

Arbeidsrecht

Discriminatie op de werkvloer en de wet van 10 mei 2007

Frank HENDRICKX

Deeltijds hoofddocent K.U.Leuven en hoofddocent Uv.Tilburg

Deze bijdrage werd opgesteld in het kader van de 15^{de} VRG-Alumnidag van de Faculteit Rechtsgeleerdheid (K.U.Leuven) en heeft tot doel een overzicht te geven van de nieuwe Belgische antidiscriminatiewetgeving sinds 10 mei 2007. Om redenen van beperkingen, worden vooral de hoofdlijnen van deze nieuwe wetgeving besproken.

I. Inleiding en context

Het recht op gelijke behandeling is een grondrecht. Het is neergelegd in tal van internationale normen. Dit grondrecht wordt in het bijzonder erkend in de arbeidsverhoudingen. Zo kan men verwijzen naar het IAO-Verdrag nr. 100 betreffende gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde,¹ alsook het IAO-Verdrag nr. 111 betreffende discriminatie in beroep en beroepsuitoefening.²

Het Belgisch antidiscriminatierecht wordt echter vooral beïnvloed door het recht van de Europese Unie. Op Europees vlak heeft het antidiscriminatierecht zich steeds verder ontwikkeld. Terwijl de problematiek van discriminatie op basis van nationaliteit en geslacht in de grondvesten van het oorspronkelijke EG-Verdrag vervat lag, heeft het EU-recht zich steeds meer uitgebreid naar andere vormen van discriminatie. Zo kan men in het bijzonder wijzen op artikel 13 van het EG-Verdrag. Dit artikel, dat in 1997 tijdens de Europese Raad van Amsterdam werd goedgekeurd, verleent de Europese Unie de bevoegdheid om maatregelen te treffen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, ras, of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.³ Dit betekende een uitbreiding van de traditionele discriminatiegrond 'gender', die reeds in de bescherming van het Verdrag van Rome aanwezig was.

Daarenboven kwam tijdens de top van Nice (2000) het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie tot stand,⁴ dat op grond van het Lissabon Verdrag van 13 december 2007⁵ juridische binding zal hebben. Artikel 21 van dit Handvest bepaalt dat verboden is, iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een natio-

¹ I.A.O.-Verdrag nr. 100, 29 juni 1951 betreffende gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke arbeidskrachten voor arbeid van gelijke waarde, goedgekeurd door de Wet van 23 mei 1952, *B.S.* 23 oktober 1952.

² I.A.O.-Verdrag nr. 111, 25 juni 1958 betreffende discriminatie in beroep en beroepsuitoefening, goedgekeurd door Wet 6 mei 1977, *B.S.* 23 september 1977.

³ Art. 13, § 1 E.G.-Verdrag: "Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen van de door dit Verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europese Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden".

⁴ *P.B.* C 303/2, 14 december 2007, 1.

⁵ *P.B.* C 306/01, 17 december 2007, 1.

nale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid. Artikel 23 van dit Handvest bepaalt dat de gelijkheid van vrouwen en mannen moet worden gewaarborgd op alle gebieden, met inbegrip van werkgelegenheid, beroep en beloning.

Op basis van artikel 13 van het EG-Verdrag kwamen twee Europese Richtlijnen tot stand, m.n. de Rasrichtlijn en de Kaderrichtlijn. De Rasrichtlijn introduceerde het beginsel van gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afstamming in brede lagen van het maatschappelijke leven, waaronder arbeid en beroepsopleiding.⁶ De Kaderrichtlijn bestrijkt een groot aantal 'nieuwe' discriminatiegronden, zoals godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid.⁷

Deze twee Europese richtlijnen werden aanvankelijk in het federale Belgische recht omgezet door de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003. De Belgische wetgever ging evenwel ook verder dan de Europese Richtlijnen, bijvoorbeeld door een algemeen toepassingsgebied dat het arbeidsrechtelijk toepassingsgebied van de Kaderrichtlijn oversteeg en door een reeks discriminatiegronden die de basisrichtlijnen niet bevatten.⁸

De Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 was slechts een kort leven beschoren. Reeds op 6 oktober 2004 diende het Grondwettelijk Hof zich uit te spreken over twee annulatieberoepen, gericht tegen deze wet.⁹ Deze annulatieberoepen hadden op zich niets te maken met de problematiek van de arbeidsbetrekkingen, maar het arrest had wel de nodige gevolgen op dit vlak. Zo werden een aantal bepalingen van de wet vernietigd.

Aan het Grondwettelijk Hof werd gevraagd of de Antidiscriminatiewet van 2003 wel strookte met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel aangezien zij bepaalde discriminatiegronden vermeldt en andere niet. Deze vraag sloot aan bij argumentatie in de rechtsleer die stelde dat de wet door zijn selectie van discriminatiegronden zelf het discriminatieverbod zou schenden.¹⁰ De Raad van State meende noch-

⁶ Richtlijn Raad E.G. nr. 2000/43, 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *P.B. L.* 19 juli 2000, afl. 180, 22.

⁷ Richtlijn Raad E.G. nr. 2000/78, 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *P.B. L.* 2 december 2000, afl. 303, 16.

⁸ Namelijk: huidskleur, afkomst, nationale afstamming, burgerlijke staat, geboorte, fortuin, huidige of toekomstige gezondheidstoestand en fysieke eigenschap.

Zie M. DE VOS, "De bouwstenen van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen na de wet bestrijding discriminatie", in M. DE VOS en E. BREMS (eds), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 71.

⁹ B.S. 16 oktober 2003, 50353. Zie uitvoerig J. VELAERS, "Het arbitragehof en de antidiscriminatiewet", *T.B.P.* 2004, 601-614.

¹⁰ Cf. J. VRIELINK, "De nieuwe Belgische Antidiscriminatiewet. Een kritische bespreking", in UFSIA, *Vrijheid en Gelijkheid, De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen/Appeldoorn, Maklu, 2003, 196 en 200; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, "De anti-discriminatiewet, een artikelsgewijze analyse", *NjW* 2003, nr. 23, 265-266; J. VRIELINK, S. SOTTIAUX en D. DE PRINS, *Handboek discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, 449; J. VELAERS, "De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele

tans dat dit geen discriminatie inhield, maar dat het aan de wetgever was om na te gaan welke discriminaties bij voorrang dienen te worden bestreden en met welke middelen.¹¹ Het Grondwettelijk Hof stelde evenwel vast dat tijdens de parlementaire voorbereidingen meermaals werd gesteld dat de wet de bedoeling had alle vormen van discriminatie weg te werken en elke vorm van discriminatie te bestrijden.¹² Het Hof stelde daarbij dat er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging gegeven wordt voor het feit dat mensen die worden gediscrimineerd op basis van politieke overtuiging of taal, niet de burgerrechtelijke bescherming van de wet kunnen genieten. Het Grondwettelijk Hof schrapte dan ook de door de wetgever geselecteerde gronden, voor wat betreft het burgerrechtelijk en procesrechtelijk luik van de wet. Het gevolg daarvan was dat de wet van 23 februari 2003 kon worden gebruikt om alle onderscheiden te bestrijden, ongeacht de grond waarop deze waren gebaseerd. Met andere woorden, de wet stelde een algemeen discriminatieverbod ongeacht welk onderscheidingscriterium. Alle niet gerechtvaardigde onderscheiden werden verboden vormen van discriminaties, ongeacht de grond waarop ze waren gebaseerd.¹³ Er kwam nogal wat commentaar op deze situatie.¹⁴ Ook stond de Belgische overheid onder druk vanwege de Europese Unie, die meende dat België niet conform de Europese wetgeving handelde.

