kent drie essentiële elementen:

- 1) een verschil in behandeling (ongunstigere behandeling);
- 2) tussen personen in een vergelijkbare situatie (de zogenaamde vergelijkbaarheidstest);
- 3) een causaal verband tussen de ongunstiger behandeling en een beschermd kenmerk. (6)

De vergelijkbaarheidstest houdt in dat de gediscrimineerde ongunstig wordt behandeld in vergelijking met een referentiepersoon (die gelijk of gelijkwaardig werk (7) verricht) van dezelfde onderneming, instelling of dienst of, zelfs buiten de ondernemingsgrenzen voorzover het verschil in behandeling toe te schrijven is aan dezelfde bron (bijvoorbeeld een groepsbeleid of een sectorale CAO). (8)

B. Indirect onderscheid en indirecte discriminatie

Indirect onderscheid is voortaan gedefinieerd als de situatie die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen gekenmerkt door een bepaald beschermd criterium, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen. (9) Indirecte discriminatie is het indirect onderscheid op basis van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden door de in de wet voorziene rechtvaardigingsgronden. (10)

In de nieuwe wetten werd gekozen voor «bijzonder benadelen» boven het vroegere «een schadelijke weerslag hebben» om beter aan te sluiten bij de tekst van de richtlijnen. (11)

Het klassieke voorbeeld van een indirecte discriminatie is het verschil in behandeling op basis van deeltijdse dan wel voltijdse arbeid. Ogenschijnlijk gaat het om een neutraal criterium (lees: een criterium dat niet door de wet beschermd wordt), in realiteit zal het on-

(1) Art. 4 algemene wet; art. 5 genderwet en art. 4 racismewet.

(2) Art. 4 6° algemene wet; art. 5 5° genderwet en art. 4 6° racismewet.

(3) Art. 4 7° algemene wet; art. 5 6° genderwet en art. 4 7° racismewet.

(4) Aan dit verschil in terminologie mag niet te veel belang worden gehecht. De Europese Commissie lichtte eerder toe dat elk verschil in behandeling beoogd wordt. Zie C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie*, Gent, Larcier, 2004, 87-88.

(5) C. BAYART, o.c., 96; contra: P. FOUBERT, «Basisconcepten van de wet bestrijding discriminatie en haar verhouding tot andere antidiscriminatieregels», in M. DE VOS en E. BREMS, *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, 2004, Antwerpen, Intersentia, 2004, 4, voetnoot 16.

(6) *Parl. St. Kamer* 2006-07, Doc. 51, 2722/1, 40.

(7) Gelet op de aard van het werk, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden.

(8) H.v.J. 17 september 2002, arrest *Lawrence t. Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group en Mitie Secure Services Ltd*, C-320/00, *Jur.* 2002, I-07325. Voor een uitgebreide bespreking van de rechtspraak inzake de vergelijkbaarheidstest zie C. BAYART, o.c., 92-106.

(9) Art. 4 8° algemene wet; art. 5 7° genderwet; art. 4 8° racismewet.

(10) Art. 4 9° algemene wet; art. 5 8° genderwet; art. 4 9° racismewet.

(11) Vergelijk art. 2 § 2 antidiscriminatiewet 25 februari 2003 en art. 2, 2 b) kaderrichtlijn en rasrichtlijn. Merk op dat de wetgever i.p.v. «bijzonder benadelen» heeft geopteerd voor «bijzonder kan benadelen», op basis van een vergelijking met de Franse, Engelse en Duitse vertaling van de richtlijn.

derscheid in de meeste ondernemingen leiden tot een verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen, of, ingevolge de regeling van het tijdskrediet, tussen jongere en oudere werknemers.

Ook het vaak gebruikte onderscheid op basis van anciënniteit kan leiden tot een indirect verschil in behandeling op basis van bepaalde beschermde criteria (geslacht, leeftijd).

De notie van indirecte discriminatie heeft een dubbele functie. Enerzijds is het concept dienstig om al dan niet bewust verkapte vormen van discriminatie uit de wereld te helpen. Anderzijds helpt het om te zoeken naar de feitelijke gevolgen voor een beschermde groep van een op zich neutrale behandeling. Wordt een achterstelling van een beschermde groep vastgesteld, dan heeft men een indirect onderscheid dat vermoed wordt discriminatie uit te maken tenzij het kan gerechtvaardigd worden. (1) Zo zal niemand in twijfel stellen dat de vereiste de twee landstalen te kennen, een neutraal criterium is. In werkelijkheid zou dit kunnen leiden tot een achterstelling van allochtone werknemers. De werkgever zal in dat geval moeten nagaan of de door hem vereiste talenkennis gerechtvaardigd kan worden.

C. Intimidatie en seksuele intimidatie

De definitie van intimidatie is niet gewijzigd. Het betreft ongewenst gedrag dat met een van de beschermde criteria verband houdt, en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. (2) Van seksuele intimidatie is sprake wanneer zich enige vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie voordoet met als doel of gevolg dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd. (3) Deze definitie is aangepast aan deze van de recent gewijzigde genderrichtlijn. (4)

Indien intimidatie zich voordoet binnen het kader van arbeidsverhoudingen, en onder het toepassingsgebied

van de welzijnswet valt, heeft laatstgenoemde wet voorrang. De definities van pesterijen op het werk en ongewenst seksueel gedrag op het werk in de welzijnswet, werden recent aangepast en in lijn gebracht met de nieuwe discriminatiewetten. (5)

D. Opdracht tot discrimineren

De opdracht tot discrimineren tenslotte is elke handelwijze die erin bestaat wie ook opdracht te geven om een persoon, een groep, een gemeenschap of een van hun leden te discrimineren op grond van een van de beschermde criteria. (6) In het kader van arbeidsbetrokkingen zou dit bijvoorbeeld een rol kunnen spelen in opdrachten die werkgevers uitbesteden aan selectiekantoren en outplacementbureaus.

IV. Discriminatieverbod

Elke vorm van discriminatie op grond van een van de beschermde criteria is verboden. Onder discriminatie worden verstaan (7): directe discriminatie, indirecte discriminatie, opdracht tot discrimineren, intimidatie en, specifiek voor wat betreft handicap, een weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van personen met een handicap. (8)

Redelijke aanpassingen worden gedefinieerd als aanpassingen die in een concrete situatie en naargelang de behoefte worden getroffen om een persoon met een handicap in staat te stellen toe te treden tot, deel te nemen aan en vooruit te komen in de aangelegenheden waarop de algemene wet van toepassing is. (9) Redelijke aanpassingen omhelzen niet die maatregelen die een onevenredige belasting vormen voor de persoon die deze maatregelen moet treffen. Wanneer die belasting in voldoende mate wordt gecompenseerd door bestaande maatregelen in het kader van het gevoerde overheidsbeleid inzake personen met een handicap, kan zij niet als onevenredig worden beschouwd.

Werkgevers moeten bijgevolg, indien zij worden geconfronteerd met een concrete behoefte, maatregelen treffen om een persoon met een handicap in staat te

(1) *Parl. St.* Kamer 2006-07, Doc. 51, 2722/1, 41.

(2) Art 4 10° algemene wet, art 5 9° genderwet, art 4 10° racismewet.

(3) Art 5 10° genderwet.

(4) Art 2 vierde streepje richtlijn 2002/73/EG van 23 september 2002 tot wijziging richtlijn 76/207.

(5) Art 4 b) en c) wet 10 januari 2007 tot wijziging art 32ter 2° en 3° welzijnswet, *B.S.* 6 juni 2007.

(6) Art 4 13° algemene wet, art 5 12° genderwet, art 4 12° racismewet.

(7) Art 14 algemene wet, art 19 genderwet, art 12 racismewet.

(8) Art 14 algemene wet.

(9) Art 4 12° algemene wet.

stellen in dienst te treden/te worden tewerkgesteld. Een werkgever die zich in een dergelijke situatie bevindt, zal alle redelijke maatregelen moeten treffen. Hij moet niet overgaan tot acties die een onevenredige belasting vormen. Maatregelen waarvoor de werkgever kan rekenen op bijvoorbeeld voldoende financiële steun van overheidswege, vormen geen onevenredige belasting.

