



STAND VAN ZAKEN INZAKE TOEPASSING EN DOELTREFFEND- HEID VAN DE GENDERWET

Analyse en aanbevelingen



INSTITUUT VOOR
DE GELIJKHEID
VAN VROUWEN
EN MANNEN

INHOUDSOPGAVE	4
INLEIDING	6
1. Context	6
2. Doelstellingen van de evaluatie	6
3. Methodologie	7
3.1. Informatieverzameling	7
3.2. Criteria ter evaluatie van de Genderwet	7
3.3. Rapporten	8
3.4. Beperkingen van de evaluatie	8
HOOFDSTUK 1. GEBRUIK VAN DE WET	9
1. De buitengerechtelijke afhandeling van klachten inzake gelijkheid van vrouwen en mannen	9
1.1. Advies en verwerking van klachten door het Instituut	9
1.2. Andere bij discriminatiebestrijding betrokken instellingen of organisaties	13
2. De gerechtelijke behandeling van de gelijkheid van vrouwen en mannen	14
2.1. Analyse van de antwoorden op de vragenlijst die naar de hoven en rechtbanken werd verzonden	14
2.2. Rechtspraak	16
2.3. Tussenkomen in rechte van het Instituut	18
HOOFDSTUK 2. DOELTREFFENDHEID VAN DE WET	25
1. Context van de invoering van de Genderwet	25
2. Toepassingsgebied van de wet	26
3. Concepten	30
3.1. De begrippen 'discriminatie' en 'onderscheid'	30
3.2. Intimidatie	31
3.3. Combinatie van werk en privéleven	32
3.4. Geslachtsverandering, genderidentiteit en genderexpressie	33
3.5. De opdracht tot discrimineren	34
3.6. Seksisme	34
4. Uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel	35
4.1. Bescherming van de zwangerschap en het moederschap	35
4.2. De wezenlijke en bepalende beroepsvereisten	38
4.3. De positieve acties	41
5. Gelijkheid in de toegang tot en de levering van goederen en diensten	45
5.1. Uitzonderingen op het beginsel van gelijkheid van vrouwen en mannen in het domein van de goederen en diensten	46
5.2. Het gebruik van actuariële factoren: de gevolgen van de zaak Test-Aankoop voor de wet	48
6. De mechanismen van bescherming, bestraffing en schadeloosstelling	50
6.1. Strafrechtelijke bepalingen	50
6.2. De bewijslast	52
6.3. Bescherming van de slachtoffers van discriminaties en van de getuigen	54
6.4. Nietigheid van de strijdige bepalingen	54
6.5. Bescherming tegen vergeldingsmaatregelen als gevolg van een klacht	56
6.6. Burgerrechtelijke sancties voor discriminerende handelingen	57
6.7. Cumul van schadevergoedingen	57
6.8. Vordering tot staking en mogelijkheid van dwangsom – injunctiebevoegdheid	60
6.9. Verjaringstermijnen	64
7. Onafhankelijke bijstand bij de afwikkeling van klachten wegens discriminatie	64



HOOFDSTUK 3. AANBEVELINGEN	65
1. Gebruik van de wet	65
2. Concepten	66
2.1. Onderscheid en discriminatie	66
2.2. Intimidatie	67
2.3. Combinatie van werk en gezinsleven	67
3. Uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel	67
3.1. Moederschap	68
3.2. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten	69
3.3. Positieve acties	69
4. Gelijkheid op het vlak van goederen en diensten	70
5. Maatregelen van bescherming, sanctie en vergoeding	70
6. Helderheid van de wet en preventie	71
6.1. Sensibiliserend effect	71
6.2. Bestrafing van discriminaties	71
7. Doeltreffendheid	72
8. Materiële fouten	72
BIJLAGE 1. VRAGENLIJSTEN VERZONDEN NAAR DE HOVEN EN RECHTBANKEN	73
COLOFON	80

1. Context

De Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (B.S., 30.05.2007), hierna 'Genderwet' genoemd, werd aangenomen om, enerzijds, het Belgisch recht inzake discriminatie te vereenvoudigen en, anderzijds, dat Belgisch recht in overeenstemming te brengen met het Europees recht. De federale wetgever koos er in 2007 voor om drie wetten in verband met discriminatie aan te nemen waarvan het toepassingsgebied varieert in functie van de grond voor discriminatie. De verschillende wetten van mei 2007 gebruiken echter dezelfde concepten en beschermingsmechanismen.

Hoewel de bepalingen van de Genderwet slechts betrekking hebben op discriminaties tussen mannen en vrouwen, passen ze in een bredere Belgische context van bestrijding van discriminatie en bevordering van gelijkheid; het gaat echter ook om een passende omzetting van de Europese richtlijnen.

2. Doelstellingen van de evaluatie

De evaluatie van de Genderwet (en van de overige federale wetten ter bestrijding van discriminatie) is voorzien in de slotbepaling van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, hierna de 'algemene antidiscriminatie-wet' genoemd. Artikel 52 van deze wet bepaalt inderdaad dat de drie federale wetten om de vijf jaar worden geëvalueerd.

De evaluatie van de Genderwet moet betrekking hebben op de effectieve toepassing van de wet en dient tevens een eerste globaal onderzoek van de in 2007 ingevoerde bepalingen te bevatten.

Het voorliggende evaluatieverslag moet het voor het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (hierna 'het Instituut') mogelijk maken een objectieve en constructieve analyse voor te stellen van de eventuele zwakke punten en lacunes van de wet, bij hoorzittingen door een commissie van deskundigen en door de wetgevende kamers.

Deze studie heeft dus betrekking op:

- een kwantitatieve en kwalitatieve evaluatie van de toepassing van de wet;
- een beoordeling van zijn doeltreffendheid en van de eventuele lacunes en zwakke punten van de wet.



3. Methodologie

3.1. Informatieverzameling

De informatie werd verzameld door gebruik te maken van verschillende methoden:

- Documentatie: bundel met rechtspraak die het Instituut heeft samengesteld; jaarlijkse activiteitenverslagen van het Instituut; rapporten van deskundigen (bv. de Belgische bijdragen aan de rapporten van het European network of legal experts in gender equality); overzicht van de klachten die het Instituut sinds 2007 heeft ontvangen om de thema's en de soorten van discriminatie te bepalen);
- Enquête: een stelselmatig contact per brief met de voorzitters van de hoven en rechtbanken (beroep, arbeid, koophandel) en het auditoraat met als doel een inventaris op te maken van de beslissingen die werden verleend in het domein van de gelijkheid van vrouwen en mannen (op basis van trefwoorden) en na te gaan of er werd verwezen naar de Genderwet. Deze methodologie werd niet gebruikt voor de navolgende bijwerkingen;
- Interviews: rechtstreeks contact met de resource persons in het domein van gelijkheid: rechters, in deze materie gespecialiseerde advocaten, leden van de Raad van de Gelijke Kansen, deskundigen enzovoort. Deze methodologie werd niet gebruikt voor de navolgende bijwerkingen.

3.2. Criteria ter evaluatie van de Genderwet

De evaluatie moet betrekking hebben op de doeltreffendheid van de Genderwet.

Een doeltreffende regel is een regel die toepasbaar of van kracht is, i.e. die bestemd is om juridische gevolgen te hebben voor de bewuste handeling of het bewuste feit. In de materiële betekenis wordt dezelfde term gebruikt om te verwijzen naar de 'ten-uitvoerlegging' of het 'in praktijk brengen' van de norm¹. Wat de doeltreffendheid van de uitvoering van de norm betreft, kan die uitvoering plaatsvinden door de productie van andere normen, bijvoorbeeld door toepassingsteksten aan te nemen. Bijgevolg kan gesteld worden dat een norm 'doeltreffend' is wanneer ze klaar is om werkelijk te worden toegepast, maar vooral wanneer de sociale gedragingen die ze regelt van haar bestaan zijn doordrongen². "Het begrip 'doeltreffendheid' verwijst, vanuit een juridische invalshoek, naar de relatie die bestaat tussen een zekere feitelijke toestand, een bepaalde realiteit en een regel of een bepaalde rechtssituatie."³ "De doeltreffendheid is in de eerste plaats de aard van een rechtsnorm die het gewenste effect voortbrengt, die werkelijk wordt toegepast. In een tweede betekenis gaat het om de aard van een situatie, die in de feiten – werkelijk – bestaat. De term 'doeltreffend' verwijst dus, enerzijds naar wat 'het beoogde effect voortbrengt', hetgeen werd verwezenlijkt of vervuld, en anderzijds naar wat 'beantwoordt aan de werkelijkheid'. De term krijgt een andere betekenis in functie van het object waarbij hij hoort: een norm of een toestand."⁴

Om de Genderwet te evalueren, dient enerzijds de doeltreffendheid – in de zin van toepasbaarheid – van de wet nagegaan te worden, anderzijds dient nagegaan te worden of de wet het beoogde effect voortbrengt voor de rechtssituaties waarvoor hij bedoeld is.

1 Cornu, Gérard. 2000: Vocabulaire juridique (Paris, PUF).

2 Dit deel over de doeltreffendheid van de wet komt uit de studie van Rachid Filali Meknassi, L'effectivité du droit du travail et l'aspiration au travail décent dans les pays en développement: une grille d'analyse, Internationale Arbeidsorganisatie (Institut International d'Études Sociales) 2007.

3 Touscoz, Jean. 1964: Le principe d'effectivité dans l'ordre international (Paris, LGDJ), p. 2.

4 Zie Vincent Richard, "Le droit et l'effectivité. Contribution à l'étude d'une notion", doctoraatsthesis in privaatrecht, verdedigd voor de Universiteit de droit, d'économie et des sciences sociales, Paris II, Panthéon - Assas, onder leiding van J.-C. Javillier, 4 juli 2003, p. 32.

Teneinde de doeltreffende toepassing van de wet te beoordelen en tegelijk een eerste globaal onderzoek voor te stellen van de in 2007 ingevoerde bepalingen, werd de wet geëvalueerd in het licht van de onderstaande criteria:

- De conformiteit ten opzichte van het Europees recht: passende omzetting van de Europese richtlijnen en in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie.
- De invoering van de regelgeving die voorzien is met het oog op de doeltreffende tenuitvoerlegging van de wet.
- De inhoud van de wet ten opzichte van de situaties die ze beoogt te beheren, i.e. de bescherming tegen discriminatie tussen mannen en vrouwen in de federale wetgeving. Dit onderzoek wordt meer bepaald gevoerd door de Genderwet te vergelijken met 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 en titel V van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering.
- De effectieve toepassing van de Genderwet of haar gebruik. Het gaat er hier om om na te gaan of en hoe de wet wordt gebruikt in het kader van de geschillen die bestaan in het domein van de gelijke behandeling van vrouwen en mannen. Die geschillen kunnen informeel (vragen om informatie en klachten bij het Instituut) of formeel (vorderingen in rechte voor de bevoegde rechtbanken) zijn.

3.3. Rapporten

In oktober 2012 werd de laatste hand gelegd aan een eerste evaluatierapport.

Als gevolg van een aantal ingrijpende wetswijzigingen werd het rapport in november 2014, juni 2015 en november 2016 bijgewerkt. Die bijwerkingen steunden echter uitsluitend op documentaire bronnen en beperkte zich ertoe de recente wetswijzigingen en rechtspraak in het rapport op te nemen. Er werd geen onderzoek meer gevoerd bij de rechtbanken. Het leek niet relevant om de rechtbanken te bezwaren met extra werk als gevolg van een nieuwe vraag die, rekening houdend met het interval van enkele jaren, weinig evolutie zou hebben getoond.

3.4. Beperkingen van de evaluatie

- Deze evaluatie is gebaseerd op de beschikbare gegevens en de ervaring van het team. De rechtspraak werd geanalyseerd aan de hand van bestaande bundels met rechtspraak (Juridat, *Basisdocumentatie* van het Instituut...) en van de feedback van de vragenlijsten die verzonden werden naar de voorzitters van de rechtsgebieden waarmee contact werd opgenomen.
- Hoewel het toepassingsgebied van de wet zeer ruim is, werd alleen contact opgenomen met de griffies van de arbeidsrechtbanken en de rechtbanken van koophandel, het hof van beroep en het arbeidshof. De ervaring leert immers dat de rechtspraak die verwijst naar de bepalingen betreffende de gelijkheid van vrouwen en mannen beperkt is. Wanneer dergelijke rechtspraak bestaat, dan richt ze zich op de thema's in verband met arbeid. Het thema 'toegang tot goederen en diensten' is dan weer vrij nieuw, zowel op Europees als op Belgisch niveau, en heeft aanleiding gegeven tot twee zaken waaraan de media veel aandacht hebben besteed ('*Rent a wife*' en '*Test-Aankoop*'). Deze actualiteit rechtvaardigde een stelselmatig contact met de griffies van de rechtbanken van koophandel om na te gaan of er in dit domein andere zaken voor de rechtbank waren gebracht.
- De periode van vijf jaar (2007-2012) voorafgaand aan de eerste versie van dit evaluatieverslag was vrij beperkt om zich een oordeel te vormen over de doeltreffendheid van de wet. Dit rapport bevat de neerslag van een eerste onderzoek, gelet op de geselecteerde criteria, van volledigheid van of leemtes in de wet ten aanzien van de discriminaties waarmee het Instituut in de praktijk te maken krijgt en anderzijds de conformiteit van de wet ten aanzien van het Europees recht waarvan die wet de omzetting is.
- De bijwerkingen van 2014 en 2016 hadden tot doel de recente wetswijzigingen op te nemen in de evaluatie. Ook andere beschikbare gegevens betreffende de klachten en vragen om informatie alsook de recente rechtspraak en ontwerpen van wetgeving werden behandeld.



HOOFDSTUK 1 GEBRUIK VAN DE WET

In dit eerste hoofdstuk van het rapport wordt aandacht besteed aan de daadwerkelijke toepassing van de wet. Er wordt nagegaan of, en hoe, de wet wordt gebruikt in bestaande geschillen op het vlak van de gelijke behandeling van vrouwen en mannen. Die geschillen kunnen van informele aard zijn – vragen om informatie en klachten bij het Instituut of andere instanties – dan wel van formele aard – rechtsvorderingen voor de bevoegde rechtbanken.

De analyse berust op kwantitatieve gegevens:

- die gevonden werden in databanken en bundels met rechtspraak (bijwerking in 2014);
- die beschikbaar zijn in de databank van het Instituut (bijwerking in 2014 en 2016);
- die werden verzameld door middel van vragenlijsten die naar de hoven en rechtbanken werden verzonden (koophandel en arbeid) (2012).

Deze gegevens zijn bijgevolg niet exhaustief voor het gebruik van de Genderwet, maar zijn wel illustratief voor tendensen in het kader van geschillen betreffende de gelijke behandeling van vrouwen en mannen.

1. De buitengerechtelijke afhandeling van klachten inzake gelijkheid van vrouwen en mannen

1.1. Advies en verwerking van klachten door het Instituut

Sinds zijn effectieve oprichting in 2005 ziet het Instituut erop toe dat het zijn juridische opdracht vervult, die erin bestaat advies te verlenen aan burgers en zo nodig in rechte op te treden. Daartoe heeft het een dienst gecreëerd die instaat voor de ontvangst, de opvolging en de behandeling van vragen om informatie en klachten. Deze dienst heeft tot doel elke individuele aanvraag op snelle, efficiënte en passende wijze te behandelen (advies, bemiddeling, rechtsvordering, de bevoegde overheid interpellieren).

Sinds mei 2010 beschikt het Instituut over een eerstelijnsysteem. Concreet bemannen twee vaste medewerkers (een Nederlandstalige en een Franstalige) en twee plaatsvervangers (een Nederlandstalige en een Franstalige) een onthaaldienst/meldpunt waar personen inlichtingen kunnen krijgen over hun rechten en over de middelen waarover ze beschikken om die rechten te doen gelden. De eerstelijnsdienst ontvangt de aanvragen die bij het Instituut aankom-

men via het gratis nummer 0800/12.800 of via de online formulieren waarmee mensen informatie kunnen aanvragen of een klacht kunnen indienen. De dienst is gehouden een bewijs van ontvangst van de klacht op te sturen en de eerste vragen betreffende de bevoegdheid van het Instituut te beantwoorden en inlichtingen te verstrekken over de interne procedures voor behandeling van het dossier. Deze eerstelijnsdienst vervult een essentiële functie. Hij laat toe snel inlichtingen te verstrekken aan burgers en potentiële slachtoffers, hen rechtstreeks door te verwijzen naar de passende instanties en organisaties indien het Instituut niet bevoegd is, de dossiers in te voeren in de databank van het Instituut en de interne procedures op te starten naargelang er sprake is van een informatieaanvraag of een klacht. De juridische cel streeft ernaar om zo vlug mogelijk een volledig antwoord te bezorgen op de meldingen, niettegenstaande ze vaak een diepgaande analyse vragen.

Informatievragen en klachten

De informatieaanvragen en klachten die het Instituut ontvangt via zijn eerstelijnsdienst of het online klachtenformulier worden geregistreerd in een statistische databank (Gender Claim Databank). Deze databank maakt het mogelijk diverse gegevens met elkaar te kruisen en de analyses van tendensen uit te diepen.

De beschikbare cijfers tonen een vrij constante toename van het aantal meldingen (vragen om informatie of klachten) met het Instituut en een stabiel aantal klachten sinds 2012.

Evolutie van het aantal klachten en informatieaanvragen per jaar



Meldingen naar geslacht

De juridische meldingen zijn voornamelijk afkomstig van vrouwen. In 2014 ging het om 62% vrouwen tegenover 37% mannen. Dit betekent een stijging voor de vrouwen tegenover 2013, terwijl het aantal meldingen door mannen vergelijkbaar is met de situatie in 2013. Er is ook stijging van het aantal meldingen door transgender personen in 2014.

Meldingen naar discriminatiedomein

Volgens de jaarverslagen van het Instituut hebben de klachten in het domein van de gelijkheid van vrouwen en mannen voor het merendeel betrekking op gevallen van directe discriminatie en het beroepsdomein. Klachten in het beroepsdomein worden voornamelijk ingediend door vrouwen (2/3).



De meeste meldingen hebben betrekking op directe discriminatie. Indirecte discriminatie lijkt een begrip te zijn dat nog steeds onvoldoende wordt geëxploiteerd en slecht wordt begrepen door de verschillende spelers (zowel de bedrijfswereld als de gerechtelijke wereld), meer bepaald wanneer het gaat om de gelijke behandeling van personen in verschillende situaties.

De klachten die vrouwen bij het Instituut indienen, hebben voornamelijk betrekking op een breuk in de arbeidsrelatie (48% vrouwen tegen 8% mannen). Bij mannen heeft de discriminatie veeleer betrekking op de fase voorafgaand aan het beroep (42% mannen).

Vervolgens kent de categorie 'andere' het hoogste aantal klachten die bij het Instituut worden ingediend. Deze categorie omvat meer bepaald de geschillen inzake 'intimidatie' of domeinen die niet tot

de bevoegdheden van het federale niveau behoren, zoals onderwijs. Om te vermijden dat deze categorie 'andere' al te veel uitbreiding neemt, werden er in 2012 nieuwe invoervelden in gebruik genomen. Ze worden meer bepaald beïnvloed door de dossiers met betrekking tot de bevoegdheden van de deelstaten die het Instituut beheert als gevolg van de gesloten samenwerkingsovereenkomsten.

In licht van de cijfers stelt men vast dat het grootste aantal meldingen in het domein arbeid te vinden zijn, behalve in 2013, toen er een sterke stijging was van geschillen met betrekking tot goederen en diensten. Zaken die betrekking hebben op de sociale zekerheid blijven dan weer redelijk zeldzaam.

In 2013 was er een sterke toename van het aantal klachten in het domein van de goederen en diensten, gevolgd door een daling in 2014. Ze worden

Aantal klachtendossiers per domein en per jaar 2008-2014

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Arbeid	56	57	69	90	66	76	82
Goederen en diensten	16	19	16	33	35	91	46
Cultuur en media	8	7	10	18	67	24	15
Sociale zekerheid	6	1	4	20	8	8	11
Onderwijs en vorming	5	6	6	7	10	6	11
Jeugd, sport, toerisme	1	1	1	/	/	1	1
Privérelaties	5	4	1	14	15	10	10
Economische, sociale en culturele activiteiten*					1	3	9
Beroepsoriëntering en -opleiding*					2	4	4
Vermelding in een officieel document / proces-verbaal*					/	4	15
Andere	28	55	23	9	22	17	52

* velden ingevoerd in de databank in 2012.

voornamelijk ingediend door mannen (toegangsuren voorbehouden voor vrouwen in zwembaden of fitnessclubs). Voorts is er een duidelijke stijging van het aantal klachten sinds 2007 in het kader van seksisme (buiten het domein van de reclame) en in dossiers betreffende transseksualiteit en transgenderisme. Het aantal klachten van transgender personen kende een record in 2014. In dat jaar werden de discriminatiegronden 'genderidentiteit' en 'genderexpressie' ingevoerd in de wetgeving.

Het domein 'zwangerschap en moederschap' blijft een belangrijk discriminatiethema met een hoog percentage informatievragen en klachten bij het Instituut: 59% in 2008, 15% in 2013 en een daling naar 38% in 2014. Wellicht vertegenwoordigt dit echter maar een miniem deel van alle gevallen van discriminatie waarmee vrouwen in dit domein te maken krijgen. Uit een onderzoek⁵ van het Instituut blijkt

immers dat slechts 53% van de vrouwen die verklaarde ten minste één vorm van discriminatie te hebben ondergaan wegens zwangerschap of moederschap dat als een probleem ervaarde. Met andere woorden, vrouwen aanvaarden of verdragen op zijn minst de negatieve gevolgen van zwangerschap en moederschap op hun beroepssituatie. Waarschijnlijk wordt het discriminerend gedrag alleen betwist in de ergste gevallen of doet slechts een minderheid van vrouwen de moeite om dergelijk gedrag aan te vechten.

5 L. Lembrechts en Dr. E Valgaeren, Zwanger op het werk. De ervaringen van werkneemsters in België, IGVM, 2010.

Informatieaanvragen en klachten in het domein 'zwangerschap en moederschap'

	DOMEIN 'ARBEID'	ZWANGERSCHAP/MOEDERSCHAP	% MOEDERSCHAP
2008	65	38	59%
2009	88	38	43%
2010	99	42	42%
2011	140	47	34%
2012	112	35	31%
2013	106	42	45%
2014	133	50	38%

Opvolging van de meldingen

Het is duidelijk dat het Instituut informatieaanvragen ontvangt als gevolg waarvan het zijn bekendheid kan vergroten en aan het publiek toelichting kan geven over de rechten die dit publiek geniet.

Gevolgen gegeven aan de klachten en vragen om informatie

	AFGESLOTEN KLACHTEN	OPENSTAANDE KLACHTEN	AFGESLOTEN INFOVRAGEN	OPENSTAANDE INFOVRAGEN	TOTAAL KLACHTEN INFOVRAGEN/JAAR
2008	112	13	50	1	176
2009	128	22	37	9	196
2010	109	23	85	4	221
2011	138	55	88	20	301
2012	195	31	132	7	365
2013	177	45	97	4	323
2014	188	21	154	3	366



1.2. Andere bij discriminatiebestrijding betrokken instellingen of organisaties

De deelstaten

De bescherming tegen discriminatie vereist dat de verschillende bevoegde entiteiten (federale overheid en deelstatelijke overheden) in ons land in overleg te werk gaan.

Het verheugt ons dan ook dat de deelstaten de wet van 10 mei 2007 als 'model' hebben gebruikt om hun decreten en ordonnanties op te stellen. Zo kunnen slachtoffers van discriminatie immers beter worden beschermd (coherentie van de bescherming in de verschillende materies). Bovendien is het belangrijk dat het slachtoffer op passende wijze wordt opgevangen en met advies wordt bijgestaan.

Om de administratieve formaliteiten voor de betrokkenen (behandeling van klachten, antwoord op vragen om informatie, doorverwijzing naar de bevoegde instanties) te vereenvoudigen, hebben het Instituut en de deelstaten hun samenwerking geoficialiseerd. Concreet heeft het Instituut vijf samenwerkingsprotocollen gesloten met respectievelijk de Franse Gemeenschap (op 15 december 2008), het Waals Gewest (op 23 januari 2009) en de Franse Gemeenschapscommissie (11 juli 2013), het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (3 februari 2016) en de Duitstalige Gemeenschap (1 augustus 2016).

Deze protocollen wijzen het Instituut aan als orgaan voor de promotie van gelijkheid inzake discriminatie op grond van geslacht voor de materies die tot de bevoegdheden van de voornoemde overheden behoren. Concreet voorzien de deelstaten, voor de slachtoffers van discriminatie, in de samenwerking met het Instituut voor de behandeling van klachten en discriminatiedossiers die tot hun respectieve bevoegdheidsdomeinen behoren. Naast de individuele vragen heeft de samenwerking tussen het Instituut en de voornoemde deelstaten betrekking op informatie-uitwisseling, communicatie en bewustmaking van het publiek of van het personeel van de diensten, adviezen en aanbevelingen of, tot slot, het uitvoeren van studies.

Deze protocollen zijn belangrijk om een coherente en doeltreffende bescherming te bieden aan slachtoffers van discriminatie over het volledige Belgische grondgebied, ongeacht het bevoegdheidsniveau, met als uitzondering Vlaanderen, dat over zijn eigen gelijkheidsbevorderend orgaan beschikt voor gen-

dergerelateerde criteria.

UNIA (Het interfederaal Gelijkekansencentrum)

Unia is bevoegd met betrekking tot de gronden voor discriminatie zoals bedoeld in de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie alsook in de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, gewijzigd door de wet van 10 mei 2007. Daar de concepten en mechanismen identiek zijn voor de drie wetten, is het belangrijk uitwisselingen te organiseren tussen Unia en het Instituut. Daartoe is de directeur van het Instituut lid van de raad van bestuur van Unia en vice versa. Bovendien is Unia op het vlak van onderzoek, bijvoorbeeld in verband met transgender personen, vertegenwoordigd in het begeleidingscomité van de studie. In het kader van dossiers over meerdere vormen van discriminatie wordt regelmatig samengewerkt, ook al verlopen de uitwisselingen op informele en niet stelselmatige wijze.

Het Toezicht op de Sociale Wetten

De wet van 16 november 1972, die door het Sociaal Strafwetboek werd opgeheven, kent aan het Toezicht op de Sociale Wetten (TSW) een opdracht toe van advies, informatie, verzoening en toezicht op zowel het reglementair als het conventioneel arbeidsrecht. De wet tot invoering van het Sociaal Strafwetboek van 6 juni 2010⁶ wijzigt artikel 38 van de wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen door de door de Koning aangewezen ambtenaren te belasten met het toezicht op de inachtneming van de bepalingen van de wet en de uitvoeringsbesluiten. De ambtenaren oefenen hun opdrachten uit in overeenstemming met de bepalingen van het Sociaal Strafwetboek.

Deze opdrachten worden zowel op eigen initiatief uitgeoefend als op verzoek van een bestuurlijke overheid, de bij een situatie betrokken partijen (werkgever, werknemer of hun vertegenwoordigers) en zelfs na vordering vanwege de rechterlijke macht.

Op het vlak van discriminatie meldde het TSW in 2012 dat de klachten die deze dienst had ontvangen sinds hij als bevoegde dienst was aangewezen om toe te zien op de inachtneming van de antidiscriminatiewetten (koninklijke besluiten van 24/10/2008), voornamelijk betrekking hadden op religieuze redenen (de hoofddoek bij islamitische vrouwen) en

⁶ B.S., 1 juli 2010.

vervolgens ook op de reden van het vermeende ras. Voor het Franstalig landsgedeelte was er een klacht wegens discriminatie op grond van de gezondheid en een andere wegens de politieke of levensbeschouwelijke overtuiging. Op het vlak van gender werd er slechts één klacht ingediend wegens 'niet aanwerving' op grond van gender. De kwestie van discriminatie wegens het dragen van een 'religieuze hoofddoek' kan worden benaderd vanuit een godsdienstige invalshoek, maar ook op grond van het geslacht (meervoudige discriminatie). Dit zou een betere analyse mogelijk maken van de situatie van discriminatie, daar duidelijk is dat alleen vrouwen ermee te maken krijgen.

De wet van 7 mei 1999 had een belangrijk straflijk (zie infra – titel 3, deel 6) dat wegviel in de Genderwet van 10 mei 2007. Volgens sommige bevroegde personen had de verdwijning van dit strafgedeelte tot gevolg dat er minder feiten van discriminatie werden gemeld bij de Arbeidsinspectie en dat de inspecteurs minder aandacht hadden voor deze problematiek.

Vandaag is deze situatie veranderd. Ten eerste heeft het Instituut in juni 2014 een samenwerkingsprotocol gesloten met de Algemene Directie Toezicht op de Sociale Wetten. Dit protocol creëert een algemeen samenwerkingskader op grond van de respectieve bevoegdheden van het Instituut en het Toezicht op de Sociale Wetten. Volgens dit protocol mag het Instituut zich, voor zover het slachtoffer daarmee akkoord gaat, tot het TSW wenden om te vragen een onderzoek te voeren in een individueel dossier van melding van een geval van discriminatie. Het TSW heeft ook de mogelijkheid een algemene anonieme controle of een gericht onderzoek naar de situatie van de klager in te stellen.

Een andere wijziging werd ingevoerd met de wet van 22 mei 2014, die de strafrechtelijke sancties opnieuw in de Genderwet invoert. De Genderwet bestraft bijgevolg niet alleen het aanzetten tot discriminatie (wet van mei 2007), maar ook de discriminaties op zich, wanneer de dader van deze discriminatie uitgaat van een bijzonder opzet, i.e. in de veronderstelling dat een persoon vrijwillig en bewust uitgaat van de intentie om een persoon te discrimineren omwille van diens geslacht (zie infra, titel III, punt 6.1).

De Brusselse dienst voor werkgelegenheid Actiris

Op 1 januari 2014 hebben Actiris en het Instituut een overeenkomst ondertekend om discriminatie bij de aanwerving op grond van geslacht en criteria zoals zwangerschap, bevalling, moederschap en

geslachtsverandering te bestrijden. Deze overeenkomst maakt het voor beide organisaties ook mogelijk samen te werken in het kader van een beleid van gelijkheid van vrouwen en mannen op de Brusselse arbeidsmarkt. Meer bepaald ondersteunt het Instituut Actiris op het vlak van de informatie over discriminatie bij aanwerving ten aanzien van verschillende doelgroepen (werkzoekenden, werkgevers ...).

2. De gerechtelijke behandeling van de gelijkheid van vrouwen en mannen

2.1. Analyse van de antwoorden op de vragenlijst die naar de hoven en rechtbanken werd verzonden

In 2012 werd een vragenlijst betreffende de toepassing van de Genderwet verzonden naar de arbeidsauditoraten, de voorzit(s)ters van de hoven van beroep, arbeidshoven en -rechtbanken en de rechtbanken van koophandel in ons land.

Meer bepaald de hierna genoemde rechtscolleges werden ondervraagd:

- Hof van Beroep van Antwerpen, Brussel, Gent, Bergen en Luik;
- Arbeidshof van Antwerpen, Brussel, Gent, Luik en Bergen;
- Arbeidsrechtbanken (21) van Antwerpen, Oudenaarde, Aarlen–Marche-en-Famenne–Neufchâteau, Brugge, Brussel, Charleroi, Dinant en Namen, Eupen en Verviers, Gent, Hasselt, Hoei, Luik, Leuven, Mechelen, Bergen, Nijvel, Dendermonde, Turnhout, Tongeren, Doornik en Ieper–Kortrijk–Veurne;
- Arbeidsauditoraten (21) van Antwerpen, Oudenaarde, Aarlen–Marche-en-Famenne–Neufchâteau, Brugge, Brussel, Charleroi, Dinant en Namen, Eupen en Verviers, Gent, Hasselt, Hoei, Luik, Leuven, Bergen, Nijvel, Turnhout, Mechelen, Dendermonde, Tongeren, Doornik en Ieper–Kortrijk–Veurne;
- Rechtbanken van koophandel (18) van Hasselt, Gent, Kortrijk, Brussel, Brugge, Antwerpen, Leuven, Mechelen, Dendermonde, Tongeren, Turnhout, Eupen en Verviers, Luik, Bergen, Namen, Doornik, Charleroi, Nijvel.



Van de 70 rechtscolleges die bevroegd werden, hebben er 27 de vragenlijst ingevuld, i.e. een antwoordpercentage van 39%. Sommige rechtscolleges lieten echter enkel weten dat ze geen zaken in dit domein hadden behandeld of niet over cijfers beschikten aan de hand waarvan ze de vragenlijst konden invullen.

Voor de rechtscolleges noteren we de volgende respons:

- 3 hoven van beroep of 60%;
- 4 arbeidshoven of 80%;
- 8 arbeidsrechtbanken of 42%;
- 5 rechtbanken van koophandel of 28%;
- 7 auditoraten of 23%.

De respons is hoog bij de hogere rechtscolleges, gemiddeld voor de arbeidsrechtbanken en vrij laag voor het auditoraat⁷ en de rechtbanken van koophandel.

De vragenlijst (zie bijlage) aan de rechtscolleges had de volgende doelstellingen:

- nagaan hoe de ingestelde vorderingen en de verleende beslissingen worden geïnventariseerd (gebruikte trefwoorden);
- de beslissingen te inventariseren die werden verleend in het domein van non-discriminatie en gelijkheid van vrouwen en mannen van 2007 tot 2012;
- de ingestelde vorderingen te inventariseren volgens thema alsook die welke werden afgesloten met 'afstand van geding' of 'zonder voorwerp';
- het gebruik te evalueren van de vordering tot staking, i.e. een mechanisme dat de wet van 2007 heeft ingevoerd op het vlak van discriminatie;
- elementen te verzamelen betreffende het gebruik en de toepassing van de wet.

Uit de analyse van de verkregen antwoorden komen de volgende elementen naar voor:

Gebruikte trefwoorden

- De hoven van beroep hebben geen specifieke trefwoorden voor dit domein. Alle beslissingen worden geïnventariseerd volgens de materie.
- Arbeidshoven: de gebruikte trefwoorden zijn 'discriminatie' en 'pesterijen', beide in

de brede betekenis. Ook de beslissingen in verband met racisme en intimidatie worden geïnventariseerd.

- Rechtbanken van koophandel: geen gebruik van trefwoorden vermeld in de vragenlijst.
- Arbeidsrechtbanken: de praktijken blijken te verschillen van de ene tot de andere rechtbank. Sommige gebruiken geen trefwoorden, maar enkel het rolnummer, andere gebruiken de woorden 'wet van 10 mei 2007', 'discriminatie' en in één geval 'discriminatie tussen man en vrouw'.
- Auditoraat: ook hier lijken de praktijken te verschillen. Sommige gebruiken de trefwoorden 'pesterijen', 'discriminatie', 'intimidatie' of 'gelijke behandeling'. Eén auditoraat gebruikt het trefwoord 'seksuele intimidatie' niet meer sinds 2009, maar enkel 'intimidatie'.

Ingestelde vorderingen en verleende beslissingen

- Hoven van beroep: alleen het hof van beroep van Bergen inventariseerde een arrest en een vordering ingesteld in het domein van de discriminatie sinds 2007.
- Arbeidshoven: in Antwerpen één arrest en één hangende zaak. In Bergen werden twee arresten verleend en twee zaken ingeleid op het vlak van 'discriminatie', 10 arresten en 18 zaken inzake 'intimidatie'. Brussel meldt niet over cijfers te beschikken, maar dat er in verband met dit thema slechts weinig beslissingen werden verleend. Ook het arbeidshof van Luik meldt dat het deze vraag niet kan beantwoorden.
- Arbeidsrechtbanken: 9 dossiers 'discriminatie' in Antwerpen, 7 beslissingen in Mechelen, 1 beslissing op grond van de wet van 2007 in Brugge en één zaak in hoger beroep in Gent; één zaak in Leuven en een andere in hoger beroep te Brussel, 10 beslissingen in Brussel.
- Arbeidsauditoraat: Meerdere klachten wegens intimidatie werden ingediend, maar geen enkele werd doorgegeven aan de rechtbank.

Vordering tot staking en toekenning van een vergoeding

Er waren weinig vorderingen tot staking, behalve één aan het arbeidshof van Bergen maar zonder toekenning van een vergoeding, in Charleroi (maar het was

⁷ Meerdere magistraten van het auditoraat lieten ons in antwoord op onze e-mail weten dat ze geen rechtstreekse vraag mochten beantwoorden en dat de vraag via het College van procureurs-generaal diende te worden gesteld.

niet mogelijk om meer informatie te verkrijgen binnen de opgelegde termijn) en één aan het arbeidshof van Brussel in de zaak *Feryn*⁸ (discriminatie op grond van etnische afkomst).

Toepassing van de wet

Er zijn bij de griffies van de rechtbanken weinig cijfers voorhanden betreffende geschillen inzake gelijkheid van vrouwen en mannen en non-discriminatie.

De gebruikte trefwoorden geven niet echt een duidelijk beeld van de zaken die specifiek betrekking hebben op gelijkheid en non-discriminatie van vrouwen en mannen. Geschillen betreffende de bescherming van het moederschap worden enkel geïnventariseerd onder het trefwoord 'arbeidsovereenkomst' en de categorie 'intimidatie' laat niet toe gevallen van seksuele intimidatie of intimidatie in verband met gender van elkaar te onderscheiden.

Advocaten en vakbonden begonnen anno 2012 pas gebruik te maken van de wetten van 10 mei 2007 en bijgevolg zou hun doeltreffendheid in de toekomst groter moeten worden.

