

ANNOTATIE

Vergelijken binnen een groep **Annotatie bij HvJ EU 26 januari 2021, C-16/19 (VL/Poolse ziekenhuis)**

P.C. Vas Nunes

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 26-01-2021, ECLI:EU:C:2021:64 (EHRC-2021-0052, AR-2021-0123)

Iemand voelt zich gediscrimineerd. Met wie kan hij zich vergelijken om vast te stellen dat hij ongunstiger wordt behandeld 'dan een ander in een vergelijkbare situatie is, wordt of zou worden behandeld'? Het blijft tobben met deze fundamentele vraag. In deze zaak leert het Hof van Justitie EU ('het Hof') dat een gehandicapte zich onder omstandigheden kan vergelijken met een andere gehandicapte ('vergelijking binnen een groep'). Het arrest combineert verschillende algemene leerstukken van het gelijkebehandelingsrecht.

De feiten

VL is een psycholoog in dienst van een Poolse ziekenhuis. Zij is gehandicapt, wat blijkt uit een attest dat zij in 2011 overlegde aan haar werkgever. Het attest omschrijft haar handicap als 'permanent, matig'. Dit is de middelste van drie categorieën.[1] Grotere (25+) Poolse werkgevers met een personeelsbestand dat voor minder dan 6% uit geattesteerde gehandicapten bestaat, moeten een forse bijdrage betalen aan een rehabilitatiefonds (PFRON).[2] Hoe lager het percentage gehandicapten, des te hoger de bijdrage. In 2013 doet de directie van het ziekenhuis een aanbod aan alle werknemers die gehandicapt zijn maar (nog) geen attest hebben overgelegd. Wie van hen alsnog een attest overlegt, krijgt vanaf 1 september 2014 een loontoeslag van circa € 60 per maand, een zeker in het Polen van 2013 enorme loonsverhoging.[3] Werknemers die al eerder een attest hadden overgelegd, onder wie VL, komen niet voor de toeslag in aanmerking.[4] Het doel van het aanbod is om eventuele

gehandicapte werknemers die (nog) geen attest hebben overgelegd te verleiden dat (alsnog) te doen teneinde het ziekenhuis in staat te stellen de PFRON-heffing te verlagen. Volgens VL discrimineert het ziekenhuis haar, door het stellen van deze 'tijdvoorwaarde om in aanmerking te komen voor de loontoeslag', *indirect* op grond van handicap.[5] Zij vordert de toeslag vanaf 1 september 2014.

VL maakt een vergelijking tussen twee groepen werknemers: degenen die al eerder een attest hadden ingediend, waaronder zichzelf (hierna: 'groep 1'), bestaande uit zestien werknemers, en degenen die pas na het aanbod een attest overlegden en daardoor een loontoeslag krijgen ('groep 2'), bestaande uit dertien werknemers. Het verweer van het ziekenhuis blijkt niet uit het arrest maar zal vermoedelijk zijn geweest: het onderscheid op de grond 'datum overlegging attest' is geen onderscheid op grond van handicap; bovendien is van onderscheid op grond van handicap enkel sprake wanneer een gehandicapte werknemer op grond van zijn handicap ongunstiger wordt behandeld dan een niet-gehandicapte werknemer.[6] Dus niet wanneer hij ongunstiger wordt behandeld dan een andere gehandicapte. De verwijzende rechter vraagt het Hof van Justitie EU of er in deze situatie *indirect* onderscheid op grond van handicap is in de zin van Kaderrichtlijn 2000/78/EG. De Poolse en Portugese regeringen en de advocaat-generaal (A-G) delen (min of meer) het standpunt van VL. De Commissie onderschrijft (min of meer) het werkgeversstandpunt.

Opmerkingen vooraf

Alvorens het arrest te bespreken breng ik enkele leerstukken van het gelijkebehandelingsrecht in herinnering, ten behoeve van de lezer die zich minder in dit onderdeel van het arbeidsrecht heeft verdiept.

1. De Kaderrichtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep (Richtlijn 2000/78/EG), draagt de lidstaten op om discriminatie op grond van, onder andere, 'handicap' te bestrijden en om het beginsel van gelijke behandeling op die grond te waarborgen. Onder het beginsel van *gelijke behandeling* verstaat de richtlijn de afwezigheid van directe of indirecte *discriminatie*. Het gelijkebehandelingsbeginsel is vastgelegd in artikel 20 van het Handvest van de grondrechten van de EU (het 'Handvest'): 'Eenieder is gelijk voor de wet'. Het non-discriminatiebeginsel is hiervan een 'bijzondere uitdrukking'. Dit beginsel is vastgelegd in artikel 21 Handvest, dat iedere discriminatie op de daar genoemde gronden (ras, geslacht, enz.) verbiedt. Dit is niet de plaats uit te wijden over de verhouding tussen de concepten gelijke behandeling en (non-) discriminatie noch over de vraag waarom de Nederlandse wetgever het niet heeft over 'discriminatie' maar over (al dan niet geoorloofd) 'onderscheid'. Ik gebruik hieronder beide uitdrukkingen.