V. Rechtvaardiging van onderscheid

In een aantal gevallen kan een onderscheid in behandeling gerechtvaardigd worden en is er dus geen sprake van verboden discriminatie. De mogelijke rechtvaardigingsgronden verschillen naargelang de beschermde criteria enerzijds en naargelang er sprake is van direct, dan wel indirect onderscheid anderzijds.

A. Direct onderscheid op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing, handicap, geslacht en ras in arbeidsbetrekkingen

De nieuwe wetten beogen de diverse Europese richtlijnen inzake discriminatie om te zetten in het Belgisch recht.

Voor de beschermde criteria vermeld in de richtlijnen diende onze wetgever rekening te houden met de principes geponereerd in deze richtlijnen. De kaderrichtlijn verbiedt discriminatie op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing, en handicap. In de ras- en genderrichtlijnen worden resp. ras en geslacht gehanteerd als beschermde criteria.

Onze Europese wetgever heeft zowel in de kaderrichtlijn, als in de rasrichtlijn en de genderrichtlijnen geopteerd voor een zogenaamd gesloten stelsel. De betrokken richtlijnen verbieden elke vorm van directe discriminatie, tenzij in de limitatief in de richtlijnen opgesomde gevallen. De limitatief opgesomde rechtvaardigingsgronden zijn de zogenaamde wezenlijke en bepalende beroepsvereiste (1) en een aantal specifieke rechtvaardigingsgronden voor leeftijd. (2)

In de wet van 25 februari 2003 had onze Belgische wetgever gekozen voor een zogenaamd open stelsel, waarin een onderscheid in behandeling niet kon wor-

den beschouwd als discriminatie indien het objectief en redelijkerwijze gerechtvaardigd kon worden. Op dit punt was de wet in strijd met de richtlijnen die ze geacht werd om te zetten.

In de nieuwe wetten wordt, voor de in richtlijnen vermelde criteria en binnen het toepassingsgebied van deze richtlijnen, voorzien in een gesloten systeem van rechtvaardiging.

Concreet verbieden de wetten, voor wat betreft leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing, handicap, ras en geslacht ieder direct onderscheid in arbeidsbetrekkingen dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste. (3)

Van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan slechts sprake zijn wanneer :

- een bepaald kenmerk, dat verband houdt met leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing, handicap, ras of geslacht vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, wezenlijk en bepalend is; en
- het vereiste berust op een legitieme doelstelling en evenredig is ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling. (4)

Een koninklijk besluit kan voorbeelden ophoofden van situaties waarin een bepaald kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt. (5) Een dergelijk koninklijk besluit dient te worden vastgesteld na overleg in de Ministerraad en na raadpleging van het in de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel bedoelde bevoegde overleg- of onderhandelingscomité of van het aangewezen orgaan van vakbondsoverleg voor de administraties, diensten en instellingen waarop voornoemde wet niet van toepassing is, in de overheidssector, of de Nationale Arbeidsraad in de privésector. Wanneer één van de geraadpleegde organen zich niet heeft uitgesproken binnen 2 maanden na de aanvraag, wordt zijn advies geacht positief te zijn.

Desgevallend zal de rechter in elk concreet geval moeten onderzoeken of een bepaald kenmerk een we-

(1) Art 4 kaderrichtlijn, art 4 rasrichtlijn, nieuw art 2 6 genderrichtlijn 76/207/EG.

(2) Art. 6 kaderrichtlijn.

(3) Art. 8 § 1 algemene wet; art. 13 § 1 genderwet; art. 8 § 1 racismewet.

(4) Art. 8 § 2 algemene wet; art. 13 § 2 genderwet; art. 8 § 2 racismewet.

(5) Art. 8 § 4 algemene wet; art. 13 § 3 genderwet; art. 8 § 4 racismewet.

zenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt. (1) Volgens de Europese richtlijnen wordt de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste strikt geïnterpreteerd. Onze wetgever volgt deze zienswijze. De regel van de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is een uitzonderingsregel die zorgvuldig moet worden gehanteerd en alleen mag worden gebruikt voor die beroepsvereisten die strikt noodzakelijk zijn om de activiteiten in kwestie uit te oefenen. Traditioneel worden als voorbeeld het geslacht of bepaalde fysieke eigenschappen aangehaald waarover een acteur of actrice moet beschikken om een bepaalde rol in een film of theaterstuk te spelen.

Voor wat betreft leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of een handicap maar niet voor geslacht en ras, kan de wezenlijke en bepalende beroepsvereiste ook een rechtvaardiging vormen bij direct onderscheid in aanvullende regelingen voor sociale zekerheid en het lidmaatschap van professionele organisaties. (2)

B. Direct onderscheid op basis van geslacht inzake aanvullende regelingen voor sociale zekerheid

Een direct onderscheid op basis van geslacht in aanvullende regelingen voor sociale zekerheid vormt in principe een directe discriminatie waarvoor geen rechtvaardiging mogelijk is.

Artikel 12, § 2 van de genderwet voorziet evenwel een aantal specifieke uitzonderingen voor het verleden voor pensioentoezeggingen in de zin van de wet aanvullende pensioenen van 28 april 2003. (3)

C. Direct onderscheid op grond van de overige beschermde criteria (en direct onderscheid op basis van de Europese criteria buiten arbeidsbetrekkingen)

Voor de criteria die niet voorkomen in de Europese richtlijnen (of voor de Europese criteria buiten het

toepassingsgebied van de richtlijnen), is de Belgische wetgever niet door Europese regels gebonden en werd geopteerd voor een behoud van het in de wet van 25 februari 2003 voorziene open rechtvaardigingsstelsel.

Concreet betekent dit dat een direct onderscheid gebaseerd op burgerlijke staat, geboorte, vermogen, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, fysieke of genetische eigenschap, sociale afkomst of nationaliteit in arbeidsbetrekkingen geen discriminatie vormt in de mate het objectief gerechtvaardigd kan worden door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. (4)

Bij de parlementaire voorbereiding van de wetten werd uitdrukkelijk gesteld dat de open rechtvaardigingstoets dezelfde is als deze die gehanteerd wordt in het kader van indirect onderscheid. Er kan dan ook verwacht worden dat rechters zich zullen laten inspireren door de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie met betrekking tot indirecte discriminatie. (5)

De Belgische wetgever heeft dit open stelsel evenwel niet behouden voor het direct onderscheid gebaseerd op ras buiten het toepassingsgebied van de rasrichtlijn. De recente rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens laat immers geen enkele rechtvaardiging toe van onderscheiden die uitsluitend gebaseerd zijn op de etnische afkomst van een persoon. (6)

(1) Art. 8 § 3 algemene wet; art. 13 § 3 genderwet; art. 8 § 3 racismewet.

(2) Art. 8 § 1 algemene wet.

(3) Zie ook art. 14 § 4 WAP.

(4) Art. 7 algemene wet; art. 9 § 1 en 14 genderwet; art. 7 § 2 racismewet.

(5) *Parl. St.* Kamer 2006-07, Doc. 51, 2722/1, 47.

(6) EHRM, arrest *Timishev t. Russische Federatie* van 13 december 2005, aangehaald in *Parl. St.* Kamer 2006-07, Doc. 51, 2722/1, 23.