Besluiten anno 2012

- Geen of weinig kennis van de problematiek inzake gelijkheid in goederen en diensten bij de rechtbanken van koophandel.
- Daling in bepaalde griffies, bijvoorbeeld einde van de registratie van gevallen van seksuele intimidatie ten gunste van de categorie 'intimidatie'.
- De zaken waarin het Gerechtelijk Wetboek in een mededeling aan het openbaar ministerie voorziet (artikel 764, 10° en 13°), zoals discriminaties of intimidatie, worden door de rechtbanken aldus geregistreerd door hen stelselmatig een referencing toe te kennen. Met betrekking tot 'intimidatie' heeft de wet van 11 juni 2002 in de wet van 4 augustus 1996 een verplichting ingevoerd tot overdracht van informatie van de in dit domein verleende beslissingen aan de FOD Werkgelegenheid, met het oog op de evaluatie van de wet (artikel 52 octiesdieces).
- Uiteenlopende registratiepraktijken bij de griffies, overgelaten aan de beoordeling van de rechtbank. Voor sommige griffies of rechtbanken was de vragenlijst de gelegen-

heid om het trefwoord 'gelijkheid mannen/vrouwen' in gebruik te nemen.

- Hoewel 'moederschap en zwangerschap' redenen vormen op grond waarvan vrouwen worden gediscrimineerd en die aanleiding geven tot bepaalde geschillen, meer bepaald als gevolg van de weigering om in dienst te nemen (of een weigering om een overeenkomst te verlengen) of van ontslag tijdens de beschermingsperiode, bestaan er geen gegevens aan de hand waarvan de rechtspraak in dit domein stelselmatig kan worden geïnventariseerd.
- Op basis van de beschikbare gegevens is het niet mogelijk de toepassing van de Genderwet adequaat op te volgen wat geschillen en rechtspraak betreft.
- Uit de enquête en gesprekken blijkt echter dat slechts een beperkt aantal geschillen steunt op de Genderwet.

2.2. Rechtspraak

Geschillen betreffende de discriminatie van vrouwen en mannen

De rechtspraak in België wordt niet stelselmatig gepubliceerd, ongeacht de materie. Alleen de rechtspraak van het Hof van Cassatie, de Raad van State en het Grondwettelijk Hof wordt gewoonlijk gepubliceerd en is volledig toegankelijk. Dit geldt echter niet voor alle zaken. Rekening houdend met deze beperking is het niet mogelijk een nauwkeurig idee te hebben van het aantal zaken in het domein van discriminaties.

Bovendien bevestigt de enquête die bij de rechtbanken werd gevoerd dat er geen specifieke trefwoorden bestaan voor de situaties van discriminatie van vrouwen en mannen. Dit maakt dat het nog moeilijker wordt een overzicht van de rechtspraak te maken.

Met de *Basisdocumentatie* wil het Instituut zaken van genderdiscriminatie inventariseren. Deze inventarisatie is echter beperkt tot de domeinen die behoren tot het sociaal recht van de Europese Unie. De *Basisdocumentatie* bevat de zaken die betrekking hebben op de gelijkheid van vrouwen en mannen en waarin het begrip 'genderdiscriminatie' of 'gelijkheid van vrouwen en mannen' werd vermeld.

De analyse op grond van de rechtspraak die is op-

⁸ Zaak C-54/07, arrest van het Hof van Justitie van 10 juli 2008, *Soc.Kron.*, 2009, 118 en *Arbeid Brussel*, 28 augustus 2009, *Soc.Kron.*, 2010, 260-265.



genomen in de Basisdocumentatie 2014 toont dus in welke domeinen van de procesvoering er wordt verwezen naar genderdiscriminatie, of dat nu gebeurt in functie van de Grondwet, de opeenvolgende Belgische wetten in dit domein of op basis van de rechtstreekse toepassing van het Europees recht (verdrag, richtlijnen of interpretaties door het Hof van Justitie).

Tussen 2007 en 2012 zijn er 29 beslissingen verleend waarbij er werd verwezen naar discriminatie van vrouwen en mannen, hetzij op basis van de Grondwet of de verschillende wetten betreffende gelijkheid (Titel V van de wet van 1978, wet van 1999, wet van 2007), hetzij op basis van een combinatie van de Genderwet en andere bepalingen (dit is meer bepaald het geval voor de bescherming van het moederschap), hetzij ook nog door rechtstreeks te verwijzen naar het Europees recht (Europese richtlijnen of arresten van het Hof van Justitie). Deze beslissingen laten zich als volgt indelen:

- 10 zaken handelen over de gelijkheid van loon: loonsverhoging en anciënniteit of moederschap, berekening van verbrekingsvergoeding in geval van vermindering/ onderbreking van de prestaties, begrip 'gelijkwaardig werk', prestaties van de groepsverzekering voor invaliditeit.
- 5 zaken hebben betrekking op de sociale zekerheid: terugbetaling van geneesmiddelen in verband met osteoporose, medische kosten voor zeldzame ziekten, toekenning van moederschapshulp voor zelfstandigen, grensoverschrijdende pensioenen.
- 12 zaken hebben betrekking op discriminaties in de arbeidsvoorwaarden en meer bepaald op moederschap, ontslag/niet-verlenging van de overeenkomst kort na de aankondiging van een zwangerschap, miskraam of bevruchting in vitro, maar ook aanstelling in een andere functie na moederschapsverlof. Er is momenteel een vraag hangende van de arbeidsrechtbank van Nijvel aan het Grondwettelijk Hof (Arbrb. Nijvel, 22 juli 2014, AR, nr. 12/259/A) over een mogelijke indirecte discriminatie tegen vrouwen, aangezien zij de meerderheid vormen van de huisarbeiders, die uitgesloten zijn van de regeling ter bescherming van arbeiders tegen willekeurig ontslag (art. 63 en 115 van de wet van 3 juli 1978), en bij de toekenning van een crisispremie aan ont-

slagen werklieden (art. 149 van de wet van 30 december 2009).

- In 2 zaken is er sprake van seksuele intimidatie.

Geschillen in verband met seksuele intimidatie zijn zo goed als verdwenen (zie infra).

Er bestaat geen rechtspraak betreffende het aanzetten tot discrimineren.

Er bleek te weinig tijd te liggen tussen het jaar 2012 en de inwerkingtreding van de Genderwet om de gevolgen van deze wet voor de procesvoering betreffende de gelijkheid van vrouwen en mannen te beoordelen. Gelet op de duur van de gerechtelijke procedures zijn bijna alle bovenvermelde beslissingen gebaseerd op feiten die dateren van vóór de invoering van de wet van 2007 en bijgevolg op vroegere wetgeving. Deze opmerking blijft ook geldig voor 2014.

Wel kan onderstreept worden dat de Genderwet niet meteen heeft tot geleid tot een sterke toename van het aantal processen in deze materie.

De procesvoering met betrekking tot (seksuele) intimidatie

De wet van 11 juni 2002 betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk, die (seksuele) intimidatie heeft opgenomen in de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk, voorziet in een verplichting voor de griffies van de hoven en rechtbanken om alle beslissingen op grond van deze reden ter kennis te brengen van het bevoegde departement van de FOD Werkgelegenheid. Voor de periode gaande van 2002 tot juni 2011 werden 456 beslissingen meegedeeld (die weliswaar betrekking kunnen hebben op minder zaken, bijvoorbeeld in geval van hoger beroep); daarvan hadden er slechts 5 betrekking op seksuele intimidatie en 11 op intimidatie en seksuele intimidatie, terwijl de overgrote meerderheid enkel betrekking had op intimidatie. Anderzijds wordt er geen melding gemaakt van discriminatie tussen mannen en vrouwen.

Voorts stelt het evaluatierapport van de wet van 11 juni 2002⁹ vast dat het aantal dossiers dat de externe diensten voor preventie en bescherming op het werk behandelen, is gestegen van 3.200 in 2005 tot 4.800 in 2009.

Het aantal processen over seksuele intimidatie is zeer beperkt in vergelijking met het aantal processen wegens intimidatie. Dit hoeft echter niet te ver-

⁹ Evaluatierapport Wet van 11 juni 2002 betreffende de bescherming tegen geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk, juli 2004, Algemene Directie Humanisering van de Arbeid.

bazen. Seksuele intimidatie wordt nog steeds gezien als een 'vrouwenaangelegenheid' en is, zoals in andere gevallen van seksueel geweld, zeer zwaar voor het slachtoffer. Voor de meeste slachtoffers is de mogelijkheid om klacht in te dienen wegens intimidatie een neutralere en minder stigmatiserende oplossing waaraan ze bijgevolg de voorkeur geven.

2.3. Tussenkomsten in rechte van het Instituut ¹⁰

In het domein 'goederen en diensten'

De zaak *'Rent a wife'* leidde op 26 september 2007 tot een vonnis in kort geding van de voorzitter van de rechtbank van koophandel van Brussel. Deze zaak had betrekking op een website waar men een vrouw kon huren en per post kon laten leveren, met bovendien de mogelijkheid om tegelijk meerdere exemplaren te bestellen en zelfs eindeloos terug te sturen en om te ruilen. Op de website was een video te zien waarin een schaars geklede vrouw, aan polsen en enkels vastgebonden, door een ontevreden eigenaar in een kartonnen doos werd gestopt. De eigenaar klopte het stof van de verpakking en gaf de doos mee aan de postbode om die naar de afzender te laten terugsturen. In de laatste fase van de inschrijvingsprocedure werd de keuze van de voorradige 'modellen' vervangen door een reclamespot voor DVDPost waarin de voordelen van het verhuursysteem van DVD werden aangeprezen. De hele actie was dus fictief en had enkel tot doel reclame te maken voor een andere website die wel echt bestond, die van DVDPost. In deze zaak heeft de rechter alle argumenten van het Instituut gevolgd. Aldus bevestigde hij het bestaan van discriminatie op grond van geslacht en legde hij het verbod op om nog verder te gaan met deze discriminatie op straffe van een dwangsom. De juridische argumenten die de rechter gebruikte, waren afkomstig van de oude antidiscriminatiewetgeving en van de wet op de handelspraktijken.

Op 10 november 2014 veroordeelde de rechtbank van eerste aanleg te Brugge een immobiliënkantoor wegens discriminatie op grond van geslacht nadat het een kamer had geweigerd aan een student omdat de eigenaar enkel aan vrouwen wilde verhuren. De student in kwestie, met de Franse nationaliteit, zocht een onderdak in het kader van zijn doctoraatsstudies in België. Daarom antwoordde hij op een aankondiging van een immobiliënkantoren. Na een bezoek aan de studentenkamer stelde hij zich kandidaat als huurder. Het kantoor antwoorde hem met

de volgende via e-mail: "De eigenaar heeft beslist om u geen studentenkamer te verhuren omdat hij enkel meisjes wil in zijn gebouw. Het zou vreemd zijn om enkel meisjes te hebben in het gebouw en 1 man van 32 jaar. Ik hoop dat u dit begrijpt." De man diende klacht in wegens discriminatie bij het Instituut, dat zich aan zijn zijde burgerlijke partij stelde. De rechter van de rechtbank van eerste aanleg bevestigde dat het om een discriminatie op grond van geslacht ging conform de Genderwet en veroordeelde het immobiliënkantoor tot een schadevergoeding voor materiële schade voor de eiser en de betaling van een symbolische euro aan het Instituut.

We verwijzen naar een arrest van het hof van beroep van Luik van 4 november 2014 betreffende een fitnessclub die exclusief is voorbehouden voor vrouwen en naar de vordering tot staking die werd ingesteld door een man die niet welkom was in deze sportclub in de buurt van zijn woonplaats. Het Instituut was in deze zaak geen betrokken partij.

Om te beginnen diende te worden uitgemaakt welke wetgeving toepasselijk was, i.e. de federale of de gemeenschapswetgeving. Op basis van de interpretatie dat het om sport gaat, raakten de partijen het erover eens om het decreet van 12 december 2008 en niet de Genderwet toe te passen.

Het gaat er hier om te weten welke objectieve en wettige redenen worden aangevoerd voor een geval van rechtstreekse discriminatie in de toegang tot goederen en diensten.

Het Hof verwijst naar de consideransen 16 en 17 van de Goederen- en dienstenrichtlijn en onderzoekt de elementen van de rechtvaardigingen. Het verklaart dat "welke ook de verdiensten zijn van de voornoemde redenen die vrouwen ertoe bewegen unisex fitnesszalen te willen, het gaat om een persoonlijk aanvoelen, als zodanig respectabel, dat toelaatbaar is in de huidige stand van zaken op zedelijk vlak".

Op basis van de toename van het aantal vrouwelijke leden en van de verhuis van de fitnessapparaten meent het Hof meer bepaald dat de omzetting van een gemengde fitnessruimte in een niet-gemengde ruimte door een wettig doel kan worden gerechtvaardigd.

Het Hof wijst de vordering tot staking van de oorspronkelijke eiser af.

In het strafrechtelijk domein

Op 14 april 2008 stelde het Instituut zich burgerlijke partij in een dossier betreffende de moord op Sadia Sheikh. Zij werd in oktober 2007 vermoord omdat ze

10 'Zie de website van het Instituut <http://igvm-iefh.belgium.be/>.



weigerde in het huwelijk te treden met de man die haar familie voor haar had gekozen. De tussenkomst van het Instituut in deze zaak steunt op de theorie van de abjecte beweegreden. Het was de eerste keer dat het criterium 'geslacht' werd aangevoerd voor een gerecht in strafzaken, in casu het hof van assisen van de provincie Henegouwen.

Tot slot heeft het Instituut ook klacht ingediend tegen de verklaringen van Sharia for Belgium op 3 augustus 2012. Ook hier gaat het om het eerste dossier dat aan de gerechtelijke overheden werd overgelegd in verband met het aanzetten tot discriminatie op grond van geslacht.

In het domein van de arbeidsrelaties en de sociale zekerheid

Het Instituut is tussengekomen of komt tussen in de hierna genoemde geschillen:

- Het eerste geschil betrof een zaak tussen mevrouw M. en de Stad Namen.¹¹ Het ging om de **niet-verlenging van een overeenkomst van bepaalde duur** van een architect. Volgens de architect en het Instituut en de stukken van het dossier was er een duidelijk verband tussen de niet-verlenging en het moederschap van mevrouw M. waarvan zij de Stad kennis gaf nadat ze pas in dienst was genomen. In eerste instantie erkende de arbeidsrechtbank van Namen, tegen het advies van de arbeidsauditeur in, dat de niet-verlenging steunde op het moederschap, dat er sprake was van rechtstreekse discriminatie en dat de werkgever niet aantoonde dat het criterium 'geslacht' niet het doorslaggevend element was in de beslissing tot ontslag. De Stad Namen stelde tegen dit vonnis hoger beroep in voor het arbeidshof van Luik, afdeling Namen. Het vonnis werd vernietigd krachtens een arrest van 18 februari 2014 van het hof van beroep. Hoewel het hof erkende dat er feiten bestonden die konden doen besluiten dat er een vermoeden van discriminatie bestond, oordeelde het in dit laatste arrest dat de werkgever het vermoeden omkeerde door het bewijs te leveren dat de niet-verlenging van de arbeidsovereenkomst niet het gevolg was van het moederschap maar van een externe oorzaak.
- In een tweede geschil¹² ging het om een **ontslag** van een arbeider in een verhuisfirma en

hield het ontslag **verband met het proces van geslachtsverandering**. In zijn vonnis van 8 augustus 2011 meende de arbeidsrechtbank van Brussel, die recht deed op tegenspraak, dat de vordering in vrijwillige tussenkomst van het Instituut niet ontvankelijk was daar het enige orgaan dat binnen het Instituut bevoegd is om in rechte te handelen de raad van bestuur is, niet de directie van het Instituut. In zijn vonnis meent de rechtbank dat de hoofdvordering van mevrouw Vanderlubbe tot vergoeding wegens onrechtmatig ontslag gedeeltelijk gegrond is en veroordeelt hij de bvba LOCALIFT tot de betaling van 9.968,8 euro bruto bij wijze van schadevergoeding wegens onrechtmatig ontslag, verhoogd met de wettelijke en gerechtelijke interesten op de bruto bedragen. De rechtbank wijst de vordering tot vergoeding wegens discriminatie af en doet hetzelfde met betrekking tot de vergoeding wegens een discriminerend beleid bij indienstneming waaraan de bvba LOCALIFT zich schuldig zou maken. In het kader van de procedure in hoger beroep meende het arbeidshof van Brussel, in een arrest van 17 februari 2014, enerzijds dat de door het Instituut ingestelde vorderingen ontvankelijk waren. Op dit punt vernietigt het arrest het vonnis van de arbeidsrechtbank. Het hof meent dat er sprake is van discriminatie en veroordeelt de vennootschap tot de betaling van de forfaitaire schadevergoeding. Het verklaart ook dat de gevorderde schadevergoeding wegens onrechtmatig ontslag mocht worden samengevoegd met de beschermingsvergoeding in verband met discriminatie. Het hof redeneert met betrekking tot dit laatste punt als volgt: *"Bij gebrek aan wettelijke bepaling die de kwestie regelt, mogen de vergoedingen wegens ontslag worden gecumuleerd indien ze een verschillende finaliteit hebben en verschillende soorten schade vergoeden* (Cass. 20 februari 2012, A.R. nr. S100048F, JTT, 210).

De vergoeding voor onrechtmatig ontslag dekt, op forfaitaire wijze, de morele en materiële schade die de werknemer heeft geleden als gevolg van het niet-bestaan van een van de redenen voor ontslag zoals bedoeld door de wet

11 Uittreksel van het activiteitenverslag 2007, IGVM, 2008, pagina 27.

12 Arbeidsrechtbank Brussel, 10 augustus 2011, A.R. nr. 09/11405/A.

met als doel aan de arbeider een relatieve vastheid van betrekking toe te kennen (Arbeidshof Brussel, 22 april 2002, Soc.Kron., 2005, p. 348). Ze vergoedt dus een ongerechtvaardigd verlies van betrekking en heeft als doel de vastheid van betrekking te vergroten.

Anderzijds heeft de vergoeding wegens discriminerend ontslag tot doel de morele en materiële schade die de werknemer die het slachtoffer is van discriminatie heeft geleden op forfaitaire wijze te vergoeden. Tevens vervult ze een afschrikkende rol ten aanzien van de werkgever die ertoe strekt garanties te bieden inzake de doeltreffendheid van het verbod om discriminerende handelingen te stellen (...).

Zowel de finaliteit als de schade die wordt gedekt door de vergoeding wegens onrechtmatig ontslag, enerzijds, en door de vergoeding wegens discriminerend ontslag, anderzijds, zijn verschillend."

- Een derde dossier heeft betrekking op de **moederschapsvergoeding** en werd door mevrouw R. ingeleid voor de arbeidsrechtbank van Nijvel. Mevrouw R. ging daarmee in beroep tegen een beslissing van het RIZIV dat weigerde haar een vergoeding voor haar moederschapsverlof toe te kennen. Het Instituut is in deze zaak vrijwillig tussengekomen. Mevrouw R. is geaggregeerd in de letteren en geeft sinds september 2003 les in Ternat (Vlaamse Gemeenschap). Ze is voltijds benoemd sinds september 2008. Ze vraagt een terbeschikkingstelling om persoonlijke redenen om in het kader van immersieprojecten les te kunnen geven in de Franse Gemeenschap. Op 1 september 2009 begint ze les te geven in de Franse Gemeenschap, meer bepaald aan het Instituut Saint-André in Elsene, in het kader van een bezoldigde activiteit zonder benoeming. Mevrouw R. is zwanger en dient in het kader van haar moederschapsverlof een aanvraag van vergoeding in. Ze bevalt op 11 januari 2010. Op 23 februari 2010 verneemt ze van haar ziekenfonds, EUROMUT, dat ze de vergoedingen voor haar moederschapsverlof niet zal kunnen krijgen. Haar ziekenfonds verklaart wat volgt: *"Daar u van statuut verandert op 01/09/2009 (u had het statuut 'openbare dienst', daar u in uw functie was benoemd tot 31/08/2009, en u begint een bezoldigde activiteit zonder benoeming op 01/09/2009),*

schrijft de wet voor dat u, om recht te hebben op de vergoedingen, een stage van 6 maanden dient af te leggen tijdens dewelke u in totaal 120 dagen of 400 uur moet werken. Ter informatie geven we mee dat de stage bij de overgang van een statuut van ambtenaar naar het statuut van loontrekkende alleen kan worden geschrapd in geval van ontslag in het kader van de functie van ambtenaar."

In het kader van dit beroep laken mevrouw R. en het Instituut het gebrek aan overeenstemming van ons recht met het Europees recht en inzonderheid met de richtlijn 92/85 betreffende de bescherming van het moederschap.

Bij vonnis van 20 december 2013 stelt de arbeidsrechtbank van Nijvel de volgende prejudiciële vraag: *"Schendt het koninklijk besluit van 3 juli 1996 tot uitvoering van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, in zijn titel III, hoofdstuk III, afdeling 1 en 2, de richtlijn 92/85/EEG van 19 oktober 1992 van de Raad inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werknemers tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, evenals de richtlijn 2006/54/EG van 5 juli 2006 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), door niet te voorzien in een vrijstelling van stage voor de statutaire ambtenaar die om persoonlijke redenen ter beschikking wordt gesteld en die in moederschapsverlof is, terwijl zulks wel het geval is voor de ontslagnemende statutaire ambtenaar en de ontslagen statutaire ambtenaar?"*

Het Hof antwoordt in zijn arrest C-65/14 van 21 mei 2015 dat artikel 11, paragraaf 4, van de richtlijn 92/85/EEG ingaat tegen het feit dat een werkneemster die gedurende 12 maanden voorafgaand aan de bevalling tewerkgesteld was geen moederschapsuitkering krijgt.

Als de tegenpartijen niet van plan zijn onmiddellijk een vergoeding te betalen op grond van het arrest van het Hof van Justitie, dan zal het Instituut opnieuw een hoorzitting



vastleggen bij de arbeidsrechtbank om een nieuwe datum te verkrijgen voor een pleidooi.

- Nog een arrest van het arbeidshof van Gent (afdeling Gent) van 10 oktober 2012. In deze zaak kwam het Instituut tussen aan de kant van de klaagster. Het Hof stelt vast dat er discriminatie is geweest en kent de vergoeding toe zoals bedoeld in artikel 23, §2, 2° van de wet.
- Eén dossier, tot slot, heeft tot een dading geleid. In dit dossier had de werkneemster, mevrouw B, ouderschapsverlof genomen. De werkgever stelt vast dat er periodes zijn van moederschapsverlof (bevalling van een tweeling) en arbeidsongeschiktheid als gevolg van gezondheidsproblemen. De werkgever ontslaat de betrokken werkneemster en betaalt een compensatoire opzeggingsvergoeding en de beschermingsvergoeding in verband met het ouderschapsverlof. Het dossier werd ingeleid voor de arbeidsrechtbank van Brussel. Er werd akte genomen van een akte van afstand van rechtsvordering, rekening houdend met de gesloten dading. Het ging om een bijzondere procedure daar er sprake was van gekruiste discriminatie en zowel Unia als het Instituut tussenkwam.

Onder de nieuwe dossiers die nog steeds hangende zijn vermelden we de volgende zaken:

- *Intimidatie van discriminerende aard*
Een dossier tussen een werkneemster enerzijds en de NMBS en INFRABEL anderzijds waarin de vraag of er sprake is van discriminatie niet alleen rechtstreeks wordt benaderd, maar ook op basis van intimidatie van discriminerende aard. Het Instituut is vrijwillig tussengekomen in dit dossier. De feitelijke elementen zijn de volgende: mevrouw H. wordt in het kader van een 'statutaire' procedure aangeworven als gespecialiseerd onderhoudsmedewerker voor de sporen. Op 30 augustus 2010 wordt ze in dienst genomen als onderhoudsmedewerker. Ze heeft de hoedanigheid van stagiaire. Ze wordt ingezet in de sector Brussel-Noord. Al snel krijgt ze te maken met problemen op haar werkplaats. Op 25 november 2010 stuurt ze een e-mail naar de gedelegeerd bestuurder van Infrabel om de plagerijen, het geweld en de intimidatie aan te klagen. Als gevolg van haar e-mailbericht wordt ze op 6 december

2010 overgeplaatst naar Brussel-Zuid.

Op 4 februari 2011 dient mevrouw H een met redenen omklede klacht in, zowel voor de feiten in Brussel-Noord als Brussel-Zuid. In het kader van deze klacht heeft mevrouw H. het over alcoholverbruik. Er bestaat een verband tussen dit alcoholverbruik op de werkplaats en de intimidatie waarvan zij het slachtoffer was, daar sommige van haar collega's nog agressiever werden wanneer ze onder de invloed van alcohol waren. In het kader van precieze feiten vermeldt ze meer bepaald dat ze het mikpunt is van de volgende opmerkingen: "jij bent een vrouw, een vrouw heeft niets te zoeken op het spoor; dat is geen werk voor een vrouw; je bent een man, dus je moet werken als een man; ja, maar het is een man in de figuurlijke betekenis in de ploeg, dus moet je werken als een man, zoals wij"; men blijft maar herhalen dat het werk dat ze doet geen werk is voor een vrouw; haar werkrooster wordt uitgehangen in de kleedkamer van de mannen waartoe ze echter geen toegang heeft; de vuile was bevindt zich eveneens in de kleedkamer voor de mannen; de aanbeveling betreffende het dragen van zware lasten wordt niet in acht genomen.

De preventieadviseur verstrekt de volgende gegevens: "Mevrouw H. lijdt onder relationele problemen op het werk. Er is een sterk vermoeden van gedrag dat verwijst naar een bijzondere vorm van geweld op het werk, er is sprake van ontgroeningspraktijken.

In het kader van deze vordering vestigt het Instituut de aandacht op kwesties van discriminatie en discriminerende intimidatie.

In zijn uitspraak van 30 juni 2015 besluit het Franstalige arbeidsrechtbank van Brussel tot de afwezigheid van geweld, intimidatie of discriminatie op het werk op grond van geslacht.

De rechtbank vindt dat de feiten deel uitmaken van de ontgroening en dat geen enkel objectief element toelaat om vast te stellen dat mevrouw H. op een verschillende wijze werd behandeld dan de mannen uit haar dienst terwijl ze zich in een vergelijkbare situatie bevond.

Mevrouw H. verkreeg de erkenning van relationeel leed op het werk en een morele scha-

devergoeding voor de fouten van de firma.

- *Ontslag wegens vele ongeschiktheden in verband met moeilijke zwangerschappen*

Het gaat er hier om de kwestie van het moederschap te analyseren vanuit de invalshoek van de wet van 16 maart 1971 alsook van de Genderwet. Tot op heden is er nog niet gepleit in het kader van dit dossier. De feiten kunnen als volgt worden samengevat: de werkneemster was het slachtoffer van discriminatie op grond van haar geslacht in het kader van haar ontslag. De reden voor haar ontslag, zoals door verweerster bevestigd op het formulier C4, berust immers uitsluitend op: *“de onmogelijkheid om het teamwerk te organiseren, rekening gehouden met de vele en herhaalde arbeidsongeschiktheden”*.

Bovendien bevestigt de werkgever, in het kader van de procedure, dat de reden voor het ontslag ligt in de herhaalde afwezigheden, hun opeenvolging, hun aantal evenals de verlenging van de afwezigheidsperiodes. In zijn vonnis van 22 mei 2015 meent de arbeidsrechtbank van Bergen en Charleroi dat mevrouw D. recht heeft op een schadevergoeding op grond van de Genderwet aangezien het ontslag gebaseerd is op het geslacht.

Ze heeft ook recht op een aanvullende compenserende opzeggingsvergoeding.

De rechtbank zegt ook dat mevrouw D. werd ontslagen als gevolg van de onmogelijkheid om het werk van het team te organiseren rekening houdend met de vele en herhaalde arbeidsongeschiktheden.

De rechtbank vermeldt verder dat uit de historiek van de zaak en de ingediende stukken blijkt dat de werkgever de oorzaak van de arbeidsongeschiktheden kende en dat ze verband hielden met haar opeenvolgende zwangerschappen.

De arbeidsrechtbank schaaft zich achter de rechtspraak over het feit dat een werkgever niet tot ontslag mag overgaan op basis van arbeidsongeschiktheden die verband houdt met zwangerschap en vindt dus dat mevrouw D. zich terecht beroept op de Genderwet.

De rechtbank benadrukt dat de al dan niet kwaadwillige intentie totaal los staat van de zaak.

Enkel het resultaat telt.

Wat de schadevergoeding betreft kent de rechtbank een vergoeding toe die overeenkomt met zes maanden loon, aangezien de werkgever niet bewijst dat hij haar toch zou ontslagen hebben zelfs al mocht mevrouw D niet herhaald afwezig zijn geweest.

- *Loonkloof en functieclassificatie: discriminatie in het kader van de baremieke vooruitgang en het gebruik van het baremieke rooster HAY*

Ook hier besliste het Instituut vrijwillig tussen te komen in de zaak voor de arbeidsrechtbank. Het dossier wordt gepleit op 3 september 2015.

We kunnen de feiten als volgt samenvatten: de werkneemster werkte van 1 juni 2012 tot 11 september 2013, in het kader van een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur, in de functie van directrice Communicatie op het niveau Corporate.

Uit het door de werkneemster overgelegde dossier blijkt dat de beroepsclassificaties die de werkgever heeft ingevoerd aanleiding zouden kunnen geven, in het proces van toepassing, tot verschillende vergoedingsniveaus voor loontrekkenden in vergelijkbare situaties, terwijl geen enkel element ogenschijnlijk toelaat deze verschillende behandeling te rechtvaardigen.

Het blijkt immers dat de werkgever gebruik maakt van een instrument voor rangschikking van de functies op basis van de zogenaamde methode ‘HAY’, op basis waarvan de vergoedingen van de kaderleden worden toegewezen en dus, meer bepaald, ook die van de werkneemster, die lid is van het directiecomité in haar hoedanigheid van directrice van de interne en externe communicatie.

Bij de concrete toepassing van deze methode van functierangschikking blijkt dat alle mannelijke directeuren die bij de werkgever zijn tewerkgesteld, met inbegrip van die welke pas onlangs in dienst zijn genomen, ten minste zijn opgenomen in de functiecategorie HAY 10, terwijl aan de werkneemster – toen ze in dienst werd genomen – een loonschaal werd toegewezen op basis van de functiecategorie HAY 9, waardoor ze een lagere vergoeding kreeg.

Bovendien blijkt dat een andere werkneemster van de vennootschap, die gedurende meerdere jaren de functie van juridisch ver-



antwoordelijke heeft uitgeoefend en al die jaren betrokken was bij de activiteiten van het directiecomité, zou zijn ingedeeld in een functiecategorie HAY 8 terwijl zij, voor deze functie, een mannelijke collega verving aan wie een functiecategorie HAY 11 werd toegewezen en zij zelf werd vervangen door een andere mannelijke collega aan wie eveneens een functiecategorie HAY 11 werd toegewezen.

Tot slot zou er sprake zijn van het bestaan van een zeer voordelige regeling voor aanvullend pensioen waaraan sommige directieleden zouden deelnemen, terwijl dit voor anderen niet het geval was en er ook geen enkele vrouw deelnam aan de betrokken regeling.

De Arbeidsauditeur bracht een gunstig advies uit op de vraag om een schadevergoeding van mevrouw H. wegens discriminatie op grond van geslacht. In zijn uitspraak van 22 oktober 2015 verklaarde de rechtbank het verzoek van het Instituut echter onverklaard maar ongegrond. Het Instituut besliste om beroep aan te tekenen.

- *Loonkloof in de banksector:* hoger loon voor een mannelijke collega (1000 euro bruto/maand) – principe van de omkering van de bewijslast en vergelijkbaarheid van de situaties

Mevrouw P. klaagt over een loonverschil van 1000 euro netto/maand tegenover haar mannelijke collega. Die collega heeft dezelfde functie, dezelfde leeftijd en is niet universitair geschoold (in tegenstelling tot mevrouw P.). Doorheen verschillende brieven sinds 2009 steunde het Instituut de stappen van mevrouw P. om de situatie op te lossen, maar botste daarbij op het gebrek aan transparantie van de bank, die weigerde om de noodzakelijke elementen voor de vergelijking van de twee situaties te vrij te geven. Zonder bepaalde elementen om de situaties te vergelijken kan de discriminatie niet worden vastgesteld. De bank argumenteert in termen van de 'verworven rechten' van de heer X uit het verleden maar levert geen bewijs van de afwezigheid van discriminatie. De directie stemt in met het opstarten van een rechtszaak om te proberen om de bank te dwingen om de documenten over de loopbaan van de collega voor te leggen

om te kunnen nagaan of de situaties vergelijkbaar zijn.

- *Discriminatie in een jobaanbieding en een selectieprocedure*

Mijnheer D. heeft een klacht ingediend over de discriminatie door een werkgever in een jobaanbieding en het selectieproces.

De jobaanbieding vermeldde uitdrukkelijk dat de werkgever een 'administratieve assistente (V)' zocht. Mijnheer D. stelde zich toch kandidaat voor de baan omdat zijn profiel beantwoordde aan de vereiste competenties. De werkgever zond hem een weigeringsbrief met de volgende motivering: "om redenen van het evenwicht in het team, en zoals vermeld in de aankondiging zoeken we een vrouwelijke administratief assistente."

Het Instituut besliste om de zaak voor de rechter te brengen. De hoorzitting is vastgelegd op 12 oktober 2016.

- *Werkneemster in tijdskrediet ontslagen met een vergoeding berekend op halftijdse basis*

Na bijna 10 jaar voor haar werkgever te hebben gewerkt, neemt mevrouw S. halftijds tijdskrediet "om voor haar kind te zorgen". De werkgever oefende eerst druk uit om terug voltijds te komen werken en dreigde vervolgens om haar bedrijfswagen in te houden, waarop ze niet langer recht had sinds ze halftijds werkte.

Uiteindelijk werd mevrouw S. ontslagen en werd haar een ontslagvergoeding uitbetaald die op halftijdse basis werd berekend.

Mevrouw S. betwist dit en eist een ontslagvergoeding op basis van haar voltijdse betrekking.

Wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst verbreekt met een compenserende opzegvergoeding, dan is deze vergoeding in het geval van ouderschapsverlof in tegenstelling tot bij tijdskrediet gelijk aan het loon dat de (m/v) werknemer zou verdienen hebben op basis van zijn arbeidsovereenkomst wanneer hij zijn arbeidsprestaties niet zou verminderd hebben.

De huidige situatie van de werknemer in deeltijds tijdskrediet is op twee vlakken problematisch:

- de naleving van het principe van de gelijkheid van vrouwen en mannen op de arbeidsmarkt in het licht van artikel 4 van de Kaderrichtlijn 2006/54/EG ;

- de naleving van het principe van gelijk loon voor mannelijke en vrouwelijke werknemers zoals bepaald in artikel 157, §1 en §2 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

Om vooruitgang te kunnen boeken op dit vlak lijkt een rechtszaak nodig waarbij de Belgische rechtbank die de zaak behandelt het Hof van Justitie bevrageet over de conformiteit van de Belgische wetgeving met artikel 157 VWEU en de richtlijn 2006/54/EG.

Het zou daarbij niet zozeer gaan om de vergelijking van de situatie van werknemers in ouderschapsverlof of met deeltijds tijdskrediet, maar om het vaststellen van het bestaan van een indirecte loondiscriminatie tussen vrouwelijke en mannelijke werknemers. Het Instituut sluit zich aan bij de juridische stappen van de vakbond van de werkneemster.



HOOFDSTUK 2 DOELTREFFENDHEID VAN DE WET

In dit hoofdstuk analyseren we de Genderwet met betrekking tot:

- de inhoud van de wet ten aanzien van de situaties die hij moet regelen, i.e. de bescherming tegen discriminaties tussen mannen en vrouwen in de federale wetgeving. Dit onderzoek steunt op een vergelijking van de wet van 2007 met die van 1999 en met titel V van de wet van 1978 tot economische heroriëntering;
- de conformiteit ten opzichte van het Europees recht: passende omzetting van de Europese richtlijnen en inachtneming van de rechtspraak van het Hof van Justitie;
- de invoering van de normen waarin is voorzien met het oog op de doeltreffende uitvoering van de wet.

1. Context van de invoering van de Genderwet

De eerste wet op het vlak van non-discriminatie tussen vrouwen en mannen dateert van 1978.¹³ Ze werd aangenomen om de Europese richtlijnen betreffende de gelijke beloning (75/117/EEG) en gelijke behandeling op het vlak van arbeid en arbeidsvoorwaarden (76/207/EEG) om te zetten in het Belgisch recht. Ze werd gevolgd door een andere wet in 1999¹⁴ en tot slot door een derde wet in mei 2007¹⁵.

Het wetsvoorstel betreffende de gelijkheid van vrouwen en mannen steunde op de volgende overwegingen:

1) **Noodzaak om de Europese richtlijnen om te zetten in het intern recht**, niet alleen op het vlak van geslacht, maar ook voor de andere verboden criteria van discriminatie.

2) Streven van de Belgische wetgever om een harmonisatie door te voeren op het vlak van:

- de gebruikte concepten;
- het materiële toepassingsgebied van de opgestelde wetten;
- de structuur van de drie wetten;
- het civiele en procedurele apparaat.

¹³ Wet tot economische heroriëntering van 4 augustus 1978, B.S., 17/08/1978.

¹⁴ 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, B.S., 19/06/1999.

¹⁵ Wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, B.S., 30 mei 2007.

Voor het strafrecht is er een uitzondering voor de racismewet, die voorziet in een omvangrijker strafrechtelijk apparaat: strafbaarstelling van

- a) de verspreiding van ideeën die steunen op rassensuperioriteit of -haat en
- b) de deelname aan organisaties die aanzetten tot discriminatie.