Het hoeft dan ook niet te verbazen dat er nieuwe wetgevende initiatieven kwamen. Deze leidden uiteindelijk tot de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie¹⁵, kortom de Antidiscriminatiewet.

De regering koos niet voor één enkele wet, maar wel voor drie afzonderlijke instrumenten: Zo is er naast de algemene Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007, nog de Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, alsook de Wet van 10 mei 2007 tot aanpassing van het Gerechtelijk Wetboek aan de wetgeving ter bestrijding van discriminatie en tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden.¹⁶

Deze bijdrage concentreert zich op de algemene Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 (hierna genoemd de “Antidiscriminatiewet”, of “de wet”). Vele van de opmerkingen die in het kader van deze wet worden gemaakt, kunnen overigens gelden voor de andere wetten.

beschouwingen”, in UFSIA, *Vrijheid en Gelijkheid, De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen/Appeldoorn, Maklu, 2003, 317-320

¹¹ Advies van de Raad van State, *Parl. St. Senaat* 2000-01, nr. 2-12/5, 13.

¹² Arbitragehof 6 oktober 2004 (157/2004), overweging B.13.

¹³ M. DE VOS, “De bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhoudingen: van impasse naar doorbraak?”, *R.W.* 2006-07, 323.

¹⁴ Cf. J. JACQMAIN, “La loi anti-discrimination après l’arrêt de la Cour d’arbitrage: et le droit européen?”, *Soc. Kron.* 2005, 6-7; A. WITTERS, I. VERHELST en D. DEJONGHE, “De absurde gevolgen van de Antidiscriminatiewet voor het arbeidsrecht”, *Or.* 2004, 170.

¹⁵ B.S. 30 mei 2007.

¹⁶ Tevens gepubliceerd in B.S. 30 mei 2007.

II. Doel en werkingssfeer van de Antidiscriminatiewet

§ 1. Doel van de wet

Zoals de Antidiscriminatiewet zelf stelt, heeft ze tot doel een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap of sociale afkomst.¹⁷

§ 2. Toepassingsgebied

De Antidiscriminatiewet heeft een breed toepassingsgebied. Zo is de wet zowel in de overheidssector als in de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties, op alle personen van toepassing (artikel 5, §1).

Met betrekking tot de materies stelt de wet dat zij betrekking heeft op (artikel 5, §1):

- 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.

§ 3. Arbeidsbetrekkingen

De wet is dus van toepassing op de arbeidsbetrekkingen (artikel 5, §1, 5°). Dit begrip is als volgt gedefinieerd in artikel 4, 1°:

“arbeidsbetrekkingen: de betrekkingen die ondermeer omvatten de werkgelegenheid, de voorwaarden voor toegang tot arbeid, de arbeidsvoorwaarden, en de ontslagregelingen, en dit:

- zowel in de openbare als in de private sector;
- zowel voor arbeid in loondienst, als voor onbetaalde arbeid, arbeid verricht in het kader van stageovereenkomsten, leerovereenkomsten, beroepsinlevingsovereenkomsten en startbaanovereenkomsten of arbeid als zelfstandige;

¹⁷ Artikel 3 Antidiscriminatiewet.

- voor alle niveaus van de beroepshiërarchie en voor alle activiteitstaken;
- ongeacht de statutaire of contractuele regeling van de persoon die arbeid verricht;
- met uitzondering echter van de arbeidsverhoudingen die worden aangegaan met de in de artikelen 9 en 87 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bedoelde organen en instellingen en met uitzondering van de in artikel 127, § 1, 2°, van de Grondwet bedoelde arbeidsverhoudingen in het onderwijs”.

Niettemin heeft de wetgever het nuttig geoordeeld om een opsomming te geven van de thema's inzake arbeidsbetrekkingen waarop zij van toepassing. Zo stelt de wet dat zij, voor wat de arbeidsbetrekking betreft, “onder meer, doch niet uitsluitend” van toepassing is op (artikel 5, §2):

1° de voorwaarden voor toegang tot arbeid, waaronder onder meer, doch niet uitsluitend, wordt begrepen:

- de werkaanbiedingen of de advertenties voor betrekkingen en promotiekansen, en dit ongeacht de wijze waarop deze worden bekendgemaakt of verspreid;
- de bepaling en de toepassing van de selectiecriteria en de selectiekanalen die worden gehanteerd in het wervingsproces;
- de bepaling en de toepassing van de aanstellingscriteria die worden gehanteerd bij de aanwerving of de benoeming;
- de bepaling en de toepassing van de criteria die worden gehanteerd bij promotie;
- de toetreding als vennoot in vennootschappen of maatschappen van zelfstandige beroepen.

2° de bepalingen en de praktijken met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en beloning, waaronder onder meer, doch niet uitsluitend, wordt begrepen:

- de regelingen vervat in arbeidsovereenkomsten, de overeenkomsten van zelfstandigen, de bestuursrechtelijke statutaire regelingen, de stage- en leerovereenkomsten, de collectieve arbeidsovereenkomsten, de collectieve regelingen voor zelfstandigen, de arbeidsreglementen alsook de eenzijdige werkgeversbeslissingen en de eenzijdige beslissingen opgelegd aan een zelfstandige;
- de toekenning en de bepaling van het loon, het ereloon of de bezoldiging;
- de toekenning en de bepaling van alle huidige of toekomstige voordelen in geld of in natura mits deze, zij het ook indirect, door de werkgever aan de werknemer of door de opdrachtgever aan de zelfstandige uit hoofde van zijn betrekking worden betaald, ongeacht of dit ingevolge een overeenkomst, ingevolge wettelijke bepalingen, dan wel vrijwillig gebeurt;
- de arbeidsduur en de arbeidsduurregeling;

- de regelingen inzake feestdagen en zondagsrust;
 - de regelingen inzake nachtarbeid;
 - de regelingen inzake arbeid van jeugdige werknemers;
 - de regelingen met betrekking tot de ondernemingsraden, de comités voor preventie en bescherming op het werk, de vakbondsafvaardigingen en de raden en comités van dezelfde aard die in de openbare sector bestaan;
 - de bevordering van de arbeids- en de loonsverbetering van de werknemers;
 - de beroepen- en functieclassificatie;
 - het betaald educatief verlof en het vormingsverlof;
 - de regelingen inzake tijdskrediet;
 - de regelingen inzake jaarlijkse vakantie en het vakantiegeld;
 - de regelingen met betrekking tot het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun arbeid.
- 3° de bepalingen en de praktijken inzake de beëindiging van de arbeidsbetrekking, waaronder onder meer, doch niet uitsluitend, wordt begrepen:
- de ontslagbeslissing;
 - de bepaling en de toepassing van de voorwaarden en de modaliteiten van het ontslag;
 - de bepaling en de toepassing van de criteria bij de ontslagselectie;
 - de toekenning en de bepaling van vergoedingen naar aanleiding van de beëindiging van de professionele relatie;
 - de maatregelen die worden getroffen naar aanleiding van de beëindiging van de professionele relatie.