Voor direct onderscheid kan de mogelijkheid tot rechtvaardiging samengevat worden als volgt :

	Aanbod goederen & diensten	Sociale bescherming	Sociale voordelen	Aanvullende regelingen voor sociale zekerheid	Arbeids-betrekkingen	Vermelding in officieel stuk of proces-verbaal	Lidmaat-schap profes-sionele verenigingen	Ec/Soc/Pol/Cult. activiteit
Leeftijd	Open	Open	Open	Gesloten: (WBB + specifieke rechtv. (art. 12 § 1 alg. W))	Gesloten (WBB + specifieke rechtv. (art. 12 § 1 alg. W))	Open	Gesloten (WBB)	Open
Seksuele geaardheid	Open	Open	Open	Gesloten (WBB)	Gesloten (WBB)	Open	Gesloten (WBB)	Open
Burgerlijke staat	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open
Geboorte	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open
Vermogen	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open
Geloof of levensbeschouwing	Open	Open	Open	Gesloten (WBB + spec. rechtv. (art. 13 alg. W))	Gesloten (WBB + spec. rechtv. (art. 13 alg. W))	Open	Gesloten (WBB + spec. rechtv. (art. 13 alg. W))	Open
Politieke overtuiging	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open
Taal	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open
Huidige/toekomstige gezondheidstoestand	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open
Handicap	Open	Open	Open	Gesloten (WBB)	Gesloten (WBB)	Open	Gesloten (WBB)	Open
Fysieke/genetische eigenschap	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open
Sociale afkomst	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open
Geslacht	Open: enkel voor goederen & diensten excl. of essentieel bestemd voor één geslacht + voor verzekerings-premies en prestaties	Gesloten	Gesloten	Gesloten (specifieke uitz. art. 12 § 2 gendenwet voor pensioen-toezeggingen)	Gesloten (WBB)	Open	Gesloten	Open
Ras, huidskleur, afstamming, nationale/etnische afstamming	Gesloten	Gesloten	Gesloten	Gesloten	Gesloten (WBB)	Gesloten	Gesloten	Gesloten
Nationaliteit	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open	Open

Open = open discriminatieverbod. Kan objectief en redelijk gerechtvaardigd worden.

Gesloten = gesloten discriminatieverbod. Tussen haakjes wordt de eventueel toegelaten uitzondering vermeld.

WBB = wezenlijke en bepalende beroepsvereiste.

D. Indirect onderscheid

Inzake indirecte onderscheiden hebben zowel de Europese als onze Belgische wetgever geopteerd voor een open stelsel, waarin het objectief en redelijkerwijze gerechtvaardigde verschil in behandeling toegelaten is.

In onze Belgische wetten werd dit als volgt verwoord :
Elk indirect onderscheid op grond van een van de be-

schermde criteria vormt een indirecte discriminatie, tenzij de ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze die aan de grondslag ligt van dit indirecte onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn; of tenzij, in het geval van indirect onderscheid op grond van een han-

dicap, aangetoond wordt dat geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden. (1)

Een verschil in behandeling dat onrechtstreeks is gesteund op een van de beschermde criteria kan dus geoorloofd zijn op grond van deze rechtvaardigingsgrond. Ook hier kan verwacht worden dat de Belgische rechters zich, zowel voor het onderscheid op basis van de Europese als de overige discriminatiegronden zal laten leiden door de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie.

VI. Algemene rechtvaardigingsgronden

Naast de bepalingen betreffende de rechtvaardiging van discriminatie gelden zowel voor directe als indirecte discriminatie en dit voor alle discriminatiegronden en in alle toepassingsdomeinen twee algemene rechtvaardigingsgronden met name de positieve acties en het onderscheid opgelegd door de wet.

A. Positieve acties

De discriminatierichtlijnen behelzen geen verplichting tot het nemen van bepaalde positieve acties. Wel stellen zij dat het beginsel van gelijke behandeling niet belet dat de nationale wetgever specifieke maatregelen treft om de nadelen die verband houden met een van de beschermde criteria te voorkomen of te compenseren, en zulks om volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen.

Onze Belgische wetten bepalen dat een direct of indirect onderscheid op grond van een van de beschermde criteria nooit aanleiding geeft tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie wanneer dit direct of indirect onderscheid een maatregel van positieve actie inhoudt. (2) Een maatregel van positieve actie kan in de praktijk slechts worden getroffen indien de volgende voorwaarden vervuld zijn (3):

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

- de maatregel van positieve actie mag andermans rechten niet onnodig beperken.

Bovendien moeten de situaties waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie mogelijk is, bij koninklijk besluit worden vastgelegd. (4) Op het vlak van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid wordt een dergelijk koninklijk besluit getroffen na raadpleging van het overleg- of onderhandelingsorgaan bedoeld in de wet van 19 december 1974 of, indien deze wet niet van toepassing is, van het aangewezen orgaan van vakbondsoverleg voor wat betreft de overheidssector, of na raadpleging van de Nationale Arbeidsraad voor wat betreft de private sector.

Voormelde voorwaarden, die voortaan uitdrukkelijk worden opgesomd in de discriminatiewetten, zijn geïnspireerd op de criteria voor positieve actie zoals die eerder werden ontwikkeld door het Grondwettelijk Hof, in navolging van het Europees Hof.

In het kader van de wet van 25 februari 2003 ontstond in de rechtsleer discussie over de vraag of ook private personen een beleid van positieve actie kunnen voeren. De nieuwe wetten lossen deze controverse op. Maatregelen van positieve actie zijn in principe voorbehouden voor de overheid. De Koning kan evenwel een kader uittekenen waarbinnen ook private personen een beleid van positieve actie kunnen en mogen ontwikkelen. Zonder een dergelijk kader kunnen private personen zich niet beroepen op een eigen beleid van positieve actie teneinde een onderscheid op grond van een van de beschermde criteria te rechtvaardigen.

De arbeidsrechtbank te Tongeren diende de voorwaarden voor positieve actie reeds toe te passen naar aanleiding van een vordering van een werknemer wiens contract een einde nam in het kader van de reorganisatie van Ford Genk. (5) In het sociaal plan dat in het kader van deze reorganisatie werd gesloten, werd een onderscheid gemaakt tussen ex-mijnwerkers en niet ex-mijnwerkers. Bij vrijwillig vertrek ontvingen de niet ex-mijnwerkers een instappremie van 4 000 EUR en een aanwezigheidspremie van 1 000 EUR, alsook een aanvulling op het vervangingsinkomen. De ex-mijnwerkers ontvingen slechts de helft van deze vergoedingen. De werkgever hoopte hiermee zo veel mogelijk personen te overtuigen door middel van een gouden handdruk in te stappen in een vrijwillige vertrekregeling.

(1) Art. 9 algemene wet; art. 15 genderwet; art. 9 racismewet.

(2) Art. 10 § 1 algemene wet; art. 16 § 1 genderwet; art. 10 § 1 racismewet.

(3) Art. 10 § 2 algemene wet; art. 16 § 2 genderwet; art. 10 § 2 racismewet.

(4) Art. 10 § 3 algemene wet; art. 16 § 3 genderwet; art. 10 § 3 racismewet.

(5) Arbrb. Tongeren 6 maart 2007, A.R. nr. 199/2005, onuitg.

ling en zo weinig mogelijk naakte ontslagen te moeten doorvoeren. Volgens de werkgever was het verschil in behandeling tussen ex-mijnwerkers en niet ex-mijnwerkers gerechtvaardigd omdat ex-mijnwerkers op relatief jonge leeftijd een aanzienlijk mijnwerkerspensioen kunnen ontvangen. De rechtbank oordeelde dat er geen sprake was van een objectieve en redelijke rechtvaardiging en stelde dat de werkgever zich ook niet kon beroepen op een toegelaten positieve actie. Vooreerst bestaat er volgens de rechtbank geen kennelijke ongelijkheid tussen ex-mijnwerkers en niet ex-mijnwerkers. Bovendien, indien er al een ongelijkheid zou bestaan, dan werd die precies gecreëerd door de wetgever en is er dus geen sprake van een ongelijkheid waarvan het verdwijnen een door de wetgever aangewezen te bevorderen doelstelling is. Ten slotte oordeelt de rechtbank dat de genomen maatregel de rechten van de ex-mijnwerkers onnodig beperkt.

B. Onderscheid opgelegd door of krachtens de wet

De drie nieuwe wetten bepalen dat een direct of indirect onderscheid op grond van een van de beschermde criteria dat wordt opgelegd door of krachtens een wet, nooit aanleiding kan geven tot de vaststelling van enige vorm van verboden discriminatie. (1)

Indien de wet of een uitvoeringsbesluit zelf een werkgever ertoe verplichten een bepaald onderscheid te maken, dan kan dit onderscheid niet worden beschouwd als discriminerend.

Deze vrijwaringclausule moet beletten dat elke rechter zich bevoegd zou achten om federale wetgeving te toetsen aan de drie discriminatiewetten. Dit zou tot rechtsonzekerheid leiden.