3) **De doeltreffendheid verbeteren** van de federale regelingen inzake discriminatiebestrijding.

Daartoe beschikt de wetgever over twee mogelijkheden:

- een algemene code met betrekking tot non-discriminatie;
- afzonderlijke wetten opstellen die elk betrekking hebben op één of meer soorten non-discriminatie.

De benadering van de codificatie brengt het probleem mee dat ze geen oog heeft voor de specificiteit van de discriminaties tussen mannen en vrouwen noch voor het beleid dat al vele jaren wordt gevoerd om gelijkheid te bevorderen. De meerderheid van slachtoffers van discriminatie is vrouwen, die op hun beurt de helft van de bevolking uitmaken. De meest hardnekkige vormen van discriminatie zijn gebaseerd op benadeling op grond van gender, meer dan op het eigenlijke geslacht. In de andere categorieën van discriminaties tot slot, zoals een zogenaamd ras, vormen mannen en vrouwen een transversale categorie en ondergaan ze verschillende vormen van discriminaties.

Voorts biedt het Europees recht niet dezelfde bescherming tegen alle vormen van discriminatie. De invoering van een code zou dan het risico hebben meegebracht van een slechts gedeeltelijke uitvoering van de Europese richtlijnen voor bepaalde soorten van discriminatie.

Bijgevolg heeft de regering ervoor gekozen drie afzonderlijke wetten op te stellen:

- wet betreffende de discriminaties op grond van een zogenaamd ras en etnische afkomst;
- wet betreffende de discriminaties tussen mannen en vrouwen;
- wet betreffende andere redenen van discriminatie – gesloten lijst.

Met betrekking tot gender had de wet bijgevolg het volgende doel:

- een algemeen kader bieden om discriminaties tussen vrouwen en mannen te bestrijden (artikel 3);

- zeven Europese richtlijnen op het vlak van gelijkheid van vrouwen en mannen omzetten (artikel 2).

Twee communautaire richtlijnen behoren echter niet tot het toepassingsgebied van deze nieuwe wet:

- de richtlijn 92/85 van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie. Een verklaring voor deze uitsluiting ligt wellicht in het feit dat, enerzijds, op Europees niveau, deze richtlijn, genomen op grond van gezondheids- en veiligheidsredenen, steeds werd beschouwd als 'buiten de werkingssfeer'¹⁶ te liggen van de richtlijnen inzake gelijkheid, en anderzijds, in het Belgisch recht de specifieke bescherming van de moederschap en bijgevolg de omzetting van de richtlijn 92/85 voornamelijk worden verzekerd door de wet van 1971 betreffende de arbeidsovereenkomst.

- de richtlijn 86/613 van 11 december 1986, gewijzigd door de richtlijn 2010/41 van 7 juli 2010 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap. Alleen de artikelen 5, 16° en 18 §3 betreffende de wettelijke sociale zekerheid worden door de wet omgezet. Voor zover dienstig wijzen we erop dat de richtlijn geen werkelijk dwingende bepalingen bevat, wat wellicht ook verklaart waarom ze is uitgesloten van het toepassingsgebied van de Genderwet.

2. Toepassingsgebied van de wet

Het toepassingsgebied van de antidiscriminatiewetten tussen mannen en vrouwen is door de jaren geëvolueerd en is nauw verweven, en wordt beïnvloed door, de onvermijdelijke omzetting van de Europese richtlijnen.

Zo zet de **wet van 4 augustus 1978**, meer bepaald haar titel V, de richtlijnen 75/117¹⁷ en 76/207¹⁸ om

16 Ze werd niet opgenomen in de inspanning tot consolidatie van het Europees recht (komt niet voor in de herschikkingsrichtlijn).

17 Richtlijn van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, PB, 19 februari 1975.

18 Richtlijn 76/207 van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, PB, 14/02/1976.



in het Belgisch recht. Deze wet is toepasselijk voor zowel de private als de publieke sector; haar persoonlijke toepassingsgebied is algemeen, haar materiële toepassingsgebied is beperkt.

De wettelijke en niet-wettelijke aanvullende regelingen voor sociale zekerheid op het vlak van de ziekten en invaliditeitsverzekering, de verzekering gezondheidszorg, de werkloosheidsverzekering, het rust- en overlevingspensioen, de kinderbijslag, arbeidsongevallen en beroepsziekten zijn immers uitgesloten van het toepassingsgebied van de wet van 4 augustus 78.

Deze uitsluiting diende te worden rechtgezet als gevolg van de arresten *Bilka*¹⁹ en *Barber*²⁰ van het Hof van Justitie. In deze arresten oordeelt dit Hof immers dat de aanvullende regelingen deel uitmaken van het toepassingsgebied van artikel 119 en bijgevolg ook van de richtlijn 75/117. Door de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid uit te sluiten van haar toepassingsgebied zette de wet tot economische heroriëntering de richtlijn 75/117 niet langer correct om vanaf 17 mei 1990²¹. Deze tekortkoming vanwege de Belgische Staat kwam aan het licht ter gelegenheid van een geschil betreffende een discriminatie in de toekenning van aanvullende kinderbijslag, maar ook in het kader van de aanvullende uitkeringen die de werkgever betaalde aan zijn bruggepensionneerd personeel.

De **wet van 7 mei 1999** zet deze weglating recht. Ze bevat niet langer een dergelijke beperking van haar materiële toepassingsgebied. Aanvankelijk diende de wetgeving eenvoudigweg de wet tot economische heroriëntering van 4 augustus 1978 te vervangen. Gelet op het probleem met de verdeling van de bevoegdheden was dat echter niet het geval. Terwijl het arbeidsrecht in 1978 immers nog ressorteerde onder de bevoegdheid van de federale wetgever, behoorden sommige materies in 1999 tot de bevoegdheid van de Gewesten en de Gemeenschappen. Bijgevolg mocht de wet van 7 mei 1999 geen betrekking hebben op alle aspecten van de richtlijn 76/207, daar het risico zou bestaan dat de federale wetgever zich begaf op het bevoegdheidsdomein van de Gemeenschappen en Gewesten. De wet van 4 augustus 1978 is voor de Gemeenschappen en Gewesten blijven bestaan tot ze door deze deelstaten werd opgeheven en door hun eigen bepalingen werd vervangen.

Wat de gelijkheid op grond van geslacht betreft

19 Zaak C-170/84 van 13 mei 1986, Rec. 1986, p. 1607.

20 Zaak C-268/88 van 17 mei 1990, Rec. 1990, p. I-1889.

21 Zie het protocol nr. 2 van het Verdrag van de Europese Unie van 7 februari 1992 of 'Barber-protocol'.

wordt de **wet van 7 mei 1999 opgeheven door de Genderwet**. Deze laatste wet zorgt niet alleen voor de omzetting van de Europese richtlijnen die zijn opgenomen in de Kaderrichtlijn²² (zonder die echter te vermelden), maar ook van de Goederen- en dienstenrichtlijn 2004/113²³, de richtlijn 79/7²⁴ betreffende de gelijkheid tussen vrouwen en mannen op het vlak van wettelijke regelingen en sociale zekerheid en de richtlijn 86/613²⁵ betreffende de gelijkheid in de beroepsregelingen voor sociale zekerheid.

Deze federale wet zal niet toepasselijk zijn op "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 van de in artikel 127, § 1, 2°, van de Grondwet bedoelde arbeidsverhoudingen in het onderwijs".

Men dient dus te raadplegen:

- Voor de Franse Gemeenschap, het decreet van 12 december 2008 betreffende de bestrijding van sommige vormen van discriminatie.²⁶
- Voor het Waals Gewest, het decreet van 6 november 2008 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.²⁷
- Voor het Brussels Gewest, de twee ordonnances van 4 september 2008, de ene betreffende de strijd tegen discriminatie en de gelijke behandeling op het vlak van de tewerkstelling en de andere ter bevordering van diversiteit en ter bestrijding van discriminatie in het Brussels gewestelijk openbaar ambt²⁸; op het vlak van

22 Richtlijn 2006/54/EG van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), PB-L, 27 juli 2006.

23 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, PB-L, 21 december 2004.

24 Richtlijn 79/7/EEG van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, PB-L, 10 januari 1979.

25 Richtlijn 86/613/EEG betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap, PB-L, 19 december 1986.

26 Decreet betreffende de bestrijding van sommige vormen van discriminatie van 12 december 2008, B.S., 13 januari 2009.

27 Decreet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, met inbegrip van discriminatie tussen vrouwen en mannen op het vlak van economie, arbeid en beroepsopleiding, B.S., 19 december 2008

huisvesting is er ook de ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 17 juli 2003 houdende de Brusselse Huisvestingscode.²⁹

- Voor het Vlaams Gewest, het decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid³⁰ evenals het decreet tot wijziging van het decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt.³¹
- Voor de Duitstalige Gemeenschap, het decreet van 19 maart 2012 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.³²
- Voor de Franse Gemeenschapscommissie, het decreet van 9 juli 2010 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling.³³

Samengevat is de Genderwet van toepassing in de volgende domeinen:

- De sociale bescherming, met inbegrip van de sociale zekerheid en de gezondheidszorg;
- De sociale voordelen;
- De aanvullende regelingen voor sociale zekerheid;
- De arbeidsrelaties, i.e. meer bepaald de toegang tot arbeid, de arbeidsvoorwaarden en de vergoeding;
- De vermelding in een officieel stuk of een proces-verbaal;
- De aansluiting bij en de indienstneming in een werknemers- of werkgeversorganisatie of eender welke andere organisatie wier leden een bepaald beroep uitoefenen;

28 Ordonnantie betreffende de strijd tegen discriminatie en de gelijke behandeling op het vlak van de tewerkstelling van 4 september 2008, B.S., 16 september 2008 en ordonnantie ter bevordering van diversiteit en ter bestrijding van discriminatie in het Brussels gewestelijk openbaar ambt van 4 september 2008, B.S., 16 september 2008

29 Ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 17 juli 2003 houdende de Brusselse Huisvestingscode van 19 maart 2009, B.S., 7 april 2009.

30 Decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid van 10 juli 2008, B.S., 23 september 2008.

31 Decreet van 30 april 2009 houdende wijziging van het decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt, B.S., 26 mei 2009.

32 Decreet van 19 maart 2012, B.S., 5 juni 2012.

33 Decreet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van 9 juli 2010, B.S., 3 september 2010.

- De toegang tot, de deelname aan en eender welke andere uitoefening van een economische, sociale, culturele of politieke activiteit (die toegankelijk is voor het publiek).

Vallen buiten het toepassingsgebied van de wet:

- De aangelegenheden waarvoor de Gemeenschappen of de Gewesten bevoegd zijn. Op te merken valt dat sommige meer transversale aangelegenheden tot het toepassingsgebied van de Genderwet blijven behoren. Denk maar aan de sociale zekerheid, de aansprakelijkheid van statutaire ambtenaren, het arbeidsrecht en zijn algemene wetten zoals de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon. In sommige bijzondere situaties blijft er twijfel bestaan als gevolg van deze dualiteit op het vlak van bevoegdheid. Zo dienen de voorwaarden inzake aanwerving en vergoeding van ambtenaren te worden beschouwd als verbonden zijnde met het arbeidsrecht (i.e. een exclusieve bevoegdheid van de federale Staat) of het bestuurlijk recht.
- De hypothesen inzake (seksuele) intimidatie, met betrekking tot de personen bedoeld in artikel 2§1, 1° van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers.

Wat de **persoonlijke werkingsfeer** betreft is de wet van 2007 toepasselijk op:

- Alle personen in de openbare en privésector en op alle openbare organen, behalve voor de materies die tot de bevoegdheid van de Gemeenschappen en Gewesten behoren. Het is de taak van elke wetgever om, in de materies waarvoor hij bevoegd is, garanties te bieden voor de inachtneming van de vereiste van non-discriminatie. Van hun kant zijn de Gewesten en Gemeenschappen, met betrekking tot hun personeel, bevoegd om regels uit te vaardigen inzake non-discriminatie in de relaties die ze aanknopen met zowel hun statutaire als contractuele personeelsleden. Om deze reden sluit de Genderwet van zijn persoonlijk toepassingsgebied uitdrukkelijk de *“arbeidsverhoudingen [uit] 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 [...] de [...] arbeidsverhoudingen in het onderwijs”*. Deze uitsluiting heeft betrekking op alle arbeidsverhoudingen, met inbegrip van de arbeidsovereenkomsten. Contractuele indienstnemingen blijven



echter een federale bevoegdheid. Bijgevolg is er tegenspraak tussen de uitsluiting van het toepassingsgebied van de wet, die betrekking heeft op alle personeel, met inbegrip van contractuele werknemers, en de bijzondere hervormingswet die alleen betrekking heeft op het statutair personeel.

- Alle werknemers in een situatie van ondergeschiktheid of zelfstandigen. De wet heeft immers betrekking op elke 'arbeidsverhouding', behoudens de hierboven bedoelde uitsluiting.

Het toepassingsgebied is variabel in functie van het beoogde doel van de wet: zo is het toepassingsgebied verschillend naargelang de wet toepasselijk is in het domein van de vergoedingen of in het domein van de levering van goederen en diensten.

De gelijke beloning

Wat de beloning betreft vestigen we de aandacht op de afkondiging van de wet van 22 april 2012 ter bestrijding van de loonkloof tussen mannen en vrouwen. Deze wet legt op interprofessioneel, sectoraal en ondernemingsniveau maatregelen op die dienen te worden genomen om de functieclassificaties genderneutraal te maken.

Deze maatregelen hebben betrekking op:

1. De verplichting om de loongegevens in de sociale balans op te delen volgens het geslacht van de werknemers.
2. De verplichting om over maatregelen ter bestrijding van de loonkloof te onderhandelen op het sectorale niveau. Aan de Algemene Directie Collectieve Arbeidsbetrekkingen van de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg is de bevoegdheid toegewezen om het genderneutrale karakter te evalueren van de binnen het paritair comité gesloten overeenkomsten inzake functie-evaluatie en -classificatie. Daartoe dienen de paritaire comités hun systemen van functie-evaluatie en -classificatie (evenals elke latere wijziging van de bestaande overeenkomst tot regeling van het beloningssysteem in de sector) voor advies in bij voornoemde algemene directie binnen de zes maanden na de inwerkingtreding van deze wet (tiende dag na de publicatie in het Belgisch Staatsblad of vanaf het sluiten van de overeenkomst). De Algemene Directie onderzoekt het genderneutrale karakter van het ontvangen systeem en analyseert meer bepaald of het beantwoordt aan de bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 25 van de Nationale Arbeidsraad betreffende de gelijke beloning voor

mannelijke en vrouwelijke werknemers en aan de 'Checklist Seksneutraliteit bij functiewaardering en -classificatie' die het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen heeft opgesteld. De directie brengt haar advies uit binnen een termijn van zes maanden.

Verwijst het advies naar elementen die strijdig zijn met genderneutraliteit, dan stelt het paritair comité een actieplan op om de tegenstrijdigheden inzake genderneutraliteit binnen een termijn van twee jaar te schrappen.

Zijn de tegenstrijdigheden op het vlak van genderneutraliteit niet weggewerkt binnen de termijn van twee jaar, dan dient het paritair comité de bevoegde minister schriftelijk kennis te geven van de redenen waarom de bewuste classificatie nog steeds niet genderneutraal is.

3. De verplichting om binnen de onderneming een tweejaarlijkse analyse te maken van de loonstrucuur met als doel een genderneutraal bezoldigingsbeleid uit te werken.

Ondernemingen die gewoonlijk gemiddeld ten minste vijftig werknemers tewerkstellen, dienen om de twee jaar een gedetailleerde analyse te maken ten einde uit te maken of de onderneming een genderneutraal bezoldigingsbeleid voert en, mocht dat niet het geval blijken, daartoe te komen in overleg met de personeelsdelegatie.

4. De benoeming van een bemiddelaar die tussenkomt wanneer een werknemer meent het slachtoffer te zijn van een ongelijke behandeling op het vlak van zijn loon op grond van zijn gender.

Deze wet werd kort geleden aangevuld met drie koninklijke besluiten en één ministerieel besluit:

- Koninklijk besluit van 17 augustus 2013 houdende uitvoering van hoofdstuk 4, afdeling 2, van de wet van 22 april 2012 ter bestrijding van de loonkloof tussen mannen en vrouwen
- Koninklijk besluit van 25 april 2014 betreffende de bemiddelaar in het kader van de bestrijding van de loonkloof tussen mannen en vrouwen
- Koninklijk besluit van 25 april 2014 betreffende het analyseverslag van de bezoldigingsstructuur van de werknemers
- Ministerieel besluit van 25 april 2014 tot vaststelling van de modelformulieren die als basis moeten dienen voor het analyseverslag van de bezoldigingsstructuur van de werknemers.

Wet van openbare orde

Noch in de voorbereidende werkzaamheden noch in de bepalingen van de wet van mei 2007 word gewezen op de aard van openbare orde van de wet, terwijl dat wel het geval was in de vorige wet van 1999.

Het Hof van Cassatie kreeg de gelegenheid dit gebrek aan vermelding te verhelpen in zijn arrest van 16 september 2013 (C., 12.0032.F., onuitgeg.).

3. Concepten

De concepten worden gedefinieerd in artikel 5 van de Genderwet. De in de wet opgenomen definities zijn overgenomen van het vocabularium van de Gemeenschap: het begrip 'discriminatie'; intimidatie, wezenlijke beroepsvereisten; positieve actie. Sommige zijn opgenomen in de Europese richtlijnen, andere werden toegelicht door de rechtspraak van het Hof van Justitie.

3.1. De begrippen 'discriminatie' en 'onderscheid'

Artikel 5 voert het begrip 'onderscheid' in. Het bestaat naast het begrip 'discriminatie'. Deze begrippen worden als volgt omschreven:

- Direct onderscheid: 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 het geslacht.
- Directe discriminatie: direct onderscheid op grond van het geslacht dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van titel II van deze wet.
- Indirect onderscheid: de situatie die zich voordoet wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald geslacht, in vergelijking met andere personen bijzonder kan benadelen.
- Indirecte discriminatie: indirect onderscheid op grond van het geslacht dat niet gerechtvaardigd kan worden op grond van de bepalingen van titel II.

Er is dus een splitsing tussen 'onderscheid' van directe of indirecte behandeling en directe of indirecte 'discriminatie'.

Met andere woorden, een onderscheid in directe of indirecte behandeling is niet noodzakelijk een discriminatie. Het woord 'discriminatie' verwijst naar wat niet kan worden gerechtvaardigd, terwijl het woord 'onderscheid' een neutrale connotatie heeft op het vlak van wettigheid of niet-wettigheid.

Met het generieke woord 'discriminatie' verwijst de wet in haar artikel 19 naar vijf soorten gedrag: directe discriminatie, indirecte discriminatie, intimidatie, seksuele intimidatie en de opdracht tot discrimineren.

Het begrip 'onderscheid' wordt gebruikt om directe discriminatie te kunnen rechtvaardigen in het geval van **materies die buiten het toepassingsgebied van het Europees recht vallen**.

In tegenstelling met wat we kunnen lezen in de voorbereidende werkzaamheden bestaat het begrip 'onderscheid' niet in het Gemeenschapsrecht.

Het Europees recht kent alleen de concepten 'directe discriminatie' en 'indirecte discriminatie'. Ze worden als volgt gedefinieerd:

- Directe discriminatie: iemand die op grond van geslacht minder gunstig wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld. Kan in geen geval worden verantwoord. We hebben het er al over gehad, het gaat om het geval van discriminatie op grond van zwangerschap;
- Indirecte discriminatie: ogenschijnlijk neutrale maatstaf of handelwijze die personen van een geslacht bijzonder benadeelt. Deze maatstaf of handelwijze kan enkel worden aanvaard indien ze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Door de begrippen 'direct onderscheid' en 'indirect onderscheid' in te voeren naast de begrippen 'directe discriminatie' en 'indirecte discriminatie' houdt de wetgever de verwarring in stand bij advocaten en magistraten. In het kader van dit verslag is het echter onmogelijk na te gaan welke impact de invoering van deze begrippen heeft op de reële bescherming van vrouwen en mannen tegen discriminaties op grond van gender. Wel kunnen we vragen stellen bij de conformiteit van het begrip 'onderscheid' ten aanzien van het Europees recht.



3.2. Intimidatie

In het begin van de jaren negentig werd seksuele intimidatie door de Europese norm (niet dwingend daar in de vorm van een aanbeveling van de Raad) erkend als een vorm van discriminatie op grond van het geslacht. In België werd deze materie al behandeld in de koninklijke besluiten van 18 september 1992 (arbeidsreglementen) en van 9 maart 1995 (overheidsdiensten). De wet van 7 mei 1999 brengt het woord binnen in een wet en geeft duidelijk aan dat er een vermoeden van discriminatie is. Het begrip 'intimidatie met seksuele connotatie', dat in het Europees recht werd ingevoerd, breidt de bescherming uit en laat toe bepaalde handelingen van 'seksisme' te beslaan.

Volgens de zogenaamde Kaderrichtlijn kunnen intimidatie en seksuele intimidatie een daad van discriminatie op grond van het geslacht zijn.

Intimidatie wordt er als volgt omschreven:

*"Wanneer er sprake is van ongewenst gedrag dat verband houdt met het geslacht van een persoon en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd."*³⁴

Seksuele intimidatie wordt omschreven als: *"Wanneer zich enige vorm van ongewenst verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag met een seksuele connotatie voordoet met als doel of gevolg dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast, in het bijzonder wanneer een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende situatie wordt gecreëerd."*³⁵

De Genderwet zet deze Kaderrichtlijn om en heeft uitdrukkelijk betrekking op intimidatie en seksuele intimidatie in discriminerende gedragingen. Ze worden echter uitgesloten van het toepassingsgebied van deze wet door artikel 7, dat bepaalt:

"De bepalingen van deze wet zijn niet van toepassing in geval van intimidatie of seksuele intimidatie in de arbeidsbetrekkingen ten aanzien van de in artikel 2, § 1, 1°, van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk bedoelde personen.

Deze personen kunnen zich in geval van intimidatie of

34 Artikel 2 van de richtlijn 2006/54/EG van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), PB-L. van 27 juli 2006.

35 Ibidem.

seksuele intimidatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen enkel beroepen op de bepalingen van voornoemde wet."

Hoewel een specifieke wetgeving betrekking heeft op intimidatie, valt dit gebrek aan volledige omzetting van de Kaderrichtlijn te betreuren.

Door de Kaderrichtlijn niet volledig om te zetten in de bovenvermelde Genderwet heeft de Belgische wetgever aanleiding gegeven tot een zekere regressie in de bescherming tegen intimidatie in verband met het geslacht. Immers, daar de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers eist, opdat er van intimidatie sprake zou kunnen zijn, dat er meerdere handelingen zijn, is zulks helemaal niet het geval in het Europees recht noch in de wet van 2007, die beide aanvaarden dat intimidatie uit één enkele handeling kan bestaan.

Op te merken valt dat de wet op het welzijn, in haar hoofdstuk over intimidatie, werd herzien in februari 2014. In het kader van de wijzigingen kunnen we de aandacht vestigen op de correctie van een anomalie die bestond in het ontbreken van een forfaitaire vergoeding buiten de hypothese van het vergeldingsontslag. De wet op het welzijn voorziet aldus in een vergoeding waarvan het principe is overgenomen van de Genderwet.

Artikel 32decies van de wet op het welzijn bepaalt: *"Al wie een belang kan aantonen kan voor de arbeidsrechtbank een vordering tot schadevergoeding instellen.*

Tot herstel van de materiële en morele schade wegens geweld, pesterijen of ongewenst seksueel gedrag op het werk is de dader van de feiten een schadevergoeding verschuldigd die, naar keuze van het slachtoffer, gelijk is aan:

1° hetzij de werkelijk door het slachtoffer geleden schade. In dit geval moet het slachtoffer de omvang van de geleden schade bewijzen;

2° hetzij een forfaitair bedrag dat overeenstemt met het brutoloon voor drie maanden. In de volgende gevallen wordt het bedrag verhoogd tot het brutoloon voor zes maanden:

a) wanneer de gedragingen verband houden met een discriminatiegrond bedoeld in de wetten ter bestrijding van discriminatie;

b) wanneer de dader zich in een gezagsrelatie bevindt ten aanzien van het slachtoffer;

c) omwille van de ernst van de feiten.

Het forfaitair bedrag bedoeld in het tweede lid, 2°, kan niet worden toegekend aan andere dan de in artikel 2,

§ 1, bedoelde personen (i.e. de werknemers en werkgevers) die in contact komen met de werknemers bij de uitvoering van hun werk, wanneer zij handelen buiten het kader van hun beroepsactiviteit.”

3.3. Combinatie van werk en privéleven

In het verleden werden meerdere Europese richtlijnen aangenomen en momenteel zijn nog zes richtlijnen van kracht met betrekking tot verschillende aspecten van de gelijkheid van vrouwen en mannen. De Genderwet zet de meeste ervan om, met uitzondering van de richtlijnen rond moederschap (richtlijn 92/85), gelijkheid tussen zelfstandigen (richtlijn 2010/41/EU) en ouderschapsverlof (richtlijn 2010/18/EU).

De Europese richtlijnen behandelen de combinatie van werk en privéleven enkel vanuit de invalshoek van de speciale verlopen (ouderschaps-, vaderschaps- en adoptieverlof) en de bescherming tegen ontslag die daarmee verband houdt. Het Handvest van de Grondrechten van de Unie bepaalt in zijn artikel 33 §1 dat de bescherming van het gezin verzekerd wordt op juridisch, economisch en sociaal vlak.³⁶

De Europese wetgeving werd uitgevoerd door middel van verschillende systemen van tijdskrediet en loopbaanonderbreking en thematische verlopen.³⁷ De Genderwet is van toepassing op de duur en de werkuren en op de regelingen voor tijdskrediet (artikel 6§1, 2°).

Vaderschap

Het artikel 16 van de richtlijn 'herschikking' vraagt de lidstaten die het recht op vaderschapsverlof erkennen in hun nationale wetgeving om de nodige maatregelen te nemen om werknemers te beschermen tegen ontslag wanneer ze dit recht uitoefenen en erover te waken dat vaders het recht hebben om na hun verlof terug te keren naar hun baan. Er wordt ook vermeld dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de mogelijkheid van de lidstaten om een 'afzonderlijk' recht op vaderschaps- en/of adoptieverlof te erkennen.

Hoewel we verheugd mogen zijn over de erkenning van vaderschapsrechten, zorgt het beperkende karakter van artikel 16 ook voor kritiek wegens de mogelijke bestendiging van het onderscheid tussen moederschapsverlof en vaderschapsverlof dat de

invoering van genderneutrale ouderschapsrechten in de arbeidswereld in de weg staat.

In de praktijk lijkt de maatschappij te erkennen dat de opvang van een kind in het gezin niet enkel op de moeder mag berusten en dat het belangrijk is dat de vader zijn plaats inneemt bij het kind en deelneemt aan de zorgtaken die ermee gepaard gaan. Vaders hebben echter nog altijd te kampen met discriminaties op het werk als ze vaderschapsverlof willen nemen. De studie 'De ervaringen van werknemers met vaderschapsverlof in België' toont aan dat "82 van de 781 respondenten (10,8%) problemen of nadelen hebben ondervonden op het werk door het vragen naar of het opnemen van vaderschapsverlof. Het betreft 12,2% van de Nederlandstalige, tegenover 9,2% van de Franstalige respondenten.

De problemen of nadelen waarmee werknemers werden geconfronteerd naar aanleiding van het vaderschapsverlof, kunnen worden onderverdeeld in twee grote categorieën:

1. problemen met de werkgever (geen promotie, dreiging met ontslag, blij van ontevredenheid over de opname van vaderschapsverlof, ...);
2. problemen met betrekking tot de aard of planning van het werk (werk dat zich opstapelt, geen mogelijkheid om het werk te plannen, geen vervanger voor het werk gevonden, ...).³⁸

Gezinsverantwoordelijkheden

De kwestie van de combinatie van werk en gezin is bijzonder actueel na het van kracht worden op 10 april 2016 van de IAO-Conventie nr. 156 over gelijke kansen en behandeling voor werknemers met gezinsverantwoordelijkheden.³⁹

Deze conventie biedt een algemeen kader om mannelijke en vrouwelijke werknemers met gezinsverantwoordelijkheden te beschermen en te waarborgen dat ze geen slachtoffer worden van discriminaties en een baan kunnen uitoefenen zonder dat hun professionele en gezinsverantwoordelijkheden daarbij in conflict komen.

De ratificatie van de conventie houdt in dat de staat (bij ons het federale niveau en de deelstaten) zich onderwerpt aan de nieuwe verplichtingen die eruit voortvloeien en dit nieuwe juridische kader toepast in zijn rechtsorde. In deze context moet de staat verslag uitbrengen aan de IAO over de goede naleving van zijn verplichtingen en van de toepassing van de

³⁶ Rechten die deel uitmaken van de wetgeving van de Unie als algemene principes, artikel 6 VWEU.

³⁷ KB van 29 oktober 1997 gewijzigd door het KB van 31 mei 2012 en de collectieve overeenkomst nr. 64 geamendeerd door overeenkomst nr. 64 bis van 24 februari 2015 voor de privésector. Voor de openbare sector verschillende bepalingen over de verlopen in de bepalingen van de verschillende entiteiten.

³⁸ De ervaringen van werknemers met vaderschapsverlof in België - Een kwantitatieve studie, 2011, p.79.

³⁹ Elke federale en gefedereerde entiteit heeft een instrument voor de goedkeuring van Conventie nr. 156 aangenomen; het laatste was de ordonnantie van het Brussels Gewest van 5 februari 2015, gepubliceerd in het B.S. op 19.2.2015.



geratificeerde conventie in zijn interne rechtsorde.

Hoewel van sommige bepalingen van de conventie kan beschouwd worden dat ze al deel uitmaken van de Belgische rechtsorde, zoals bijvoorbeeld de bescherming tegen ontslag, wordt algemeen erkend dat gezien het algemene karakter van de bepalingen van de conventie, deze niet opgelegd kan worden aan de werkgevers uit de privésector zolang het criterium van de gezinsverantwoordelijkheden niet toegevoegd wordt aan de tegen alle vormen van discriminatie beschermde criteria.

Aangezien de bescherming tegen discriminaties die verband houden met de uitoefening van gezinsverantwoordelijkheden al gedeeltelijk voorzien is door de gendergelijkheidswetgeving zou het wenselijk zijn om dit criteria toe te voegen aan de Genderwet.

3.4. Geslachtsverandering, genderidentiteit en genderexpressie

De voorbije jaren hebben het Europees recht en de rechtspraak van het Hof de aandacht gevestigd op geslachtsverandering. Het Hof en de richtlijn 2006/54 menen immers dat *“de reikwijdte van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen niet kan worden beperkt tot het verbieden van discriminatie verband houdend met het behoren tot het ene dan wel het andere geslacht ... geldt het beginsel ook voor discriminatie die berust op de geslachtsverandering van een persoon”*.

Volgens artikel 4, §2 van de Genderwet wordt een direct onderscheid op grond van geslachtsverandering gelijkgesteld met een direct onderscheid op grond van geslacht.

Deze bepaling maakt het dus mogelijk personen te beschermen die een proces van geslachtsverandering ondergaan, ongeacht of het al dan niet wordt voltooid, en laat toe dat transseksuelen worden beschermd door de Genderwet. Anderzijds worden discriminaties betreffende de seksuele geaardheid behandeld door de algemene wet betreffende de andere vormen van discriminaties (met uitzondering van ras en gender).

Deze tweespalt heeft ook tot gevolg dat de bevoegde institutionele spelers verschillend zijn: het Instituut voor alles wat te maken heeft met geslachtsverandering en Unia voor seksuele geaardheid.⁴⁰

⁴⁰ Zie de zaak Grant C-249/96 waarin de klagster de kwesties van discriminatie op basis van geslachtsverandering en op basis van seksuele geaardheid met elkaar verbindt. Bovendien kan, in sommige gevallen, in het kader van het proces van geslachtsverandering, de discriminatie op basis van seksuele geaardheid boven op die van geslachtsverandering komen.

Artikel 4 §2 zorgt voor een correcte omzetting van het Europees recht en vereist geen bijzondere commentaar.

De kwestie van een discriminerende behandeling op grond van geslachtsverandering buiten beschouwing gelaten, werd het Instituut geconfronteerd met andere situaties van discriminatie. Ze hebben betrekking op personen die worden gediscrimineerd op grond van hun genderidentiteit of genderexpressie.

De Genderwet werd gewijzigd door een wet die werd aangenomen op 22 mei 2014 en tot doel heeft de bescherming tegen discriminatie tussen vrouwen en mannen uit te breiden naar **genderidentiteit en genderexpressie**.

De wet van 22 mei 2014 voorziet immers in de invoeging van een §3 onder artikel 4 van de Genderwet, die bepaalt: *“Voor de toepassing van deze wet wordt een direct onderscheid op grond van genderidentiteit of genderexpressie gelijkgesteld met een direct onderscheid op grond van geslacht.”*

Deze begrippen worden niet gedefinieerd in de wet maar worden, op basis van de Jogjakarta-beginselen, nader toegelicht in de voorbereidende werkzaamheden.⁴¹ De Jogjakarta-beginselen werden op 26 maart 2007 voorgesteld voor de Raad voor de Mensenrechten. Tijdens de zitting van de Raad voor de Mensenrechten op 26 maart 2007 kreeg de tekst de officiële steun van een groep van 54 landen. Deze beginselen formuleren aanbevelingen die geen bindende rechtswaarde hebben. Ze hebben tot doel de toepassing van de mensenrechten in verband met seksuele geaardheid en genderidentiteit te bevorderen.⁴² Deze beginselen bevatten de onderstaande definities:

Genderexpressie: genderexpressie verwijst naar de wijze waarop mensen vorm geven (kledij, taal gedrag ...) aan hun genderidentiteit en de perceptie daarvan door de anderen. Gewoonlijk proberen mensen hun genderexpressie te laten samenvallen met hun genderidentiteit(en), ongeacht het geslacht dat ze bij de geboorte hebben gekregen. Genderexpressie omvat ook de occasionele of tijdelijke expressievormen die aan het gender worden gegeven.

Genderidentiteit: verwijst naar de intieme en diepe overtuiging alsook naar de individuele beleving door elke persoon van zijn of haar eigen gender, dat al dan

⁴¹ Parl. St., Kamer, 2013-2014, nr. 3483/001, pagina 4.

⁴² Tot op heden was er in België nog geen officiële erkenning geweest van deze beginselen.

niet samenvalt met het bij de geboorte gekregen geslacht, met inbegrip van de lichamelijke beleving.

“Het introduceren van deze discriminatiegronden moet een uitgebreide bescherming tegen discriminatie bieden voor alle transgender personen, met inbegrip van travestieten, interseksuelen, en andere gendervariante personen. Ze zijn bij uitbreiding echter evenzeer toepasbaar op eenieder met een gendernorm-overschrijdende genderidentiteit en/of -expressie.”⁴³

De invoering van deze concepten in de wetgeving betreffende de discriminatie tussen vrouwen en mannen lijkt verantwoord als gevolg van hun nabijheid met de concepten ‘geslacht’ en ‘gender’ die centraal staan in het beleid van gelijkheid van vrouwen en mannen.

België is op dit vlak een voorloper, daar alleen personen die een proces van geslachtsverandering aannemen (ongeacht of ze het voltooiën) formeel worden beschermd door het Europees recht.

Dit betekent dat de motieven ‘genderidentiteit’ en ‘genderexpressie’ vormen zijn van direct onderscheid die kunnen worden verantwoord. Terwijl artikel 4 hetzelfde begrip ‘direct onderscheid’ gebruikt in zijn drie paragrafen, dient men in §1 en §2 ‘directe discriminatie’ te begrijpen (zwangerschap, moederschap en geslachtsverandering, door het Europees recht erkende maatstaven), terwijl het in §3 om een ‘direct onderscheid’ gaat (genderidentiteit en -expressie die geen bescherming genieten in het Europees recht).

Bovendien kan men de vraag stellen of het mogelijk is gebruik te maken van de definities in de voorbereidende werkzaamheden. Ze laten immers na de soorten gedragingen nader te beschrijven waarop deze bepaling betrekking zou kunnen hebben en tonen evenmin de verschillen en overlappingsen tussen deze vrij ingewikkelde begrippen.

Volgens artikel 28 §2, ingevoerd door de wet van 22 mei 2014 ter bestrijding van seksisme, gaat het voortaan om een discriminatie **die strafrechtelijk kan worden bestraft**. Daar deze begrippen echter niet worden gedefinieerd in de wet maar enkel in de memorie van toelichting die verwijst naar documenten zonder rechtskracht, stelt zich de vraag naar de doeltreffendheid van de strafrechtelijke sanctie. Immers, de combinatie van beide wetten van 22 mei 2014 **vormt een inbreuk op de regel ‘nullum crimen sine lege’** zoals het Grondwettelijk Hof die interpreteert.⁴⁴

Tot slot kunnen we ons afvragen of het feit in de voorbereidende werkzaamheden te verklaren dat *“personen hun genderexpressie gewoonlijk proberen te doen samenvallen met hun genderidentiteit”* geen versterking vormt van een vrij clichématige en binaire kijk op de werkelijkheid die nogal ver verwijderd is van de gediversifieerde gedragingen van personen in de werkelijkheid van elke dag.