§ 4. De aanvullende regelingen voor sociale zekerheid

De wet is eveneens van toepassing op de aanvullende regelingen inzake sociale zekerheid (artikel 5, §1, 4°).

In artikel 4, 17° geeft de wet een definitie van dit begrip:

“aanvullende regelingen voor sociale zekerheid: regelingen die tot doel hebben aan de 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.”

Ook voor dit begrip heeft de wetgever het nuttig geoordeeld om het te verduidelijken, in artikel 5, § 3:

Wat de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid betreft, is deze wet ondermeer, doch niet uitsluitend van toepassing bij:

- de bepaling van het toepassingsgebied van deze regelingen, alsmede de voorwaarden inzake toelating tot die regeling;
- de verplichting tot premiebetaling en de premieberekening;
- de berekening van de prestaties, alsmede de voorwaarden inzake duur en behoud van het recht op prestaties;
- de bepaling van de personen die aan een aanvullende regeling voor sociale zekerheid mogen deelnemen;
- de bepaling of verplicht dan wel vrijwillig aan dergelijke regeling wordt deelgenomen;
- de bepaling van de regels voor de toetreding tot de regelingen of ten aanzien van de minimumduur van arbeid of aansluiting bij de regeling om in aanmerking te komen voor prestaties;
- de bepaling van de regels ten aanzien van de terugbetaling van premies wanneer de aangeslotene uit de regeling treedt zonder te voldoen aan de voorwaarden die hem een uitgesteld recht op prestaties op lange termijn waarborgen;
- de bepaling van de voorwaarden voor de toekenning van de prestaties;
- de bepaling van het behoud of de verwerving van rechten tijdens de periodes van schorsing van de arbeidsovereenkomst;
- de bepaling van de rechten op uitgestelde prestaties wanneer de aangeslotene de regeling verlaat.

III. Het verbod van discriminatie als ongerechtvaardigd onderscheid

De Antidiscriminatiewet gaat uit van een discriminatieverbod. Zo stelt de wet dat elke vorm van discriminatie verboden is.¹⁸ Verder wordt bepaald wat onder discriminatie wordt verstaan: directe discriminatie, indirecte discriminatie, opdracht tot discrimineren, intimidatie, en een weigering om redelijke aanpassingen te treffen ten voordele van een persoon met een handicap.¹⁹

Zoals bekend, gaat de Antidiscriminatiewet uit van een limitatieve lijst houdende een aantal **beschermde criteria**. Zo bepaalt artikel 3 van deze wet dat zij tot doel heeft om een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op de volgende gronden:

- leeftijd,
- seksuele geaardheid,
- burgerlijke staat,
- geboorte,
- vermogen,
- geloof of levensbeschouwing,
- politieke overtuiging,
- taal,
- huidige of toekomstige gezondheidstoestand,
- een handicap,

¹⁸ Artikel 14 Antidiscriminatiewet.

¹⁹ Artikel 14 Antidiscriminatiewet.

- een fysieke of genetische eigenschap of
- sociale afkomst.

Het bestaan van beschermde criteria betekent echter niet noodzakelijk dat het aanwenden van één of meerdere van deze criteria steeds verboden is. Er wordt immers een onderscheid gemaakt tussen een aantal begrippen: zo definieert de wet een **direct en indirect onderscheid** enerzijds en een **directe en indirecte discriminatie** anderzijds. Deze begripsvorming heeft invloed op de mogelijkheid tot rechtvaardiging van het gebruik van de door de wet beschermde criteria.

- “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” (artikel 4, 6°).
- “Directe discriminatie” is “direct onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van titel II” (artikel 4, 7°).
- “Indirect onderscheid” is “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” (artikel 4, 8°).
- “Indirecte discriminatie” is “indirect onderscheid op grond van een beschermd criterium dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van titel II” (artikel 4, 9°).

Met andere woorden, een onderscheid dat niet kan gerechtvaardigd worden op basis van deze wet, zal als een (directe of indirecte) discriminatie bestempeld worden. Het begrip ‘discriminatie’ duidt dan op laakbaar en sanctioneerbaar gedrag. Het begrip ‘onderscheid’ is eerder neutraal.

Dit betekent de wet er dus van uit gaat dat het gebruik van de “beschermde criteria” in een aantal gevallen verantwoord kan zijn. Hoe en in welke mate deze rechtvaardiging kan geschieden, hangt in het antidiscriminatierecht doorgaans af van het open of gesloten karakter van het systeem.

IV. Rechtvaardiging van het maken van een onderscheid

§ 1. Open versus gesloten systeem in de Antidiscriminatiewet

In beginsel wordt in het antidiscriminatierecht een onderscheid gehanteerd tussen een **open systeem** en een **gesloten systeem** van bescherming. Bij het indienen van het wetsontwerp in de Kamer, was de regering zich hiervan bewust en was men van oordeel dat het ontwerp ook van dit onderscheid uitging. Hierover werd gesteld:

“In het antidiscriminatierecht doet zich immers een *summa divisio* voor wat betreft het stelsel dat gekoppeld is aan het verbod op directe discriminatie. In een stelsel van het “gesloten” type is het in principe niet mogelijk een onderscheid in

behandeling dat rechtstreeks gebaseerd is op een bepaalde grond, te rechtvaardigen, onder voorbehoud van beperkte, specifieke en vooraf bepaalde uitzonderingen. Dit is het systeem waarop de gemeenschapsrichtlijnen grotendeels zijn gebaseerd. In een “open”systeem daarentegen, kan een onderscheid in behandeling op grond van een bepaald criterium steeds *a priori* het voorwerp uitmaken van een “objectieve en redelijke rechtvaardiging”, die niet verder wordt verduidelijkt, en die wordt overgelaten aan het uiteindelijke oordeel van de rechter. Dit is het systeem waarop de wet van 25 februari 2003 is geïnspireerd, wat erop wijst dat deze wet gedeeltelijk in strijd is met de gemeenschapsrichtlijnen die ze geacht wordt om te zetten.”²⁰

“De Regering is van oordeel dat het naleven van de voorschriften van de gemeenschapsrichtlijnen en de rechtszekerheid die het “gesloten systeem” waarborgt, moest worden gecombineerd met het opstellen van een hanteerbare wet die geen verrassende effecten tot gevolg heeft. Bijgevolg is geoordeeld dat de globale hervorming van de antidiscriminatiewetgeving zou moeten berusten op een “gemengd” systeem: de invoering van een “gesloten” systeem van rechtvaardiging telkens wanneer, en voor zover, de gemeenschapsrichtlijnen dit vereisen, en in principe het behoud van een “open” systeem van rechtvaardiging in de andere gevallen – dit wil zeggen, wat betreft de “niet-Europese” verboden discriminatiegronden, of nog, in de materiële toepassingsdomeinen van de drie wetten die buiten het toepassingsgebied van de richtlijnen zelf vallen.”²¹

Dit heeft geleid tot het volgende:

1. Bij het maken van een **direct onderscheid** op basis van de **beschermde criteria**, hanteert de wet in beginsel een **open systeem** van rechtvaardiging.