Uitzondering op dit principe vormt de wettelijke bepaling die zelf in strijd is met de grondwet, het recht van de Europese Unie en het in België geldende internationaal recht. (2) Een daarin voorgeschreven onderscheid kan wel degelijk discriminerend zijn. Een rechter heeft m.a.w. nog steeds de bevoegdheid om te

oordelen over de conformiteit van wetten en uitvoeringsbesluiten met hogere rechtsnormen.

VII. Specifieke rechtvaardigingsgronden

A. Specifieke rechtvaardigingsgrond voor onderscheid gebaseerd op leeftijd

1. Artikel 6 van de kaderrichtlijn

De Europese wetgever heeft geopteerd voor een flexibele uitzonderingsbepaling op het verbod op leeftijdsdiscriminatie.

Het artikel 6, lid 1 van de kaderrichtlijn voorziet dat de lidstaten kunnen bepalen dat verschillen in behandeling op grond van leeftijd geen discriminatie vormen «indien zij in het kader van de nationale wetgeving objectief en redelijk worden gerechtvaardigd door een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn».

De richtlijn somt een aantal voorbeelden op van dergelijke toegelaten verschillen in behandeling. (3)

Bedoeling van deze bepaling was de lidstaten toe te laten inzake leeftijd de mogelijkheid te behouden om bepaalde verschillen in behandeling te behouden, rekening houdend met het gegeven dat in vele landen het arbeidsrecht gekenmerkt wordt door diverse onderscheiden gebaseerd op leeftijd.

De precieze draagwijdte van het artikel 6, lid 1 van de kaderrichtlijn is onzeker. Er bestaan drie mogelijke interpretaties (4):

- In een eerste liberale lezing wordt artikel 6, lid 1 beschouwd als een open rechtvaardigingsbepaling. Net als bij indirecte discriminatie kan het verschil

(1) Art. 11 § 1 algemene wet; art. 18 § 1 genderwet; art. 11 § 1 racismewet.

(2) Art. 11 § 2 algemene wet; art. 18 § 2 genderwet; art. 11 § 2 racismewet.

(3) Toegelaten verschillen in behandeling:

- a) het creëren van bijzondere voorwaarden voor toegang tot arbeid en beroepsopleiding, van bijzondere arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden, met inbegrip van voorwaarden voor ontslag en beloning voor jongeren, oudere werknemers en werknemers met personen ten laste, teneinde hun opneming in het arbeidsproces te bevorderen, en hun bescherming te verzekeren;
- b) de vaststelling van minimumvoorwaarden met betrekking tot leeftijd, beroepservaring of -anciënniteit in een functie voor toegang tot arbeid of bepaalde daaraan verbonden voordelen;
- c) de vaststelling van een maximumleeftijd voor aanwerving, gebaseerd op de opleidingseisen voor de betrokken functie of op de noodzaak van een aan pensionering voorafgaand redelijk aantal arbeidsjaren.

(4) C. BAYART, o.c., 298-302.

in leeftijd objectief en redelijk gerechtvaardigd worden door een legitiem doel.

- In een restrictieve lezing kan artikel 6, lid 1 beschouwd worden als een gesloten bepaling, waarbij het enkel aan de nationale wetgever (en dus niet aan elke individuele werkgever) toekomt om te bepalen welke uitzonderingen mogelijk zijn, indien ze objectief en redelijk gerechtvaardigd worden door een legitiem doel, en deze in te schrijven in het nationale recht tot omzetting van de kaderrichtlijn. Deze lezing vindt onder meer steun in de zinsnede «*in het kader van de nationale wetgeving*» en in de verwijzing naar de doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, arbeidsmarkt of beroepsopleiding. Het lijkt moeilijk te verdedigen dat iedere werkgever kan spreken over een eigen beleid op voormelde terreinen.
- In een derde lezing worden de twee vorige interpretaties gecombineerd. Volgens deze lezing zou de nationale wetgever de legitieme doelstellingen kunnen aangeven op basis waarvan de individuele werkgever een uitzondering kan invoeren. Nadeel van deze lezing is dat bij een verandering van beleid deze lijst telkens zou moeten worden aangepast.

Het lid 2 van artikel 6 van de kaderrichtlijn laat minder ruimte voor discussie en bestaat uit een lijst toegelaten verschillen gebaseerd op leeftijd in aanvullende socialezekerheidsregelingen.

2. De wet van 25 februari 2003

In de oorspronkelijke versie van de wet van 25 februari 2003 werd geen enkele verwijzing naar artikel 6 van de kaderrichtlijn opgenomen. De wetgever was van oordeel dat de bepaling van artikel 6 «gecoverd» was door de open uitzondering in de definitie van directe discriminatie (de objectieve en redelijke rechtvaardiging). Dit gaf aanleiding tot grote rechtsonzekerheid en een storm van kritiek door arbeidsrechtpractici. (1)

De wet werd aangepast door de artikelen 350 en 351 van de wet van 20 juli 2006 houdende diverse bepalingen. (2)

Een artikel *2bis* werd aan de wet van 25 februari 2003 toegevoegd dat de tekst van artikel 6 van de kaderrichtlijn woordelijk overnam. De Belgische wetgever gaf hiermee aan artikel 6, lid 1 te interpreteren volgens de zogenaamde liberale lezing. De werkgever kan zelf bepalen of een leeftijdsverschil gerechtvaardigd kan worden op basis van een legitiem doel van werkgelegenheid of arbeidsmarkt voor zover de middelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.

Verder werd een artikel *2ter* ingevoegd dat de mogelijkheid gaf aan de wetgever om het geheel of een deel van de personeelsleden van de Krijgsmacht van het discriminatieverbod uit te sluiten wat betreft de verschillen in behandeling op grond van leeftijd in verband met de aanstelling en het behoud van hun betrekking. Van deze mogelijkheid heeft de wetgever nooit gebruik gemaakt.

3. De algemene wet van 10 mei 2007

De nieuwe algemene wet voorziet in het artikel 12 uitdrukkelijk in een specifieke rechtvaardigingsgrond voor directe discriminatie gebaseerd op leeftijd op het vlak van arbeidsbetrekkingen en van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid. De tekst van het eerdere artikel *2bis*, lid 1 werd overgenomen. De Belgische wetgever behoudt aldus zijn ruime interpretatie van het artikel 6, lid 1 van de kaderrichtlijn.

De Raad van State adviseerde hierover (3):

«Hierbij rijst echter de vraag of artikel 6, lid 1 van de kaderrichtlijn de nationale wetgever, wanneer deze artikel 6 omzet, ook toestaat een open systeem aan te nemen, niet alleen in de nationale beleidsterreinen bedoeld in de richtlijn, maar ook in de horizontale betrekkingen, die hoofdzakelijk in het voorontwerp worden geregeld.

Deze kwestie is omstreden, daar artikel 6, lid 1 van de richtlijn aldus kan worden gelezen dat het zich alleen richt tot de lidstaten en slechts een uitzondering toestaat die restrictief moet worden geïnterpreteerd.»

Het valt af te wachten of de interpretatie van de Belgische wetgever wordt bevestigd door het Europese Hof van Justitie.

Het lijkt niettemin raadzaam dat werkgevers die zich beroepen op artikel 12, lid 1, uitzonderingen op het

(1) M. DE VOS, «De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen», in M. DE VOS en E. BREMS, *De wet bestrijding discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 95; C. BAYART, *o.c.*, 316; I. VERHELST en I. DE WILDE, «De gevolgen van de antidiscriminatiewet voor het arbeidsrecht», *N.J.W.* 2003, 446; A. WITTERS, I. VERHELST en D. DEJONGHE, «De absurde gevolgen van de antidiscriminatiewet voor het arbeidsrecht», *Or.* 2004, 173.

(2) *B.S.* 28 juli 2006.

(3) Advies R.v.St., *Parl. St.* Kamer 2006-07, Doc. 51, 2722/1, 159.

leeftijdscriminatieverbod vastknopen aan doelstellingen van overheidsbeleid.

De tweede paragraaf van het artikel 12 voorziet in een opsomming van afwijkingen op het vlak van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid.