3.5. De opdracht tot discrimineren

De wet bepaalt in haar artikel 19 dat de opdracht tot discrimineren ook een vorm van discriminatie is. Dit begrip wordt omschreven als *“elke handelwijze die er in bestaat wie ook opdracht te geven om een persoon, een groep, een gemeenschap of een van hun leden te discrimineren op grond van geslacht”* (artikel 5).

Deze definitie beantwoordt aan het Europees recht en vereist geen bijzondere commentaar. Er bestaat tot vandaag geen rechtspraak betreffende de opdracht tot discrimineren.

3.6. Seksisme

De federale regering had ook oog voor de bestrijding van seksisme in de openbare ruimte, gedefinieerd als *“elk gebaar of handeling die, in de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden, klaarblijkelijk bedoeld is om minachting uit te drukken jegens een persoon wegens zijn geslacht, of deze, om dezelfde reden, als minderwaardig te beschouwen of te reduceren tot diens geslachtelijke dimensie en die een ernstige aantasting van de waardigheid van deze persoon ten gevolge heeft”*.

Aanvankelijk was het de bedoeling deze nieuwe tenlastelegging op te nemen in de Genderwet. In zijn advies nr. 53.819 van 2 oktober 2013 merkte de Raad van State echter op dat een dergelijke uitbreiding schade zou hebben berokkend aan de externe coherentie van de Genderwet ten aanzien van de andere antidiscriminatie wetten die dezelfde dag werden aangenomen. Bijgevolg omvat de wet van 22 mei 2014 ter bestrijding van seksisme in de openbare ruimte en tot aanpassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie teneinde de daad van discriminatie te bestraffen (B.S. 24.07.2014) twee luiken: het eerste handelt over de ‘bestrafing van seksisme’, het tweede wijzigt de Genderwet teneinde ‘de daad van discriminatie te bestraffen’.

De wet van 22 mei 2014 definieert seksisme als elk gebaar of handeling die,

43 Parl. St., Kamer, 2013-2014, nr. 3483/001, pagina 5.

44 Zie de arresten nr. 71/2006 van 10 mei 2006 en nr. 158/2011 van 20 oktober 2011.



- in de in artikel 444 van het Strafwetboek bedoelde omstandigheden,
- klaarblijkelijk bedoeld is om **minachting uit te drukken jegens een persoon wegens zijn geslacht**, of deze, om dezelfde reden, als minderwaardig te beschouwen of te reduceren tot diens geslachtelijke dimensie
- en die een **ernstige aantasting van de waardigheid van deze persoon ten gevolge heeft**.

De 'Parti libertariën' diende een beroep tot vernietiging in bij het Grondwettelijk Hof. Volgens de eisende partijen zou de wet onduidelijk zijn en onuitvoerbaar blijken en ook de vrije meningsuiting aantasten.

Wat de definitie van het misdrijf betreft is het Grondwettelijk Hof van mening dat de rechtbanken in ieder geval genoeg indicaties hebben wat het toepassingsgebied van de wet betreft.

Zo zegt het Grondwettelijk Hof dat het om een opzettelijk misdrijf gaat en dat de wetgever de repressie heeft willen beperken tot de meest ernstige gevallen. De bepaling in kwestie vereist een opzet om 'minachting' uit te drukken tegenover een persoon of die persoon als minderwaardig te beschouwen wetende dat het gebaar of de handeling een aantasting van de waardigheid van de persoon tot gevolg kan hebben.

Om strafbaar te zijn, moet dit gebaar of deze handeling daadwerkelijk tot een dergelijke ernstige aantasting geleid hebben.

Het mag dus niet gaan over een misdrijf waarvan het bestaan vermoed zou worden van zodra de materiele elementen verenigd zijn. Volgens het Hof is het aan de vervolgende partij om het bestaan van het bijzondere opzet te bewijzen.

Het Hof besluit: *"Het is inherent aan de opdracht van de strafrechter om te oordelen over de ernst van een gedrag en bijgevolg te bepalen of dat al dan niet binnen het toepassingsgebied van de strafwet valt. Door de strafrechtelijke bestraffing voor te behouden aan de gebaren of handelingen die een ernstige aantasting van de waardigheid van de persoon tot gevolg hebben gehad, heeft de wetgever voldaan aan de vereisten van het wettigheidsbeginsel in strafzaken."*

Het Hof schrapt echter het woord '**essentielement' in de Franstalige versie** van deze definitie. In zoverre die discordantie tussen de Franse en de Nederlandse versie van de bepaling een **interpretatiemoeilijkheid zou kunnen doen ontstaan die strijdig is met het wettigheidsbeginsel in strafzaken**, is het hof van mening dat dat woord in de Franse versie dient te worden vernietigd.

Wat de beperking van de **vrije meningsuiting betreft**, vormt het strafbaar stellen van de gebaren en handelingen in kwestie een inmenging in het recht op vrije meningsuiting en moet dus worden onderzocht

of die inmenging is bepaald door een voldoende toegankelijke en nauwkeurige wet, noodzakelijk is in een democratische samenleving, beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig is met de door de wetgever nagestreefde wettige doelstellingen. Het Hof oordeelt dat dit het geval is.

Het Hof verduidelijkt ook dat de bevestiging van het strafbare karakter van een gedrag, omdat het door de wetgever onbestaanbaar wordt geacht met de fundamentele waarden van de democratie, ook een educatief en preventief effect kan hebben. Het Hof voegt ten slotte toe dat het nastreven van dat effect, dat per definitie niet objectief meetbaar is, in beginsel de aanneming van sancties van strafrechtelijke aard kan verantwoorden.

Het Instituut heeft een folder met informatie opgesteld en verspreid (op papier en via de website) waarin het de doelstellingen van de wet en de bedoelde gedragingen voorstelt.

4. Uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel

4.1. Bescherming van de zwangerschap en het moederschap

Voor bezoldigde werknemers

De bescherming van de zwangerschap en het moederschap wordt verzekerd door de Arbeidswet van 16 maart 1971 en door de verschillende wetten betreffende de gelijkheid. Terwijl de wet van 4 augustus 1978 in haar artikel 118 bepaalde dat *"de bijzondere bepalingen betreffende de bescherming van het moederschap niet worden beschouwd als discriminaties"*, ging de wet van 7 mei 1999 verder door van de bescherming van het moederschap een voorwaarde voor de gelijkheid tussen vrouwen en mannen te maken.

In het Europees recht bestaan twee instrumenten – de richtlijn 92/85⁴⁵ en de richtlijn 2006/54⁴⁶ – naast elkaar met als doel de zwangerschap en het moederschap te beschermen.

Zoals al gezegd, wordt de Kaderrichtlijn in het inter-

45 Richtlijn van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werknemers tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie, PB, 348, p. 1.

46 Richtlijn 2006/54/EG van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), PB-L. van 27 juli 2006.

ne recht omgezet door de Genderwet.

Deze wet vult bijgevolg het beschermingssysteem aan dat werd gecreëerd om de werkneemster een vollediger en meer uitgebreide bescherming te bieden. In haar artikel 4 bepaalt de Genderwet dat een direct onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling of moederschap wordt gelijkgesteld met een direct onderscheid op grond van geslacht.

Deze 'dubbele dekking' biedt de werkneemster nog meer bescherming. Ze wordt niet alleen beschermd tijdens de 'moederschapsperiode', meer bepaald tegen ontslag, maar ook buiten deze formele periode op basis van de gelijke behandeling.

De Genderwet heeft geen wijzigingen aangebracht aan de bestaande bescherming. Toch valt te betreuren dat de genoemde richtlijnen **niet volledig zijn omgezet**, meer bepaald met betrekking tot de volgende drie punten:

- Om te beginnen kunnen werkneemsters voor wie er geen maatregel van volledige of gedeeltelijke werkverwijdering is genomen, geen aanspraak maken op de bescherming van artikel 42 *in fine*. Bijgevolg voorziet **geen enkele uitdrukkelijke bepaling in de Genderwet, of in de wet van 16 maart 1971, in het behoud van de eerder verworven arbeidsvoorwaarden eens het moederschapsverlof is afgelopen**. Enkel de vermelding in artikel 42 *in fine* van de wet van 16 maart 1971 betreffende de verplichting voor de werkgever, op het einde van de periode van werkverwijdering, om de werkneemster tewerk te stellen onder dezelfde voorwaarden als voorheen, volstaat niet om **artikel 15 van de Kaderrichtlijn** op passende wijze om te zetten. Stelt de werkneemster na haar terugkeer uit moederschapsverlof vast dat de voorwaarden tot uitoefening van haar functies zijn gewijzigd, dan kan ze haar werkgever wel in gebreke stellen om haar te herstellen in haar rechten en zich vervolgens beroepen op het begrip van een 'handeling die gelijkstaat met contractbreuk'. Dit neemt niet weg dat een gebrek aan directe bescherming en het verlies van baan te betreuren zijn!
- Artikel 42 van de wet van 16 maart 1971 *in fine*, bepaalt: *"Onverminderd de bepalingen van artikel 43bis, moet de werkneemster zodra de periode waarvoor een van de in het eerste lid bedoelde maatregelen van toepassing is verstreken is, onder dezelfde voorwaarden als tevoren worden te werk gesteld."* Vanzelfsprekend heeft de zwangere werkneemster of de werkneemster tijdens

de lactatie, bij toepassing van artikel 42 §1 van de Arbeidswet, het recht al haar arbeidsvoorwaarden terug te krijgen op het einde van de beschermingsmaatregel. Daaruit vloeit voort dat ze haar functies opnieuw kan opnemen, met hetzelfde werkrooster en al haar arbeidsvoorwaarden die toepasselijk waren vóór de periode van werkverwijdering. Dit recht is ook gewaarborgd voor de werkneemster die terugkeert uit moederschapsverlof. De werkneemster kan echter geen aanspraak maken op een verwerving van rechten wanneer die (zouden kunnen) ontstaan tijdens de afwezigheidsperiode wegens hetzij moederschapsverlof hetzij werkverwijdering. We denken hierbij meer bepaald aan een recht op indexering, een recht op verhoging of nog een recht op verhoging van het aantal verlofdagen. **Artikel 42 §1 van de Arbeidswet heeft enkel betrekking op een herstel in de eerder verworven rechten, maar zegt niets over de weerslag van de moederschapsbescherming op een recht dat ontstaat tijdens deze beschermingsperiode**. In dit verband zou de Genderwet kunnen voorzien in een uitdrukkelijke bepaling naar het voorbeeld van het decreet van de Franse Gemeenschap⁴⁷ en dat van de Duitstalige Gemeenschap.

- De wet van 16 maart 1971 voorziet niet in een sanctie voor de werkgever die deze verplichting niet in acht neemt.

De rechtspositie van werkneemsters die **borstvoeding** geven wordt onvolledig georganiseerd door de wetgeving in het domein werk. Noch het artikel 40 van de Arbeidswet van 1971, noch de wet van 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten voorzien immers een bijzondere bescherming voor werkneemsters die borstvoeding geven. De beperking van het recht tot ontslag dat verband houdt met zwangerschap of moederschap stopt een maand na het einde van het verlof.

Ondanks de bestaande wettelijke bepalingen kunnen nog verbeteringen worden aangebracht aan de bescherming van moeders die borstvoeding geven in verschillende domeinen.

⁴⁷ Decreet betreffende de bestrijding van sommige vormen van discriminatie van 12 december 2008, B.S., 13 januari 2009, bepaalt in artikel 15: *"Een ouder, die zich in een betrekkingverhouding bedoeld in dit hoofdstuk bevindt, en die zwangerschaps- en bevallingsverlof, vaderschapsverlof of adoptieverlof heeft, heeft het recht om onder voor haar/hem niet minder gunstige voorwaarden en omstandigheden naar haar/zijn ambt of een gelijkwaardig ambt terug te keren en te profiteren van elke verbetering van de arbeidsvoorwaarden waarop zij/hij tijdens haar/zijn afwezigheid aanspraak kan maken."*; Decreet van 19 maart 2012, B.S. 5 juni 2012, dat een identieke bepaling bevat in zijn artikel 9.



Andere EU-lidstaten hebben er al voor gekozen om borstvoeding als een beschermd criterium op te nemen in hun wetgeving. In het Verenigd Koninkrijk omvat discriminatie op grond van moederschap ook borstvoeding (afdeling 17(4) van de gelijkheidswet van 2010).

Het Instituut stelt voor om zich hierop te inspireren en borstvoeding toe te voegen aan de lijst van de door de Genderwet beschermde criteria. De bedoeling is om meer zichtbaarheid te geven aan de discriminaties waarvan vrouwen die borstvoeding geven het slachtoffer zijn en om hen beter te informeren over hun rechten.

In zijn arrest Sabine Mayr tegen Ckereri Und Konditorei Gerhard⁴⁸ (van 26 februari 2008) verduidelijkt het Hof van Justitie bovendien nogmaals de draagwijdte van de bescherming die aan vrouwen wordt toegekend voor kwesties die enkel betrekking hebben op vrouwen.

Het hof zegt dat er geen sprake is van directe discriminatie op grond van geslacht als een werkneemster in dezelfde omstandigheden als een mannelijke werknemer wordt ontslagen wegens afwezigheid als gevolg van een ziekte, maar heeft daarbij wel de volgende bemerking: *“een eicelpunctie en – onmiddellijk na de bevruchting – de plaatsing in de baarmoeder van de vrouw van de bij die punctie weggenomen eicellen hebben immers slechts rechtstreeks betrekking op de vrouw. Wanneer een werkneemster hoofdzakelijk wordt ontslagen op grond dat zij dit belangrijke onderdeel van een in-vitrofertilisatiebehandeling ondergaat, is bijgevolg sprake van rechtstreekse discriminatie op grond van geslacht.”*

Het Instituut vermeldt supra op pagina 24 een zaak waar de werkgever redenen aanhaalde met betrekking tot de onmogelijkheid om het werk te organiseren om een werkneemster te ontslaan die een ivf-behandeling volgde en verschillende opeenvolgende zwangerschappen had.

Het Instituut is van mening dat het nuttig zou zijn om een criterium dat verband houdt met medische begeleide voortplanting toe te voegen aan de Genderwet om vrouwen die zo'n behandelingen volgen beter te beschermen.

Voor de vrouwelijke zelfstandigen

Het sociaal statuut van de zelfstandigen voorziet een moederschapsverlof gedurende welke de be-

trokkene een uitkering ontvangt. Dit recht is onderworpen aan een wachttijd van 6 maanden van sociale bijdragen, maar deze voorwaarde valt weg als de betrokkene de wachttijd voordien al vervuld heeft in het stelsel van de werknemers (art. 15, 2° van het KB van 20.7.1971). Het moederschapsverlof van de zelfstandigen, dat korter is dan dat van werkneemsters (12 weken in plaats van 15), wordt aangevuld door een systeem van 'moederschapshulp' in de vorm van de toekenning van 105 dienstencheques. Voor dit recht is er ook een wachttijd van 6 maanden, maar zonder opheffing in geval van een vroegere onderwerping aan de werknemersregeling (art. 3 van het KB van 17.1.2006).

In het kader van een rechtszaak voor het arbeidshof van Brussel weigerde de sociale verzekeringskas 'moederschapshulp' aan een zelfstandige die vroeger werkneemster was geweest. Volgend op de betwisting door de betrokkene stelde het arbeidshof van Brussel⁴⁹ vast dat moederschapshulp bedoeld is om het verschil tussen de moederschapsverloven van zelfstandigen en loontrekkenden gedeeltelijk te compenseren. In een geval als dit, waar de betrokkene voldoet aan de wachttijdvoorwaarde voor het moederschapsverlof door de vroegere beroepsactiviteit als werkneemster, leidt de voorwaarde van een wachttijd als zelfstandige opgelegd door het art. 3 van het KB van 17.1.2006 tot een discriminatie die niet rechtvaardigbaar is in het licht van art. 10 en 11 van de Grondwet. Conform het art. 159 moet de voorwaarde wegvallen en heeft de betrokkene recht op 'moederschapshulp'.

Na tussenkomst van de Raad van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen werd het KB van 17.1.2006 gecorrigeerd door dat van 10.4.2014⁵⁰: voortaan wordt de moederschapshulp aan dezelfde voorwaarden toegekend als de uitkering.

In het domein van de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten

In het domein van de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten wijzen we er ten slotte op dat artikel 4 §1 van de Genderwet van toepassing is, rekening houdend met de transversale aard ervan, en moet geïnterpreteerd worden in het licht van de Europese richtlijn 2004/113, die in zijn artikel 5 §3 bepaalt dat de kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap niet mogen leiden tot verschillen in premies en uitkeringen voor de ver-

48 Zaak C-506/06, Mayr tegen Ckereri Und Konditorei Gerhard, 26/02/2008.

49 Arbh. Brussel, 8.3.2013 (J.T.T., 2013, 233).

50 Belgisch Staatsblad van 5 mei 2014.

zekerden. Tot op heden werd echter nog geen enkel grondig onderzoek gevoerd naar zwangerschap en moederschap in het domein van contracten voor verzekeringen en financiële diensten.⁵¹

De kwestie van de bescherming van het moederschap bij de toegang tot goederen en diensten wordt momenteel nog onderschat. Hoe staat het met voorbehouden plaatsen of andere voorrangsystemen voor zwangere vrouwen in plaatsen met frequente wachtrijen zoals postkantoren, administraties of grote winkels, naar het voorbeeld van de voorbehouden plaatsen bij de vervoersmaatschappijen?⁵² En **omvat de moederschapsbescherming ook de vrouwen die borstvoeding geven?** Enkel de Noorse wetgeving bevat momenteel een specifieke bepaling over het recht op borstvoeding in het domein van goederen en diensten⁵³.

4.2. De wezenlijke en bepalende beroepsvereisten

De wet van 4 augustus 1978 voorzag al in een uitzondering op het principe van de gelijke behandeling. Artikel 122 bepaalde: *“De Koning kan, bij in Ministerraad overlegd besluit, de gevallen bepalen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit waarvoor het geslacht een doorslaggevende voorwaarde vormt wegens de aard of de uitoefeningsvoorwaarden ervan.*

Te dien einde raadpleegt de Koning de Commissie Vrouwenarbeid. Voor de privé-sector raadpleegt hij eveneens de Nationale Arbeidsraad en voor de openbare sector de Algemene Syndicale Raad van Advies of het Gemeenschappelijk Comité voor alle overheidsdiensten, in te stellen door artikel 3, § 1, 3°, van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel. (...)

Op basis van deze wet vaardigde de Koning in 1979 een koninklijk besluit uit dat toepasselijk is voor de privésector⁵⁴.

51 Artikel 5 §3 van de richtlijn 2004/113: “Kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap, mogen in geen geval tot verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen leiden.”

52 Susanne Burri and Aileen McColgan, Sex discrimination in the access to and supply of good and services, European Network of legal experts in the field of gender equality, 2009, p. 32.

53 Susanne Burri and Aileen McColgan, Sex discrimination in the access to and supply of good and services, European Network of legal experts in the field of gender equality, 2009, p. 32.

54 Koninklijk besluit van 8 februari 1979 tot vaststelling van de gevallen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit.

Dit koninklijk besluit bepaalde:

“Artikel. 1. In de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit waarvoor het geslacht een doorslaggevende voorwaarde vormt kan men enkel voor de hiernavolgende gevallen het geslacht vermelden:

1° betrekkingen of beroepsactiviteiten van:

- toneelspeler, toneelspeelster, zanger, zangeres, danser, danseres, en van kunstenaar op wie een beroep gedaan wordt om een mannelijke of vrouwelijke rol te vertolken;

- mannequin die zich hoeft te kleden met de bedoeling kledingstukken voor te stellen;

- model voor kunstschilders, beeldhouwers, fotografen en schoonheidssalons;

2° betrekkingen of beroepsactiviteiten die uitgeoefend worden in landen die niet behoren tot de Lid-Staten van de Europese Economische Gemeenschap en waarvan de uitoefening door de plaatselijke wetten en gebruiken aan een bepaald geslacht is voorbehouden.”

Voor de openbare sector verwijzen we naar het bestaan van een koninklijk besluit van 29 augustus 1985 betreffende het gevangenispersoneel (vervangen door het koninklijk besluit van 10 oktober 2000, zie *infra*) en het koninklijk besluit van 9 november 1984 betreffende de opvoeding onder toezicht.⁵⁵

De wet van 7 mei 1999 voorzag in een soortgelijke regeling in haar artikel 9 dat als volgt luidt:

“Onverminderd het bepaalde in artikel 8, tweede lid, kan de Koning, bij in Ministerraad overlegd besluit en na raadpleging van de organen bedoeld in artikel 5, vierde lid, de gevallen bepalen waarin melding kan worden gemaakt van het geslacht in de toegangsvoorwaarden van een betrekking of een beroepsactiviteit waarvoor het geslacht een doorslaggevende voorwaarde vormt wegens de aard of de uitoefeningsvoorwaarden ervan.

De geraadpleegde organen delen hun advies mede binnen twee maanden nadat hen het verzoek is gedaan; zoniet moet er niet op gewacht worden.”

Wat de te raadplegen organen betreft bepaalde artikel 5, 4^{de} lid:

“(…) raadpleegt Hij, wat de overheidsdiensten betreft die onder de federale Staat ressorteren of die onder de controle of het toezicht van diezelfde overheid vallen, de Vaste Commissie Arbeid van de Raad van de Gelijke Kansen voor mannen en vrouwen en, naargelang het geval, het bevoegde overlegcomité ~ zoals voorzien in de

55 Koninklijk besluit van 9 november 1984 betreffende de voorwaarden voor toelating tot bepaalde betrekkingen bij de rijksgeestelijken voor observatie en opvoeding onder toezicht, B.S., 14 december 1984.



wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel of het aangewezen orgaan van vakbonds-overleg voor de administraties, diensten en instellingen waarop deze laatste wet niet van toepassing is. Wat de privé-sector betreft, raadpleegt Hij de Vaste Commissie Arbeid van de Raad van de Gelijke Kansen voor mannen en vrouwen alsook de Nationale Arbeidsraad."

In oktober 2000 werd er op basis van deze wetgeving een koninklijk besluit uitgevaardigd voor de openbare sector.

Artikel 13 van de Genderwet neemt deze uitzondering over in titel II 'Rechtvaardiging' en bepaalt:

"Van een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste kan slechts sprake zijn wanneer een bepaald kenmerk dat verband houdt met het geslacht vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, wezenlijk en bepalend is."⁵⁶

In een volgende alinea voegt de wetgever echter een bijkomende voorwaarde toe, i.e.:

"Het vereiste berust op een legitieme doelstelling en is evenredig ten aanzien van deze nagestreefde doelstelling."

De Koning bepaalt "de situaties waarin een bepaald kenmerk een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt overeenkomstig de in §2 bepaalde voorwaarden".

De raadpleging van de Vaste Commissie Arbeid van de Raad van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen is voorzien voor zowel de openbare als de privésector. Ook de Nationale Arbeidsraad, voor de privésector, en het overleg- of onderhandelingscomité, voor de openbare sector, zijn bevoegd om een advies te verlenen.

Naar het voorbeeld van de wetten die haar voorafgingen, voorziet de Genderwet in de door de Kaderrichtlijn geboden mogelijkheid om in ons recht een uitzondering op het gelijkheidsbeginsel in te voeren.⁵⁷

Overeenkomstig het Europees recht krijgt deze uitzondering een strikte interpretatie. De conclusies van advocaat-generaal Mancini in de zaak *Commissie tegen Bondsrepubliek Duitsland*⁵⁸ zijn verhelderend

56 Koninklijk besluit van 10 oktober 2000 betreffende de voorwaarden voor toelating tot bepaalde betrekkingen bij de buitendiensten van het Directoraat-generaal Strafinrichtingen van het Ministerie van Justitie, B.S., 13 oktober 2000.

57 Artikel 14, §2 van de richtlijn 2006/54

58 H.J.E.U., 21 mei 1985, Commissie tegen Bondsrepubliek Duitsland, zaak 248/83, Rec., 1985, p. 1459.

om de reikwijdte van deze afwijking te evalueren. Volgens de advocaat-generaal blijkt duidelijk dat het doel van artikel 2§2 en het arrest van richtlijn 76/207 (zoals opgenomen in de Kaderrichtlijn 2006/54, artikel 4):

"Er niet in bestaat aan de Staten de toelating te verlenen discriminerende handelingen telkens wanneer dat noodzakelijk is toe te laten, maar er wel in bestaat te vermijden dat het verbod op discriminaties de uitoefening van activiteiten waarvoor het geslacht een doorslaggevende voorwaarde toevoegt, maar alleen die, verhindert of onmogelijk maakt."

Hij voegt toe:

"In deze optiek is een punctuele beschrijving van de uitgesloten activiteiten meer dan zinvol; ze is noodzakelijk indien men wil bereiken dat het ontbreken van elke vorm van discriminatie niet wordt omgekeerd door een oncontroleerbare mogelijkheid om ervan af te wijken. Voor het overige is het alleen zo dat een verklaring wordt geboden voor de reden waarom, op grond van artikel 9, §2, de genoemde activiteiten periodiek dienen te worden nagezien."

In het arrest-*Johnston*⁵⁹ verklaart het Hof:

"Waar het artikel 2 §2 van de richtlijn 76/207 een afwijking toestaat op het recht van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen wat betreft de toegang tot arbeid en arbeidsvoorwaarden, dient het strikt te worden geïnterpreteerd en dient het te worden toegepast met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel."

In dezelfde geest heeft het Hof van Justitie er in een arrest van 30 juni 1988⁶⁰ op gewezen:

"De afwijkingen zoals bedoeld in artikel 2 §2 kunnen slechts betrekking hebben op specifieke activiteiten, moeten een zekere transparantie bezitten die een nuttige controle vanwege de Commissie mogelijk maakt en moeten in principe kunnen worden aangepast aan de evolutie van de samenleving."

De voorbereidende werkzaamheden⁶¹ van de Genderwet verwijzen naar het Europees recht om de omtrekken van dit begrip af te bakenen. Er staat vermeld wat volgt:

59 H.J.E.U., 15 mei 86, *Johnston*, zaak C222/84, Rec., 1984, p. 1651. In het kader van dit arrest werden de volgende feiten aanhangig gemaakt bij het Hof van Justitie: alleen mannelijke agenten mochten een vuurwapen dragen. Politievrouwen konden geen enkele opleiding volgen om met vuurwapens te leren omgaan. Bijgevolg waren ze uitgesloten van deze functies. Als reden daarvoor voerde de Royal Ulster Constabulary aan dat vrouwen het risico liepen vaker het doelwit van aanslagen te zijn. Destijds rechtvaardigde de bijzondere situatie in Noord-Ierland deze beperking. Het Hof heeft deze beperking aangenomen als beantwoordde ze aan de voorwaarden zoals gesteld door artikel 2, §2 van de richtlijn 76/207.

60 H.J.E.U., Commissie t/ Frankrijk, zaak C318/86, Rec., 1988, p. 6332.

61 Kamer van volksvertegenwoordigers, Parl. St., 2721/001, pp. 49 e.v.

"Een kenmerk dat verband houdt met het geslacht kan als een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste worden beschouwd (1) vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten en (2) vanwege de context waarin de betrokken specifieke beroepsactiviteiten worden uitgevoerd.

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.

Het ontwerp 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."

In de memorie van toelichting⁶² heeft het wetsontwerp van 10 mei 2007 het over aanvaarde rechtvaardigingen voor het vaststellen van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten:

- de bescherming van de persoonlijke levenssfeer;
- de eerbied voor de gevoeligheid van de patiënt (maar niet van de klant);
- de openbare veiligheid;
- het behoud van strijdkrachten.

In ieder geval en overeenkomstig het Europees recht dient de regelgeving betreffende de wezenlijke en bepalende voorwaarden van tijd tot tijd – en sinds de invoering van de Kaderrichtlijn – om de 8 jaar te worden herzien.

In verband met dit begrip valt eerst en vooral te betreuren dat het is opgenomen in een titel 'Rechtvaardiging', terwijl het om uitzonderingen gaat ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel. Wellicht heeft de zorg om de harmonisatie van de concepten en de structuur van de drie antidiscriminatie wetten de wetgever ertoe bewogen gebruik te maken van de

concepten van het interne recht. Eens te meer echter kan de verwarring over het gebruik van de concepten ertoe leiden, daar er niet wordt verwezen naar het Europees recht, te geloven dat directe of indirecte discriminatie kan worden gerechtvaardigd, a posteriori, door het bestaan van een bepalende beroepsvereiste.

Wat de toepassing van deze uitzondering betreft verleent de wet aan de Koning de bevoegdheid daartoe. Tot vandaag heeft de wetgever de bovvermelde koninklijke besluiten van 1979 en 2000 niet uitdrukkelijk opgeheven. Net als bij de positieve acties verwijst de wetgever in de voorbereidende werkzaamheden naar het behoud van de bestaande koninklijke besluiten.⁶³

Wanneer we de conformiteit van enkel de besluiten ten aanzien van het Europees recht analyseren, dan moeten we benadrukken dat – overeenkomstig de richtlijn – de lijst van de bepalende beroepsvereisten strikt dient te worden geïnterpreteerd. In casu sommen de bestaande koninklijke besluiten welomschreven functies op. Op dat vlak respecteren ze de Europese bepalingen. We mogen echter niet uit het oog verliezen dat deze lijsten om de 8 jaar moeten worden geëvalueerd (artikel 31 §3 van de richtlijn 2006/54). We kunnen niet anders dan vaststellen dat de relevantie van de bestaande koninklijke besluiten tot vandaag nog niet is geanalyseerd. Er worden geen objectieve gegevens verstrekt die toelaten de relevantie te beoordelen van de lijst van bepalende beroepsvereisten die in deze koninklijke besluiten worden genoemd. Dit gebrek aan objectieve analyse van de relevantie van de beroepen in kwestie vormt een probleem, niet enkel omdat een evaluatie wetmatig wordt opgelegd, maar ook om de doeltreffendheid van de uitzondering te garanderen.

Een ontwerp van koninklijk besluit⁶⁷ werd opgesteld en voor advies voorgelegd aan de Vaste Commissie Arbeid van de Raad van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen, de Nationale Arbeidsraad, de Algemene syndicale raad van advies en het Instituut voor Gelijkheid van Vrouwen en Mannen. Dit ontwerp voorziet in de opheffing van enkel het koninklijk besluit van 8 februari 1979 (openbare sector).

⁶³ In de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 2007, Kamer van volksvertegenwoordigers, Parl. St., gewone zitting 2006-2007, nr. 2721/001 lezen we: "Men dient te beschouwen dat deze koninklijke besluiten, in de mate waarin ze nog relevant zijn, van kracht zullen blijven, teneinde geen nadelig juridisch vacuüm te creëren, totdat ze zullen worden opgeheven door nieuwe koninklijke besluiten ter uitvoering van de artikelen 13 en 16 van het ontwerp."

⁶⁴ Wetsontwerp, op 9 december 2013 door mevrouw Milquet meegedeeld aan de NAR.



Artikel 1 van dit ontwerp van koninklijk besluit neemt de tekst van artikel 1, paragraaf 1 van het koninklijk besluit van 8 februari 1979 bijna helemaal over. Alleen de tweede paragraaf werd geschrapt. In het verslag aan de Koning staat overigens dat “dit ontwerp van besluit is geïnspireerd op het koninklijk besluit van 8 februari 1979”.

In het verslag aan de Koning staat dat de lijst een gesloten lijst van beroepsactiviteiten is die betrekking hebben op de culturele sector en een zeker handelsdomein. Dit laatste punt wordt in het verslag niet verder toegelicht.

Wat de legitimering van deze lijst ten aanzien van het criterium tot evaluatie betreft, om de 8 jaar, van de activiteiten waarop de uitzondering toepasselijk is, verwijst het verslag aan de Koning – ter rechtvaardiging van de relevantie van de beoogde activiteiten, die dezelfde zijn als die welke in 1979 werden bedoeld – naar het advies van het Instituut volgens hetwelk de kwestie betreffende de geslachtsverandering, i.e. de enige evolutie die sinds 1979 moet worden geïntegreerd, de reden vormde om de formulering van artikel 1 aan te passen.

Met betrekking tot de voorgestelde tekst vestigen we de aandacht op de volgende adviezen:

- het advies van de Nationale Arbeidsraad (advies nr. 1888 van 28 januari 2014), die:

- de vraag stelt naar het nut van een gesloten lijst
- verwijst naar het risico van indirecte discriminatie ten aanzien van transgenders of transseksuelen

- het advies van de Vaste Commissie Arbeid van de Raad van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen (advies nr. 4 van 15 januari 2014), die:

- De vraag stelt naar de geldigheid van de lijst ten aanzien van de verplichting zoals bedoeld in artikel 31 §3 van de richtlijn 2006/54 dat een stand van zaken oplegt. Sinds de inwerkingtreding van de richtlijn in augustus 2006 werd echter nog geen enkele stand van zaken opgemaakt.
- Wat de intrekking betreft van het koninklijk besluit van 1979 verwijst de Commissie ook naar een koninklijk besluit van 10 oktober 2000 betreffende een vergelijkbaar onderwerp waarop de tekst van het koninklijk besluit geen betrekking heeft. Er is bijgevolg geen intrekking van koninklijk besluit en

evenmin wordt een nieuw koninklijk besluit opgesteld conform de nieuwe bepalingen. De Commissie benadrukt dat de tekst voorziet in het begrip ‘kenmerk dat verband houdt met het geslacht’ en stelt voor na te gaan of het opportuun is het concept ‘redelijke aanpassingen’ op te nemen zodat pragmatische oplossingen kunnen worden gevonden.

Behalve dat het koninklijk besluit niet toelaat de relevantie van de lijst en zijn overeenstemming met de huidige samenleving te beoordelen, geen rekening houdt met de nieuwe concepten die in de Genderwet zijn opgenomen door de wet van 22 mei 2014 tot wijziging van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, met het oog op de uitbreiding ervan naar genderidentiteit en genderexpressie.

Zo is er geen enkele analyse gemaakt van de conformiteit van dit koninklijk besluit ten aanzien van de begrippen ‘genderidentiteit’ en ‘genderexpressie’.

In dezelfde geest blijkt de kwestie van geslachtsverandering niet te zijn genoemd als een element dat invloed kan uitoefenen op de redactie van dit koninklijk besluit.

4.3. De positieve acties

Europees recht

Al meer dan dertig jaar definieert het Hof van Justitie discriminatie regelmatig als de toepassing van verschillende regels in vergelijkbare situaties of de toepassing van dezelfde regel in verschillende situaties. Deze definitie wordt gezien als de uiting van een formele en procedurele benadering van gelijkheid.

Formele gelijkheid heeft drie zwakke punten: ze vereist een vergelijking met een vergelijkingselement om discriminatie vast te stellen, ze is overwegend passief en statisch en verzekert geen enkel bijzonder resultaat en, tot slot, houdt ze geen rekening met de collectieve dimensies die inherent zijn aan ongelijkheid, zoals het feit deel uit te maken van een groep, stereotypes of maatschappelijke realiteiten.

Een benadering via de substantiële gelijkheid laat toe deze zwakke punten gedeeltelijk te verhelpen: in dit geval heeft men geen vergelijkingselement nodig, maar wordt de klemtoon gelegd op de resultaten en wordt er rekening gehouden met de dimensies van de groep.

Positieve actie laat bijgevolg toe de formele dimensie van gelijkheid te corrigeren, daar ze verbonden is met een notie van substantiëlere gelijkheid die gebaseerd is op de resultaten. Aldus wordt positieve actie gezien als leverde ze een bijdrage tot de effectieve gelijkheid van kansen, zowel voor personen als voor groepen.

In deze context maakte artikel 2, §4 van de richtlijn 76/207 het voor de Lidstaten mogelijk af te wijken van het principe van gelijke behandeling van vrouwelijke en mannelijke werknemers, door hen toe te laten maatregelen ten gunste van vrouwen te nemen ter compensatie van de nadelen waarmee ze op de arbeidsmarkt worden geconfronteerd.

Het artikel luidde als volgt: *“Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden.”*

Artikel 3 van de Kaderrichtlijn bepaalt dat de Lidstaten, overeenkomstig artikel 141, §4 van het EG-Verdrag (157§ 4 VWEU), maatregelen van positieve actie mogen handhaven of aannemen met als doel een volledige gelijkheid van vrouwen en mannen in het beroepsleven op concrete wijze te verzekeren. De positieve acties voor het ondervertegenwoordigde geslacht zijn bijgevolg duidelijk mogelijk in het geheel van de materies waarop de richtlijn betrekking heeft.

Uit de lezing van deze bepalingen mogen we besluiten dat positieve actie veeleer een proces dan een statisch begrip is. Overigens wordt dit proces niet nader beschreven in de richtlijnen en hebben we de analyse van de arresten van het Hof van Justitie nodig om te begrijpen welke de omtrekken van positieve acties kunnen zijn opdat ze geldig zouden zijn.

Om te beginnen laten positieve acties niet toe formele gelijkheid te bereiken, “begrepen als de gelijke behandeling van personen die tot verschillende groepen behoren”, maar wel een substantiële gelijkheid, opgevat als een gelijkheid tussen groepen, een collectieve gelijkheid. Dergelijke positieve acties worden slechts gevalideerd in de mate waarin ze tot doel hebben de gelijkheid van kansen tussen mannen en vrouwen te bewerkstelligen, door iets te doen aan de ongelijkheden waarvan vrouwen, of in sommige gevallen mannen, het slachtoffer zijn op de arbeidsmarkt of in de andere toepassingsdomeinen van de richtlijn. De beoordeling van de positieve actie van haar kant is afhankelijk van het type gelijkheid dat men probeert te bereiken, i.e.: gelijkheid bij aan-

vang of gelijkheid als resultaat. In zijn beoordeling analyseert het Hof van Justitie deze positieve acties vanuit de invalshoek van een substantiëlere gelijkheid, zonder echter zo ver te gaan de resultaatsgelijkheid te bekrachtigen.⁶⁵

In het Belgisch recht: evolutie en huidige situatie

De eerste wettekst die het begrip ‘positieve actie’ in het interne recht omzet, was de wet tot economische heroriëntering van 4 augustus 1978, die de richtlijn 76/207 EEG omzette. De artikelen 119 en 122 van deze wet luiden als volgt:

“Art. 119. De bepalingen van titel V van deze wet vormen geen belemmering voor maatregelen die het bevorderen van gelijke kansen voor mannen en vrouwen tot doel hebben, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen in de in artikel 116, eerste lid, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden.