Artikel 7: “Elk direct onderscheid op grond van een van de beschermde criteria vormt een **directe discriminatie**, tenzij dit directe onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.”

Dit open rechtvaardigingssysteem is steeds van toepassing, met uitzondering van de situaties gevisieerd in artikel 8 van de wet. Het betreft hier overigens dezelfde rechtvaardigingstoets als deze die gehanteerd wordt in het kader van de rechtvaardiging van een indirect onderscheid (zie hierover artikel 9 van de wet).²²

2. In een aantal situaties die betrekking hebben op een **direct onderscheid**, geldt een **meer gesloten systeem** van rechtvaardiging (en dus een strengere test). Dit is het geval voor de materies opgesomd in artikel 8, §1, van de wet. Het gaat om:

²⁰ Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 22.

²¹ Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 22.

²² Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 47.

- de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid;
- de arbeidsbetrekkingen;
- 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.

In deze aangelegenheden kan een **direct onderscheid** op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of een handicap uitsluitend gerechtvaardigd worden op grond van **wezenlijke en bepalende beroepsvereisten**.

Van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan, ingevolge artikel 8, §2 van de wet, slechts sprake zijn wanneer:

- een bepaald kenmerk, dat verband houdt met leeftijd, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing of een handicap, 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.

De rechter onderzoekt in elk concreet geval of een bepaald kenmerk een wezenlijke en bepalend beroepsvereiste vormt.²³

De Koning kan een exemplatieve lijst van situaties bepalen waarin een bepaald kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt.²⁴

3. Bij het maken van een **indirect onderscheid**, geldt een gelijkaardige systematiek. In beginsel is er een **open systeem** van rechtvaardiging, tenzij wanneer het gaat om een handicap, in welk geval een strikter rechtvaardigingssysteem geldt.

Zo stelt de wet dat elk indirect onderscheid op grond van een van de beschermde criteria een **indirecte discriminatie** vormt (artikel 9),

- tenzij de ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze 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 handicap, aangetoond wordt dat geen redelijke aanpassingen getroffen kunnen worden.”

²³ Artikel 8, §3 Antidiscriminatiewet.

²⁴ Artikel 8, §4 Antidiscriminatiewet.

§ 2. Enkele bijzondere aspecten in verband met de rechtvaardiging van het maken van een onderscheid

A. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten

Het begrip wezenlijke en bepalende beroepsvereiste is, in het **gesloten systeem** (zie artikel 8) dus van belang. Dit terwijl voor een aantal criteria, zoals de **huidige of toekomstige gezondheidstoestand**, of de **fysieke of genetische eigenschap** van een persoon, de objectieve rechtvaardiging door een legitiem doel van belang is.

De vraag is nu waar het onderscheid ligt tussen deze twee vereisten van rechtvaardiging. De ene is een gesloten rechtvaardigingssysteem, zo wordt gesteld, de andere een open. Dit zal uiteraard in de eerste plaats het voorwerp uitmaken van rechtspraak.

De Parlementaire voorbereiding verschaft hierover iets meer informatie. “Een kenmerk dat verband houdt met een beschermd criterium kan als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste worden beschouwd”, aldus de artikelsgewijze commentaar van het wetsontwerp, “(1) vanwege de *aard* van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten en (2) vanwege de *context* waarin de betrokken specifieke beroepsactiviteiten worden uitgevoerd.”²⁵

Verdere toelichting stelt hierover: “De regel van de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten dient als uitzonderingsregel zorgvuldig te worden gehanteerd en mag alleen gebruikt worden voor die beroepsvereisten die strikt noodzakelijk zijn om de activiteiten in kwestie uit te oefenen. Het voorontwerp vereist – in lijn met de Europese richtlijnen — dat het moet gaan om specifieke beroepsactiviteiten. Dit betekent dat de noodzaak tot het stellen van het vereiste steeds afhankelijk dient te zijn van de concrete activiteiten die door een (aan te werven) werknemer zullen worden verricht. Als het gevraagde criterium voor een bepaalde categorie van werknemers in sommige gevallen noodzakelijk is en in sommige gevallen niet, kan het criterium niet per definitie opgelegd worden aan de volledige categorie van werknemers.”²⁶

Dit zou er bijvoorbeeld op neerkomen dat aan het gebruik van het criterium **huidige of toekomstige gezondheidstoestand**, of **fysieke of genetische eigenschap**, een minder strenge eis zou worden gesteld, dan aan het gebruik van het criterium **handicap** het geval is, aangezien voor de eerste criteria de aanduiding van een “legitiem doel” reeds tot een verantwoording kan leiden. Hoeveel minder streng deze eis dan wel is, vergeleken met de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten, is niet geheel duidelijk. Dit is des te meer zo, nu de artikelsgewijze commentaar van het wetsontwerp de “wezenlijke en bepalende beroepsvereisten” in verband brengt met de vereisten van “legitieme doelstellingen”:

²⁵ Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 48.

²⁶ Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 48-49.

“Het voorontwerp vereist verder dat het gebruik van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten gerechtvaardigd wordt. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten dienen te berusten op een legitieme doelstelling en moeten evenredig zijn ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling.

Als legitieme doelstelling voor het uitvaardigen van regels inzake wezenlijke en bepalende beroepsvereisten werden in het verleden onder meer reeds aanvaard:

- de bescherming van het privé-leven;
- het respect voor de gevoelens van de patiënt;
- de openbare veiligheid;
- de verzekering van de gevechtskracht in het leger;

Meer in het algemeen kunnen legitieme doelstellingen worden gevonden in de bescherming van grondrechten, in de culturele sfeer (bijvoorbeeld het vrijwaren van de artistieke vrijheid of vrijwaren van authenticiteit) of in de commerciële sfeer (bijvoorbeeld het vrijwaren van reclame gericht op bepaalde doelgroepen) en in de veiligheid (veiligheid in de onderneming; veiligheid van derden; de openbare veiligheid).