In de volgende gevallen is geen sprake van leeftijdsdiscriminatie, voor zover dat niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht:

- 1° de vaststelling van een toetredingsleeftijd;
- 2° de vaststelling van een leeftijd voor het verkrijgen van het recht op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen;
- 3° de vaststelling van verschillende leeftijden voor de toetreding of voor het verkrijgen van rechten op pensioen- of invaliditeitsuitkeringen, voor werknemers, voor groepen of categorieën van werknemers of voor zelfstandigen;
- 4° het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen;
- 5° een direct onderscheid op grond van de leeftijd op het vlak van de bijdragen, inclusief de persoonlijke bijdragen, in de pensioentoezeggingen van het type vaste bijdragen, zoals gedefinieerd in de wet aanvullende pensioenen van 28 april 2003, en in de pensioentoezeggingen bedoeld in artikel 21 van deze wet, indien de volgende voorwaarden vervuld zijn:
 - het percentage dat op het loon op een bepaalde leeftijd wordt toegepast om de bijdrage te bepalen, ligt niet lager dan het percentage op een latere leeftijd, geactualiseerd tegen een jaarlijkse rentevoet van 4 %, op de periode die zich tussen de twee leeftijden uitstrekt;
 - indien de differentiatie in trappen gebeurt, wordt die vergelijking gemaakt tussen de leeftijden die overeenstemmen met het begin van elke trap. Voor de toepassing van deze regel wordt als beginleeftijd van de eerste trap achttien jaar genomen.

Voor de pensioentoezeggingen die reeds van kracht waren op 14 november 2003 is het verbod op leeftijdsdiscriminatie slechts van toepassing vanaf 2 december 2006.

B. Specifieke rechtvaardigingsgrond voor onderscheid op basis van geloof of overtuiging

Een laatste rechtvaardigingsgrond geldt voor publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op geloof of levensbeschouwing is gebaseerd. Voor dergelijke identiteitsgebonden organisaties vormt een direct onderscheid op grond van geloof of levensbeschouwing voor wat betreft de beroepsactiviteiten van deze organisatie geen discriminatie indien het geloof of de levensbeschouwing vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie. (1)

VIII. Toepassingen

A. Leeftijd en anciënniteit

Ondanks de specifieke rechtvaardigingsgrond voor leeftijd, voorzien in artikel 12 van de algemene wet, blijkt duidelijk uit de eerste rechtspraak dienaangaande dat dit artikel, gebaseerd op het artikel 6 van de kaderrichtlijn, geen vrijgeleide is voor werkgevers om (verder) directe verschillen in behandeling te baseren op leeftijd. In de Belgische rechtspraak is één geval bekend waarin een werknemer zich op een eerder flagrante leeftijdsdiscriminatie beriep. Een 45-jarige ontslagen scheidsrechter klaagde het beleid van de Koninklijke Belgische Voetbalbond aan om stelselmatig vanaf die leeftijd scheidsrechters te ontslaan zonder hun fysieke capaciteiten te onderzoeken. De arbeidsrechtbank te Brussel oordeelde dat zulks misbruik van ontslagrecht inhield en kende de werknemer een bijzondere schadevergoeding toe van 12 500 EUR. (2)

Ondanks de feiten van deze zaak de wet van 25 februari 2003 en de termijn van implementatie van de kaderrichtlijn in het Belgisch recht voorafgingen, interpreteerde de rechter het bestaande Belgische recht richtlijnconform.

De arbeidsrechtbank aanvaardde dat een scheidsrechter over een goede fysieke conditie moet beschikken, maar stelde dat dit objectief kan getest worden. Het gebruik van een leeftijdslimiet is volgens de rechtbank

(1) Art. 13 algemene wet.

(2) Arbrb. Brussel 2 december 2005, A.R. nr. 62733/03, onuitg.

onnodig discriminerend. Evenmin bestaat een legitieme doelstelling op basis waarvan een dergelijke limiet objectief en redelijk gerechtvaardigd kan worden.

Het Europese Hof van Justitie gaf een eerste interpretatie van het artikel 6, lid 1 van de kaderrichtlijn in het arrest *Mangold*. (1) Het Duitse recht voorzag beperkingen aan de duur van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en het aantal keren dat dergelijke contracten vernieuwd konden worden. Deze bepalingen werden echter versoepeld in het geval van werknemers ouder dan 52 jaar. Duitsland beoogde met dit verschil in behandeling de integratie van oudere werknemers op de arbeidsmarkt te bevorderen en beriep zich op artikel 6, lid 1 van de kaderrichtlijn.

Het Europese Hof heeft aanvaard dat de door Duitsland ingeroepen doelstelling legitiem was en in het openbaar belang. De middelen om die doelstelling te bereiken achtte het Hof echter niet passend en noodzakelijk in de mate de versoepeling voor bepaalde tijd contracten werd toegepast op alle werknemers vanaf 52 jaar ongeacht of zij voordien inactief waren en ongeacht de duur van de eventuele inactiviteit. Het arrest dateert van voor de uiterste termijn voor omzetting van de kaderrichtlijn. Het Hof stelde echter dat het verbod van discriminatie op grond van leeftijd moet beschouwd worden als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.

De Belgische werkgever kan uit dit arrest leren dat maatregelen om de activiteitsgraad van oudere werknemers op te krikken een legitiem doel hebben – dit lijkt in België des te meer verdedigbaar in het kader van het recente Generatiepact – maar er op omzichtige en genuanceerde wijze mee moet omgesprongen worden. Vraag is of het eveneens veel gehanteerde onderscheid op basis van anciënniteit de werkgever meer mogelijkheid tot differentiatie laat. Zoals boven reeds besproken geeft een direct onderscheid op basis van anciënniteit vaak aanleiding tot een indirect onderscheid op basis van leeftijd of geslacht.

In het arrest *Cadman* van 3 oktober 2006 boog het Hof van Justitie zich over de vraag van een Britse vrouwelijke werknemer die zich indirect gediscrimineerd achtte op basis van geslacht omdat haar werkgever een beloning voorzag die toenam naargelang de anciënniteit. Het Hof poneerde in dit arrest het principe dat anciënniteit een gepast criterium is om beroepservaring te belonen die de werknemer in staat stelt zijn

prestaties beter uit te voeren. De werkgever moet in regel niet verduidelijken waarom beloning op basis van anciënniteit gepast zou zijn voor een bepaalde functie. Indien een werknemer echter bewijzen aanvoert die het beloningssysteem op basis van anciënniteit ernstig in vraag doen stellen, zal de werkgever alsnog tot een rechtvaardiging van het systeem moeten overgaan. (2) Beloning op basis van anciënniteit wordt dus vermoed niet discriminatoir te zijn maar de werknemer kan dit vermoeden weerleggen. Er zijn ons inziens situaties denkbaar enerzijds waar anciënniteit niet kan worden gelijkgesteld met een beroepservaring en anderzijds waar beroepservaring niet dienstig is voor het uitvoeren van de functie. Voorzichtigheid blijft dan ook geboden.

B. Handicap en ziekte

De algemene wet verbiedt onder meer discriminatie op grond van een huidige of toekomstige gezondheidstoestand en een handicap. Een direct onderscheid op grond van een handicap kan uitsluitend worden gerechtvaardigd op grond van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten. Een onderscheid op grond van een huidige of toekomstige gezondheidstoestand is gerechtvaardigd indien het objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Het begrip «handicap» wordt niet gedefinieerd, noch in de kaderrichtlijn, noch in de algemene wet.

In een arrest van 11 juli 2006 heeft het Hof van Justitie het begrip handicap omschreven als «*een beperking die met name het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen en die de deelneming van de betrokkene aan het beroepsleven belemmert*». (3) Een beperking kan bovendien, zo stelt het Hof, slechts als een handicap worden opgevat «*indien het waarschijnlijk is dat zij van lange duur is*». Deze definitie is relevant voor de hele Europese gemeenschap. Het Hof benadrukte dat dit begrip in de hele gemeenschap autonoom en uniform moet worden uitgelegd.

Op de vraag of werknemers beschermd zijn door het verbod op discriminatie op grond van een handicap zodra zij een of andere ziekte opdoen antwoordde het Hof van Justitie negatief.