Na overgegaan te zijn tot de in artikel 122 bedoelde raadplegingen bepaalt de Koning de gevallen waarin deze maatregelen moeten worden getroffen.”

“Art. 122, 2^{de} lid. [...] raadpleegt de Koning de Commissie Vrouwenarbeid. Voor de privé-sector raadpleegt hij eveneens de Nationale Arbeidsraad en voor de openbare sector de Algemene Syndicale Raad van Advies of het Gemeenschappelijk Comité voor alle overheidsdiensten, in te stellen door artikel 3, § 1, 3^o, van de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel.

De geraadpleegde organen delen hun advies mede binnen twee maanden nadat hen het verzoek is gedaan; zoniet moet er niet op gewacht worden.”

Beide bepalingen werden grosso modo overgenomen in 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. We vestigen echter de aandacht op de volgende wijzigingen:

- Het materiële toepassingsgebied van deze wet wordt uitgebreid tot de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid;
- Volgens artikel 5, 4^{de} lid van de wet verschillen de

⁶⁵ Na een zeer strikte benadering van de positieve acties te hebben gevolgd in de zaak *Kalanke* heeft het Hof van Justitie zijn rechtspraak verrijkt meer bepaald in de zaak *Marschall C-409/95* en de zaak *Badeck C-158/97*: positieve acties laten toe het ondervertegenwoordigde geslacht te bevoordelen, bijvoorbeeld in het kader van een bevordering, op voorwaarde dat er een specifieke analyse van de kandidaturen is die, op basis van gelijke kwalificaties, de keuze van de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht rechtvaardigt.



organen die de Koning raadpleegt wanneer hij de gevallen bepaalt waarin maatregelen worden getroffen gevoelig van die welke worden genoemd in artikel 122 van de wet van 4 augustus 1978. Immers, "wat de overheidsdiensten betreft [...], raadpleegt Hij de Vaste Commissie Arbeid van de Raad van de Gelijke Kansen voor mannen en vrouwen en, naargelang het geval, het bevoegde overlegcomité zoals voorzien in de wet van 19 december 1974 tot regeling van de betrekkingen tussen de overheid en de vakbonden van haar personeel of het aangewezen orgaan van vakbondsoverleg voor de administraties, diensten en instellingen waarop deze laatste wet niet van toepassing is". Wat de privé-sector betreft "raadpleegt Hij de Vaste Commissie Arbeid van de Raad van de Gelijke Kansen voor mannen en vrouwen alsook de Nationale Arbeidsraad".

De wet van 4 augustus 1978 verleende aan de Koning de bevoegdheid om de gevallen te bepalen waarin maatregelen van positieve acties dienden te worden genomen. Op deze basis werden, bijgevolg, enerzijds het koninklijk besluit van 14 juli 1987 houdende maatregelen tot bevordering van gelijke kansen voor mannen en vrouwen in de privé-sector en, anderzijds, het koninklijk besluit van 27 februari 1990 houdende maatregelen tot bevordering van gelijke kansen voor mannen en vrouwen in de overheidsdiensten aangenomen.

Deze twee koninklijke besluiten schrijven niet voor dat een positief actieplan moet worden aangenomen. Deze niet-bindende benadering van de koninklijke besluiten werd overgenomen in de wet van 7 mei 1999.

De mogelijkheid om positieve acties in te voeren wordt bevestigd in de Genderwet, meer bepaald in artikel 16 dat bepaalt:

"§1. Een direct of indirect onderscheid op grond van geslacht geeft nooit aanleiding 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 slechts worden uitgevoerd mits naleving van de volgende voorwaarden:

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

§ 3. In naleving van de in §2 vastgelegde voorwaarden, bepaalt de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de situaties waarin en de voorwaarden waarbij een maatregel van positieve actie getroffen kan worden.

§ 4. Op het vlak van de arbeidsbetrekkingen en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid worden de in §3 bedoelde koninklijke besluiten getroffen:

- wat de openbare sector betreft, na raadpleging, naargelang het geval, 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 het aangewezen orgaan van vakbondsoverleg voor de administraties, diensten en instellingen waarop voornoemde wet niet van toepassing is;

- wat de private sector betreft, na raadpleging van de Nationale Arbeidsraad. Wanneer een van de geraadpleegde organen zich niet heeft uitgesproken binnen twee maanden na de aanvraag, wordt zijn advies geacht positief te zijn."

Wat de definitie van positieve actie betreft bepaalt artikel 5, 11° van de Genderwet dat het gaat om "specifieke maatregelen om de nadelen verband houdende met het geslacht te voorkomen of te compenseren, met het oog op het waarborgen van een volledige gelijkheid in de praktijk".

Er kunnen dus positieve acties worden genomen voor zover ze voldoen aan de voorwaarden die het Grondwettelijk Hof vaststelt, i.e.:

- (1) de vaststelling van kennelijke ongelijkheid ten nadele van een doelgroep;
- (2) de verdwijning van deze ongelijkheid moet worden aangewezen als een te bevorderen doelstelling;
- (3) de maatregel van positieve actie moet van tijdelijke aard zijn, van aard te verdwijnen zodra de beoogde doelstelling is bereikt;
- (4) de maatregel van positieve actie mag andermans rechten niet onnodig beperken.

De positieve maatregel mag dus slechts een in de tijd beperkte uitwerking hebben. Bijgevolg dient ofwel de regelgeving in de tijd te worden beperkt, ofwel – indien ze voor onbepaalde tijd wordt uitgevaardigd – dient ze het voorwerp te zijn van een stelselmatige evaluatie om haar nut en haar actualiteit te evalueren.

Naast de bovenstaande geldigheidsvoorwaarden

dient elke maatregel van positieve actie echter on-dergeschikt te zijn aan de voorafgaande invoering van een koninklijk besluit dat het kader schetst waarbinnen het bewuste initiatief kan worden ont-plooid. In het kader van de antidiscriminatie wet van 25 februari 2003 vond er een discussie plaats over de vraag of privépersonen eveneens een beleid van positieve actie mogen voeren (en bijgevolg gebruik mogen maken van de uitzondering voor de maatregelen van positieve actie). "Het ontwerp lost deze con-troverse als volgt op⁶⁶:

- *Maatregelen van positieve actie gaan in principe van de overheid uit.*
- *Of ook private personen (bvb. werkgevers) een beleid van positieve actie kunnen en, desgevallend, moeten ontwikkelen (en gebruik mogen maken van het uit-zonderingsregime voor positieve actie), hangt af van het bestaan van een reglementair kader voor derge-lijke maatregelen van positieve actie door private personen. De Koning kan bij Koninklijk Besluit een kader uittekenen waarbinnen private personen maatregelen van positieve actie kunnen en, desgevallend, moeten invoeren."*

In de Genderwet verschillen de organen die de Kon-ning dient te raadplegen wanneer Hij zijn bevoegd-heid uitoefent van die welke worden genoemd in de wet van 7 mei 1999; de wet heeft het immers niet meer over de verplichte raadpleging van de Vaste Commissie Arbeid van de Raad van de Gelijke Kan-sen voor Mannen en Vrouwen.

Een koninklijk besluit stelt de "hypothese en voor-waarden [vast] waarin een maatregel van positieve actie mag worden genomen ter uitvoering van artikel 16, §3 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen" en heeft be-trekking op de "oprichting van de Beroepscommissie voor positieve acties".

Het koninklijk besluit definieert eerst en vooral de concepten en meer bepaald het begrip 'positieve actie': "elke maatregel met als doel een kennelijke on-gelijkheid tussen personen van verschillende geslachten te bestrijden die wordt vastgesteld in een duidelijk afge-bakend actiedomein, gelet op de aanwezigheid van dit geslacht op het hele Belgische grondgebied, op zodanige wijze dat ze ertoe leidt deze categorie te bevoordelen ten nadele van de categorie die oververtegenwoordigd is in het bewuste actiedomein, tot deze oververtegenwoordig-ing gevoelig wordt verminderd of zelfs verdwijnt".

Ook de voorwaarden van toelaatbaarheid van een positieve actie worden voorgesteld; deze actie moet:

- op passende wijze streven naar de matiging of ver-dwijning van de bestaande ongelijkheid tussen per-sonen van een geslacht ten opzichte van een ander geslacht;
- in evenredige verhouding tot het beoogde doel staan.

In tegenstelling met de vorige koninklijke besluiten heeft het ontwerp van koninklijk besluit betrekking op de initiatieven van positieve acties die zowel een publiekrechtelijke als een privaatrechtelijke instelling voert. In dit verband lezen we in het verslag aan de Koning dat de gekozen optie een globaliserende op-tie is, gelet op de transversale aard van de kwestie 'gelijkheid'.

Het kader is dus zeer ruim en er is geen gesloten lijst, zoals die wel bestaat voor de bepalende beroeps-vereisten. Het verslag aan de Koning zoekt daarvoor een verklaring op basis van de doelstelling van de uitzondering die verschillend is. Terwijl de uitzonde-ring van bepalende beroepsvereiste tot doel heeft een verwijzing naar het geslacht op beperkte wijze mogelijk te maken, beoogt de positieve actie om de discriminatie te matigen.

De tekst roept ook een beroepscommissie in het le-ven om, a posteriori, de maatregelen van positieve actie te controleren. De beslissing van de commissie zal dwingend zijn; wordt ze niet in acht genomen, dan kan er onmiddellijk een vordering tot staking worden ingesteld.

In zijn advies 1888 geeft de Nationale Arbeidsraad commentaar bij dit ontwerp van koninklijk besluit. In dit verband verwijst deze Raad, ter inleiding, naar een vorig advies nr. 1.654 van 10 oktober 2008 over de positieve acties. In dit laatste advies beval de Raad aan om verder te gaan dan formele gelijk-heid. Hij meende dat er een vrijwillig beleid diende te worden gevoerd "tot voorkoming of compensatie van de nadelen waarmee sommige categorieën van perso-nen op de arbeidsmarkt geconfronteerd blijven". In dit verband wees hij erop dat de sociale partners een fundamentele rol speelden teneinde diversiteits-plannen op te stellen en ten uitvoer te leggen. In dit advies vestigde de Raad al de aandacht op het ge-vaar dat gepaard ging met de uitvoering van plannen voor positieve acties door private ondernemingen zonder duidelijk kader.

Met betrekking tot het huidige besluit stelt de Raad vast:

66 Kamer van volksvertegenwoordigers, Parl. St., 2721/001, p. 52.



- Het geeft aanleiding tot zekere rechtsonzekerheid, meer bepaald door de definitie van het begrip 'positieve actie' die niet coherent is met de tekst van de Genderwet.
- De globaliserende aanpak kent aan de sociale partners geen enkele rol toe.
- De controle a posteriori zou de sociale dialoog en de collectieve overeenkomsten kunnen dwarsbomen, akkoorden die zouden kunnen zijn gesloten en dit des te meer daar de Commissie slechts uit ambtenaren is samengesteld en dus in geen geval uit diverse actoren onder wie de sociale partners.

Het valt te betreuren dat het advies van de Raad van de Gelijke Kansen van Mannen en Vrouwen niet is gevraagd. Weliswaar voorziet artikel 16, §4 van de Genderwet daar niet in, maar we kunnen niet anders dan vaststellen dat dit de regelgever er niet van had weerhouden om dit advies in 2010 wel te vragen in verband met een koninklijk besluit betreffende de positieve acties.

In dit verband verwijzen we naar de opmerkingen van de Raad van de Gelijke Kansen die zouden kunnen worden omgezet naar dit ontwerp van besluit, meer bepaald:

- Het feit dat er een gedifferentieerde aanpak van positieve acties nodig is naargelang men te maken heeft met de privésector of de openbare sector.
- Het advies had ook betrekking op het begrip 'positieve acties'. Het wees erop dat "artikel 141, §4 van het EG-Verdrag (naar hetwelk artikel 3 van de Kaderrichtlijn 2006/54/EG verwijst) dergelijke acties toelaat indien het de bedoeling is "de uitoefening van een beroepsactiviteit te vergemakkelijken" of "nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren". De rechtspraak van het Hof van Justitie (bv. Marschall, C-409/25 van 11 november 1997) benadrukte dat maatregelen van positieve actie aangewezen waren in situaties van ongelijkheid die hun oorsprong vinden in sociale praktijken zonder dat een welbepaalde overheid of persoon daarvoor juridisch verantwoordelijk is".
- Er werd onderstreept dat men de grootste voorzichtigheid aan de dag moest leggen bij het definiëren van de begunstigen.

De conclusie is dat er tot vandaag nog geen enkel besluit is aangenomen. We kunnen ons echter afvragen wat er is gebeurd met de koninklijke besluiten van 1987 en 1990 die we hierboven hebben bestudeerd. Volgens de voorbereidende werkzaamheden

van de wet van 2007 "dient men te beschouwen dat deze koninklijke besluiten, in de mate waarin ze nog relevant zijn, van kracht zullen blijven, teneinde geen nadelig juridisch vacuüm te creëren, totdat ze zullen worden opgeheven door nieuwe koninklijke besluiten ter uitvoering van de artikelen 13 en 16 van het ontwerp". Zelfs als we er bijgevolg van uitgaan dat deze besluiten voorlopig toepasselijk blijven, dan valt toch op te merken dat ze enkel toepasselijk zijn op het gebied van arbeid. Het gebrek aan duidelijkheid over de relevantie/toepasselijkheid van de bestaande koninklijke besluiten doet bij de invoering van een beleid van positieve acties door een werkgever vragen rijzen over de geldigheid, doeltreffendheid en relevantie van het huidige wetgevende kader.

5. Gelijkheid in de toegang tot en de levering van goederen en diensten

De verplichting om de gelijkheid tussen vrouwen en mannen te verzekeren in het domein van goederen en diensten is recent. Ze vloeit voort uit het Europees recht en de invoering van de Europese richtlijn 2004/113/EG die de Lidstaten uiterlijk tegen 21 december 2007 moesten omzetten.

De Genderwet zet deze richtlijn in haar artikelen 8 tot 10 op vrij letterlijke wijze om, ook al sluit haar toepassingsgebied het onderwijs en de media niet uit onder voorbehoud van de inachtneming van de verdeling van de bevoegdheden tussen de federale overheid en de deelstaten. In haar algemene bepalingen biedt ze een zekere bescherming tegen vergeldingsmaatregelen alsook een minimale forfaitaire vergoeding bij wijze van herstel; tevens bevat ze bepalingen betreffende positieve actie (waarvan de uitvoering verbonden is met een koninklijk besluit van uitvoering dat nog niet is genomen – zie het deel over positieve acties).

Zo laat artikel 9 toe een direct onderscheid te maken op grond van geslacht "als de levering van goederen en diensten die exclusief of essentieel bestemd zijn voor de leden van één geslacht, objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en als de middelen om dit doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn" (artikel 9 §1) en verleent het aan de Koning de bevoegdheid "op limitatieve wijze de goederen en diensten [te bepalen] die beschouwd kunnen worden als exclusief of essentieel bestemd voor de leden van één geslacht" (artikel 9 §2).

Artikel 10 verbiedt het gebruik van actuariële en statistische gegevens op grond van geslacht om premies en prestaties te bepalen in het domein van de verzekeringen.

We dienen in dit rapport dieper in te gaan op twee vragen: enerzijds de limitatieve lijst van uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel waarin bij koninklijk besluit dient te worden voorzien en, anderzijds, de intrekking van de mogelijkheid om actuariële en statistische gegevens op grond van geslacht te gebruiken in het domein van de verzekeringen, ook van de levensverzekeringen.

5.1. Uitzonderingen op het beginsel van gelijkheid van vrouwen en mannen in het domein van de goederen en diensten

De Europese richtlijn van 13 december 2004 die het beginsel van gelijkheid van vrouwen en mannen waarborgt bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten bepaalt in haar artikel 4 dat elke directe of indirecte discriminatie, op grond van geslacht, bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten uitgesloten is.

Artikel 4 §5 van deze richtlijn bepaalt echter:

"Deze richtlijn vormt geen beletsel voor verschillen in behandeling indien de levering van de goederen en diensten aan, uitsluitend of hoofdzakelijk, leden van een bepaald geslacht door een legitiem doel wordt gerechtvaardigd en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn."

In zijn considerans 16 benadrukt de richtlijn wat volgt:

"Verschillen in behandeling zijn alleen aanvaardbaar indien zij gerechtvaardigd worden door een legitiem doel. Een legitiem doel kan bijvoorbeeld de bescherming van slachtoffers van seksegerelateerd geweld (opvanghuizen voor personen van hetzelfde geslacht), redenen van persoonlijke levenssfeer en zedelijkheid (het bieden van onderdak in iemands eigen woning), bevordering van de gelijkheid of van de belangen van mannen en vrouwen (vrijwillige organisaties voor personen van hetzelfde geslacht), vrijheid van vereniging (lidmaatschap van particuliere clubs met leden van hetzelfde geslacht) of het organiseren van sportactiviteiten (sportevenementen voor personen van hetzelfde geslacht) zijn. Iedere beperking moet evenwel passend en noodzakelijk zijn volgens de in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie vastgelegde criteria."

Het is belangrijk te onderstrepen dat de richtlijn toepasselijk is op "alle personen die goederen of diensten aanbieden die zonder onderscheid des persoons publiekelijk beschikbaar zijn met betrekking tot zowel de overheidssector als de particuliere sector, met inbegrip van overheidsinstanties **en die buiten de privé- en de gezinssfeer** worden aangeboden, alsmede op de in die

context verrichte transacties" (artikel 3).

Het kader van de uitzonderingen waarin het Europees recht voorziet, is bijgevolg duidelijk. Het gaat om:

- prestaties aangeboden in de privé- en de gezinssfeer;
- uitzonderingen die beantwoorden aan een wettig doel en die passend en noodzakelijk zijn.

Tevens wijzen we erop dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de gunstiger bepalingen betreffende de bescherming van de vrouwen in verband met zwangerschap en moederschap (artikel 4).

Om te bepalen welke uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel toegelaten zijn, heeft de Genderwet ervoor gekozen de uitzonderingen op limitatieve wijze vast te stellen bij koninklijk besluit.

Om deze uitzonderingen vast te stellen heeft het Instituut aan het Centrum voor Longitudinaal en Levensloop Onderzoek (CELLO) van de Universiteit Antwerpen de opdracht gegeven een inventaris op te maken van de goederen en diensten in verband waarmee de levering of de toegang voor vrouwen en mannen ongelijk is.⁶⁷ Uit deze inventaris is gebleken dat er, in België, nog ongelijke toegang is op verschillende terreinen of dat er voor goederen en diensten een verschillende prijs wordt gevraagd in functie van het geslacht.

In welke uitzonderingen dient men te voorzien?

Overeenkomstig het Europees recht dienen de in dit domein te voorziene uitzonderingen te beantwoorden aan een wettig doel. Op basis van dit wettig doel dienen de voorziene uitzonderingen passend en noodzakelijk te zijn.

Om de uitzonderingen te bepalen is het belangrijk dat het koninklijk besluit de te verwezenlijken wettige doelen vaststelt die de uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel bij de levering van goederen en diensten kunnen rechtvaardigen; vervolgens dienen de activiteiten die in het kader van dit doel noodzakelijk en passend zijn te worden bepaald.

Op basis van de inventaris van goederen en diensten die CELLO heeft opgemaakt, stellen we vast dat verschillen op het vlak van de toegang tot en de levering van diensten (bv. de gehanteerde prijzen) steunen op de volgende doelstellingen:

- **bescherming van de vrouw in haar specifieke toestand van zwangerschap**, bv. de

67 T. Marynissen, J. Van Gorp, D. Mortelmans en D. Cuypers, *Inventaris van goederen en diensten met ongelijke toegang en ongelijke levering voor vrouwen en mannen*, Antwerpen, CELLO, s.d., 121 p.



toegang tot eerste klasse in treinen; parkeerplaatsen dicht bij in- en uitgangen die voorbehouden zijn voor zwangere vrouwen. We wijzen er hier al op dat, zoals in de andere Europese richtlijnen, de bescherming van het moederschap is voorzien in de werkingssfeer van de uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel (artikel 4 §2). Uitzonderingen om deze reden dienen dus niet te worden opgenomen in het koninklijk besluit, daar ze al zijn toegelaten krachtens de Genderwet;

- **bescherming van de intimiteit**, vooral van vrouwen, voorbehouden / gescheiden toegangen tot zorginstellingen of in het kader van zorgverlening (kamers voor alleen vrouwen of mannen in ziekenhuizen en tehuisen enzovoort). In sommige meer beperkte gevallen de organisatie van sportactiviteiten (sportzaal, fitnesszaal, zwembad ...);
- **veiligheidsgevoel**, bv. opvanghuizen voor vrouwen die het slachtoffer zijn van seksegerelateerd geweld;
- **fysieke verschillen** tussen mannen en vrouwen in de toegang tot, meer bepaald sportclubs of sportcompetities, op het vlak van de prijzen in de zorgverlening (bv. prijzen om het haar te laten knippen);
- **specifieke maatschappelijke context**, bv. de organisatie van therapieën voor mannen die daders zijn van echtelijk geweld; gespreks-groepen voor mannen of voor vrouwen;
- neigen naar **meer egalitaire deelname** aan commerciële diensten door de toekenning van lagere prijzen voor een ondervertegenwoordigde groep (bv. vrouwen in discotheken);
- **de gelijkheid bevorderen** door positieve acties voor arbeidsgerelateerde diensten in sterk mannelijke sectoren (of sterk vrouwelijke sectoren, ook al is dit type acties zeldzamer), zoals adviesdiensten voor vrouwelijke ondernemers, opleiding of onderwijs voor meisjes/ vrouwen in technische domeinen. Op te merken valt dat positieve acties dienen te worden onderscheiden van de bovenvermelde uitzonderingen. Uitzonderingen moeten niet in de tijd worden beperkt, terwijl een positieve actie van nature wel beperkt is in de tijd (wanneer het doel is bereikt);

- eerbied **voor de vrijheid van vereniging**, toegang tot privéclubs die zich enkel tot mannen of vrouwen richten en waarvan het doel deze verschillende toegang rechtvaardigt.

In het kader van deze doelstellingen die legitiem kunnen lijken, dient vervolgens te worden onderzocht in welke mate de gevoerde acties noodzakelijk en passend zijn.

Het ontwerp van koninklijk besluit

Tijdens de vorige legislatuur (2011-2014) werd een ontwerp van koninklijk besluit opgesteld om "*de goederen en diensten waarvan kan worden beschouwd dat ze uitsluitend voor leden van één geslacht zijn bestemd*" nader te bepalen.

Artikel 1 bevat een lijst van goederen en diensten die voor het ene of het andere geslacht mogen worden voorbehouden zonder dat dit een vorm van discriminatie is. Volgens het verslag aan de Koning moet deze lijst niet worden beschouwd als een lijst van absolute uitzonderingen. Hoe dan ook dienen ze te beantwoorden aan de criteria van wettigheid en evenredigheid. Het gaat echter om een limitatieve lijst.

Aldus is voorzien dat de onderstaande zaken mogen worden voorbehouden voor de leden van een welbepaald geslacht:

- De deelname aan sportcompetities wanneer de uitsluiting van een geslacht het resultaat is van internationale akkoorden of wanneer het gaat om competities waarbij er een objectieve reden, van biologische aard, bestaat om personen verschillend te behandelen op grond van hun geslacht. In de commentaar bij de artikelen staat te lezen dat deze bepaling geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de Gemeenschappen in het domein van de sport.
- De toegang tot de diensten voor bescherming tegen seksegerelateerd geweld, wanneer de uitsluiting van een geslacht gerechtvaardigd is ten opzichte van de kwetsbaarheid van de begunstigden van deze diensten (er staat vermeld dat het bijvoorbeeld gaat om opvanghuizen voor vrouwen die het slachtoffer zijn van echtelijk geweld).
- De toegang tot gezondheids- of hygiënische diensten of diensten waar slaapplaatsen worden gedeeld, voor zover er vergelijkbare inrichtingen beschikbaar zijn voor mannen en vrouwen of voor zover er wordt voorzien in alternatieve uurregelingen voor enkel mannen/ vrouwen. Volgens de commentaar bij het ontwerp heeft dit criterium

betrekking op gevallen waarbij de eerbied voor eenieders privacy, kuisheid of fatsoen betrokken is. Het heeft betrekking op sauna's, hammams, kleedkamers, slaapzalen, toiletten.

- De toegang tot goederen en diensten die worden geleverd door vzw's wanneer de statuten voornamelijk betrekking hebben op de bevordering van de gelijkheid der seksen in het kader van het actiedomein van de betrokken vzw.
- De toegang tot esthetische of vestimentaire diensten die voorbehouden zijn voor een welbepaald geslacht wegens de specifieke competenties die nodig zijn om deze diensten te leveren of met het oog op de te leveren prestatie.
- De deelname aan schoonheidswedstrijden voor zover de kenmerken betreffende het geslacht doorslaggevend zijn ten opzichte van het doel van de wedstrijd.
- Op het vlak van de terbeschikkingstelling van onderdak in een deel van zijn woonplaats kan er een onderscheid worden gemaakt volgens het geslacht.

5.2. Het gebruik van actuariële factoren: de gevolgen van de zaak Test-Aankoop voor de wet⁶⁸

Zoals gezegd is de Genderwet de omzetting, voor de federale materies, van de richtlijn 2004/113/EG van 14 december 2004.

Artikel 5 §1 van deze richtlijn verbiedt het gebruik van volgens geslacht ingedeelde actuariële factoren om de premies en prestaties van individuele verzekeringen te bepalen. Paragraaf 2 voorzagt echter in de mogelijkheid voor de Lidstaten om van dit bevel af te wijken voor zover er relevante gegevens worden verzameld en gepubliceerd en er een toetsing kwam tegen 21 december 2012.

Artikel 10 van de wet van mei 2007 bepaalt dat de volgens geslacht ingedeelde actuariële factoren vanaf 21 december 2007 (uiterste datum voor omzetting van de richtlijn) niet meer mogen worden gebruikt op het vlak van verzekeringen. Bijgevolg ziet de federale Staat ervan af gebruik te maken van de mogelijkheid van uitzondering die artikel 5 §2 biedt. Nochtans wordt artikel 10 van de Genderwet vervangen door een wet van 21 december 2007, vanaf

diezelfde datum. De nieuwe bepaling maakt het voor de sector van de levensverzekeringen mogelijk om volgens geslacht ingedeelde actuariële factoren te gebruiken zonder beperking in de tijd, op voorwaarde dat een opdracht inzake het verzamelen en publiceren van gegevens wordt toevertrouwd aan de FSMA⁶⁹ (Financial Services and Markets Authority) en er een evaluatie komt door het federale Parlement vóór 1 maart 2011.

Op 26 juni 2008 stelt de vereniging Test-Aankoop bij het Grondwettelijk Hof een beroep tot nietigverklaring van de wet van 21 december 2007 in; dit Hof stelt vervolgens een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie (arrest nr. 103/2009 van 18 juni 2009). Test-Aankoop, dat het beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld, betwist immers de geldigheid van artikel 5 §2 van de richtlijn 2004/113. Het Hof van Justitie verleent zijn arrest op 1 maart 2011⁷⁰ en verklaart dat artikel 5 §2 van de richtlijn onverenigbaar is met de artikelen 21 en 23 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie en dus nietig vanaf 21 december 2012.⁷¹ Bijgevolg verklaarde het Grondwettelijk Hof, in zijn arrest nr. 116/2011, de wet van 21 december 2007 nietig vanaf diezelfde datum.

Aldus mogen, sinds 21 december 2012, overeenkomstig artikel 10 van de Genderwet, de actuariële factoren niet langer worden gebruikt om de premies en prestaties te bepalen in het domein van de levensverzekeringen.⁷²

Met het oog op een efficiënte omzetting van deze verplichting (ook in de andere verplichte domeinen sinds 10 mei 2007) in de praktijk nodigt de Raad van de Gelijke Kansen de federale regering uit om:

- aan de FSMA de opdracht te geven erop toe te zien dat geen enkele verzekerings-

69 Nieuwe naam van de Commissie voor het Bank- en Financieuzen (CBFA).

70 Zie het arrest van het Hof en de conclusies van 30 september 2010 van de advocate-generaal Kokott. Zaak C-236/09 *Test-Aankoop*.

71 Voor een commentaar op dit arrest, zie ook Y. Thiery, "Observations: la fin de la tarification hommes – femmes en Europe", JT, 2011, pagina 342.

72 In verband hiermee wijzen we op de richtsnoeren van de Europese Commissie, die tot doel hebben de plichten van de verzekeringen en de rechten van de verzekerden toe te lichten als gevolg van het arrest Test-Aankoop. Dit advies van de Commissie kan echter in rechte worden betwist, bijvoorbeeld waar het stelt dat de aanpassingen niet toepasselijk zijn op de wijzigingen van levensverzekeringscontracten die gesloten zijn vóór 31 december 2012 – punt 13. Guidelines on the application of Council Directive 2004/113/EC to insurance, in the light of the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-236/09 (*Test-Achats*) (2012/C 11/01), J.O. 13.1.2012, C-11/1.

68 Op basis van het advies nr. 131 van 31 maart 2011 van de Raad van de Gelijke Kansen voor Mannen en Vrouwen.



maatschappij de gevolgen van de opgave van volgens geslacht ingedeelde actuariële factoren in haar voordeel vervormt en om aan de consumenten de passende informatie te verstrekken om een einde te maken aan de alarmerende geruchten in verband hiermee;

- de opgave van de actuariële factoren toe te passen op de lopende overeenkomsten, daar ze leiden tot genderdiscriminatie;
- erop toe te zien dat elke nieuwe overeenkomst die tijdens de overgangperiode wordt gesloten geen gebruik maakt van de volgens geslacht ingedeelde actuariële factoren en de nodige maatregelen te treffen opdat de verzekeraars deze richtsnoeren in acht zouden nemen;
- aan het Parlement een wetsontwerp voor te leggen tot wijziging van artikel 12 §2 van de Genderwet met als doel het gebruik van volgens geslacht ingedeelde actuariële factoren in de aanvullende regelingen van de sociale zekerheid te verbieden;
- het koninklijk besluit van 21 december 1971 betreffende arbeidsongevallen (privésector) te wijzigen, dat gebruik maakt van volgens geslacht ingedeelde actuariële factoren om de rente te berekenen die verschuldigd is aan de overlevende echtgeno(o)t(e) of wettelijk samenwonende met het oog op zijn gedeeltelijke betaling in kapitaal, daar het in tegenspraak is met artikel 11 van de Genderwet;
- na te gaan of er geen andere bepalingen inzake sociale zekerheid bestaan die dezelfde onregelmatigheid zouden bevatten en eveneens zouden moeten worden aangepast.

Specifieke opvolging en een rapport over de uitvoering van deze verplichting door de verzekeringssector lijken noodzakelijk om zich te vergewissen van de doeltreffendheid van artikel 10 van de wet.

Recenter nog was er het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 3 september 2014.⁷³ De gestelde vraag is de volgende: mag het bedrag van een wettelijke sociale prestatie dat als gevolg van een arbeidsongeval wordt betaald verschillend zijn naargelang de begunstigde een man of een

vrouw is, als gevolg van de toepassing van actuariële factoren op grond van geslacht? Het Hof van Justitie heeft deze vraag in dit prejudicieel arrest negatief beantwoord, daar het meende dat een actuariële berekening – op grond van de gemiddelde levensverwachting volgens het geslacht van de begunstigde – van een forfaitaire vergoeding die werd betaald in het kader van een regeling van ongevalsverzekering discriminatoir was.

In casu raakte dhr. X. gewond tijdens een arbeidsongeval in augustus 1991. De *vakuutusoiikeus* (Finse rechtbank inzake sociale verzekeringen) stelde vast, bij een beslissing verleend in oktober 2005, dat hij recht had op een forfaitaire vergoeding voor blijvend nadeel, bij toepassing van de Finse wet betreffende de verzekeringen tegen ongevallen.

X. stelde beroep in tegen de beslissingen die de bevoegde verzekeringsmaatschappij in december 2005 nam en die hem een vergoeding toekende wegens blijvend nadeel; ze deed gelden dat de vergoeding die in één keer werd betaald diende te worden berekend op grond van dezelfde criteria als die welke waren voorzien voor vrouwen. X eiste het bedrag van 278,89 euro, i.e. het verschil tussen de vergoeding die hij had ontvangen en die welke zou zijn betaald aan een vrouw van dezelfde leeftijd in een vergelijkbare situatie.

Het geschil in de hoofdzaak heeft dus betrekking op de voorwaarden van berekening van het bedrag van de vergoeding die verschuldigd is voor het nadeel als gevolg van een arbeidsongeval en die in één keer wordt betaald in de vorm van een forfaitaire vergoeding. In deze Finse zaak werd de actuariële berekening verricht in functie van, meer bepaald, de leeftijd van de werknemer en zijn resterende gemiddelde levensverwachting; om deze laatste factor vast te stellen, wordt er rekening gehouden met het geslacht van de werknemer, daar – statistisch gezien – de gemiddelde levensverwachting bij mannen en vrouwen niet dezelfde is.

In dit arrest bekrachtigt het Hof een oplossing die bestaat in een ontwikkeling van de rechtspraak Test-Aankoop.

De punten 37 en 38 van het arrest zijn de belangrijkste, daar ze leiden tot de vaststelling dat de regeling zoals die in Finland bestaat discriminerend is. In punt 37 staat te lezen dat, *“niettegenstaande het feit dat de betrokken forfaitaire hoofdvergoeding is voorzien door een regeling die ook prestaties vaststelt wegens schade als gevolg van een arbeidsongeval die gedurende het hele resterende leven van de benadeelde persoon wor-*

den betaald, deze vergoeding niet mag worden berekend op basis van een veralgemening betreffende de gemiddelde levensverwachting van mannen en vrouwen”.

Het Hof van Justitie schuift twee redenen naar voren, i.e. een principiële en een praktischer reden, om de praktijk te verwerpen waarbij er rekening wordt gehouden met de gemiddelde levensverwachting van mannen en vrouwen. Om te beginnen meent het dat een “*dergelijke veralgemening aanleiding kan geven tot een discriminerende behandeling van de verzekerden van het mannelijk geslacht in vergelijking met die van het vrouwelijk geslacht*” (punt 38). Immers, “*de toepassing van deze factor leidt ertoe dat de vergoeding die krachtens de genoemde prestatie in één keer wordt betaald lager is, wanneer ze aan een man wordt toegerekend, dan hetgeen een vrouw van dezelfde leeftijd in een vergelijkbare situatie zou krijgen*” (beschikkend gedeelte). Bovendien voegt het Hof toe dat men nooit “*de zekerheid kan hebben dat een verzekerde vrouw steeds een levensverwachting heeft die hoger is dan die van een verzekerde man van dezelfde leeftijd in een vergelijkbare situatie*” (punt 38).

Aldus, en in de lijn van het voornoemde arrest Test-Aankoop, veroordeelt het Hof een dergelijk gebruik, in deze context, van statistische gegevens betreffende de gemiddelde levensverwachting van mannen en vrouwen als discriminerend. Het recht van de Unie verbiedt een dergelijke actuariële berekening, voor dit type prestatie.

Tot besluit kan men zich afvragen of het artikel 5 §2 van de richtlijn 2004/113/EG dat de lidstaten toestaat om geslachtsspecifieke actuariële factoren te blijven gebruiken in individuele verzekeringen ingaat tegen artikel 13 van de HGEU, artikel 9 §1 van de Kaderrichtlijn 2006/54/EG en de nationale bepalingen die dit omzetten en of het verbod op geslachtsspecifieke actuariële factoren in groepsverzekeringen niet formeel erkend/bekrachtigd moet worden.⁷⁴

6. De mechanismen van bescherming, bestraffing en schadeloosstelling

De Genderwet heeft de vorige bepalingen inzake verhaalmiddelen verbeterd teneinde een grotere doeltreffendheid te verlenen aan de bevoegdheid van de rechtbanken om beschikkingen af te leveren met als doel discriminaties te doen ophouden; in dit verband bestaat er nog geen rechtspraak. Tevens

⁷⁴ Zie. J. Jacqmain en N. Wuiame, « Gender based actuarial factors and EU gender equality law », *European equality law review*, 2015/1, p. 14.

voert de wet een minimumbedrag van forfaitaire vergoeding in (waarnaar al lang werd uitgekeken en vastgesteld op zes maanden loon) tot herstel van de morele schade als gevolg van de discriminatie (tenzij het slachtoffer kan aantonen dat de schade groter is). Tot slot biedt ze zowel slachtoffers als getuigen bescherming tegen vergeldingsacties.

6.1. Strafrechtelijke bepalingen

De wet van 7 mei 1999 bevatte een uitgebreid strafrechtelijk luik, dat later echter werd opgegeven en vervangen door burgerrechtelijke sancties. Ter verantwoording van deze keuze verklaarde de wetgever “*(...) dat de strafrechtelijke sancties die zijn opgenomen in de wetgeving inzake antidiscriminatie praktisch weinig doeltreffend zijn gebleken (...) Deze ondoeltreffendheid kan meer bepaald worden verklaard door het feit dat in strafzaken de moeilijkheid om de discriminatie te bewijzen niet kan worden opgelost door een omkering van de bewijslast, zoals in burgerlijke zaken.*”⁷⁵

In het eerste wetsontwerp dat in 2007 werd besproken, was er sprake van om ook de bepalingen van de wet van 30 juli 1981 inzake discriminatie in het domein van de arbeidsrelaties en dat van de toegang tot goederen en diensten op te heffen.