De legitieme doelstelling kan uiteraard geen verband houden met discriminatoire motieven. Zo kan niet als legitieme doelstelling worden aanvaard: de bereidheid om tegemoet te komen aan een discriminatoire voorkeur van het cliënteel of van andere werknemers.”²⁷

Om concrete voorbeelden te vinden inzake ‘wezenlijke en bepalende beroepsvereisten’ kan men verwijzen naar de voorbereidende werken. Daarin wordt gesteld dat het in sommige gevallen maatschappelijk wenselijk is dat in arbeidsverhoudingen (en dan onder meer in het aanwervingsproces) toch onderscheid kan gemaakt worden aan de hand van de beschermde criteria of kenmerken die daarmee verband houden. In het bijzonder kan worden gedacht aan de culturele sector, de amusementsindustrie, de reclamewereld waar in het kader van bepaalde producties of programma’s, personen met bepaalde eigenschappen (bepaalde leeftijd, ...) worden gezocht. Voor dergelijke situaties biedt het ontwerp een oplossing, aldus de stellers, via de uitzonderingsbepaling voor wezenlijke en bepalende beroepsvereisten.²⁸

B. Andere rechtvaardigingsmechanismen

De Antidiscriminatiewet voorziet nog een aantal zogenaamde algemene en specifieke rechtvaardigingsgronden. De algemene rechtvaardigingsgronden hebben betrekking op maatregelen van positieve actie en op door de wet opgelegde onderscheiden. De specifieke rechtvaardigingsgronden betreffen onderscheiden inzake leeftijd en identiteitsgebonden organisaties.

²⁷ Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 49.

²⁸ Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 48

a. Positieve actie

De Antidiscriminatiewet bepaalt 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.²⁹

Een maatregel van positieve actie kan slechts worden uitgevoerd mits naleving van een aantal volgende voorwaarden:³⁰

- 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.

De wet draagt de Koning op om via Koninklijk Besluit de situaties te bepalen waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie getroffen kan worden.³¹

De vraag is of positieve acties enkel kunnen op voorwaarde dat de situatie door een Koninklijk Besluit werd voorzien of geregeld. Volgens de letter van de wet kan men dit niet concluderen. Nochtans stellen de Parlementaire voorbereidingen hierover dat één van de voorwaarden inzake rechtmatigheid waaraan het Grondwettelijk Hof positieve actie onderwerpt, slaat op het feitelijke bestaan van een duidelijke ongelijkheid ten nadele van de ‘doelgroep’ van positieve actie. Per definitie, zo stellen de ontwerpers van de Antidiscriminatiewet, is een privé-actor die alleen handelt, niet in staat om op macroscopisch vlak te oordelen of deze voorwaarde vervuld is. Daarom is de Regering van oordeel dat de toepassing van positieve actie onderworpen moet zijn aan een voorafgaande toestemming en reglementaire omkadering vanwege de Koning.³² Dit zou dan ook impliceren dat private werkgevers geen eigen positieve actiebleid zouden kunnen ontwikkelen en uitvoeren, zonder dat dit ondersteund wordt door de maatregelen die de Koning hierover heeft uitgevaardigd.

b. Vrijwaringsclausule

De Antidiscriminatiewet bepaalt 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 verboden door deze wet wanneer dit onderscheid wordt opgelegd door of krachtens een wet.³³

²⁹ Artikel 10, §1 Antidiscriminatiewet.

³⁰ Artikel 10, §2 Antidiscriminatiewet

³¹ Artikel 10, §3 Antidiscriminatiewet.

³² Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 23.

³³ Artikel 11, §1 Antidiscriminatiewet.

Met betrekking tot de vrijwaringsclausule stelt de Parlementaire voorbereiding dat deze tot doel heeft om te vermijden dat elke gerechtelijke instantie ervan uitgaat dat het over de macht beschikt om de verenigbaarheid na te gaan van de gehele bestaande of toekomstige federale wetgeving met het verbod op discriminatie dat wordt gesteld door de drie voorgestelde wetten, met de bedoeling er bijvoorbeeld uit af te leiden dat één van de drie voorgestelde wetten op dag van de inwerkingtreding ervan, deze of gene wetgevende bepaling heeft afgeschaft die elders wel bestaat. Een dergelijke macht toekennen aan elke rechterlijke voorgestelde wetten toepast, zou leiden tot een grote rechtsonzekerheid.³⁴

Toch rijst de vraag, wanneer de vrijwaringsclausule precies geldt, en dus, wanneer een onderscheid wordt “opgelegd door of krachtens de wet”.

Zo is er de kwestie van de beëindiging, door de werkgever, van de arbeidsovereenkomst van een arbeidsongeschikte werknemer. In het Belgische arbeidsrecht is men er steeds van uitgegaan dat de arbeidsovereenkomst door de werkgever kan beëindigd worden bij arbeidsongeschiktheid, en in sommige situaties zelfs in de uitdrukkelijke hypothese van arbeidsongeschiktheid. Zo voorziet de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, in de artikelen 58 en 78, dat de werkgever de arbeidsovereenkomst kan beëindigen als de uitvoering van de overeenkomst sinds meer dan zes maanden is geschorst wegens ziekte. Ook viseert artikel 79 van de Arbeidsovereenkomstenwet een situatie van beëindiging in geval van een arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of ongeval die tijdens de proefperiode langer duurt dan zeven dagen.

De vraag is, evenwel, of dit nog houdbaar is in het licht van de bepalingen van de Antidiscriminatiewet, die het maken van een onderscheid op grond van de ‘huidige of toekomstige gezondheidstoestand’ in beginsel verbiedt. Men kan stellen dat een ontslagbeslissing die steunt op de ‘huidige of toekomstige gezondheidstoestand’ van een werknemer, in beginsel door de Antidiscriminatiewet verboden is en gerechtvaardigd dient te worden conform de bepalingen van deze Antidiscriminatiewet.

De vrijwaringsclausule is op deze situatie wellicht niet van toepassing. De vrijwaringsclausule is immers ontworpen om niet te interfereren met het maken van een onderscheid dat de wetgever, bijvoorbeeld elders in het arbeidsrecht, aan de werkgever ‘oplegt’. Deze vrijwaringsclausule heeft veel minder betekenis in een situatie die door de wetgever opgelegd noch verboden wordt.

c. Rechtvaardiging ten aanzien van leeftijd

De Antidiscriminatiewet voorziet ook een aantal bijzondere rechtvaardigingsmogelijkheden ten aanzien van een onderscheid op grond van leeftijd. Deze rechtvaardigingsgronden bestaan specifiek voor de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid.

³⁴ Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 24.

1. Zo bepaalt de wet dat, op het vlak van de **arbeidsbetrekkingen** en van de **aanvullende regelingen voor sociale zekerheid**, een direct onderscheid op grond van leeftijd geen discriminatie vormt wanneer het **objectief en redelijk wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel**, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of elke ander vergelijkbaar legitiem doel, en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.³⁵

Met deze bepaling wenst de wetgever het bepaalde in artikel 6.1 van de Europese Kaderrichtlijn 2000/78/EG om te zetten. Dit artikel biedt de Lidstaten de mogelijkheid in sommige gevallen te voorzien in de rechtvaardiging van onderscheid op basis van de leeftijd in de horizontale betrekkingen.