Wat betreft de bescherming van personen met een handicap verduidelijkte het Hof dat er weliswaar redelijke aanpassingen moeten worden voorzien voor per-

(1) H.v.J. 22 november 2005, *Mangold t. Helm*, C-144/04, *Jur.* 2005, I-09981.

(2) H.v.J. 3 oktober 2006, *Cadman t. The Health and Safety Executive*, C-17/05, *Jur.* 2006, I-09583.

(3) H.v.J. 11 juli 2006, *Sonia Chacon Navas t. Eurest Colectividades SA*, C-13/05, *Jur.* 2006, I-06467.

sonen met een handicap, doch dat de kaderrichtlijn niet eist «dat iemand in dienst genomen, bevordert of in dienst gehouden wordt die niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van de betrokken functie uit te voeren». Nog steeds volgens het Hof verzet het verbod van discriminatie op grond van handicap zich wel «tegen een ontslag dat, rekening houdend met de verplichting om in redelijke aanpassingen te voorzien, niet gerechtvaardigd wordt door het feit dat de betrokken persoon niet bekwaam, in staat en beschikbaar is om de essentiële taken van zijn functie uit te voeren».

In de Belgische rechtspraak werd reeds bevestigd dat directe discriminatie op grond van een handicap uitsluitend kan worden gerechtvaardigd aan de hand van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste, terwijl voor directe discriminatie op grond van de gezondheidstoestand een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond kan worden ingeroepen. (1)

De Voorzitter van de arbeidsrechtbank te Brussel besloot tot discriminatie van een ergotherapeut met diabetes die precies omwille van haar ziekte geen vast contract aangeboden kreeg, en dit terwijl zij eerder geschikt was gebleken om in het kader van een vervangingsovereenkomst arbeidsprestaties te leveren voor de betrokken werkgever. (2)

IX. Rechtsbescherming

A. Nietigheid van strijdige bedingen

Bepalingen die strijdig zijn met de wet zijn nietig. (3) Ook bedingen die bepalen dat een of meer contracterende partijen bij voorbaat afzien van de rechten die door de wet gewaarborgd worden, zijn nietig.

Het betreft hier een zogenaamde expliciete gedeeltelijke imperatieve nietigheid. Door de nietigheid komt de discriminatie te vervallen en kan de «benadeelde» de voordelen vorderen van de «bevoordeelde». De nietigheidssanctie heeft enkel betrekking op het discriminatoire onderscheid en bijgevolg niet op de volledige discriminatoire bepaling. Dit betekent dat wan-

neer via een beding een bepaald voordeel wordt toegekend aan bevoordeelde groepen, ten nadele van een achtergestelde groep, de achtergestelde groep aanspraak kan maken op het voordeel van de bevoordeelde groep. Dit principe van zogenaamde levelling up is in lijn met het Europees recht (4) en de Belgische cassatierechtspraak. (5)

B. Bescherming tegen nadelige maatregelen

Wanneer een klacht wordt ingediend door of ten voordele van een persoon wegens een schending van de wet, mag diegene tegen wie de klacht is ingediend geen nadelige maatregel treffen ten aanzien van de betrokkene, behalve om redenen die vreemd zijn aan de klacht. (6) De wet maakt dienaangaande een strikt onderscheid tussen de nadelige maatregel binnen of buiten het domein van arbeidsbetrekkingen en aanvullende regelingen voor sociale zekerheid. Inzake arbeidsbetrekkingen en aanvullende regelingen voor sociale zekerheid worden nadelige maatregelen gedefinieerd als, onder andere, de beëindiging van de arbeidsovereenkomst de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden of de nadelige maatregel getroffen na de beëindiging van de arbeidsbetrekking. (7)

De bescherming tegen nadelige maatregelen geldt niet alleen ten voordele van de klager, maar ook voor getuigen. (8) De bepalingen gelden niet alleen voor werkgevers maar ook voor andere personen die personen in arbeidsbetrekkingen tewerkstellen of opdrachten bezorgen, en vindt derhalve ook toepassing in het kader van een zelfstandige samenwerking. (9)

De bescherming geldt van zodra een met redenen omklede klacht werd ingediend of een gerechtelijke procedure opgestart. Een met redenen omklede klacht veronderstelt dat de grieven in een gedateerd en ondertekend document aangetekend ter kennis worden gebracht van de dader van de vermeende discriminatie. De klacht kan worden ingediend door de betrokkene zelf of door een belangenvereniging, het centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding of het instituut voor Gelijkheid van Mannen en Vrouwen, of ten slotte door de directie-generaal Toezicht op de

(1) Arbrb. Tongeren 28 december 2006, *Limburgs Rechtsleven*, 2006, 341 e.v.

(2) Vz. Arbrb. Brussel 30 november 2006, A.R. nr. 39/06, onuitg.

(3) Art. 15 algemene wet; art. 20 genderwet; art. 13 racismewet.

(4) H.v.J. 8 april 1976, *Defrenne t. Belgische Luchtvaartmaatschappij NV Sabena*, C-43-75, *Jur.* 1976, 455; H.v.J. 28 september 1994, *Coloroll Pension Trutees Ltd t. James Richard Russel e.a. en Coloroll Group Plc*, C-200/91, *Jur.* 1994, I-04389.

(5) Cass. 17 januari 1994, *Soc. Kron.* 1994, 75.

(6) Art. 16 en 17 § 1 algemene wet; art. 21 en 22 § 1 genderwet en art. 14 en 15 § 1 racismewet.

(7) Art. 17 § 2 algemene wet; art. 22 § 2 genderwet en art. 15 § 2 racismewet.

(8) Art. 17 § 9 algemene wet; art. 22 § 9 genderwet en art. 15 § 9 racismewet.

(9) Art. 17 § 10 algemene wet; art. 22 § 10 genderwet en art. 15 § 10 racismewet.

sociale wetten bij de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg. Een rechtsvordering kan worden ingesteld door de betrokkene, of ten voordele van de betrokkene door een belangenvereniging of door het centrum of het instituut.

De bescherming als getuige veronderstelt dat de betrokkene, in het kader van het onderzoek van de met redenen omklede klacht, in een ondertekend en gedaateerd document de feiten die hij zelf heeft gezien of gehoord en die betrekking hebben op de toestand die het voorwerp is van de klacht, ter kennis brengt van de persoon bij wie de klacht wordt ingediend, of dat betrokkene optreedt als getuige in rechte. Er geldt gedurende de eerste 12 maanden na het indienen van de klacht een omkering van de bewijslast. De bewijslast dat de nadelige maatregel werd getroffen om redenen die vreemd zijn aan de klacht valt ten laste van diegene tegen wie de klacht is ingediend. Indien een rechtsvordering werd ingesteld, wordt deze termijn verlengd tot 3 maanden na de definitieve uitspraak in rechte.

Wanneer de werkgever zich schuldig maakt aan nadelige maatregelen in strijd met de wet, zal de werknemer of zijn belangenvereniging vragen om opnieuw in de onderneming te worden tewerkgesteld onder dezelfde voorwaarden als voorheen. Dit verzoek wordt gedaan bij een ter post aangetekende brief binnen 30 dagen volgend op de datum van de kennisgeving van de opzegging, van de beëindiging zonder opzegging of van de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden. De werkgever moet zich binnen 30 dagen volgend op de kennisgeving van het verzoek uitspreken.

De werkgever die de persoon opnieuw in de onderneming of in de dienst opneemt of hem zijn functie onder dezelfde voorwaarden als voorheen laat uitoefenen, moet de wegens ontslag of wijziging van de arbeidsvoorwaarden gederfde beloning betalen alsmede de werkgevers- en werknemersbijdragen betreffende deze beloning storten. Deze sanctie geldt niet wanneer de nadelige maatregel wordt getroffen nadat de arbeidsbetrekking al een einde heeft genomen.

Wanneer het verzoek tot reïntegratie wordt afgewezen en er geoordeeld wordt dat de nadelige maatregel in strijd is met de wet, moet de werkgever aan de betrokkene een vergoeding betalen die, naar keuze van de werknemer, forfaitair wordt begroot op 6 maanden brutoloon, of overeenstemt met de werkelijk geleden

schade. In dit laatste geval moet de werknemer de omvang van de geleden schade bewijzen.