Meerdere parlementsleden en Unia verzetten zich echter tegen deze opheffing.

Unia had vragen bij de gegrondheid van een depenalisering van de discriminaties, meer bepaald om de volgende redenen:

- “op het vlak van de principes:
 - *het verlies van het symbolisch strafrechtelijk verbod en dus onder meer een zekere druk voor het opzetten van preventieve acties;*
 - *het ‘normaliseren’ van bepaalde racistische houdingen;*
- (...)
- Op vlak van de praktijk:
 - *het verlies van een keuzemogelijkheid voor het slachtoffer van een raciale discriminatie tussen een burgerrechtelijke en strafrechtelijke procedure;*
 - *het verlies van de mogelijkheid om politie in te schakelen voor het verrichten van vaststellingen, het zoeken van*

⁷⁵ Parl. St., Kamer, gewone zitting, 2006-2007, nr. 2721/001, p. 25.



bewijzen alsook gebruik maken van de strafrechtelijke procedure om zich toegang te verschaffen tot het dossier en bijkomende onderzoeksdaten te vragen."⁷⁶

Parlementsleden hadden gewezen op het gevaar om de bepalingen op te heffen die discriminerende handelingen bestraffen in het domein van de arbeidsrelaties, daar het risico bestond dat de depenalisering zou worden geïnterpreteerd als een symbolische in-trekking van het uitgevaardigde verbod.⁷⁷

Er werden amendementen ingediend. De regering heeft vervolgens het behoud van de penalisering van de discriminaties ondersteund in haar wetsontwerp tot wijziging van de rassenwet, zonder ze echter op te nemen in de algemene wet of in de Genderwet; aldus heeft ze de doelstelling van harmonisatie die ze zich had gesteld uit het oog verloren.

De Genderwet bevat in haar artikelen 26 tot 31 echter strafrechtelijke bepalingen die voorzien in strafrechtelijke sancties voor de verboden gedragingen zoals bedoeld in deze bepalingen, meer bepaald:

- voor elke persoon:
 - elk gedrag verboden door artikel 444 van het Strafwetboek, i.e. aanzetten tot discriminatie, haat of geweld jegens een persoon wegens zijn geslacht;
 - elk gedrag verboden door artikel 444 van het Strafwetboek jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan, wegens hun geslacht;
 - het feit zich niet te schikken naar een vonnis of een arrest verleend krachtens artikel 25 in het kader van een vordering tot staking;
- voor de ambtenaren: discriminatie jegens een persoon wegens zijn geslacht of jegens een groep, een gemeenschap of de leden ervan wegens hun geslacht.

Uit deze bepalingen volgde dat terwijl aanzetten tot discriminatie strafrechtelijk werd bestraft, de effectieve discriminatie – begrepen als directe of indirecte discriminatie, (seksuele) intimidatie en opdracht tot discrimineren – niet strafrechtelijk werd bestraft.

⁷⁶ Parl. St., Kamer, gewone zitting, 2006-2007, St. 51 2720/009, p. 143.

⁷⁷ Parl. St., Kamer, gewone zitting, 2006-2007, St. 51, 2720/002.

Ondanks de bedoeling van de wetgever om het discriminatierecht te depenaliseren was een dergelijk verschil in behandeling op strafrechtelijk vlak niet verantwoord. Integendeel, hoe kon men verantwoord worden dat aanzetten tot discriminatie werd bestraft terwijl de persoon die discrimineert alleen op burgerrechtelijk vlak zou kunnen worden bestraft.

Deze bijzonderheid werd opgeheven door de wet van 22 mei 2014 die de strafrechtelijke sancties opnieuw opneemt in de Genderwet, precies omdat "*de wet van 2007 enkel aanzetten tot discriminatie bestrafte, maar niet discriminatie als zodanig. De wet maakt een einde aan deze paradox door alle directe en indirecte discriminaties opnieuw te bestraffen.*" Zoals we al zagen (supra titel II, punt 1.1) bestraft de wet de dader van de discriminatie wanneer hij zich laat leiden door een bijzonder opzet.

Het is zinvol om hier een vergelijking te maken tussen de tenlastelegging 'discriminatie', die een bijzonder opzet vereist, en de algemene tenlasteleggingen in het sociaal strafrecht. Immers, opdat er sprake zou zijn van welke inbreuk ook dienen drie elementen aanwezig te zijn: een wettelijk element (een tenlasteleggingstekst), een materieel element (de verboden handeling of het verboden verzuim te handelen) en een moreel element (een schuldige instelling). Bovendien is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de dader van een feit dat de samenstellende elementen van de inbreuk verenigt slechts bewezen indien deze inbreuk moreel aan hem toerekenbaar is, i.e. indien hij het ten laste gelegde feit bewust en vrij heeft begaan.

Uit de toepassing van deze principes blijkt een bijzonderheid in het sociaal strafrecht die een zekere ontkenning van het morele element (onderdeel van de inbreuk) in de hand werkt en strikt is wat de toelating betreft van redenen van morele niet-toerekenbaarheid (extrinsiek ten aanzien van de inbreuk).

In haar handboek inzake sociaal strafrecht stelt mevrouw KEFER⁷⁸ dat terwijl het klassieke strafwetboek eist dat er sprake is van algemeen opzet, er vaak geen opzet is vereist in het arbeidsrecht of het sociaizekerheidsrecht, waar inbreuken worden bestraft door bijzondere wetten. De regel zou dus omgekeerd zijn en behoudens andersluidende bepalingen volstaat alleen al de vaststelling van het bestaan van de inbreuk om die inbreuk te vormen. Dit is echter niet het geval in het kader van de wijzigingen die de wet van 22 mei 2014 heeft ingevoegd.

⁷⁸ Kéfer, F. (2014). Précis de droit pénal social (2^{de} uitg). Limal, België: Anthémis.

Wellicht is de eis van een bijzonder opzet het gevolg van het streven dat de wet wordt gecalqueerd op de antiracismewet. Het zou echter wel eens bijzonder moeilijk kunnen blijken om het bewijs van dit bijzonder opzet te leveren. Bijgevolg is er een tekort op het vlak van bescherming.

Wie de voorbereidende werkzaamheden opnieuw leest, stelt vast dat de Raad van State geen enkel bezwaar heeft geformuleerd en dat de kwestie van de depenalisering van discriminatie werd besproken op basis van het begrip "discriminatie". Men kan zich afvragen of dit begrip voldoende duidelijk en nauwkeurig is om een strafrechtelijke sanctie mogelijk te maken.

Het is zinvol te wijzen op een risico – op burgerrechtelijk vlak – van verwarring betreffende het begrip "discriminatie" in enerzijds het strafrecht, dat een opzet vereist, en anderzijds het burgerlijk recht, waar er geen intentie moet bestaan. Alleen al het bestaan van discriminerende feiten geeft aanleiding tot de vaststelling van discriminatie.

Tot besluit van deze kwestie geven we nog mee dat de definities van intimidatie en seksuele intimidatie uitgesloten zijn van het strafrechtelijk toepassingsgebied van de Genderwet.

De wet betreffende het welzijn heeft geen betrekking op intimidatie van seksistische aard op de werkplek; hoewel de wet in februari 2014 werd herzien, is er alleen sprake van ongewenst seksueel gedrag of pesterijen op grond van het criterium 'geslacht'. Worden er pesterijen vastgesteld, dan geven die weliswaar aanleiding tot een interne behandeling, maar kunnen ze ook aanleiding geven tot een externe procedure die wordt ingesteld door middel van een klacht bij de onderzoeksrechter, de politie, het parket, de auditeur of ook de FOD Welzijn.

6.2. De bewijslast

Titel V van de Genderwet heeft betrekking op de bewijslast. Deze titel zet het Europees recht ter zake om.

Het Europees recht heeft de kwestie van het bewijs doen evolueren. Dit gebeurde om te beginnen met de Europese richtlijn van 15 december 1997 die wijzigingen heeft doorgevoerd met betrekking tot de verdeling van de bewijslast in het geval van discriminatie op grond van geslacht. De nieuwe tekst verdeelt die bewijslast tussen de eiser en de verweerder.

In eerste instantie is de eiser gehouden een eenvoudig vermoeden van discriminatie te bewijzen in zijn

voordeel. Dit laatste bestaat wanneer een eisende partij een feit of een reeks feiten onder de aandacht brengt dat (die), indien het (ze) niet kan (kunnen) worden weerlegd, toela(a)t(en) het bewijs van een discriminatie te veronderstellen.

De bewijslast gaat dan over naar de vermoedelijke dader van de discriminatie. De verweerder zal proberen aan te tonen dat de discriminatie niet bestaat, dat zijn beslissingen steunden op objectieve criteria. Vervolgens komt het de rechter toe zich een mening te vormen.

Bij toepassing van artikel 13 van het Verdrag van Amsterdam werden er nog twee zeer belangrijke Europese richtlijnen genomen. Om te beginnen is er de richtlijn van 29 juni 2000 die uitdrukkelijk betrekking heeft op enkel discriminaties wegens ras of etnische afkomst. Ze beslaat tegelijk het domein van de arbeid en de domeinen sociale bescherming, sociale zekerheid en onderwijs. Ze nodigt de Lidstaten uit één of meer organisaties voor de bevordering van de gelijke behandeling op te richten die meer bepaald de taak moeten krijgen slachtoffers te ondersteunen en te helpen in wat ze ondernemen. Daarnaast is er de richtlijn van 27 november 2000 ter bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuigingen, een handicap, de leeftijd of de seksuele geaardheid op het vlak van arbeid en tewerkstelling.

Artikel 32 van de Genderwet luidt als volgt:

"De bepalingen van deze titel zijn van toepassing op alle gerechtelijke procedures, met uitzondering van de strafrechtelijke procedures. Voor de toepassing van deze titel wordt begrepen onder discriminatie:

- *directe discriminatie;*
- *indirecte discriminatie;*
- *opdracht tot discrimineren;*
- *intimidatie;*
- *sexuele intimidatie."*

"Artikel 33. §1. Wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, het Instituut of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van het geslacht kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

§2. Onder feiten die het bestaan van een directe discriminatie op grond van het geslacht kunnen doen vermoeden, wordt onder meer, doch niet uitsluitend, begrepen:

1° de gegevens waaruit een bepaald patroon van on-



gunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen van hetzelfde geslacht; onder meer verschillende, los van elkaar staande bij het Instituut of een van de belangenverenigingen gedane meldingen; of

2° de gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.

§3. *Onder feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op grond van het geslacht kunnen doen vermoeden, wordt onder andere, doch niet uitsluitend, begrepen:*

1° algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid; of

2° het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid; of

3° elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt."

Zoals in het Europees recht wordt het voor het slachtoffer dus gemakkelijker gemaakt om het bewijs van de discriminatie te leveren; het slachtoffer moet feiten bewijzen op basis waarvan een vermoeden van discriminerende behandeling kan worden aangetoond en op die manier een verdenking wekken als gevolg waarvan het voor de werkgever noodzakelijk wordt dit om te keren. De werkgever dient niet het bewijs van een negatief feit te leveren (i.e. het ontbreken van discriminatie), maar dient de aangegeven nauwkeurige feitelijke elementen te weerleggen of de verstoring van gelijkheid te verantwoorden aan de hand van overwegingen die geen uitstaans hebben met een discriminerend beleid.

De feiten op grond waarvan een vermoeden van discriminatie kan bestaan, kunnen van eender welke aard zijn.

Discriminatie vereist geen intentie tot discrimineren. De bewijslast bestaat erin een feit aan te tonen dat een discriminerend effect heeft, buiten eender welke analyse van intentie, of niet, van de auteur om te discrimineren. **Een van de problemen op het vlak van gerechtelijke procesvoering met betrekking tot indirecte discriminatie bestaat nochtans in dit zoe-** **ken naar de intentie om te discrimineren en bij gebrek daaraan te besluiten dat er geen sprake is van discriminatie.** Wat de middelen betreft aan de hand waarvan discriminerende feiten kunnen worden bewezen geeft de Genderwet in haar artikel 32, naast de klassieke bewijsmiddelen zoals vervat in het Burgerlijk Wetboek, voorbeelden aan de hand waarvan het bestaan van discriminerende feiten kan worden

vermoed. Deze lijst is niet exhaustief, maar strekt tot voorbeeld. Hoewel ze niet uitdrukkelijk verwijst naar praktijktesten, belet ze niet dat er gebruik wordt gemaakt van dergelijke testen. Wat de patroonmethoden betreft lezen we in de voorbereidende werkzaamheden dat "het vermoeden wordt gewekt aan de hand van gegevens waaruit blijkt dat er een patroon van ongunstige behandeling bestaat ten aanzien van personen met een bepaald kenmerk"⁷⁹. Het patroon kan blijken uit getuigenissen van personen die dezelfde situatie hebben beleefd. In de parlementaire werkzaamheden staat ook nog dat er bij de analyse van het patroon rekening mag worden gehouden met "feiten of gegevens die dateren van vóór, tijdens of na de vermeende discriminatie".

Er wordt echter een grote beoordelingsvrijheid gelaten aan de rechter, die de graad van patroon, de intensiteit van de herhaling, de kwestie van de vergelijking en dus van de vergelijkingscriteria evenals het begrip 'melding' in de wetsbepaling dient te beoordelen. Bestaat deze melding enkel in de aanhangigmaking bij het Instituut of dient er een geregistreerde en gegronde klacht te zijn? Is de uitwerking van deze melding tot slot beperkt in de tijd? Anders gezegd, mogen we beschouwen dat er eens een bepaalde termijn is verstreken geen rekening meer kan worden gehouden met de melding bij de beoordeling van het patroon?

Wat de vergelijkbaarheidstoets betreft bestaat de methode erin elementen aan te brengen die voldoende overtuigend zijn om de vergelijkbaarheid aan te tonen van de situaties tussen het vermeende slachtoffer van discriminatie en een 'referentiepersoon' (die het beschermde criterium niet deelt): door het gedetailleerde bewijs te leveren van de vergelijkbaarheid van beide personen, schakelt men alle factoren uit op grond waarvan een verschillende behandeling tussen hen op wettige wijze had kunnen worden verantwoord. Door deze factoren uit te schakelen blijft er nog slechts één variabele over die een verklaring biedt voor de ongelijke behandeling, i.e. een verschil op grond van het geslacht. Deze test lijkt overbodig, daar er nooit sprake kan zijn van vraagstelling betreffende het bestaan van een discriminatie zonder eerst over te gaan tot een vergelijking. Het principe van non-discriminatie bepaalt echter dat alleen personen in een vergelijkbare situatie op dezelfde wijze dienen te worden behandeld. Gelijkheid en haar uitvloeisel, i.e. het beginsel van non-discriminatie, zijn dus comparatief van nature.

79 Rapport van de Commissie Justitie van de Kamer van 19 maart 2007, Kamer, zitting 2006-2007, St. 51-2720/009, p. 75.

Eens te meer wordt er geen enkele aanwijzing gegeven betreffende het bewijzen van de vergelijkbare situatie.

De tekst heeft het eerst over de elementen die behoren tot een zeker 'patroon' of 'vergelijkbaarheid'.

6.3. Bescherming van de slachtoffers van discriminaties en van de getuigen

Overeenkomstig artikel 10 van de Kaderrichtlijn voert de Genderwet ten gunste van de slachtoffers en de getuigen een regeling van bescherming tegen vergeldingsmaatregelen in. In dit deel van het rapport focussen we op de bescherming van de getuigen. De bescherming van de slachtoffers wordt geanalyseerd in het kader van het vergeldingsontslag (infra, punt 6.5).

Artikel 22 van de Genderwet voert een regeling van getuigenbescherming in die identiek is aan de regeling die bestaat voor het slachtoffer dat klacht heeft ingediend.

Bijgevolg en opdat de getuige bescherming zou genieten is het nodig dat het slachtoffer een regelmatige klacht heeft ingediend conform artikel 22. Werd er geen klacht ingediend of is die klacht onregelmatig, dan geniet de getuige geen bescherming.

De wet voegt een bijzondere voorwaarde toe opdat de bescherming van de getuige effectief zou zijn. Die getuige moet een document *ad hoc* hebben ingevuld dat hij ondertekent en van een datum voorziet en waarin hij het relaas geeft van de feiten waarvan hij getuige is geweest.

We stellen dus verschillende tekortkomingen vast in de organisatie van deze bescherming:

- om te beginnen zijn er de vormvoorschriften die dienen te worden vervuld om deze bescherming als getuige te kunnen genieten, naast de beperking van het begrip. Om als getuige te worden beschouwd, dient men werkelijk tussen te komen in de procedure door middel van een geschrift. De bescherming is bijgevolg niet toepasselijk voor collega's die hulp bieden. Artikel 10 van de richtlijn is echter niet zo restrictief. Het betreft een systeem om "*personen te beschermen tegen een nadelige behandeling of nadelige gevolgen als reactie op een klacht of op een procedure*";
- de bescherming is niet toepasselijk bij gebrek aan een aangewezen slachtoffer. In

deze zin meent het Arbeidshof van Gent (afdeling Brugge, 7^{de} kamer) op 28 december 2010⁸⁰ in het kader van een zaak in verband met de Genderwet betreffende het racisme dat de verklaring van een werknemer van de vennootschap, die in de pers is verschenen en als bewijs bij de klacht werd gevoegd, geen getuigenis is waarvoor de auteur bescherming geniet tegen de vergeldingsmaatregelen van de werkgever;

- de bescherming is alleen toepasselijk in het kader van het vergeldingsontslag, niet in het kader van discriminerend ontslag.

6.4. Nietigheid van de strijdige bepalingen

Artikel 18 van de Genderwet bepaalt:

"§1 Een direct of indirect onderscheid op grond van geslacht geeft nooit aanleiding tot de vaststelling van enige vorm van discriminatie verboden door deze wet wanneer dit onderscheid wordt opgelegd door of krachtens een wet."

Paragraaf 2 van hetzelfde artikel voegt echter toe dat het in §1 genoemde principe niet verhindert dat de conformiteit van de betrokken wet met de Grondwet, het recht van de Europese Unie en het geldende internationaal recht wordt gecontroleerd.

Is de verboden discriminatie opgenomen in een besluit of een reglement, dan heeft de Genderwet dus voorrang. Bij toepassing van artikel 159 van de Grondwet moet de rechter bij wie een geschil aanhangig wordt gemaakt deze reglementaire bepaling of dit besluit die/dat strijdig is met de wet terzijde schuiven. Is de discriminatie opgenomen in een wet, dan kent artikel 142 van de Grondwet aan het Grondwettelijk Hof de bevoegdheid toe om de conformiteit van de wetten te controleren met verwijzing naar het fundamentele beginsel van algemene gelijkheid en van gelijkheid van vrouwen en mannen in het bijzonder. Dit contentieux bekleedt een bijzondere plaats in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Immers, tot aan de wet van 9 maart 2003 was het Hof alleen bevoegd om de inachtneming van de artikelen 10, 11 en 24 van de Grondwet te controleren. Het heeft de mogelijkheden van deze beginselen dus geëxploiteerd door ze te combineren met de rechten en vrijheden die aan de burgers worden gewaarborgd. Bijgevolg kan het Hof, ook al is het niet bevoegd om een internationale norm te controleren, deze controle onrechtstreeks uitoefenen:



- ofwel door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet te combineren met het internationaal recht en ervan uit te gaan dat indien dit recht wordt geschonden, zulks ipso facto ook geldt voor de artikelen 10 en 11;
- ofwel, wanneer de internationale bepaling wordt bekrachtigd door het Belgisch recht en eenzelfde reikwijdte heeft als een nationale norm, beschouwt het Hof dat de internationale norm en de nationale bepaling een algemeenheid vormen.

De inachtneming van de Europese richtlijnen en het fundamenteel Europees recht moet hier nogal wat omwegen volgen.

Voorts wijzen we erop dat elke nationale rechter, krachtens artikel 267, 2^{de} lid van het VWEU, het Hof van Justitie kan ondervragen over de draagwijdte van het Europees recht. Sinds de bijzondere wet van 12 juli 2009 tot wijziging van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof is de nationale rechter verplicht eerst de prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Deze bepaling luidt immers als volgt: "§4. Wanneer voor een rechtscollege wordt opgeworpen dat een wet, een decreet of een in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel een grondrecht schendt dat op geheel of gedeeltelijk analoge wijze is gewaarborgd in een bepaling uit titel II van de Grondwet en in een bepaling van Europees of internationaal recht, stelt het rechtscollege eerst aan het Grondwettelijk Hof de prejudiciële vraag over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet."

Tot slot impliceert artikel 18 van de Genderwet, als gevolg van zijn formulering, dat de federale wetgever mag afwijken van het principe van non-discriminatie. Daarbij vergeet de federale regering een wezenlijke verplichting die is opgenomen in de Kaderrichtlijn, i.e. de toepassing van het principe van gendermainstreaming (analyse ex ante van de weerslag van de wetgeving).

Artikel 20 van de Genderwet verklaart dat de 'bepalingen' die in tegenspraak zijn met deze wet en 'de contractuele bedingen' die voorzien in een bij voorbaat afzien van de door de wet gewaarborgde rechten nietig zijn.

De sanctie van nietigheid werkt als een absolute nietigheid.⁸¹

81 Zie in dit verband de voorbereidende werkzaamheden: "Het betreft een absolute nietigheid. Het voorontwerp vertaalt immers een grondrecht (het recht op gelijke behandeling) naar horizontale en verticale relaties. Deze Wet raakt bijgevolg de openbare orde", Ontwerp van wet ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, Memorie van toelichting, Parl. St., Kamer, gewone zitting, 2006-2007, nr. 2722/001.

Het begrip 'contractueel beding' creëert geen bijzondere problemen. Het woord 'bepalingen' verwijst meer bepaald naar de bedingen in individuele of collectieve overeenkomsten, arbeidsreglementen of bestuurlijke akten alsook naar de bedingen die voorkomen in eenzijdig opgestelde documenten. De klager kan aan de Raad van State vragen om dergelijke eenzijdige stukken te vernietigen.

De sanctie van nietigheid van discriminerende bepalingen heeft dus een ruim toepassingsgebied, des te meer daar ze door elke belanghebbende kan worden opgeworpen. Ze kan dus ambtshalve of op verzoek van het openbaar ministerie worden uitgesproken door de rechter.⁸²

De wet van 4 augustus 1978 nam in het begrip 'bepalingen' ook wetgevende normen op. Sinds de oprichting van het Arbitragehof in 1980 kunnen hoven en rechtbanken een wetgevende norm hoe dan ook niet meer vernietigen. Het Arbitragehof, vandaag het Grondwettelijk Hof, is daartoe voortaan als enige bevoegd. De wet van 7 mei 1999 op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen had dit uitdrukkelijk zo gesteld.

Hooguit dient de rechter, wanneer de termijn om de richtlijn om te zetten overschreden is, de nationale norm in de mate van het mogelijke te interpreteren in een zin die conform is aan de Europese richtlijn. Het arbeidshof van Luik⁸³ heeft dit toegepast in een arrest van 6 april 1995. Zo niet zou een prejudiciële vraag kunnen worden gesteld aan het Grondwettelijk Hof op basis van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Op te merken valt dat het HJEG meent dat het directe verticale effect toelaat bepaalde communautaire bepalingen die voldoende nauwkeurig zijn te doen gelden bij de Staat in zijn hoedanigheid van werkgever.⁸⁴

Artikel 20 van de wet van 2007 heeft duidelijk niet tot doel discriminerende handelingen zoals een ontslag te annuleren. De vordering die op grond van deze bepaling zou worden ingesteld, kan niet tot doel hebben een bepaling te vernietigen die strijdig is met de Genderwet. Een slachtoffer van discrimi-

82 Zie in dit verband de wet van 10 mei 2007 tot aanpassing van het Gerechtelijk Wetboek aan de wetgeving in zijn artikelen 15, 16 en 17.

83 Arbeidshof Luik, 6 april 1995, *Soc.Kron.*, 1995, 337, opm. J. JACQMAIN.

84 In de arresten *Van Duyn* (04/12/1974, 41/74) en *Tullio Matti* (05/04/1979, 148/78) kent het Hof van Justitie een direct effect toe aan de richtlijn op voorwaarde dat ze "selfsufficient" is, i.e. dat de in de richtlijn beschreven principes duidelijk en nauwkeurig zijn en dat de verplichtingen onvoorwaardelijk zijn. Op het vlak van arbeidsrelatie waarbij de Staat de werkgever is, is het in het arrest *Marshall I dat dit rechtstreeks verticaal effect wordt bekrachtigd*, H.J.E.G., 26 februari 1986, *Marshall I, zaak 152/84, Rec., 1986, p. 723, §46*.

nerend ontslag zou bijgevolg aan de magistraat niet kunnen vragen, op basis van deze bepaling, het ontslag te vernietigen en opnieuw in zijn functie te worden gesteld.

Het verbod op discriminatie is van openbare orde.⁸⁵ Al wie er belang bij heeft te handelen, kan bijgevolg de nietigheid inroepen waarin dit artikel voorziet. Titel VI van de wet van 2007 laat bepaalde instellingen toe in rechte te handelen. In het geval van ontslag dient het slachtoffer van de discriminatie in te stemmen met de instelling van een vordering krachtens artikel 36.

6.5. Bescherming tegen vergeldingsmaatregelen als gevolg van een klacht

De Genderwet voert een regeling van bescherming tegen vergeldingsmaatregelen in die toepasselijk is in het kader van de arbeidsrelaties en daarbuiten. Deze regeling, opgelegd door de Europese richtlijnen en nader beschreven in de Europese rechtspraak (arrest *Coote*⁸⁶), werkt op basis van een weerlegbaar vermoeden van vergeldingsmaatregelen. Ze wordt bekrachtigd door het alternatief 'herinschakeling/vergoeding' en is eveneens toepasselijk op eenzijdige wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden die gelijkstaan met verbreking. Tot slot genieten ook de personen die tussenkomen als getuigen van de geïllustreerde feiten bescherming.

Er is echter ook een nieuwigheid ten opzichte van de oude wetten van 1978 en 1999. Artikel 22, §2 van de Genderwet definieert wat ze bedoelt met 'nadelige maatregel': het gaat niet alleen om de houding van de werkgever bij de verbreking van de arbeidsovereenkomst, maar ook om zijn houding na de verbreking van de arbeidsrelatie. Volgens de voorbereidende werkzaamheden wordt de Belgische wetgeving in overeenstemming gebracht met de rechtspraak van het Hof van Justitie. De wetgever doelt hier op de zaak *Coote* waarin het Hof een vonnis verleende dat nogal wat verbazing wekte. De werkgever beëindigde het contract van Belinda Jane Coote in september 1993. Daarop stelde zij onmiddellijk een rechtsvordering in, daar ze meende het slachtoffer te zijn van discriminatie op grond van haar zwangerschap. Iets later werd het geschil echter minnelijk geregeld. Eén jaar later had mevrouw Coote echter nog steeds geen ander werk gevonden.

85 In de voorbereidende werkzaamheden en meer bepaald in de commentaar bij de artikelen betreffende de nietigheid van de discriminerende bepalingen lezen we: "Het betreft een absolute nietigheid. Het voorontwerp vertaalt immers een grondrecht (het recht op gelijke behandeling) naar horizontale en verticale relaties. Deze Wet raakt bijgevolg de openbare orde.", Kamer, Parl. St., gewone zitting, 2006-2007, nr. 2721/001, p. 54.

86 H.J.E.G., 22 september 1998, *Belinda Jane Coote tegen Granada Hospitality Ltd*, Rec. 1998, p. I-5199.

Ze legde de schuld daarvoor bij haar gewezen werkgever, die weigerde haar de referenties te bezorgen die ze nodig had om te solliciteren, als vergeldingsmaatregel voor de vordering die ze een jaar eerder had ingesteld. Ondervraagd door de *Employment Tribunal* oordeelde het Hof dat artikel 6 van de oude richtlijn 76/207 de Lidstaten ertoe verplicht in hun interne rechtsorde de maatregelen te treffen die nodig zijn en aan het slachtoffer van een discriminatie de mogelijkheid verlenen om "zijn rechten via juridische weg te doen gelden". Deze bepaling heeft ook betrekking op de situatie van een werknemer van wie de werkgever, eens de arbeidsrelatie is beëindigd, weigert referenties te bezorgen in een reactie op een rechtsvordering die werd ingesteld om het beginsel van gelijke behandeling in de betekenis van diezelfde richtlijn in acht te doen nemen. Aldus moet de bijzondere bescherming tegen vergeldingsmaatregelen ook betrekking hebben op de nadelige maatregelen die worden getroffen eens het ontslag is betekend (en die meer bepaald beletten dat de werknemer een nieuwe baan kan zoeken).

Ten tijde van dit arrest merkte HUMBLET op dat de Belgische rechter tot dezelfde oplossing zou kunnen komen door de Europese rechtsleer van de 'conforme interpretatie' toe te passen op de wet van 4 augustus 1978. Hoewel deze jurisprudentiële techniek het voordeel biedt geen hervorming van de wetgeving te eisen, heeft de wetgever ervoor gekozen het principe 'Coote' uitdrukkelijk op te nemen in de tekst van de Genderwet.

Daar deze vorm van vergeldingsmaatregelen zich voordoet eens de arbeidsrelaties zijn beëindigd, ontslaat artikel 22 §8 het slachtoffer van de verplichting om voorafgaand zijn herinschakeling te vragen teneinde de door dit artikel voorziene forfaitaire of reële vergoeding te kunnen krijgen (zoals het geval is in de andere gevallen zoals bedoeld in artikel 22 §2).

Volgens paragraaf 4 van artikel 22 neemt de periode van bescherming tegen de nadelige maatregelen een aanvang wanneer een met redenen omklede klacht wordt ingediend of een vordering in rechte wordt ingesteld en heeft deze periode een duur van 12 maanden. In geval van een rechtsvordering wordt deze periode verlengd tot drie maanden na de dag waarop de beslissing kracht van gewijsde krijgt. Bijgevolg wordt elke nadelige maatregel die tijdens deze periode wordt genomen beschouwd als een vergelding voor de klacht, tenzij de werkgever het bewijs levert van vreemde redenen. De mogelijk scenario's zijn de volgende:

Bestaat een nadelige maatregel in een verbreking of wijziging van de arbeidsvoorwaarden, dan moet het slachtoffer – eens deze nadelige maatregel is getroffen – binnen de 30 dagen vanaf die maatregel, per aangetekend schrijven, vragen om opnieuw aan



het werk te worden gesteld. De werkgever krijgt dertig dagen de tijd om zijn positie te bepalen.

- Neemt hij het slachtoffer opnieuw op, dan moet hij het loon betalen dat de werknemer heeft verloren tijdens de periode gaande van de verbreking tot de herinschakeling.

- Neemt hij het slachtoffer niet opnieuw op, dan dient de werkgever een forfaitaire vergoeding van 6 maanden te betalen.

De vergoeding is verschuldigd, zonder dat een verzoek om opnieuw te worden opgenomen noodzakelijk is, wanneer een gerecht heeft geoordeeld dat de feiten die het voorwerp van de klacht waren discriminerend zijn; wanneer de werknemer de arbeidsrelatie verbreekt omdat de werkgever nadelige maatregelen neemt en het slachtoffer van mening is dat een dergelijk gedrag een dringende reden vormt in hoofde van de werkgever; wanneer de werkgever de overeenkomst heeft verbroken om een dringende reden en het bevoegde gerecht meende dat dit ontslag onregelmatig was en heeft vastgesteld dat het in tegenspraak was met het verbod voor de werkgever om tijdens de beschermingsperiode nadelige maatregelen te nemen.

De in het kader van een vergeldingsontslag verschuldigde vergoeding wordt vastgesteld op 6 maanden loon, tenzij het slachtoffer kiest voor de vergoeding van zijn reële schade.

6.6. Burgerrechtelijke sancties voor discriminerende handelingen

Artikel 23 van de Genderwet organiseert een regel van forfaitaire vergoeding wanneer een slachtoffer het bewijs levert van het bestaan van discriminerende feiten in het kader van het bestaan van de arbeidsovereenkomst of in de ontslagvoorwaarden. We hebben hier te maken met een andere optie dan het vergeldingsontslag. Het slachtoffer behoudt de mogelijkheid het herstel van de geleden schade te vervolgen bij toepassing van het gemeen recht inzake de contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid en niet bij toepassing van de voorgestelde forfaitaire bedragen. Deze laatste zijn in geen geval bindend voor het slachtoffer. Voorts kunnen alleen de slachtoffers de gunst van de forfaitaire vergoeding genieten, in tegenstelling tot belangengroepen of institutionele actoren (zoals het Instituut) die gemachtigd zijn om te handelen met als doel een tekortkoming ten aanzien van een van de drie wetten aan te klagen.

In het kader van een discriminerend ontslag of discriminerende handelingen kan het slachtoffer eisen:

- voor de morele en materiële schade samen in het kader van de arbeidsrelatie: een for-

faitaire vergoeding van zes maanden, tenzij de werkgever aantoont dat de betwiste ongunstige of nadelige behandeling er ook zou zijn gekomen wanneer er geen discriminatie was. In dit geval wordt de vergoeding verminderd tot drie maanden. Bovendien wordt de discriminatie op het vlak van de arbeidsrelaties en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid hersteld door toepassing van artikel 20 (nietigheid van de strijdige bepaling); de vergoeding is beperkt tot het bedrag voor de handelingen in strijd met het principe van non-discriminatie buiten het kader van de arbeidsrelaties, i.e. 650 euro;

- buiten het kader van de arbeidsrelaties wordt alleen de morele schade vergoed met een bedrag van 650 euro. Dit bedrag kan worden verdubbeld indien de dader van de betwiste handeling niet kan aantonen dat deze 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.

6.7. Cumul van schadevergoedingen

De Genderwet bevat geen enkele aanwijzing betreffende de mogelijkheden om de in de wet voorziene vergoedingen te cumuleren met die waarin andere wetgevingen voorzien, zoals de beschermingsvergoeding in het kader van het moederschap, loopbaanonderbrekingen of de vergoeding zoals bedoeld in artikel 63 van de wet van 3 juli 1978.

We onderscheiden de volgende gevallen:

- de cumul van de vergoeding verschuldigd in het kader van een vergeldingsontslag met een andere beschermingsvergoeding. In dit geval blijkt uit de recente rechtspraak dat een cumul niet mogelijk is. In een arrest van 15 mei 2012⁸⁷ meent het arbeidshof van Brussel dat het niet mogelijk is de beschermingsvergoeding in geval van discriminatie te cumuleren met die waarin de wet betreffende het welzijn voorziet. Het hof meent dat beide wetten eenzelfde doel nastreven in het kader van de bescherming tegen represailles: "*Het gaat erom de werkgever ervan te doen afzien, bij wijze van represailles, een werknemer te ontslaan die klacht heeft ingediend of die werknemer ten minste te vergoeden indien de werkgever hem ontslaat ondanks het wettelijk verbod.*" In deze zaak

87
300.

Arbeidshof Brussel, ERG nr. 2010/AB/1189, JTT, 2012, p.

onderstreept het hof dat de bescherming die de klager genoot op één enkele klacht steunde. De bescherming heeft dus betrekking op dezelfde schade, i.e. het verlies van werk en de represailles voor de indiening van de klacht. Het hof besluit dat een cumul niet mogelijk is. Het verwijst in dit opzicht naar de rechte rechtspraak van het Hof van Cassatie van 20 februari 2012.⁸⁸

- De cumul van de vergoeding wegens vergeldingsontslag en de vergoeding zoals bedoeld in artikel 63:

In een arrest van 24 januari 2000 oordeelde de arbeidsrechtbank van Charleroi terecht dat de forfaitaire vergoeding in geval van onrechtmatig ontslag (artikel 63 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten) zonder probleem mocht worden gecumuleerd met die zoals bedoeld in artikel 136 §4 van de wet van 4 augustus 1978. Volgens de algemene theorie van de beschermingsvergoedingen is een cumul van de vergoedingen die op basis van meerdere beschermende wetgevende teksten verschuldigd zijn gerechtvaardigd wanneer de wet zulks niet verbiedt (wat duidelijk het geval is) en wanneer de toekenning van de verschillende vergoedingen niet dezelfde juridische oorzaak heeft. Met andere woorden, het is mogelijk deze vergoedingen te cumuleren indien kan worden aangetoond dat de werkgever twee afzonderlijke fouten heeft gemaakt die beide worden bestraft met een specifieke vergoeding.

De forfaitaire vergoeding van artikel 136 §4 herstelt de schade als gevolg van het ontslag dat voortvloeit uit een door een werknemer ingediende klacht. Anderzijds wordt de forfaitaire vergoeding van artikel 63 toegekend omdat de arbeider werd ontslagen om redenen die geen enkel verband houden met de geschiktheid of het gedrag van de arbeider of niet steunen op de noodwendigheden van de werking van de onderneming, de inrichting of de dienst. We mogen dus stellen dat artikel 136 de aard van vergelding van het ontslag bestraft, terwijl artikel 63 het heeft gemunt op de onrechtmatige reden aan de basis van het ontslag.