In de voorbereidende werken gaf de regering, zich baserend op Richtlijn 2000/78/EG de volgende voorbeelden van mogelijke rechtvaardigingen in dit kader:³⁶

- 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 opnemingsproces te bevorderen, en hun bescherming te verzekeren;
 - de vaststelling van minimumvoorwaarden met betrekking tot leeftijd, beroepservaring of -anciënniteit in een functie voor toegang tot de arbeid of bepaalde daaraan verbonden voordelen;
 - 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.
2. Op het vlak van de **aanvullende regelingen voor sociale zekerheid** in het bijzonder, geeft de wet nog een **limitatieve lijst** van gevallen waarin een direct onderscheid op grond van de leeftijd geen discriminatie vormt, op voorwaarde dat dit niet leidt tot discriminatie op grond van geslacht:³⁷
 - 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

³⁵ Artikel 12, §1 Antidiscriminatiewet.

³⁶ Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 54.

³⁷ Artikel 12, §2 Antidiscriminatiewet.

het type vaste bijdragen, zoals gedefinieerd in wet van 28 april 2003 betreffende de aanvullende pensioenen en het belastingstelsel van die pensioenen en van sommige aanvullende voordelen inzake sociale zekerheid, en in de pensioentoezeggingen bedoeld in artikel 21 van voornoemde 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.

Ook hier steunt de Regering zich, bij het indienen van het ontwerp, op de Europese Kaderrichtlijn 2000/78/EG.

Andere vormen van direct onderscheid in de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, die niet gevisieerd worden in deze situaties vermeld in de wet, kunnen eventueel nog wel gerechtvaardigd worden op grond van artikel 12 § 1 van de wet of, desgevallend, op grond van andere bepalingen van de wet (zoals wezenlijke en bepalende beroepsvereisten, positieve actie, vrijwaringsclausule, ...).³⁸

De wet stelt tenslotte dat, voor de pensioentoezeggingen die reeds van kracht waren op 14 november 2003, het verbod op leeftijdsdiscriminatie slechts van toepassing is vanaf 2 december 2006.³⁹

3. De vraag blijft natuurlijk hoezeer maatregelen die steunen op deze bepalingen zowel onder nationaal (grondwettelijk) als onder Europees recht stand zullen houden. Zo kan men reeds de vraag stellen welke betekenis deze bepalingen hebben voor de horizontale rechtsverhoudingen, d.w.z. tussen private werkgevers en hun personeelsleden of in hun relatie met sollicitanten. Bijvoorbeeld, kan een werkgever een direct onderscheid op basis van leeftijd maken, voor zover hij aan de hierboven omschreven rechtvaardigingstoets voldoet? De Raad van State, afdeling wetgeving, in het advies bij het ontwerp, stelde hierbij toch vragen. Zo vroeg de Raad van State zich af 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.⁴⁰” Er zal terzake alleszins rekening moeten

³⁸ Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 55.

³⁹ Artikel 12, §3 Antidiscriminatiewet.

⁴⁰ Advies Raad van State, nr. 40690/AV, Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 160.

gehouden worden met actuele en zich ontwikkelende rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.

d. Identiteitsgebonden organisaties

De Antidiscriminatiewet voorziet nog een uitzondering in verband met identiteitsgebonden organisaties. Zo stelt de wet dat, voor publieke of particuliere **organisaties, waarvan de grondslag op geloof of levensbeschouwing is gebaseerd**, een direct onderscheid op grond van geloof of levensbeschouwing voor wat betreft de beroepsactiviteiten van deze organisatie geen discriminatie vormt 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.⁴¹

Op grond van deze bepaling kan geen ander direct onderscheid op grond van een ander beschermd criterium gerechtvaardigd worden, tenzij dit gebeurt in toepassing van een andere bepaling van deze titel.⁴²

Mits de bepalingen van deze wet voor het overige worden geëerbiedigd, laat deze wet het recht van publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op geloof of levensbeschouwing is gebaseerd, onverlet om van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen.⁴³

V. Rechtsbescherming en handhaving

De Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 heeft zowel een burgerrechtelijk als een strafrechtelijk luik. Het zwaartepunt ligt duidelijk bij het burgerrechtelijke luik, dat onder meer de mogelijkheid biedt om een stakingsvordering in te stellen en om een schadevergoeding te bekomen.

Om redenen van beperkingen, wordt in deze bijdrage alleen op het **burgerlijke** luik ingegaan.

§ 1. Nietigheid

De Antidiscriminatiewet voorziet in de nietigheid van tegenstrijdige bedingen en van clausules waarin wordt afgezien van de bescherming van de wet.⁴⁴ Deze bepaling inzake nietigheden, die opgelegd wordt door de Europese wetgever, betreft niet alleen discriminerende bepalingen in individuele arbeidsovereenkomsten of andere individuele afspraken, maar ook in collectieve arbeidsovereenkomsten,

⁴¹ Artikel 13 Antidiscriminatiewet.

⁴² Artikel 13 Antidiscriminatiewet.

⁴³ Artikel 13 Antidiscriminatiewet.

⁴⁴ Artikel 15 Antidiscriminatiewet.

eenzijdige documenten die eenzijdig werden opgesteld, bedrijfsreglementen en dergelijke meer.

Het gaat om een zogenaamde “levelling up”. Door de nietigheid komt de discriminatie te vervallen en kan de benadeelde de voordelen vorderen van de bevoordeelde.

§ 2. Indienen van een klacht en bescherming

De wet voorziet dat, in geval van een discriminatie, een klacht kan worden ingediend.

Onder een klacht wordt begrepen:⁴⁵

- een met redenen omklede klacht ingediend **door de betrokkene** op het vlak van de onderneming of de dienst die hem tewerkstelt, overeenkomstig de van kracht zijnde procedures;
- een met redenen omklede klacht ingediend **door de Directie-Generaal Toezicht** op de sociale wetten bij de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg, ten voordele van de betrokkene, tegenover de onderneming of de dienst die hem tewerkstelt;
- een met redenen omklede klacht ingediend ten voordele van de betrokkene **door een belangenvereniging, of door het Centrum** voor gelijkheid van kansen, bij de onderneming of de dienst die hem tewerkstelt;
- een **rechtsvordering** ingesteld door de betrokkene;
- een **rechtsvordering** ingesteld ten voordele van de betrokkene door een belangenvereniging of door het Centrum voor gelijkheid van kansen.