De werkgever is in 3 gevallen verplicht dezelfde vergoeding uit te betalen, zonder dat een verzoek tot reïntegratie werd ingediend. Het betreft de volgende situaties:

- de bevoegde rechtbank acht de discriminatie, die het voorwerp uitmaakte van de klacht, bewezen;
- de werkgever heeft de arbeidsbetrekking beëindigd om een dringende reden en de bevoegde rechtbank oordeelt dat dit ontslag ongegrond is en in strijd met de bescherming tegen nadelige maatregelen;
- de werknemer verbreekt de arbeidsbetrekking, omdat het gedrag van de werkgever in strijd is met de bescherming tegen nadelige maatregelen, wat volgens de betrokkene een reden is om de arbeidsbetrekking zonder opzegging of vóór het verstrijken ervan te verbreken.

Onder deze laatste situatie vallen wellicht het ontslag om dringende reden door de werknemer en het invoeren van contractbreuk door de werknemer wegens een ongeoorloofde eenzijdige wijziging van een essentieel element van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Het is op zijn minst vreemd te noemen dat de wet niet uitdrukkelijk bepaalt dat ook voor deze gevallen de bevoegde rechtbank zich moet uitspreken en met name het ontslag om dringende reden of de contractbreuk gegrond moet verklaren. Wellicht betreft het hier een vergetelheid. Indien een nadelige maatregel wordt getroffen nadat de arbeidsbetrekking werd beëindigd, en de maatregel in strijd wordt bevonden met de wet, dient de werkgever eveneens de forfaitaire vergoeding van 6 maanden loon te betalen of de werkelijk bewezen schade.

C. Schadevergoeding wegens contractuele of buitencontractuele fout

Ingeval van discriminatie kan het slachtoffer een schadevergoeding vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.

De persoon die het discriminatieverbod heeft geschonden moet aan het slachtoffer een vergoeding betalen die naar keuze van het slachtoffer, gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag, hetzij aan de werkelijk door het slachtoffer geleden schade. (1) In dat geval moet het slachtoffer de omvang van de geleden schade bewijzen.

(1) Art. 18 algemene wet; art. 23 genderwet en 16 racismewet.

De forfaitaire schadevergoeding wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid stemt overeen met de brutobeloning voor 6 maanden. Indien de werkgever kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn wordt de forfaitaire schadevergoeding beperkt tot 3 maanden brutobeloning. Deze forfaitaire vergoeding dekt zowel de materiële als de morele schade.

Ingeval de materiële schade hersteld kan worden via de toepassing van de nietigheidssanctie die hierboven werd besproken, wordt de forfaitaire schadevergoeding voor de morele schade bepaald op 1 300 EUR. Indien de werkgever kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn of omwille van andere omstandigheden, wordt dit bedrag beperkt tot 650 EUR.

Met de invoering van deze forfaitaire schadevergoedingen beoogt de wetgever de doeltreffendheid van de wetten te verhogen.

Er wordt een belangrijk onderscheid gemaakt tussen het stelsel inzake arbeidsbetrekkingen en aanvullende regelingen voor sociale zekerheid en de overige toepassingsdomeinen. Het basisbedrag van 1 300 EUR zal in alle gevallen immers beduidend lager zijn dan 6 maanden loon. De vraag rijst dan ook of het aldus gemaakte onderscheid zelf niet in strijd is met de artikelen 10 en 11 van de grondwet. De wetgever heeft bij de voorbereiding van de nieuwe wetten dit onderscheid gemotiveerd vanuit de belangrijke maatschappelijke impact van discriminatiegevallen in arbeidsbetrekkingen en verwees verder naar andere bepalingen, voornamelijk inzake ontslagbescherming, waarin schadevergoedingen worden gebaseerd op basis van 6 maanden loon. (1) Het is onzeker of ook het Grondwettelijk Hof desgevallend die motivering zou aanvaarden.

De vergoeding van 6 maanden loon zal overigens niet in alle gevallen van discriminatie makkelijk te bepalen zijn. Wat bijvoorbeeld met een discriminatoire selectieprocedure waarbij nog geen enkel loonvoorstel is geformuleerd?

D. Vordering tot staken

Net als in de wet van 25 februari 2003 wordt in de nieuwe wetten de bijzondere vordering tot staken van de discriminerende handelingen voorzien. In arbeidsbetrekkingen en aanvullende regelingen voor sociale zekerheid is de voorzitter van de arbeidsrechtbank bevoegd. Hij stelt de daad van discriminatie vast en beveelt de stopzetting ervan. (2)

De vordering tot staken is een vordering zoals in kortgeding en wordt ingesteld bij verzoekschrift. (3) Dit betekent dat een uitspraak ten gronde wordt gedaan maar overeenkomstig de procedureregels van de kortgedingprocedure en dit ongeacht strafvervolging wegens dezelfde feiten. Het principe «le criminel tient le civil en état» wordt hier dus niet toegepast. De vordering kan ingeleid worden door het slachtoffer van de discriminatie, het centrum of instituut (in geval van geslachtsdiscriminatie), een belangenvereniging, en ook door het openbaar ministerie of het arbeidsauditoraat. Voor de bevoegdheid van deze laatste liet de Belgische wetgever zich inspireren door het milieurecht. (4)

Naar aanleiding van het bevel tot staken kan de voorzitter eveneens:

- de forfaitaire schadevergoedingen toekennen;
- bevelen dat zijn beslissing of een samenvatting ervan wordt aangeplakt tijdens een door de rechter bepaalde termijn, zowel binnen als buiten de inrichtingen van de overtreder of de lokalen die hem toebehoren, en dat zijn vonnis of de samenvatting ervan in kranten of op enige andere wijze wordt bekendgemaakt, op kosten van de overtreder. Deze publicatiemaatregelen kunnen maar getroffen worden indien zij ertoe kunnen bijdragen dat de gewraakte daad of de uitwerking ervan ophoudt.

Uit de rechtspraak die geveld werd in het kader van de wet van 25 februari 2003 blijkt dat het bevel tot staken een voornamelijk principieel belang heeft. De rechters beperken zich veelal tot een vaststelling van feiten van discriminatie en het bevel tot staken heeft maar relevantie voor het geval een discriminatoir niet aangeworven werknemer zich in de toekomst opnieuw kandidaat zou stellen. (5) De rechtspraak lijkt aan te nemen dat een discriminatoire ontslaghandeling, eens

(1) *Parl. St. Kamer 2006-07, Doc. 51, 2722/1, 60.*

(2) Art. 20 algemene wet; art. 25 genderwet; art. 18 racismewet.

(3) Art. 20 § 4 algemene wet; art. 25 § 4 genderwet; art. 18 § 4 racismewet.

(4) *Parl. St. Kamer 2006-07, Doc. 51, 2722/1, 62.*

(5) Vz. Arbrb. Brussel 30 november 2006, A.R. nr. 39/06, onuitg.; Vz. Arbrb. Gent 26 maart 2007, A.R. nr. 176.893, onuitg.

genomen, niet kan gestaakt worden. (1) Door de nieuwe bevoegdheid voor de voorzitters om een forfaitaire schadevergoeding toe te kennen, zal de voorde- ring tot staken wellicht aan belang winnen.

E. Dwangsom

Teneinde dienaangaande alle discussies uit te sluiten, voorzien de nieuwe wetten uitdrukkelijk dat de recht- banken de pleger van discriminatie een dwangsom kunnen opleggen indien hij zijn discriminerende han- delingen niet staakt. (2) De dwangsom kan uitgespro- ken worden op verzoek van het slachtoffer, van het centrum of, in geval van geslachtsdiscriminatie, het instituut voor Gelijkheid van Mannen en Vrouwen, van een belangenvereniging of van het Openbaar Mi- nisterie of arbeidsauditoraat wanneer zij zelf de vorder- ing aanhangig zouden gemaakt hebben. De artike- len 1385*bis* tot nonies van het Gerechtelijk Wetboek worden van toepassing verklaard.