In een andere zaak heeft het hof van beroep van Antwerpen⁸⁹ eveneens terecht beslist dat de cumul van de forfaitaire vergoeding zoals bedoeld in artikel 136 §4 van de wet van 4 augustus 1978 en (daar het om een bediende ging) en een vergoeding wegens misbruik van het recht op verlof (artikel 1134, §3 van het B.W.) vereist dat het bewijs wordt geleverd van een ander nadeel dan het nadeel als gevolg van het

ontslag zelf en dat tevens verschilt van de schade die wordt gedekt door de forfaitaire vergoeding van 6 maanden waarin artikel 136 §4 voorziet. In tegenstelling met artikel 63 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten, waar discussies over de exacte omvang van het geleden nadeel uitgesloten zijn als gevolg van de forfaitaire aard van de vergoeding, dient men zich te baseren op de regels inzake schadevergoeding van het gemeen recht om vast te stellen dat er sprake is van rechtsmisbruik door de werkgever. Dit impliceert onder meer dat het niet mogelijk is hetzelfde nadeel tweemaal te vergoeden (ne bis in idem).

Daartoe moet de werknemer kunnen aantonen dat de werkgever zijn recht van ontslag op onrechtmatige / abnormale wijze heeft gebruikt (specifieke fout), wat aanleiding heeft gegeven tot een specifiek nadeel. Volgens het hof dient dit nadeel zich te onderscheiden van de materiële en morele schade (normaal!) die het gevolg is van het ontslag zelf, die wordt gedekt door de ontslagvergoeding, en van de materiële en morele schade die het gevolg is van het ontslag dat als 'vergeldend' wordt beschouwd (als gevolg van een klacht), die wordt gedekt door de forfaitaire vergoeding zoals bedoeld in artikel 136 §4. De werknemer dient dan enkel het moeilijke bewijs te leveren van onderscheiden morele schade die het gevolg is van de 'vergeldende' aard van het ontslag. Zelfs wanneer de werknemer daarin slaagt, rest er nog de moeilijke taak de exacte omvang van deze afzonderlijke schade te beoordelen. Gewoonlijk heeft de rechter enkel de optie van een beoordeling *ex aequo et bono*, en dus is het niet onmogelijk dat het bedrag lager is dan het equivalent van zes maanden bruto loon.

We kunnen ons afvragen of het onderscheid tussen arbeiders en bedienden kan worden gehandhaafd, rekening houdend met artikel 25 van de Kaderrichtlijn 2006/54 die de Staten verplicht een regeling van sancties in te stellen (met inbegrip van de betaling van vergoedingen) die doeltreffend, evenredig en afschrikkend is. We hadden eerder in deze tekst al twijfels bij de afschrikkende aard van de forfaitaire vergoeding waarin artikel 22 §6 van de Genderwet voorziet. Deze afschrikkende aard wordt echter aanzienlijk versterkt door de combinatie met de regeling van het onrechtmatig ontslag zoals bedoeld in artikel 63 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten (omkering van de bewijslast + forfaitaire vergoeding van 6 maanden bruto loon). Dit geldt niet voor de bedienden, die worden geconfronteerd met de nadelige bewijskrachtige regeling van de juridische techniek van het rechtsmisbruik. Het argument volgens hetwelk de opzeggingstermijnen en -vergoedingen van de bedienden (artikel 82 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten) veel

88 S.10.0048.F/1.

89 Arbeidshof Antwerpen, 18 december 2002, Soc.Kron. 2003, 174, noot. Cf. met arbeidsrechtbank Charleroi, 15 januari 2001, Soc. Kron. 2002, 48.



voordeliger zijn dan die van de arbeiders is niet van tel in het kader van deze discussie. Het gaat immers slechts om algemene ontslagvoorwaarden die niet tot doel hebben een verplichting te bekrachtigen. Daar de Kaderrichtlijn 2006/54 betrekking heeft op de 'beroepsbevolking' (artikel 6) en geen enkel onderscheid maakt tussen de verschillende categorieën van werknemers, lijkt de directe discriminatie tussen arbeiders en bedienden in de Belgische sanctieregeling niet gerechtvaardigd.

- cumul van de vergoeding van artikel 23 met andere beschermingsvergoedingen: enerzijds kan men om te beginnen beschouwen dat geen enkele wetsbepaling de cumul van forfaitaire vergoedingen verbiedt en dat, *a priori*, het recht op cumul van deze vergoedingen open zou staan. Anderzijds zou men kunnen beschouwen dat aangezien de wet de cumul niet verbiedt, evenmin als de toekenning van verschillende vergoedingen die niet dezelfde rechtsoorzaak hebben, eenzelfde situatie, wanneer ze de toepassing van verschillende beschermende wetteksten rechtvaardigt, kan leiden tot de mogelijke cumul.⁹⁰

We stellen vandaag dus vast dat de rechtspraak van de hoven en rechtbanken⁹¹ verspreid en divers is.

In een vonnis van 26 oktober 2010⁹² meende de arbeidsrechtbank van Brussel, tweede kamer, dat de cumul van een vergoeding wegens intimidatie en een vergoeding wegens discriminatie mogelijk was, daar geen enkele bepaling dit verbod en de toekenning van verschillende vergoedingen niet dezelfde juridische oorzaak had.

Anderzijds verklaarde het arbeidshof van Bergen in een arrest van 9 mei 2011, in een zaak waarbij een bediende een vergoeding voor moederschapsbescherming evenals een schadevergoeding wegens misbruik van het recht om te ontslaan vorderde⁹³: "*Bij toepassing van artikel 63, 4^{de} lid van de wet van 3 juli 1978, dat verwijst naar artikel 39, §3 van dezelfde wet, mag de vergoeding wegens onrechtmatig ontslag ten gunste van de arbeiders niet worden gecumuleerd met de vergoeding voor moederschapsbescherming. Wat betreft de bedienden echter verhindert geen enkele*

90 Zie in dit verband J. Jacquain, "*Harcèlement sexuel sur les lieux du travail: les moyens d'action juridiques*", RT, maart – april 1988, pagina's 145 e.v., 4.2.3; arbeidsrechtbank Charleroi, 24 januari 2000, Soc.Kron. 2001, pp. 479 – 483, opm. J. Jacquain.

91 Arbeidshof Antwerpen, 18 december 2002, Soc.Kron. 2003, 174, noot. Cf. met arbeidsrechtbank Charleroi, 15 januari 2001, Soc. Kron. 2002, 48; arbeidsrechtbank Charleroi, 24 januari 2000, Soc.Kron. 2001, pp. 479 – 483, opm. J. Jacquain; arbeidsrechtbank Brussel, 26 oktober 2010, J.T.T., 2011, 8/2011, p. 125.

92 Arbeidsrechtbank Brussel, 26 oktober 2010, J.T.T., 2011, 8/2011, p. 125.

93 A.R. nr. 2007/AM/29.929.

wetsbepaling een dergelijke cumul, die bijgevolg mogelijk is wanneer bewezen is dat de werkgever een fout heeft begaan die aanleiding geeft tot schade die niet wordt hersteld door de toekenning van een verbrekingsvergoeding en/of een beschermingsvergoeding."

In deze zaak meende het arbeidshof dat het ontslag van de bediende niet alleen te wijten was aan haar zwangerschap, maar ook aan de weigering van de bediende om te werken als gevolg van haar gezondheidstoestand. Daar de toestand van zwangerschap één geheel vormt, was de beschermingsvergoeding zoals bedoeld in artikel 40 van de wet van 16 mei 1971 toepasselijk en kon het ontslag niet een tweede keer worden bestraft.

In een vonnis van 14 oktober 2009 wijst de arbeidsrechtbank van Luik⁹⁴ er dan weer op dat "*geen enkele wetsbepaling voorziet in het verbod op cumul tussen de forfaitaire vergoeding zoals bedoeld in artikel 23 van de wet van 10 mei 2007 en de vergoeding van moederschapsbescherming zoals bedoeld in artikel 40 van de wet van 16 maart 1971*". De rechtbank meent dat het past de vergoedingen te cumuleren op basis van de vaststelling van twee vormen van directe discriminatie op grond van geslacht, waarbij de ene bestaat in een poging tot terugzetting en de andere in het ontslag dat er kwam nadat de bediende had meegedeeld dat ze zwanger was. Tegen deze beslissing werd beroep ingesteld. In het kader van dit hoger beroep vernietigt het arbeidshof⁹⁵ het volledige vonnis. Het hof verwijst niet naar de cumul, daar het van mening is dat de werkgever het vermoeden van vergeldingsontslag van artikel 40 van de Arbeidswet omkeert. Het hof erkent dat de werkgever wel degelijk redenen had die vreemd waren aan de zwangerschap om tot ontslag over te gaan. Wat de kwestie betreft van terugzetting en de vaststelling van directe discriminatie is het hof van mening dat er geen sprake is van een maatregel van terugzetting. Rekening houdend met een beoordeling die in feite verschilt van die welke de arbeidsrechtbank heeft gemaakt, komt de kwestie van de cumul verder niet aan bod.

Met betrekking tot de cumul van de schadevergoedingen in het kader van moederschapsbescherming en de Genderwet zorgde de rechtbank van Nijvel op 10 maart 2016⁹⁶ voor een interessant vonnis waarin de mogelijkheid van cumul bevestigd werd. In eerste instantie onderzoekt de rechtbank de doelstellingen van de desbetreffende wetten en stelt vast dat deze verschillend zijn:

94 A.R. nr. 379.247, te vinden op Juridat. Momenteel wordt het beroep tegen deze beslissing behandeld.

95 Arbeidshof Luik, afdeling Luik, 3 februari 2011, A.R. nr. 2010/AL/039.

96 A.R. nr. 13/2673/A.

“De bepalingen met betrekking tot de bescherming van het moederschap in de wet van 16.3.1971 zijn uitsluitend gericht op een bepaalde doelgroep – zwangere vrouwen – gedurende een welbepaalde periode. De wet is bedoeld om hen te beschermen tegen ontslag op grond van hun staat van zwangerschap. De doelstelling van deze wetgeving is dus de bescherming van het goede verloop van de zwangerschap van de werkneemster.

De ‘genderwet’ heeft echter een ruimer toepassingsgebied en beoogt zowel mannen als vrouwen die, in het kader van hun werk, een discriminatie op grond van geslacht kunnen ondergaan. In die zin is de doelstelling van de genderwet veel algemener dan het artikel 40 van de arbeidswet.”

De rechtbank vindt niettemin dat de cumul niet automatisch mag zijn enkel omdat de zwangerschap wordt ingeroepen. Er moet nagegaan worden of de beschermingsvergoedingen verschuldigd zijn in het licht van de doelstelling van de betrokken wetgevingen. Er moet dus nagegaan worden of, als de in artikel 40 van de wet van 16 mei 1971 voorziene beschermingsvergoeding verschuldigd is, de discriminerende handeling niet ook heeft plaatsgevonden omdat de vrouw een werkneemster is en de kans dus groter is dat ze later ouderschapsverlof zal nemen of om een verminderde arbeidsduur zal vragen. *“In deze hypothese zou de zwangere vrouw door haar werkgever kunnen worden beschouwd als een risico voor de productiviteit van de onderneming op korte of lange termijn. In dit specifieke geval kan de werkneemster haar baan verliezen, niet enkel omdat ze zwanger is, maar ook omdat ze een vrouw is. In die veronderstelling gaat het om dan een opeenstapeling van discriminaties, die kunnen leiden tot een schending van de wet van 16.3.1971 en de wet van 10.5.2007.”*

In dit stadium mogen we dus besluiten dat **de rechtscollages stelselmatig vaststellen dat geen enkele wettekst verbiedt vergoedingen te cumuleren**. Terwijl sommigen echter vragen dat het slachtoffer een specifiek nadeel bepaalt opdat de cumul van de vergoedingen gegrond zou zijn, zijn anderen van mening dat het bestaan van twee beschermende wetgevingen volstaat om automatisch recht te hebben op deze vergoeding.

De vraag betreffende het cumuleren van vergoedingen blijft dus onbeantwoord. In dit opzicht willen we graag de aandacht vestigen op het arrest van het Hof van Cassatie van 20 februari 2012⁹⁷. Daarin spreekt dit hof zich uit ten gunste van de cumul van de beschermingsvergoeding met andere vergoedingen die verschuldigd zijn krachtens de arbeidsovereenkomst en meer bepaald een bepaling van vastheid van betrekking.

Het Hof van Cassatie rechtvaardigt de cumul door

de verschillende aard van de vergoedingen. Het sluit zich aan bij het arrest van het arbeidshof van Luik en onderstreept dat de beschermingsvergoeding zoals bedoeld in de wet van 19 maart 1991 verbonden is met het algemeen belang, terwijl de vergoeding voor werkzekerheid betrekking heeft op privébelangen.

Blijkbaar wordt deze mogelijkheid van cumul dus gerechtvaardigd door deze dualiteit van wetgeving, waarbij de ene van openbare en de andere van private orde is.

Tot besluit merken we op dat hoewel niets het slachtoffer ervan weerhoudt om meerdere beschermingsvergoedingen te eisen, de huidige rechtspraak maar zelden geneigd is om de cumul toe te laten als men van mening is dat de beschermingsgrond identiek is of als men meent dat het slachtoffer moet bewijzen dat de schade verschillend is. Het zou nuttig zijn om de kwestie van de forfaitaire vergoeding en de eventuele cumul ervan op te nemen in het debat over het nuttige effect van richtlijnen, nationale wetgeving en de effectieve bescherming tegen discriminatie. **Aangezien de cumul van vergoedingen problematisch blijft, zou het nuttig zijn dat de wet uitdrukkelijk aangeeft wat cumuleerbaar is of niet.**

6.8. Vordering tot staking en mogelijkheid van dwangsom – injunctiebevoegdheid

Historiek

In de memorie van toelichting van de wet van 2007 staat dat de nieuwe wet ertoe strekt de toegang tot justitie te verbeteren en het burgerrechtelijk luik van de actiemiddelen van het slachtoffer te versterken teneinde de staking van de discriminerende handeling te verkrijgen. Dit streven vloeit voort uit de verplichting van de Lidstaten om een doeltreffend, evenredig en afschrikkend systeem van sancties in te voeren. De wetgever heeft vastgesteld dat de strafrechtelijke sancties niet doeltreffend zijn daar het onmogelijk blijkt een systeem van bewijs in te voeren dat voordelig is voor het slachtoffer zonder afbreuk te doen aan de rechten van de verdediging. Bijgevolg stelt het wetsontwerp voor de actie op burgerrechtelijk vlak te benadrukken met als doel de stopzetting van de onwettige handelingen te verkrijgen en een reële vergoeding aan te bieden. Aldus creëert artikel 25 van de wet van 2007 een vordering tot staking zoals in kort geding. De wet van 4 augustus 1978 had al een injunctiebevoegdheid van de rechter ingevoerd. Artikel 133 bepaalde: *“Het gerecht bij wie een geschil in verband met de toepassing van titel V van deze wet aanhangig is gemaakt, kan ambtshalve de bij de artikelen 124 en 126 bedoelde verantwoor-*



delijke personen en werkgevers, binnen een door haar vastgestelde en aan hen opgelegde termijn, verplichten een einde te maken aan een discriminerende toestand inzake beroepsopleiding, arbeidsvoorwaarden en voorwaarden en criteria voor ontslag, welke op grond van de bepalingen van titel V van deze wet als discriminerend zijn erkend." Deze vordering tot staking is voornamelijk geïnspireerd op die waarin de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie voorziet (artikelen 19 en 20). Nieuw in de Genderwet is de toewijzing van een schadevergoeding aan het slachtoffer wanneer de vordering tot staking in een vonnis uitvoerbaar bij voorraad, wordt toegekend.

Vóór de invoering van de Genderwet had het slachtoffer van een discriminerend ontslag, bij hoogdringendheid, geen andere keuze dan te handelen in kort geding. Deze procedure maakte het enkel mogelijk een voorlopige maatregel te verkrijgen. Het slachtoffer was verplicht een vordering voor de rechter ten gronde in te stellen om een vergoeding te verkrijgen. Deze laatste procedure kon soms zeer lang aanslepen. Voortaan biedt artikel 25 van de Genderwet aan de voorzitter van de rechtbank de mogelijkheid snel een forfaitaire vergoeding toe te kennen zoals bedoeld in artikel 23, §2 en het bevel te geven een einde te maken aan een toestand die als discriminerend wordt beschouwd.

De Genderwet voert – voor het eerst in het individueel sociaal recht – een echte vordering tot staking met een forfaitaire vergoeding in. Het slachtoffer, het Instituut, het openbaar ministerie, het auditoraat of nog een belangengroepering kan bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, van de arbeidsrechtbank of de rechtbank van koophandel – waarbij de bevoegdheid wordt bepaald op basis van de aard van de handeling – een vordering tot staking instellen in de vorm van een tegensprekelijk verzoekschrift. De Genderwet is dus niet zo ver gegaan een echte vordering tot staking in te voeren zoals de voorzitter van de rechtbank van koophandel die kent op het vlak van de handelspraktijken (die verloopt volgens een strikt eenzijdige procedure). Dit neemt niet weg dat het om een stap vooruit gaat die een snellere behandeling van de vragen mogelijk maakt, des te meer daar eventuele strafrechtelijke vervolgingen in geen geval een obstakel zullen vormen voor de behandeling van de zaak door de stakingsrechter. In het kader van deze procedure kan het slachtoffer al een vergoeding eisen die identiek is aan die welke wordt vastgesteld in het kader van een procedure ten gronde (cf. infra). Ook hier is er sprake van een grote vernieuwing en van besparing van procedure voor het slachtoffer dat niet langer gehouden is een nieuwe vordering in te stellen – bij dagvaarding en

na zijn vordering 'tot staking' – om een vergoeding te vorderen. De rechter kan zijn veroordeling ook koppelen aan een dwangsom en kan voorzien in maatregelen van bekendmaking indien dit ertoe kan bijdragen de handeling te doen stoppen.

Bevoegdheid van de voorzitter

De voorzitter van de rechtbank die uitspraak doet in kort geding beschikt over de klassieke bevoegdheden van een voorzitter die recht doet in geschillen van staking. Het gaat om de mogelijkheid de publicatie van het vonnis te bevelen en zijn vonnis te koppelen aan dwangsommen.

Het bijzondere van deze vordering tot staking ligt in de mogelijkheid een vergoeding te verkrijgen. Paragraaf 3 van artikel 25 van de wet van 2007 laat de stakingsrechter toe aan het slachtoffer een schadevergoeding toe te kennen. Het gaat om een uitzonderlijke mogelijkheid. De schadevergoeding wordt enkel toegekend op verzoek van het slachtoffer, niet op verzoek van een belangengroepering of van institutionele spelers.

Dankzij de invoering van een systeem van forfaitaire vergoeding hoeft de rechter zich niet te wagen aan de gevaarlijke oefening die bestaat in het bepalen van het bedrag van de vergoeding. Dit is zeker een voordeel in een stakingsprocedure die een bijzondere snelheid vereist. Dit brengt dus geen bijzonder probleem met zich mee.

In principe is de voorzitter van de arbeidsrechtbank bevoegd om kennis te nemen van de vordering tot staking in verband met een discriminerend ontslag van een statutair ambtenaar.

De tekst van artikel 25 van de wet van 2007 herneemt artikel 21 van de wet van 4 augustus 1999 betreffende de discriminatie tussen vrouwen en mannen, die al bepaalde dat de rechter ten gronde 'ambtshalve' kon bevelen een einde te maken aan een discriminerende toestand. Vandaag voorziet de wet van 2007 niet in deze mogelijkheid om recht te spreken *ultra petita*. Wat de vordering tot staking betreft zal het voorwerp van de vordering onvermijdelijk de staking van een discriminatie zijn. Anderzijds zou blijken dat een andere rechter dan de stakingsrechter de staking van een discriminerende handeling niet langer amtsshalve zal kunnen bevelen. Is dit dan geen stap achteruit in het kader van de bescherming die aan werknemers wordt geboden?

Ten eerste zou men kunnen denken dat de voorzitter om het even welke maatregel kan nemen die nodig is om een einde te stellen aan discriminerend gedrag.

De arbeidsrechtbank van Brussel oordeelde anders

in een arrest van 29 augustus 2008.⁹⁸ In een arrest van 17 juni 2009 wijst het arbeidshof van Brussel erop dat de materiële bevoegdheid van de stakingsrechter op restrictieve wijze dient te worden geïnterpreteerd, gelet op de specifieke aard van de procedures zoals in kort geding. Dit vonnis vestigt de aandacht meer bepaald op het feit dat artikel 587 bis, 4° van het Gerechtelijk Wetboek de bevoegdheid van de voorzitter van de arbeidsrechtbank bepaalt op basis van artikel 25 van de wet van 2007 en niet op basis van artikel 20 dat de nietigheid van de discriminerende bepalingen verkondigt.

Een ruime interpretatie van zijn bevoegdheden zou hem in staat stellen alle middelen te gebruiken die nodig zijn om de strafbare handeling te doen stoppen.

Dwangsommen

De wet biedt de magistraat de mogelijkheid – op verzoek van het slachtoffer, de groepering of het institutioneel orgaan – zijn veroordeling te koppelen aan een dwangsom voor het geval waarin er geen einde zou worden gesteld aan deze discriminatie.

Deze dwangsom is onderworpen aan de algemene regeling van de dwangsommen zoals opgenomen in de artikelen 1385*bis* tot 1385*nonies* van het Gerechtelijk Wetboek.

De voorzitter van de rechtbank kan de publicatie van de veroordeling bevelen op voorwaarde dat dit helpt een einde te stellen aan de discriminatie. De publicatie is dus niet van bestraffende of eerrovende aard. De publicatie van een dergelijke beslissing kan eventueel tot doel hebben andere slachtoffers te informeren over hun rechten en hen ertoe te bewegen die te doen gelden. De overtreder draait op voor de kosten van uithanging van de veroordeling. In zijn arrest van 28 augustus 2009⁹⁹ spreekt het arbeidshof van Brussel zich in deze zin uit. In deze zaak tussen Unia (het toenmalige Centrum voor Gelijkheid van Kansen) en de vennootschap *Feryn* beveelt het arbeidshof van Brussel de publicatie van het vonnis en rechtvaardigt het deze uitspraak als volgt: "Artikel 19 § 2, laatste lid van de oude wet betreffende de discriminatie, overgenomen door artikel 20 § 3 van de Genderwet, voorziet in de publicatie of de verspreiding van het vonnis op kosten van de overtreder wanneer de aard van de maatregel kan bijdragen tot de beëindiging van de gelaakte handeling of zijn gevolgen.

De publicatie van het arrest dient te worden bevolen om het effectieve karakter van de beschikking tot

staking te vergroten.

De multiculturele samenleving is een realiteit en de gemeenschap moet leren dit gegeven te integreren met wederzijds respect voor eenieder, alsook door aan om het even wie de mogelijkheid te bieden te werken in ruil voor een loon. De publicatie van dit vonnis is belangrijk voor elke burger, opdat hij zijn rechten zou kennen en de inachtneming daarvan zou kunnen opleggen. Vooroordelen en vooringenomenheid die nergens op berusten moeten krachtdadig worden bestreden.¹⁰⁰

Het arbeidshof meent dat dit arrest op kosten van de overtreder dient te worden gepubliceerd in vier nationale kranten, i.e. *De Morgen*, *De Standaard*, *Het Laatste Nieuws* en *De Tijd*.

De publicatie is ook nodig als gevolg van het feit dat ze toelaat de klanten te bereiken door de vermelding van principes, wat een invloed kan hebben op de houding van *Feryn* en haar aanwervingsbeleid.

De publicatie is ook nodig omdat *Feryn* meermaals een recht van antwoord heeft geëist, waaruit blijkt dat er in de publieke opinie onzekerheid bestaat over de exacte draagwijdte van deze zaak.

De publicatie heeft een afschrikkend doel, i.e. elke burger doen inzien dat de antidiscriminatiewet en de antiracismewet geen dode letter mogen blijven, wat eveneens een weerslag heeft op de gepleegde handeling.¹⁰¹

De uitvoering van het vonnis kan worden verzekerd door middel van dwangsommen (artikel 24 van de Genderwet). Bovendien voorziet artikel 29 van de wet van 2007 in de strafrechtelijke bestraffing van het gebrek aan inachtneming van een injunctie door de rechter.

Wederindienstneming en injunctiebevoegdheid

De mogelijkheid om te bevelen een ontslagen werknemer opnieuw in dienst te nemen is het voorwerp van debat in het Belgisch recht.

Tot op heden laten het Hof van Cassatie en de meerderheidsrechtspraak, in het kader van een onregelmatig ontslag, niet toe te bevelen dat een ontslagen werknemer opnieuw in dienst moet worden genomen, behoudens bijzondere bepalingen.

In het kader van het vergeldingsontslag voorziet de Genderwet in de mogelijkheid om de wederindienst-

⁹⁸ Arbeidsrechtbank Brussel, 29 augustus 2008, Soc.Kron. 2009, p. 113.

⁹⁹ Arbeidshof Brussel, 28 augustus 2009, Soc.Kron., 2010, 260-265.

¹⁰⁰ Arbeidsrechtbank Gent, kort geding 26.03.2007, Soc. Kron. 2008, 01.

¹⁰¹ Arbeidsrechtbank Gent, kort geding 26.03.2007, geciteerd noot 82.



neming te vragen. Er is echter niets voorzien met betrekking tot de discriminerende handelingen. De vraag die wordt gesteld, bestaat erin te weten of de vordering tot staking betrekking zou kunnen hebben op een handeling van discriminerend ontslag. Zou de magistraat de partijen kunnen bevelen om de rechtsrelatie te hervatten?

Gelet op de aard van het ontslag (onherroepelijke handeling), het ontbreken van een tekst die de wederindienstneming nader omschrijft en de rechtspraak van het Hof van Cassatie lijkt zulks niet mogelijk.

Volgens het Hof van Cassatie kan het herstel van een onregelmatig ontslag slechts bestaan in de toekenning van een vergoeding. Het Hof drukte dit principe uit in de beroemde zaak Van Der Vennet tegen Sabena.¹⁰²

In deze zaak had de voorzitter van de arbeidsrechtbank van Brussel de wederindienstneming van de ontslagen eiseres bevolen op grond van een discriminerend ontslagbeleid dat voortvloeide uit een nochtans gelaakte collectieve overeenkomst. Deze injunctie kwam er nog tijdens de opzeggingstermijn van de werkneemster. Dit vonnis werd vernietigd door de voorzitter van het arbeidshof van Brussel.¹⁰³ Mevr. Van Der Vennet is vervolgens in cassatie gegaan. In een arrest van 20 juni 1988¹⁰⁴ bevestigde het Hof van Cassatie, overeenkomstig zijn vaste rechtspraak, dat artikel 133 van de wet van 4 augustus 1978 niet kan dienen om de wederindienstneming van een werknemer op te leggen aan de werkgever. Het ontkent het bestaan van een verplichting tot wederindienstneming ten laste van de werkgever. Volgens sommige auteurs zou een dergelijke verplichting juridisch gezien onhoudbaar zijn. De uiterst povere motivatie van het arrest van het Hof van Cassatie van 1988 werd fel bekritiseerd.¹⁰⁵

Verschiedende argumenten ondersteunen deze oplossing. Er kan worden verwezen naar artikel 1780 van het Burgerlijk Wetboek dat verbiedt zijn diensten voor het leven te verbinden, naar artikel 7 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten dat de aanwerving voor het leven uitsluit en naar artikel 4.2 van het EVRM dat dwangarbeid verbiedt. Deze referenties doen echter niet zeer ter zake, daar het de werk-

nemer is die het werk verricht en wenst opnieuw aan het werk te worden gesteld. Er is dus geen sprake van een verplichting om te werken.

We kunnen ook verwijzen naar artikel 1142 van het Burgerlijk Wetboek dat bepaalt dat elke verbintenis om iets te doen of niet te doen wordt opgelost in schadevergoeding. Het lijkt te suggereren dat de normale wijze van gedwongen uitvoering de uitvoering door equivalent is.

In een arrest van het Hof van Cassatie van 14 april 1994¹⁰⁶ lezen we dat het herstel in natura de normale wijze is van herstel van de verbintenissen om iets te doen en niet te doen. Alleen wanneer deze uitvoering in natura niet (meer) mogelijk is, dringt de uitvoering door equivalent zich op.

Niet iedereen is het erover eens dat de wederindienstneming van een werknemer niet kan worden bevolen. Sommige auteurs inzake rechtsleer zijn van mening dat artikel 133 van de wet van 1978 (artikel 25 van de Genderwet) aan de rechter de bevoegdheid verleent de wederindienstneming van een ontslagen werknemer te bevelen op grond van discriminerende redenen. Deze wederindienstneming zou volgens J. JACQMAIN¹⁰⁷ nog kunnen worden verleend nadat de ontslagen werknemer zijn opzeggingstermijn al heeft gepresteerd.

Deze auteurs baseren zich voornamelijk op de geest van de wettekst van 1978. Ze verwijzen gewoonlijk naar de memorie van toelichting van deze wet, die de rechter er inderdaad lijkt toe aan te zetten om ambtshalve bijzondere maatregelen te nemen die tot doel hebben de discriminatie te doen ophouden. Ze verwijten de meerderheidsrechtspraak een al te formele lezing van de wettelijke bepalingen ten nadele van de *ratio legis*.

In het arrest van het Hof van Cassatie van 20 juni 1988 werd verwezen naar de memorie van toelichting van de wet van 1978. De advocate-generaal meende destijds dat de intentie van de wetgever duidelijk was in de voorbereidende werkzaamheden, in tegenstelling met de letter van de tekst die op beperkende wijze dient te worden geïnterpreteerd, gelet op het buitensporige karakter van het gemeen recht.

Vandaag vinden we de inhoud van artikel 133 van de wet van 1978 substantieel terug in artikel 25 van de wet van 2007. Terwijl echter bij de uitwerking van de wet van 7 mei 1999 werd herhaald dat het doel erin bestond de handelingen van ontslag te onderwer-

102 Arbeidsrechtbank Brussel (1^{ste} kamer), 23 december 1986, Soc.Kron., 1987, opm. J. JACQMAIN, p. 193; Cass. 20 juni 1988, Soc. Kron., 1988, 345; in deze zin: R. GEYSEN, "Réflexion sur quelques nouvelles procédures devant les juridictions du travail", Revue de droit social, 1979, p. 384; C. BAYARD, Discriminatie aan differentiatie, Brussel, Larcier, 2003, p. 480.

103 Arbeidshof Brussel (4^{de} kamer), 9 september 1987, Soc. Kron., 1988, p. 340.

104 Cass. 20 juni 1988, Soc.Kron., 1988, 345; in deze zin: R. GEYSEN, "Réflexion sur quelques nouvelles procédures devant les juridictions du travail", Revue de droit social, 1979, p. 384; C. BAYARD, Discriminatie aan differentiatie, Brussel, Larcier, 2003, p. 480.

105 Cass. 20 juni 1988, Soc.Kron., 1988, 345.

106 Cass. 14 april 1994, J.L.M.B., 1995, II, p. 1240; F. GLANS-DORFF en C. DALCQ, "Du pouvoir d'intervention du juge en cas de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée", in mengwerk aangeboden aan P. VAN OMMESLAGHE, Brussel, Bruylant, 2000, p. 77.

107 Arbeidsrechtbank Brussel, ref., 29 augustus 1988, Soc. Kron., 2009, pp. 113-117, noot J. Jacqmain.

pen aan injunctie, geldt dit niet voor de Genderwet.¹⁰⁸ De formulering van de nieuwe tekst is duidelijk niet veranderd, met uitzondering van de term 'discriminerende situaties', die werd vervangen door 'discriminerende handelingen'. Dit begrip ondersteunt de mogelijkheid om te bevelen een einde te stellen aan een discriminerende handeling zelf. Vandaag echter zou, meer bepaald gelet op de beslissing van de voorzitter van de arbeidsrechtbank van Brussel van 29 augustus 2008¹⁰⁹, een ontslag niet kunnen worden beschouwd als een discriminerende handeling waarop een vordering tot staking overeenkomstig artikel 25 van de Genderwet betrekking kan hebben. In de huidige stand van zaken kan de werknemer zijn wederindienstneming m.a.w. niet vorderen.

6.9. Verjaringstermijnen

De wet bevat geen specifieke bepalingen met betrekking tot de verjaringstermijn.

In het domein van de arbeidsbetrekkingen zijn de termijnen om actie te ondernemen kort, want het artikel 15 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten voorziet: *"De rechtsvorderingen die uit de overeenkomst ontstaan, verjaren één jaar na het eindigen van deze overeenkomst of vijf jaar na het feit waaruit de vordering is ontstaan, zonder dat deze termijn één jaar na het eindigen van deze overeenkomst mag overschrijden"*. Deze kortere termijn dan in het gemeen recht werd niet als ongrondwettelijk beschouwd door het Arbitragehof¹¹⁰, dat vindt dat het niet opportuun is om de werkgever en de werknemer bloot te stellen aan "processen die nog vele jaren na het aflopen van de uitvoering van de overeenkomst kunnen lopen". Deze termijn is niet van openbare orde, wat impliceert dat de rechter zich niet ambtshalve op verjaring kan beroepen.

Tegenover deze zeer korte termijn kunnen de werknemer en de werkgever zich echter verlaten op het strafrecht aangezien een groot aantal sociale normen strafrechtelijk sanctioneerbaar zijn. Zo voorziet artikel 15:

"De burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf verjaart volgens de regels van het Burgerlijk Wetboek of van de bijzondere wetten die van toepassing zijn op de rechtsvordering tot vergoeding van schade."

Zij kan echter niet verjaren vóór de strafvordering."

Artikel 2262 bis van het Burgerlijk Wetboek bepaalt:

"§1 Alle persoonlijke rechtsvorderingen verjaren door verloop van tien jaar."

108 J. Jacquain, "Les lois anti-discriminations, services publics compris", in C. Bayart, S. Sottiaux en S. Van Drooghenbroeck, "Les nouvelles lois luttant contre la discrimination", Die Keure, 2008, p. 610.

109 Soc.Kron., 2009, pp. 113-117, noot J. Jacquain.

110 C.A. 18 maart 1997, J.T.T., 1997, p.161.

§2 In afwijking van het eerste lid verjaren alle rechtsvorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid door verloop van vijf jaar vanaf de dag volgend op die waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de schade of van de verzwarende ervan en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon. (...)"

In het kader van de toepassing van de Genderwet zullen de verjaringstermijnen voortaan variabel zijn naargelang het gaat over buitencontractuele verplichtingen, of de arbeidsrelatie tussen de werkgever en de werkn(e)er(m)st)er nog altijd van kracht is, dan wel of de wettelijke bepaling in kwestie strafrechtelijk gesanctioneerd wordt (artikel 28§2, bijzondere opzet...) en dat de bestanddelen van het misdrijf verenigd zijn opdat de arbeidsrechter de verjaringstermijn van vijf jaar toepast.¹¹¹

Wat de sociale zekerheid betreft zijn de verjaringstermijnen ook variabel, twee jaar voor de vordering tot betaling van prestaties van de verzekering voor geneeskundige verzorging of drie jaar voor de betaling van uitkeringen in het kader van arbeidsongevallen.

Deze situatie kan een zekere onduidelijkheid veroorzaken voor de slachtoffers van discriminatie, een factor van rechtsonzekerheid zijn en dus de doeltreffendheid van de wet schaden.

In het geval van een verjaringstermijn van één jaar (bijvoorbeeld in het kader van een discriminerend ontslag) blijkt de manoeuvreerruimte van het Instituut om een buitengerechtelijke oplossing te vinden, de klacht te analyseren of een onderzoek te voeren vaak beperkt.

7. Onafhankelijke bijstand bij de afwikkeling van klachten wegens discriminatie

Dankzij de samenwerkingsprotocollen tussen het Instituut en de deelstaten voldoen de deelstaten aan de richtlijn 2006/54 die bepaalt dat er dient te worden voorzien in onafhankelijke bijstand bij de afwikkeling van hun klachten betreffende discriminatie. Op het moment van dit rapport organiseert het Duitstalig decreet deze onafhankelijke bijstand niet. België is dan ook in gebreke gebleven de Europese richtlijn om te zetten. Hoewel deze tekortkoming alleen bestaat op het niveau van de wetgeving van de deelstaten, is de federale Staat aansprakelijk voor deze toestand en zal die laatste zich ten overstaan van de Europese overheden moeten verantwoorden voor deze tekortkoming.

111 Olivier Vlassembrouck, "Le travailleur salarié face à la prescription pendant, après et en marge du contrat", in *La Prescription*, onder leiding van Béatrice Compagnon, Collection du jeune barreau de Mons, Anthemis, 2011, p. 198.



HOOFDSTUK 3 AANBEVELINGEN

Op grond van de evaluatie van de doeltreffendheid en het gebruik van de wet maar ook van haar conformiteit met het Europees recht kunnen een aantal aanbevelingen geformuleerd worden.

1. Gebruik van de wet

Dit rapport beoogt kwantitatieve en kwalitatieve gegevens te verstrekken over het gebruik van de Genderwet.

Het aantal klachten dat het Instituut ontvangt, neemt voortdurend toe en geeft dus aan dat er nog steeds discriminaties zijn van vrouwen en mannen, meer in het bijzonder op het vlak van arbeid. Ook andere situaties komen aan het licht sinds ze het voorwerp zijn van de wet van 2007: het gaat dan meer bepaald om discriminaties ten aanzien van transgenders en om de toegang tot en de levering van goederen en diensten.