De in het eerste tot derde gedachtestreepje bedoelde met redenen omklede klacht bestaat uit een gedateerde, ondertekende en bij ter post ter kennis gebrachte aangetekende brief waarin de grieven ten aanzien van de dader van de vermeende discriminatie worden uiteengezet.⁴⁶

In geval van een klacht, wordt de betrokkene ten voordele van wie de klacht wordt ingediend, **beschermd tegen nadelige maatregelen**. Dit wil zeggen dat de werkgever geen nadelige maatregel mag treffen ten aanzien van deze persoon, behalve om redenen die vreemd zijn aan de klacht.⁴⁷ Onder een nadelige maatregel onder meer begrepen: de beëindiging van de arbeidsbetrekking, de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden of de nadelige maatregel getroffen na de beëindiging van de arbeidsbetrekking.⁴⁸

De bescherming geldt van zodra een met redenen omklede klacht wordt ingediend of een gerechtelijke procedure wordt opgestart.⁴⁹

⁴⁵ Artikel 17, §3 Antidiscriminatiewet.

⁴⁶ Artikel 17, §3 Antidiscriminatiewet.

⁴⁷ Artikel 17, §1 Antidiscriminatiewet.

⁴⁸ Artikel 17, §2 Antidiscriminatiewet.

⁴⁹ Dit vloeit voort uit artikel 17, §1 Antidiscriminatiewet.

De bescherming doet de **bewijslast** naar de werkgever verschuiven. Wanneer de werkgever een nadelige maatregel treft ten aanzien van de betrokkene binnen twaalf maanden na het indienen van de klacht, valt de bewijslast dat de nadelige maatregel werd getroffen om redenen die vreemd zijn aan de klacht, ten laste van diegene tegen wie de klacht is ingediend. Indien een rechtsvordering door of ten voordele van de betrokkene werd ingesteld, wordt de in het eerste lid bedoelde periode verlengd tot drie maanden na de dag waarop de rechterlijke beslissing in kracht van gewijsde is getreden.⁵⁰ In de voorbereidende werken stelt men het als volgt: gedurende een periode van 12 maanden na het indienen van de klacht, geldt een weerlegbaar vermoeden dat nadelige maatregelen die worden getroffen ten aanzien van de persoon door of ten voordele van wie een klacht werd ingediend, verband houden met het indienen van de klacht (de termijn wordt verlengd in geval van gerechtelijke procedure).⁵¹

De bescherming geldt ook ten voordele van **getuigen**.⁵² De wet bepaalt uitdrukkelijk dat de bescherming eveneens van toepassing is op de personen die optreden als getuige doordat zij, in het kader van het onderzoek van de klacht, in een ondertekend en gedateerd document de feiten die zij zelf hebben gezien of gehoord en die betrekking hebben op de toestand die het voorwerp is van de klacht, ter kennis brengen van de persoon bij wie de klacht wordt ingediend, of doordat zij optreden als getuige in rechte.⁵³

In geval van een nadelige maatregel, is een **verzoek tot herstel** van de situatie mogelijk. De wet bepaalt dat, wanneer de werkgever een nadelige maatregel treft ten aanzien van de betrokkene in strijd met de bescherming, deze persoon of de belangenvereniging waarbij hij is aangesloten, kan verzoeken om hem opnieuw in de onderneming of de dienst op te nemen of hem zijn functie onder dezelfde voorwaarden als voorheen te laten uitoefenen.⁵⁴

Het **verzoek is niet verplicht**, maar zal wel, behoudens een aantal uitzonderlijke gevallen, bepalend kunnen zijn om een schadevergoeding te bekomen.⁵⁵

Dit verzoek wordt gedaan bij een ter post aangetekende brief binnen dertig dagen volgend op de datum van de kennisgeving van de opzegging, van de beëindiging zonder opzegging of van de eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden.

Er zijn vervolgens twee mogelijkheden: ofwel volgt er, na het verzoek, een herstel van de situatie, ofwel niet. De werkgever moet zich binnen dertig dagen volgend op de kennisgeving van het verzoek uitspreken.⁵⁶ Men kan aannemen dat het standpunt van de werkgever, indien hij dit niet uitdrukkelijk inneemt, impliciet

⁵⁰ Artikel 17, §4 Antidiscriminatiewet.

⁵¹ Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 56.

⁵² Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 57.

⁵³ Artikel 17, §9 Antidiscriminatiewet.

⁵⁴ Artikel 17, §5 Antidiscriminatiewet.

⁵⁵ Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 57.

⁵⁶ Artikel 17, §5, tweede lid Antidiscriminatiewet.

kan blijken. De afwezigheid van een standpunt zal mogelijkerwijze uitgelegd kunnen worden als het niet inwilligen van het verzoek tot herstel.

- 1° 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. Dit voorschrift is niet van toepassing wanneer de nadelige maatregel wordt getroffen nadat de arbeidsbetrekking een einde heeft genomen.⁵⁷
- 2° Wanneer de betrokkene, na het verzoek, niet opnieuw wordt opgenomen of zijn functie niet onder dezelfde voorwaarden als voorheen kan uitoefenen en er geoordeeld werd dat de nadelige maatregel in strijd is met de voorziene bescherming,⁵⁸ moet de werkgever aan de betrokkene een **schadevergoeding** betalen die, naar keuze van die persoon, gelijk is hetzij aan een forfaitair bedrag dat overeenstemt met de bruto beloning voor zes maanden, hetzij aan de werkelijk door de betrokkene geleden schade, in laatstgenoemd geval moet hij de omvang van de geleden schade bewijzen.⁵⁹

Het is mogelijk dat men **geen verzoek tot herstel** heeft gedaan. Welnu, de wet voroziet dat de werkgever toch is verplicht dezelfde **schadevergoeding** uit te betalen, zonder dat de persoon of de belangenvereniging waarbij hij is aangesloten het bedoelde verzoek moet indienen om opnieuw te worden opgenomen in de onderneming of de dienst of zijn functie onder dezelfde voorwaarden als voorheen te kunnen uitoefenen, in **drie situaties**:⁶⁰

- wanneer het bevoegde rechtscollege de feiten van discriminatie, die het voorwerp uitmaakten van de klacht, bewezen heeft geacht;
- wanneer de betrokkene de arbeidsbetrekking verbreekt, omdat het gedrag van de werkgever in strijd is met de bepalingen van de voorziene bescherming, wat volgens de betrokkene een reden is om de arbeidsbetrekking zonder opzegging of vóór het verstrijken ervan te verbreken;
- wanneer de werkgever de arbeidsbetrekking heeft beëindigd om dringende redenen, op voorwaarde dat het bevoegde rechtscollege deze beëindiging ongegrond en in strijd met de bepalingen van de voorziene bescherming heeft geacht.

Indien de nadelige maatregel wordt getroffen nadat de arbeidsbetrekking beëindigd werd, en deze maatregel in strijd wordt bevonden met de voorziene bescherming, dient de werkgever eveneens de forfaitaire schadevergoeding, dan wel de bewezen werkelijke schadevergoeding, te betalen aan het slachtoffer.⁶¹

⁵⁷ Artikel 17, §5 Antidiscriminatiewet.

⁵⁸ De werkgever kan inderdaad nog steeds aantonen dat de nadelige maatregel geen verband houdt met de ingediende klacht of ingestelde rechtsvordering.