F. Verschuiving van de bewijslast

De Europese regels schrijven de lidstaten voor om in hun nationale rechtsstelsels te voorzien in een verschui- ving van de bewijslast naar de verwerende partij. (3) Er geldt evenwel geen automatische omkering van de bewijslast. Degene die beweert het slachtoffer van dis- criminatie te zijn, moet immers eerst voldoende feiten aanvoeren waaruit een mogelijke discriminatie blijkt (de zgn. prima facie discriminatie). Deze bepalingen moet werkgevers ertoe aanzetten een transparant human resources beleid te voeren. Wanneer de criteria voor een bepaald onderscheid duidelijk zijn, zal dit onderscheid in mindere mate aanleiding kunnen geven tot een verschuiving van de bewijslast.

De wet van 25 februari 2003 voorzag ook reeds in een verschuiving van de bewijslast en voorzag de moge- lijkheid voor het slachtoffer het vermoeden van discri- minatie aan te tonen aan de hand van statistische ge- gevens of de meer omstreden praktijktests. (4) De notie praktijktest diende verder ingevuld te worden door de Koning hetgeen evenwel nooit gebeurd is.

In de nieuwe wetten werden de bepalingen terzake overgenomen en verder uitgewerkt. (5) Er wordt be- vestigd dat de regels gelden in alle gerechtelijke pro- cedures met uitzondering van strafprocedures.

De nieuwe wetten bepalen dat de prima facie directe discriminatie onder meer aangetoond kan worden op basis van :

- 1° gegevens waaruit een bepaald patroon van ongun- stige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een welbepaald beschermd cri- terium; onder meer verschillende los van elkaar gemaakte meldingen bij het centrum, het instituut (in geval van geslachtsdiscriminatie) of een belan- genvereniging (de zgn. patroongegevens);
- 2° gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstige behandeling verge- lijkbaar is met de situatie van de referentieper- soon.

Om een prima facie indirecte discriminatie aan te tonen, kan het slachtoffer zich onder meer baseren op :

- 1° algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie be- hoort of feiten van algemene bekendheid;
- 2° het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid;
- 3° elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt.

In de media werd veel aandacht besteed aan het feit dat de praktijktests niet meer worden behandeld in de nieuwe wetten. Niets belet evenwel dat praktijktests gebruikt worden, voor zover ze uiteraard op rechtma- tige wijze worden aangewend.

Het arbeidshof te Brussel stelde recent een aantal in- teressante vragen aan het Europese Hof van Justitie betreffende het bewijs van discriminatie en het ver- eiste vermoeden dat aanleiding kan geven tot een om- kering van de bewijslast. (6) Het te vellen arrest zal wellicht een aantal richtlijnen dienaangaande geven aan de nationale rechters.

(1) Vz. Arbrb. Antwerpen 12 februari 2007, EV 0152, onuitg.

(2) Art. 19 algemene wet; art. 24 genderwet; art. 17 racismewet.

(3) Art. 8 rasrichtlijn; art. 10 kaderrichtlijn, richtlijn 97/80/EG van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op basis van geslacht.

(4) I. VERHELST en I. DE WILDE, *l.c.*, 449.

(5) Art. 27-28 algemene wet; art. 32-33 genderwet; art. 29-30 racismewet.

(6) Arbh. Brussel 24 januari 2007, A.R. Kortgeding 292, onuitg. Zo stelt het hof onder meer de vraag of het publiekelijk verklaren dat men geen allochtonen wenst aan te werven een discriminatie uitmaakt, of een bewezen discriminatie uit het verleden een vermoeden schept van een voortdurend discriminerend beleid en welke gestrengheid de nationale rechters aan de dag moeten leggen bij de beoordeling van het tegen- bewijs.

G. Collectieve actierecht

De Europese richtlijnen erkennen het collectieve actierecht ten voordele van verenigingen, organisaties en rechtspersonen die de belangen van gediscrimineerde personen verdedigen. De wet van 25 februari 2003 voorzorg bijgevolg een actierecht voor het centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding, het instituut voor de Gelijkheid van Mannen en Vrouwen en andere belangenverenigingen die zich de bestrijding van discriminatie tot doel hebben gesteld. De bepalingen werden overgenomen in de nieuwe discriminatiewetten. Voortaan wordt echter van deze verenigingen nog maar een bestaanstermijn van drie in plaats van vijf jaar geëist. (1)

H. Strafsancties

De Belgische wetgever koos voor een relatief lichte strafrechtelijke sanctionering, daarbij uitdrukkelijk de voorkeur gevend aan de burgerrechtelijke luik van de rechtsbescherming.

Discriminatie zelf is in principe niet strafbaar gesteld, behalve discriminatie op grond van ras in arbeidsbetrokkingen. (2) Het aanzetten tot discriminatie, haat of geweld jegens een persoon, een groep, een gemeenschap of de leden ervan, wegens een van de beschermde criteria is wel strafbaar. (3) Voorwaarde daartoe is dat dit gebeurt in de omstandigheden zoals opgesomd in artikel 444 van het Strafwetboek (aangaande het misdrijf van aanranding van de eer en de goede naam van personen). Daarnaast kunnen ambtenaren in statutair dienstverband gestraft worden omwille van discriminaties. (4) Werknemers in loondienst kunnen niet worden gestraft.

Voor de toepassing van de strafbepalingen wordt onder discriminatie verstaan: opzettelijke directe discriminatie, opzettelijke indirecte discriminatie, opdracht tot discrimineren en intimidatie op grond van de beschermde criteria alsook de weigering tot het maken van redelijke aanpassingen voor een persoon met een handicap.

De gelijkkluidende bepalingen in de wet van 25 februari 2003 werden reeds bekritiseerd in de rechtsleer. (5) Zo is het niet duidelijk welke vorm van opzet de wet vereist. Ook kan de strafbaarheid van het aanzetten tot indirecte discriminatie zeer verre gaande gevolgen hebben. Daarnaast is het onderscheid tussen ambtenaren en werknemers niet altijd verantwoord. Ten slotte is het opvallend dat, indien de discriminatie op bevel gebeurt, enkel de opdrachtgever en niet de dader wordt bestraft. (6) Onze wetgever hield evenmin rekening met de opmerkingen van het Arbitragehof (7) dat indirecte discriminatie nooit opzettelijk kan zijn en daarvoor bijgevolg geen strafrechtelijke bestraffing kan worden toegelaten, aangezien zulks altijd opzet vereist.

De partij die zich niet voegt naar een vonnis of een arrest in het kader van een vordering tot staking, is eveneens strafbaar.

X. Conclusie

Onze wetgever heeft in tweede zitting (na ingebrekestelling door de Europese Commissie) zijn huiswerk grondig verricht. Met de drie nieuwe wetten heeft België uiteindelijk dan toch duidelijke antidiscriminatiewetten die de Europese richtlijnen correct implementeren.

Uiteraard blijven er, ingevolge de bewoordingen van de richtlijnen zelf nog steeds een aantal interpretatieproblemen zoals de rechtvaardiging voor leeftijdsdiscriminatie en de invulling van positieve acties. Daarover zal wellicht slechts duidelijkheid komen na tussenkomst van het Europese Hof van Justitie.

De Belgische rechter speelt ook een belangrijke rol bij de verdere interpretatie van de drie wetten. Een heel aantal begrippen vergt verdere interpretatie. Het valt bovendien af te wachten hoe streng zij zullen oordelen bij de diverse testen (vergelijkbaarheidstest, finaliteits-test, proportionaliteitstest).

Om discriminatieclaims te vermijden doen werkgevers er best aan een zo transparant mogelijk human resources beleid te voeren op basis van objectieve criteria.

(1) Art. 30 algemene wet; art. 35 genderwet; art. 32 racismewet.

(2) Art. 24 racismewet.

(3) Art. 22 algemene wet; art. 27 genderwet; art. 20 racismewet.

(4) Art. 23 algemene wet; art. 28 genderwet; art. 23 racismewet.

(5) I. VERHELST en I. DE WILDE, *l.c.*, 447.

(6) P. HUMBLET, De wet «Mahoux» bekeken door een arbeidsrechtelijke bril, in *Actuele Voorinformatie Aanwerven, Tewerkstellen en Ontslaan*, nr. 146, 14 februari 2003, 9.

(7) Arbitragehof 6 oktober 2004 (157/2004), www.arbitrage.be.