Er zijn evenwel geen betrouwbare gegevens beschikbaar betreffende de gerechtelijke procesvoering met betrekking tot deze materie. Dit is niet alleen het gevolg van het ontbreken van een stelselmatige publicatie van de rechtspraak in het algemeen en van de rechtspraak betreffende de Genderwet in het bijzonder, maar is ook te wijten aan de gebrekkige kennis van de Genderwet en de gedragingen die ze beoogt te beteugelen. Uit de enquêtes en gesprekken blijkt dat de procesvoering op grond van de Genderwet beperkt is en geen hoge vlucht heeft genomen sinds de wet van 2007 werd aangenomen. Discriminatie op grond van geslacht of gender wordt te weinig ingeroepen in zaken betreffende de bescherming van de zwangerschap en het moederschap, intimidatie of betreffende situaties van indirecte discriminatie.

Uit de algemene procesvoering met betrekking tot discriminatie blijkt ook dat er verwarring bestaat tussen het bewijs van het feit van discriminatie en het bewijs van de intentie om te discrimineren; dit laatste bewijs is niet vereist. In het domein van de gelijkheid van vrouwen en mannen is het zeer belangrijk te benadrukken dat het gebrek aan intentie niet betekent dat er geen discriminatie is, aangezien discriminatie vaak het gevolg is van onbewuste sociale en culturele voorstellingen. Deze verwarring zal mogelijks nog worden versterkt door de penalisering van de discriminatie die een bijzonder opzet vereist.

Op basis van deze vaststellingen kunnen de volgende aanbevelingen geformuleerd worden:

- **Methodische informatie over de procesvoering betreffende de gelijkheid van vrouwen en mannen is noodzakelijk om een stelselmatige verwerking en analyse van de rechtspraak mogelijk te maken. Enerzijds wordt het op die manier mogelijk de moeilijkheden en lacunes te ontdekken in het gebruik en de interpretatie van de Genderwet (deze kennis kan helpen in het kader van de gerichte opleidingen), anderzijds kan deze informatie helpen om, na een grondige evaluatie, de verbeteringen te identificeren die aan de wet dienen te worden aangebracht opdat ze zo goed mogelijk zou beantwoorden aan de realiteit en het beoogde effect zou opleveren voor de situaties waarop ze betrekking heeft.**
- **Om deze stelselmatige informatie te bewerken zou de wet, naar het voorbeeld van de wet betreffende pesteringen en ongewenst seksueel gedrag op het werk, moeten voorzien in een informatieplicht door de griffies ten aanzien van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen. Deze plicht zou ook moeten gelden voor de sociale controleurs en het auditoraat. Blijkbaar bestaat er al een trefwoord voor discriminaties, zodat het overmaken van informatie aan het Instituut op grond daarvan zou kunnen worden georganiseerd¹¹² indien het moeilijk zou blijken een specifiek bijkomend trefwoord te creëren.**
- **Informerende over de aard van openbare orde van de Genderwet zoals erkend door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 16 september 2013.**

2. Concepten

2.1. Onderscheid en discriminatie

Het Europees recht kent enkel de concepten 'directe discriminatie' en 'indirecte discriminatie'.

Door de concepten 'direct onderscheid' en 'indirect

¹¹² Deze oplossing biedt het voordeel, naast het praktische aspect, dat ze ook informatie verstrekt over gevallen van meervoudige discriminaties die niet altijd als zodanig worden ervaren.

onderscheid' in te voeren naast de concepten 'directe discriminatie' en 'indirecte discriminatie' maakt de wetgever de verwarring voor advocaten en magistraten nog groter. Hoewel in het kader van dit rapport onmogelijk kan worden nagegaan wat de weerslag is van de invoering van deze concepten op de reële bescherming van vrouwen en mannen tegen discriminaties op grond van het geslacht, rijzen er vragen betreffende de conformiteit van het concept 'onderscheid' ten opzichte van het Europees recht. Het zou bovendien nuttig zijn in de wet het concept 'gelijkwaardig werk' en dus het begrip 'vergelijkbaarheid' nader te omschrijven.

Aanbevelingen

- **Een nota waarin nauwkeurig (ministeriële omzendbrief, ...) wordt aangegeven welke materies binnen het toepassingsgebied van de Genderwet vallen waarbij alleen de begrippen 'directe discriminatie' en 'indirecte discriminatie' toepassing kennen;**
- **Het concept 'gelijkwaardig werk' nader beschrijven door voorbeelden te geven en door te verwijzen naar de CAO 25 en 25ter.¹¹³**

2.2. Intimidatie

Door na te laten de Kaderrichtlijn volledig om te zetten in de Genderwet, heeft de Belgische wetgever een stap terug gezet in de bescherming tegen seksuele intimidatie, en dit om de volgende redenen:

- Sinds februari 2014 voorziet de Wet betreffende het welzijn in een algemenere vergoeding die toepasselijk is op de algemene gevallen van intimidatie.
- Terwijl de Wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers vereist dat er meerdere handelingen zijn opdat er sprake zou zijn van intimidatie, is dit helemaal niet het geval in het Europees recht waar men lijkt aan te nemen dat intimidatie kan bestaan uit slechts één handeling.

Aanbeveling

- **De bescherming van personen die het slachtoffer zijn van (seksuele) intimidatie**

¹¹³ Collectieve arbeidsovereenkomst nr. 25 van 15 oktober 1975 betreffende de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, gewijzigd door de collectieve arbeidsovereenkomsten nr. 25 bis van 19 december 2001 en nr. 25 ter van 9 juli (geratificeerd door het KB van 9 december 1975, gepubliceerd in het *B.S.* van 25 december 1975).



tie versterken door hen de mogelijkheid te bieden zich te beroepen, volgens hun keuze, op de bescherming van de ene of de andere Wet (intimidatie of non-discriminatie).

2.3. Combinatie van werk en gezinsleven

De ratificatie en het van kracht worden van de Conventie nr. 156 op 10 april 2016 verplicht de staat (hier het federale niveau en de gefedereerd entiteiten) tot het naleven van nieuwe verplichtingen die eruit voortvloeien en dit nieuw juridisch kader toe te passen in zijn interne rechtorde.

Het criterium van de gezinssituatie of de gezinsverantwoordelijkheden is momenteel nog niet opgenomen in de federale wetgeving. Behalve wanneer een discriminerende behandeling gebaseerd is op verschillende criteria waarvan er één beschermd is door de Belgische wetgeving (bijvoorbeeld moederschapsbescherming of vaderschapsverlof), kunnen werknemers die gediscrimineerd worden op grond van hun gezinsverantwoordelijkheden niet terugvallen op de antidiscriminatie wetgeving. Het wordt immers algemeen erkend dat gezien de algemene aard van de bepalingen van de Conventie, deze niet aan de werkgevers van de privésector kan worden opgelegd zolang het criterium gezinsverantwoordelijkheden niet wordt toegevoegd aan de lijst van beschermde criteria inzake discriminatie.

Het recht op vaderschapsverlof wordt nog te weinig erkend en vaders worden regelmatig met moeilijkheden geconfronteerd als ze er gebruik van willen maken. In de praktijk wordt er al te makkelijk vanuit gegaan dat de opvang van kinderen in het gezin een verantwoordelijkheid van de moeders is.

De Genderwet zou de bescherming van vaders kunnen verbeteren door 'vaderschap' op te nemen in de lijst van beschermde criteria.

Op die manier zou een discriminatie op grond van 'vaderschap' als een discriminatie op grond van geslacht kunnen beschouwd worden.

Aanbeveling

- **Het criterium gezinsverantwoordelijkheden opnemen in de Genderwet.**
- **Het criterium vaderschap opnemen in de Genderwet**

3. Uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel

3.1. Moederschap

Zowel in het Belgisch als het Europees recht is de bescherming van zwangerschap en moederschap verspreid over verschillende wetteksten en blijft het Belgisch recht onvolledig m.b.t. een adequate omzetting.

Het gebrek aan volledige omzetting van de Europese richtlijnen terzake heeft betrekking op vier punten:

- Ten eerste kunnen werkneemsters ten aanzien van wie geen maatregel van volledige of gedeeltelijke werkverwijdering is genomen, geen aanspraak maken op de bescherming van artikel 42 *in fine*. Bijgevolg voorziet geen enkele uitdrukkelijke bepaling in de Genderwet of in de wet van 16 maart 1971 in het behoud, eens het moederschapsverlof is afgelopen, van de eerder verworven arbeidsvoorwaarden. Enkel de vermelding in artikel 42, *in fine*, van de wet van 16 maart 1971 betreffende de verplichting, voor de werkgever, om de werkneemster op het einde van de periode van werkverwijdering te werk te stellen in dezelfde voorwaarden als voorheen, volstaat niet om artikel 15 van de Kaderrichtlijn op passende wijze om te zetten. Weliswaar kan de werkneemster, wanneer ze na haar terugkeer uit moederschapsverlof vaststelt dat de uitoefeningsvoorwaarden van haar functie zijn gewijzigd, haar werkgever in gebreke stellen om haar in haar rechten te herstellen en, bij gebrek daaraan, een handeling inroepen die gelijkstaat met contractbreuk, wat betekent dat ze haar betrekking verliest. Het gebrek aan directe bescherming is echter betreurenswaardig.
- De Wet van 16 maart 1971 voorziet niet in sancties indien de werkgever zijn verplichting niet in acht neemt om de werkneemster na een maatregel van werkverwijdering opnieuw te werk te stellen.
- Artikel 42 van de Wet van 16 maart 1971, *in fine*, bepaalt: "Onverminderd de bepalingen van artikel 43bis, moet de werkneemster zodra de periode waarvoor een van de in het eerste lid bedoelde maatregelen van toepassing is verstreken, onder dezelfde voorwaar-

den als tevoren worden te werk gesteld." Vanzelfsprekend heeft de werkneemster die zwanger is of borstvoeding geeft, bij toepassing van artikel 42, §1 van de Arbeidswet, het recht het geheel van haar arbeidsvoorwaarden terug te vinden op het einde van de beschermingsmaatregel. Dit impliceert dat ze wordt teruggeplaatst in haar functie, haar werkrooster en het geheel van haar arbeidsvoorwaarden. Kan de werkneemster echter eisen dat deze periode van tijdelijke of gedeeltelijke werkverwijdering wordt gevalideerd in het kader van de arbeidsrelatie en aldus aanspraak maken op een recht op promotie, een recht op indexering, een recht op loonsverhoging of nog een recht op een groter aantal verlofdagen? Artikel 42 §1 van de Arbeidswet heeft het enkel over een herstel in de eerder verworven rechten, maar zegt niets over de gevolgen van een periode van gedeeltelijke werkverwijdering, een wijziging van functie op basis van een recht dat tijdens deze periode ontstaat of zal ontstaan op het ogenblik van terugkeer naar de functie.

- De wet zou kunnen worden herzien en, naar het voorbeeld van het decreet van de Franse Gemeenschap¹¹⁴, bepalen dat een ouder elke verbetering van de arbeidsvoorwaarden moet kunnen genieten waarop zij of hij tijdens zijn afwezigheid recht zou hebben gehad.

Bovendien kan de Genderwet de bescherming van vrouwen versterken voor kwesties die enkel betrekking hebben op vrouwen, in het bijzonder borstvoeding en ivf.

Het Instituut is van mening dat het nuttig zou zijn om de criteria 'borstvoeding' en 'medisch begeleide voorplanting' toe te voegen aan de Genderwet. De bedoeling is om meer zichtbaarheid te geven aan deze discriminaties, vrouwen beter te informeren over hun rechten en hun juridische bescherming te verhogen.

114 Decreet van de Franse Gemeenschap van 12 december 2008 betreffende de bestrijding van sommige vormen van discriminatie, B.S. 13.01.2009. Artikel 15 bepaalt: "Een ouder, die zich in een betrekkingsoverhouding bedoeld in dit hoofdstuk bevindt, en die zwangerschaps- en bevallingsverlof, vaderschapsverlof of adoptieverlof heeft, heeft het recht om onder voor haar/hem niet minder gunstige voorwaarden en omstandigheden naar haar/zijn ambt of een gelijkwaardig ambt terug te keren en te profiteren van elke verbetering van de arbeidsvoorwaarden waarop zij/hij tijdens haar/zijn afwezigheid aanspraak kan maken." Het decreet van de Duitse Gemeenschap van 19.03.2012 (B.S. 5.6) bevat een identieke bepaling in zijn artikel 9.

De rechtpositie van werkneemsters die borstvoeding geven is niet sluitend georganiseerd. De wetgeving voorziet geen specifieke bescherming en de beperking van het recht tot ontslag dat verband houdt met zwangerschap of moederschap stopt een maand na het einde van het verlof.

Ten slotte stelt het Instituut vast dat vrouwen nog steeds slachtoffer zijn van discriminatie bij medische begeleide voortplanting, o.a. bij in-vitrofertilisatie.

Aanbevelingen

- De omzetting van het Europees recht verzekeren en bepalen dat:

- **de werkneemster bij haar terugkeer uit zwangerschap dezelfde arbeidsvoorwaarden moet terugvinden;**
- **de werkneemster bij haar terugkeer elke verbetering moet genieten die is doorgevoerd tijdens haar werkverwijdering en/of moederschapsverlof;**
- **de Wet van 16 maart 1971 moet voorzien in een sanctie voor de werkgever die niet voldoet aan zijn verplichting inzake het behoud van de rechten en arbeidsvoorwaarden van een vrouw bij haar terugkeer uit moederschapsverlof en de gunst van alle verbeteringen die tijdens haar afwezigheid zijn doorgevoerd.**

- De criteria 'borstvoeding' en 'medische begeleide voorplanting' toevoegen aan de Genderwet .

3.2. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten

Het is betreuzwaardig dat dit begrip in de titel 'Rechtvaardiging' is opgenomen, terwijl het om uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel gaat.

De wet verleent aan de Koning de bevoegdheid om deze uitzondering uit te voeren. Voorlopig blijven de koninklijke besluiten van 1979 en 2000 van kracht.¹¹⁵

Wat de conformiteit ten aanzien van het Europees recht betreft dient de lijst van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten overeenkomstig de richtlijn strikt te worden geïnterpreteerd. In dit verband be-

115 In de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 2007 lezen we: "Men moet ervan uitgaan dat die koninklijke besluiten, voor zover ze nog relevant zijn, om geen schadelijk rechtsvacuüm te creëren van kracht zullen blijven tot ze worden opgeheven door nieuwe koninklijke besluiten die met toepassing van de artikelen 13 en 16 van het wetsontwerp zullen worden uitgevaardigd."



vatten de bestaande koninklijke besluiten een nauwkeurige lijst van functies. Daarmee voldoen ze aan de Europese bepaling. Deze uitzonderingen dienen echter periodiek te worden herzien, rekening houdend met de sociale evolutie, volgens de richtlijn 76/2007 en dienen om de 8 jaar te worden geëvalueerd volgens de richtlijn 2006/54. In principe dienden de relevantie en de noodzaak van de uitzonderingen in 2014 geëvalueerd te worden. Sinds de koninklijke besluiten werden aangenomen werd geen analyse gemaakt. Er zijn bijgevolg geen gegevens beschikbaar om de relevantie van de lijst van wezenlijke en bepalende beroepsvereisten die in deze koninklijke besluiten worden beschreven, te beoordelen. Dit gebrek aan objectieve analyse van de relevantie van de beroepen in kwestie vormt een probleem, niet enkel omdat een evaluatie wettelijk wordt opgelegd, maar ook om de doeltreffendheid van de uitzondering te garanderen.

Wat het ontwerp van koninklijk besluit betreft dat onder de vorige legislatuur werd opgesteld, stelt zich de vraag naar de doeltreffendheid en relevantie ervan in het licht van de nieuwe begrippen 'genderidentiteit' en 'genderexpressie', die op geen enkele wijze werden opgenomen in dit ontwerp.

Aanbevelingen

- **De sociale partners (privé- en openbare sector) raadplegen met het oog op een nieuw koninklijk besluit waarin de functies worden opgenomen waarvoor de voorwaarde van het geslacht essentieel en bepalend is, opdat dit nieuwe koninklijk besluit de werkelijkheid zou weerspiegelen en aan de verplichting zou voldoen inzake een periodiek onderzoek van de bestaande lijst van uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel.**
- **Een mechanisme voor opvolging en evaluatie van de toepassing van de uitzonderingen in het leven roepen.**
- **De dimensies 'genderidentiteit' en 'genderexpressie' opnemen in de analyse alvorens het koninklijk besluit aan te nemen.**

3.3. Positieve acties

Positieve acties zijn een sleutelinstrument op de weg naar een wezenlijke gelijkheid van vrouwen en mannen. Ze kunnen worden ingezet in alle domeinen die tot de werkingssfeer van de Kaderrichtlijn behoren: gelijkheid van loon, op het vlak van arbeid,

de arbeidsvoorwaarden, opleiding en beroepsoriëntering, de toegang tot en de levering van goederen en diensten.

Ook hier is het betreuenswaardig dat ze in de Genderwet zijn opgenomen in het kader van de rechtvaardigingen voor discriminatie. Positieve acties vormen immers uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel en de overheid dient het regelgevend kader waarin ze kunnen worden opgenomen nauwkeurig af te bakenen.

Er bestaat vandaag geen enkel koninklijk besluit dat het kader van de positieve acties vastlegt. Weliswaar blijven de koninklijke besluiten van 1987 en 1990 voorlopig van toepassing, maar daarbij dient opgemerkt te worden dat ze niet van toepassing zijn op het vlak van arbeid.

Het gebrek aan duidelijkheid over de relevantie/toepasselijkheid van de bestaande koninklijke besluiten doet bij de invoering van een beleid van positieve acties door een werkgever vragen rijzen over de geldigheid, de doeltreffendheid en relevantie van het huidige wetgevende kader.

Tot slot is het ontwerp van koninklijk besluit uit 2012 ter zake zo globaal en transversaal dat het aanleiding geeft tot rechtsonzekerheid. Volgens het ontwerp zou een publieke of private werkgever, buiten welk algemeen kader ook, zijn eigen apparaat kunnen ontwikkelen dat a posteriori sanctioneerbaar zou zijn.

We stellen ook vast dat de gebruikte bewoordingen niet duidelijk zijn.

Aanbevelingen

- **In één of meer koninklijke besluiten, afhankelijk van het domein, het wettelijk kader van de positieve acties ophelderen in alle domeinen die de wet beslaat. In het domein van de toegang tot en de levering van goederen en diensten bijvoorbeeld zijn de positieve acties vandaag onwettig bij gebrek aan koninklijk besluit betreffende die positieve acties.**
- **Dit koninklijk besluit zou een algemeen kader kunnen vaststellen dat vervolgens een meer 'individuele' actie mogelijk zou maken, met inachtneming van de norm weliswaar. Dit algemene kader zou kunnen worden uitgewerkt in samenwerking met de sociale partners, zowel voor de openbare als voor de privésector.**

- Invoering van een strategie tot ontwikkeling en opvolging van positieve acties.

send worden geacht nauwkeurig beschrijven.

4. Gelijkheid op het vlak van goederen en diensten

Er bestaan voor zover wij weten geen gegevens over de afschaffing, of niet, van het gebruik van de actuariële factoren in de verzekeringscontracten (excl. levensverzekeringen), zowel voor de premies als de prestaties. Dezelfde vaststelling geldt voor het rekening houden met moederschap en zwangerschap.

Bij gebrek aan dergelijke gegevens zijn er vragen te stellen bij de doeltreffendheid van artikel 10 van de Genderwet. Als gevolg van de arresten van het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof in de zaak Test-Aankoop kan dezelfde vraag sinds december 2012 worden gesteld in verband met de levensverzekeringscontracten.

Het voorstel van koninklijk betreffende de seksespecifieke diensten, daterend uit de vorige legislatuur, blijkt overigens niet adequaat:

- het bevat geen nauwkeurige beschrijving van de doelstellingen die als wettig worden beschouwd;
- de lijst van uitzonderingen is onduidelijk en vermengt activiteiten, doelstellingen en juridische structuren.

Aanbevelingen

- **In samenwerking met de FSMA (Financial Services and Markets Authority) voorzien in een opvolging van de doeltreffende toepassing van de opheffing van de actuariële factoren en factoren m.b.t. moederschap en zwangerschap in de verzekeringspremies en -prestaties.**
- **Het koninklijk besluit van 21 december 1971 betreffende de arbeidsongevallen wijzigen.**
- **Nagaan of andere bepalingen inzake sociale zekerheid geen gebruik maken van de actuariële factoren.**
- **Het gebruik van geslachtsspecifieke actuariële factoren in groepsverzekeringen formeel verbieden.**
- **Een koninklijk besluit tot uitvoering van de wet aannemen en de wettige doelstellingen en maatregelen die als nuttig en pas-**

5. Maatregelen van bescherming, sanctie en vergoeding

De Genderwet vormt een grote en gunstige stap voorwaarts in het geheel van bescherming van slachtoffers en getuigen van discriminaties en van de bestraffing van dergelijke feiten.

Toch vallen de volgende zaken te betreuren:

- Het gebrek aan bescherming van de getuigen wanneer er geen klacht of formele getuigenis wordt ingediend. Dit is een lacune in de omzetting van de Europese richtlijnen.
- Het feit dat de wet voorziet in zeer formele procedures om klacht in te dienen. Dit kan een obstakel zijn voor de doeltreffendheid van de wet op het vlak van de bescherming die ze wenst te bieden aan slachtoffers van discriminaties.
- De vraag of de voorziene vergoedingen, die overeenkomen met 6 maanden loon, daadwerkelijk een afschrikkend karakter hebben.
- Te korte verjaringstermijnen in het kader van de verbreking van de arbeidsrelaties, variabel naargelang van het strafrechtelijke karakter van het misdrijf (artikel 28§2, bestaan van een bijzondere opzet) en van het domein in kwestie, wat rechtsonzekerheid teweegbrengt.

Tot slot zou het nuttig zijn een specifieke analyse te maken van de doeltreffendheid van de wet ten aanzien van de beschermingsregeling waarin de wet voorziet. Is een systeem van wederindienstneming, wenselijk om een betere bescherming te bieden aan slachtoffers van discriminaties en bijgevolg ook het aantal discriminerende gedragingen te beperken, bijvoorbeeld in het kader van het ontslag van vrouwen om redenen van zwangerschap of moederschap.

Aanbevelingen

- **De regeling van bescherming van getuigen herzien om ze in overeenstemming te brengen met het Europees recht.**
- **Met de belanghebbenden en in samenwerking met Unia een debat op gang brengen over de gepastheid van de sancties en vergoedingen (meer bepaald het afschrikkend karakter) waarin de wet voorziet en de eventuele verbeteringen die dienen te worden aangebracht.**
- **Een voor alle bepalingen identieke speciale verjaringstermijn voorzien in de wet; een termijn van vijf jaar lijkt rechtvaardigbaar**



om de coherentie en rechtszekerheid voor de betrokken partijen te waarborgen.

6. Helderheid van de wet en preventie

6.1. Sensibiliserend effect

Naast haar 'repressieve' aard zou de Genderwet ook een sensibiliserend effect moeten hebben door op duidelijke en nauwkeurige wijze aan te geven welke soort gedragingen worden bestraft. De CAO 25 en 25ter betreffende de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers bieden ter zake alvast meer duidelijkheid over de begrippen 'vergoedingen', 'functierangschikking' en 'evenwaardig werk'.

In dit opzicht is het verlies aan duidelijkheid van de Genderwet van 2007 ten opzichte van die van 1999 betreurenswaardig.

- De wet van mei 2007 is algemener en generieker in haar bepalingen.
- Er worden verschillende concepten gebruikt. De concepten 'onderscheid' en 'discriminatie' worden enkel gebruikt om redenen van parallelisme tussen de wetten, maar hebben geen praktisch nut wat de doeltreffendheid van de wet betreft.
- Ook de werkingssfeer is onduidelijk, omdat 'intimidatie' en 'seksuele intimidatie' in de lijst van discriminerende gedragingen worden opgenomen, maar vervolgens niet van toepassing zijn op werknemers die binnen het toepassingsgebied van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers vallen.
- De verwarring inzake de uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel, die worden voorgesteld als redenen van rechtvaardiging.

De ingewikkelde structuur van de wet, die haar leesbaarheid bemoeilijkt (zie ook infra 6.2).

Aanbeveling

- **Een expliciete definitie van gelijk loon aan de Genderwet toevoegen met het oog op het concretiseren van de verplichting tot het elimineren in alle loonelementen en -voorwaarden van elke directe en indirecte discriminatie voor hetzelfde werk of voor werk van gelijke waarde .**

6.2. Bestrafing van discriminaties

De wet focust op een tussenkomst *a posteriori*. De

wetgeving betreffende de gelijkheid van vrouwen en mannen wordt onvoldoende gebruikt en dat is al zo sinds de eerste wet van 1978 ter bestrijding van discriminaties.

Het is aangewezen om positieve preventiemaatregelen te promoten, zoals in het kader van reflectie over de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten en de positieve acties, ten einde te verhinderen dat discriminatie op grond van geslacht zich kan voordoen.

De preventie kan ook worden versterkt door te steunen op het al bestaande (maar helaas enkel exclusieve) verband met intimidatie in de zin van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers.

Op het vlak van bestraffing is een evolutie vast te stellen in de Genderwet. Hoewel deze aanvankelijk niet voorzag in een tenlastelegging van discriminatie (alleen het aanzetten tot discriminatie werd bestraft), zet de wet van 22 mei 2014 deze lacune recht.

De wet voert nieuwe tenlasteleggingen in die als moreel element vereisen dat er sprake is van 'bijzonder opzet'. De regeling laat zich als volgt samenvatten:

- Voor arbeidsgerelateerde discriminaties (artikelen 27 en 28 van de Genderwet)
 - Noodzaak om een bijzonder opzet te kunnen bewijzen
 - Bestrafing van directe en indirecte discriminatie, seksuele intimidatie en de opdracht tot discrimineren
- Voor de goederen en diensten (artikel 28/1 en 28/2)
 - Nood aan een bijzonder opzet
 - Bestrafing van de gedragingen zoals bedoeld in artikel 5 van de wet en de punten, 5, 6, 7 en 8. Deze verwijzing impliceert dat ook direct en indirect onderscheid strafbaar worden. Het toepassingsgebied is groter, zonder dat we echter over een tenlastelegging beschikken.

Een van deze regels verwijst naar het 'legaliteitsbeginsel' (Nullum crimen sine lege, Nulla poena sine lege). Dit beginsel bepaalt inzonderheid dat de artikelen 12, 2^{de} lid, en 14 van de Grondwet aan elke burger waarborgen dat geen enkel gedrag kan worden bestraft en geen enkele straf kan worden opgelegd tenzij krachtens regels die worden aangenomen door een op democratische wijze verkozen beraadslagende vergadering. Dit gebeurt door aan de wetgevende macht (= Kamer van volksvertegenwoordigers) de

bevoegdheid te verlenen om, enerzijds, te bepalen in welke gevallen en in welke vorm strafrechtelijke vervolgingen mogelijk zijn en, anderzijds, een wet aan te nemen op grond waarvan een straf kan worden vastgesteld en toegepast.

Aanbevelingen

- **In het kader van de invoering van de nieuwe koninklijke besluiten betreffende wezenlijke en bepalende beroepsvereisten en positieve acties verduidelijken wat is toegelaten en wat niet en het invoeren van een preventiebeleid op het vlak van discriminatie stimuleren.**

7. Doeltreffendheid

De wet voorzag in de invoering van koninklijke besluiten met als doel de tenuitvoerlegging van bepaalde wetsbepalingen te verzekeren. Tot op de dag van vandaag zijn er geen koninklijke besluiten met betrekking tot:

- wezenlijke en bepalende beroepsvereisten
- positieve acties
- seksespecifieke goederen en diensten, die niet moeten voldoen aan het gelijkheidsbeginsel
- de wettelijke socialezekerheidsregelingen

Aanbevelingen

- Een koninklijk besluit aannemen tot uitvoering van de Genderwet inzake wezenlijke en bepalende beroepsvereisten
- Een koninklijk besluit aannemen tot uitvoering van de Genderwet inzake positieve acties
- Een koninklijk besluit aannemen tot uitvoering van de Genderwet inzake positieve acties in het domein van goederen en diensten
- Een koninklijk besluit aannemen tot uitvoering van de Genderwet inzake seksespeci-

fieke goederen of diensten die aldus voor één geslacht kunnen worden voorbehouden

- Een koninklijk besluit aannemen tot uitvoering van de Genderwet inzake de wettelijke socialezekerheidsregelingen overeenkomstig 18 §3 van de Genderwet.

8. Materiële fouten

Het lijkt aangewezen om van de gelegenheid gebruik te maken om enkele louter materiële fouten in de Genderwet te verbeteren:

- Het gebrek aan vermelding van het begrip 'evenwaardig werk' in artikel 2;
- Het gebrek aan raadpleging van de Raad van de Gelijke Kansen met betrekking tot de invoering van een koninklijk besluit in het domein van de positieve acties, terwijl dit wel is gebeurd met betrekking tot de wet van 1999 en er wordt voorzien om de Raad te raadplegen bij het opstellen van de andere koninklijke besluiten ter uitvoering van de Genderwet

Aanbeveling

- **De materiële fouten van de wet corrigeren**



BIJLAGE 1 VRAGENLIJSTEN VERZONDEN NAAR DE HOVEN EN RECHTBANKEN

Vragenlijst voor de arbeidshoven en -rechtbanken

Wij kregen de opdracht een eerste balans op te maken betreffende de toepassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen. Het is de wet zelf die bepaalt dat deze eerste balans dient te worden gemaakt; de balans wordt besteld door het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen. In het kader van onze studie beschikken we over statistische gegevens betreffende de bij het Instituut neergelegde klachten en de gepubliceerde rechtspraak. We wensten echter de hoven en rechtbanken te ondervragen over de toepassing van deze wet van 10 mei 2007.

We hebben daarom de onderstaande vragenlijst opgesteld en danken u bij voorbaat voor de aandacht die u er aan zult besteden. Tevens verzoeken we u ons alle rechtspraak te bezorgen die sinds 2007 bestaat in verband met de onderwerpen van onze studie.

1. Inventariseert u alle beslissingen, ook wanneer ze niet worden gepubliceerd of niet verschijnen op Juridat?

Indien ja, gebruikt u dan de volgende trefwoorden:

CRITERIA	WORDEN BESLISSINGEN OPGESLAGEN?		OPMERKINGEN
	JA	NEEN	
Wet van 10 mei 2007			
Discriminatie			
Discriminatie tussen mannen en vrouwen			
Discriminatie op basis van het geslacht			
Gelijkheid			
Gelijke beloning			
Gelijke behandeling			
Intimidatie			
Seksuele intimidatie			
Discriminerende intimidatie			
Moederschap			
Geslachtsverandering			
Transgender			
Transseksualiteit			
Andere gebruikte relevante criteria:			

2. Hoeveel beslissingen zijn er sinds de toepassing van de wet van 10 mei 2007 in uw arrondissement uitgesproken in verband met de bovenvermelde thema's?

3. Inventariseert u ook de vorderingen die per thema worden ingesteld? Indien ja, hoeveel zijn er dan afgesloten met een afstand van rechtsvordering of hoeveel werden er zonder voorwerp verklaard?



4. Kunt u de opsplitsing volgens thema vaststellen en de onderstaande tabel invullen.

CRITERIA	AANTAL BESLISSINGEN SINDS 2007	AANTAL VORDERINGEN INGEVOERD SINDS 2007
Wet van 10 mei 2007		
Discriminatie		
Discriminatie tussen mannen en vrouwen		
Discriminatie op basis van het geslacht		
Gelijkheid		
Gelijke beloning		
Gelijke behandeling		
Intimidatie		
Seksuele intimidatie		
Discriminerende intimidatie		
Moederschap		
Geslachtsverandering		
Transgender		
Transseksualiteit		
Andere gebruikte relevante criteria:		

5. Heeft u zich in dit domein moeten uitspreken over een vordering tot staking?

Indien ja, heeft u dan een vergoeding toegekend?

6. Mogen wij contact met u opnemen voor een diepgravender gesprek over de toepassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen?

Kunt u ons laten weten wanneer u beschikbaar bent: dag en tijdstip evenals een telefoonnummer waar we u kunnen bereiken?

We danken u voor uw medewerking.

Vragenlijst voor het arbeidsauditoraat

Wij kregen de opdracht een eerste balans op te maken betreffende de toepassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen. Het is de wet zelf die bepaalt dat deze eerste balans dient te worden gemaakt; de balans wordt besteld door het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen. In het kader van onze studie beschikken we over statistische gegevens betreffende de bij het Instituut neergelegde klachten en de gepubliceerde rechtspraak. We wensten echter de hoven en rechtbanken te ondervragen over de toepassing van deze wet van 10 mei 2007.

We hebben daarom de onderstaande vragenlijst opgesteld en danken u bij voorbaat voor de aandacht die u er aan zult besteden.

1. Opslaan van de klachten
 - 1.1. Inventariseert u alle klachten, ook wanneer ze geen vervolg krijgen?
 - 1.2. Indien ja, gebruikt u dan de volgende trefwoorden:

CRITERIA	OPSLAAN VAN DE KLACHTEN?	
	JA	NEEN
Wet van 10 mei 2007		
Discriminatie		
Discriminatie tussen mannen en vrouwen		
Discriminatie op basis van het geslacht		
Gelijkheid		
Gelijke beloning		
Gelijke behandeling		
Intimidatie		
Seksuele intimidatie		
Discriminerende intimidatie		
Moederschap		
Geslachtsverandering		
Transgender		
Transseksualiteit		
Andere gebruikte relevante criteria:		



2. Hoeveel beslissingen zijn er sinds de toepassing van de wet van 10 mei 2007 in uw arrondissement uitgesproken in verband met de bovenvermelde thema's?
3. Kunt u een opsplitsing maken volgens thema?
4. Hoeveel dossiers hebben geleid tot een verwijzing voor de correctionele rechtbank?

CRITERIA	AANTAL KLACHTEN SINDS 2007	AANTAL VERWIJZINGEN SINDS 2007
Wet van 10 mei 2007		
Discriminatie		
Discriminatie tussen mannen en vrouwen		
Discriminatie op basis van het geslacht		
Gelijkheid		
Gelijke beloning		
Gelijke behandeling		
Intimidatie		
Seksuele intimidatie		
Discriminerende intimidatie		
Moederschap		
Geslachtsverandering		
Transgender		
Transseksualiteit		
Andere gebruikte relevante criteria:		

5. Mogen wij contact met u opnemen voor een diepgravender gesprek over de toepassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen?

Kunt u ons laten weten wanneer u beschikbaar bent: dag en tijdstip evenals een telefoonnummer waar we u kunnen bereiken?

Vragenlijst voor de hoven en rechtbanken van koophandel

Wij kregen de opdracht een eerste balans op te maken betreffende de toepassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen. Het is de wet zelf die bepaalt dat deze eerste balans dient te worden gemaakt; de balans wordt besteld door het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen. In het kader van onze studie beschikken we over statistische gegevens betreffende de bij het Instituut neergelegde klachten en de gepubliceerde rechtspraak. We wensten echter de hoven en rechtbanken te ondervragen over de toepassing van deze wet van 10 mei 2007.

We hebben daarom de onderstaande vragenlijst opgesteld en danken u bij voorbaat voor de aandacht die u er aan zult besteden. Tevens verzoeken we u ons alle rechtspraak te bezorgen die sinds 2007 bestaat in verband met de onderwerpen van onze studie.

1. Inventariseert u alle beslissingen, ook wanneer ze niet worden gepubliceerd of niet verschijnen op Juridat?

Indien ja, gebruikt u dan de volgende trefwoorden:

CRITERIA	WORDEN BESLISSINGEN OPGESLAGEN?		OPMERKINGEN
	JA	NEEN	
Wet van 10 mei 2007			
Discriminatie			
Discriminatie tussen mannen en vrouwen			
Discriminatie op basis van het geslacht			
Gelijkheid			
Moederschap			
Geslachtsverandering			
Transgender			
Transseksualiteit			
Andere gebruikte relevante criteria:			
Geslachtsverandering			
Transgender			
Transseksualiteit			
Andere gebruikte relevante criteria:			

2. Hoeveel beslissingen zijn er sinds de toepassing van de wet van 10 mei 2007 in uw arrondissement uitgesproken in verband met de bovenvermelde thema's?

3. Inventariseert u ook de vorderingen die per thema worden ingesteld? Indien ja, hoeveel zijn er dan afgesloten met een afstand van rechtsvordering of hoeveel werden er zonder voorwerp verklaard?



4. Kunt u de opsplitsing volgens thema vaststellen en de onderstaande tabel invullen

CRITERIA	AANTAL BESLISSINGEN SINDS 2007	AANTAL INGESTELDE VORDERINGEN SINDS 2007
Wet van 10 mei 2007		
Discriminatie		
Discriminatie tussen mannen en vrouwen		
Discriminatie op basis van het geslacht		
Gelijkheid		
Moederschap		
Geslachtsverandering		
Transgender		
Transseksualiteit		
Andere gebruikte relevante criteria:		

5. Heeft u zich in dit domein moeten uitspreken over een vordering tot staking?

Indien ja, heeft u dan een vergoeding toegekend?

6. Mogen wij contact met u opnemen voor een diepgravender gesprek over de toepassing van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen?

Kunt u ons laten weten wanneer u beschikbaar bent: dag en tijdstip evenals een telefoonnummer waar we u kunnen bereiken?

We danken u voor uw medewerking.

COLOFON

UITGEVER

Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen
Ernest Blerotstraat 1
1070 Brussel
Tel. 02 233 41 75
gelijkheid.manvrouw@igvm.belgie.be
<http://igvm-iefh.belgium.be>

VERANTWOORDELIJKE UITGEVER

Michel Pasteel, directeur van het Instituut voor de
gelijkheid van vrouwen en mannen

DEPOTNUMMER

D/2017/10.043/2

Cette publication est également disponible en
français.





INSTITUUT VOOR
DE GELIJKHEID
VAN VROUWEN
EN MANNEN