⁵⁹ Artikel 17, §6 Antidiscriminatiewet.

⁶⁰ Artikel 17, §7 Antidiscriminatiewet.

⁶¹ Artikel 17, §8 Antidiscriminatiewet.

De bepalingen van dit artikel zijn eveneens van toepassing op andere personen dan werkgevers die personen in de arbeidsbetrekkingen tewerkstellen of opdrachten bezorgen.⁶²

§ 3. *Schadevergoeding*

De wetgever heeft voorzien in een schadevergoeding voor het slachtoffer van een discriminatie.

Ingeval van discriminatie kan het slachtoffer een schadevergoeding vorderen overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.⁶³ Het slachtoffer heeft de **keuze** tussen het vorderen van een forfaitaire schadevergoeding, of een vergoeding van de werkelijk geleden schade. In het laatstgenoemd geval moet het slachtoffer de omvang van de geleden schade bewijzen.⁶⁴

Met betrekking tot de vaststelling van de schadevergoeding, heeft de wetgever zich naar eigen zeggen geïnspireerd op de **rechtspraak van het Europees Hof van Justitie**, waaruit de volgende beginselen worden afgeleid:⁶⁵

- dat het recht op schadevergoeding niet afhankelijk mag worden gesteld van het bewijs van schuld: een schending van het discriminatieverbod volstaat;
- dat een schadevergoeding in een passende verhouding dient te staan tot de geleden schade;
- dat een schadevergoeding niet beperkt mag zijn tot een louter symbolische vergoeding;
- dat een maximale schadevergoeding ten belope van drie maandsalarissen in de regel niet volstaat als sanctie voor discriminatie bij de aanwerving;
- dat een schadevergoeding van drie maandsalarissen enkel kan volstaan in de situatie waarin de werkgever het bewijs levert dat de sollicitant ook bij een nietdiscriminerende selectie de betrekking niet zou hebben gekregen;
- dat de schadevergoeding de als het gevolg van het discriminerende ontslag daadwerkelijk geleden schade volledig moet vergoeden, en bijgevolg niet onderworpen mag zijn aan een vooraf bepaald maximum.

De wetgever lijkt eveneens de Belgische rechtspraak een veegje uit de pan te geven, door te stellen “dat de Belgische rechters zich in het licht van deze Europese rechtspraak al te terughoudend opstellen bij de toekenning tot schadevergoeding. Vandaar dat in het ontwerp de mogelijkheid (naar keuze van het slachtoffer) van forfaitaire schadevergoedingen voorziet”.⁶⁶

⁶² Artikel 17, §10 Antidiscriminatiewet.

⁶³ Artikel 18, §1 Antidiscriminatiewet.

⁶⁴ Artikel 18, §1 Antidiscriminatiewet.

⁶⁵ Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 59-60.

⁶⁶ Gedr.St., 51^e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 60.

De Antidiscriminatiewet voorziet thans⁶⁷ dat, indien het slachtoffer **morele en materiële schadevergoeding** vordert wegens discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid, de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade gelijk is aan de **bruto beloning voor zes maanden**.

Niettemin kan de werkgever aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn. In dit geval wordt de forfaitaire schadevergoeding voor materiële en morele schade beperkt tot **drie maanden** bruto beloning.

Wanneer de **materiële** schade die voortvloeit uit een discriminatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen of van de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid echter hersteld kan worden via de toepassing van de nietigheidssanctie (voorzien in artikel 15 van de wet), wordt de forfaitaire schadevergoeding toegepast die voor **morele** schade is voorzien en die de wet heeft bepaald op 650 euro, welk bedrag wordt verhoogd tot 1.300 euro indien de dader niet kan aantonen dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling ook op niet-discriminerende gronden getroffen zou zijn of omwille van andere omstandigheden, zoals de bijzondere ernst van de geleden morele schade.⁶⁸

§ 4. *Stakingsvordering*

De Antidiscriminatiewet voorziet in een stakingsvordering, zoals deze voorzien was in de antidiscriminatiewet van 25 februari 2003. Het slachtoffer van een vermeende discriminatie (alsook de belangenverenigingen en het Centrum/Instituut) kan zich tot de voorzitter van de bevoegde rechtbank wenden met de vraag de staking van de discriminatoire praktijken te bevelen. De procedure wordt gevoerd zoals in kortgeding.

Het vorderingsrecht met betrekking tot stakingsvordering wordt ook toegekend aan het Openbaar Ministerie, of, desgevallend, aan het Arbeidsauditoraat. Het ontwerp is op dit punt geïnspireerd op de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu.

Zoals voorzien in de antidiscriminatiewet van 25 februari 2003, kan over de vordering ingeleid bij de stakingsrechter uitspraak worden gedaan, niettegenstaande vervolging wegens dezelfde feiten voor enig ander strafrecht. Het betreft een omkering van het principe “*Le criminel tient le civil en état*”. Deze bepaling heeft tot doel te waarborgen dat er snel gereageerd kan worden op feiten van discriminatie.

⁶⁷ Artikel 18, §2 Antidiscriminatiewet.

⁶⁸ Artikel 18, §2, 2° Antidiscriminatiewet.

Naast het opleggen van een dwangsom⁶⁹ kan de stakingsrechter ook bevelen dat zijn beslissing publiek bekend moet worden gemaakt.⁷⁰

De stakingsrechter kan ook de forfaitaire schadevergoeding toekennen bepaald in artikel 18 van de wet.

VI. Slotbeschouwing

De Belgische wetgever heeft ernstige inspanningen geleverd om de antidiscriminatiewetgeving in betere banen te leiden. Zo heeft de wetgever getracht om tegemoet te komen aan de kritiek van het Grondwettelijk Hof op de wet van 25 februari 2003 alsook aan de kritiek van de Europese Commissie met betrekking tot de niet-conformiteit van de Belgische bepalingen met het Europees Gemeenschapsrecht. Een grote ommekeer brengt de nieuwe Antidiscriminatiewet dan ook niet, gelet op de relatie met de Europese wetgeving.

Niettemin blijft het afwachten of nu alle problemen van de baan zijn. Er blijven nog interpretatieproblemen met betrekking tot de conformiteit met het Europees recht, zoals bijvoorbeeld het geval is met de kwestie inzake de specifieke rechtvaardiging van een onderscheid inzake leeftijd, of het voeren van een positief actiebeleid in horizontale relaties. Ook grondwettelijk wordt de nieuwe antidiscriminatiewetgeving uitgedaagd. Een aantal verschillende partijen hebben een beroep tot nietigverklaring ingesteld bij het Grondwettelijk Hof.

Tot slot valt het te benieuwen of deze nieuwe wetgeving, met een systeem van een forfaitaire schadevergoeding, zal leiden tot een toename van procedures dan wel rechtsvorderingen met een meer effectief resultaat.

⁶⁹ Artikel 19 Antidiscriminatiewet.

⁷⁰ Gedr.St., 51e Zittingsperiode, Stuk 2722/001, 61