2. Zoals bekend kan onderscheid op een van de non-discriminatiegronden direct of indirect zijn. Direct onderscheid op basis van handicap (onze wet heeft het over 'handicap of chronische ziekte') is behoudens enkele hier niet relevante uitzonderingen verboden. Het kan niet worden gerechtvaardigd. Indirect onderscheid kan wél ('objectief') worden gerechtvaardigd.

3. Direct onderscheid op basis van een non-discriminatiegrond doet zich voor wanneer iemand ongunstiger^[7] wordt behandeld 'dan een ander in een vergelijkbare situatie is, wordt of zou worden behandeld' op basis van die grond. Indirect onderscheid op basis van handicap doet zich voor wanneer een 'ogenschijnlijk neutrale' bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een handicap 'in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt'. In beide gevallen moet degene die zich gediscrimineerd voelt zich (of de groep waartoe hij behoort) vergelijken met een ander (of een andere groep) en in beide gevallen moet sprake zijn van vergelijkbare situaties.

4. Zowel bij direct als bij indirect onderscheid speelt causaliteit. Wanneer maakt een werkgever onderscheid *op basis van*^[8] (bijvoorbeeld) handicap? Een aspect van deze vraag betreft de subvraag naar 'onlosmakelijkheid'. Ter illustratie de bekende zaak *Dekker*.^[9] De sollicitatie van mevrouw Dekker werd afgewezen omdat zij zwanger was. Zwangerschap is niet een met zoveel woorden in de wet (in dit geval: de voormalige Richtlijn 76/207/EEG) genoemde non-discriminatiegrond. Was de afwijzing *op basis van* haar geslacht? Slechts een klein percentage van vrouwelijke sollicitanten is zwanger. Bovendien waren alle kandidaten vrouw. Men zou daarom kunnen redeneren: benadeling op grond van zwangerschap is niet benadeling *op basis van* geslacht, althans niet rechtstreeks. Het Hof oordeelde echter: 'Daar enkel vrouwen een aanstelling kan worden geweigerd wegens zwangerschap, is een dergelijke weigering een *directe* discriminatie op grond van geslacht.' In latere arresten verduidelijkte het Hof dat sprake is van direct onderscheid op basis van een non-discriminatiegrond wanneer het criterium dat het betrokken onderscheid veroorzaakt weliswaar niet rechtstreeks naar die grond verwijst maar daarmee wel 'onlosmakelijk is verbonden'.^[10] De Nederlandse wetgever heeft dit leerstuk wat betreft geslacht gecodificeerd door in artikel 1 lid 2 Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), artikel 1 lid 2 Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGBm/v) en artikel 7:646 lid 5 Burgerlijk Wetboek (BW) te bepalen dat onder direct onderscheid op grond van geslacht mede wordt verstaan onderscheid op grond van zwangerschap, bevalling en moederschap.

5. Degene die zich beroept op een verbod om op basis van een bepaalde eigenschap te discrimineren, hoeft niet zelf die eigenschap te hebben. Het discriminatieverbod is immers geen verbod om *mensen* met een bepaalde eigenschap te benadelen; het houdt – breder – in dat niet mag worden gediscrimineerd *op grond van* die eigenschap. Dit werd duidelijk in het

arrest *Coleman*.^[11] In die zaak werd de moeder van een gehandicapt kind benadeeld op grond van de handicap *van dat kind*. De reden dat je een gehandicapte werknemer niet mag benadelen is dus niet dat *hij* gehandicapt is; je mag hem niet benadelen *vanwege een handicap* (van hemzelf of een met hem nauw gelieerde ander).

6. Een werkgever kan op allerlei ‘gronden’ onderscheid maken. Een twaalfal gronden (geslacht, godsdienst, handicap, leeftijd, emz.) is in arbeidsrechtelijke EU-richtlijnen en de Nederlandse arbeidswetgeving met zoveel woorden erkend als non-discriminatiegrond. Onderscheid op andere gronden is niet specifiek geregeld. Dit betekent echter niet dat onderscheid op zulke andere gronden in alle gevallen zonder meer ontsnapt aan het discriminatieverbod. Al in 1994 sprak de Hoge Raad in het *Agfa*-arrest van het ‘in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze gehonoreerd moet worden, behoudens objectieve rechtvaardigingsgrond’.^[12] In 2005, in de bekende zaak *Mangold*, herinnerde het Hof aan zijn eerdere rechtspraak – teruggaand tot zeker de jaren zeventig, vermoedelijk zelfs tot het begin van de EEG – dat het discriminatieverbod een uitdrukking is van het ‘algemene beginsel dat een der grondprincipes van het gemeenschapsrecht is’.^[13] Het ging in *Mangold* om leeftijdsdiscriminatie, dat toen nog niet in een richtlijn was geregeld.^[14] Het beginsel dat een werkgever niet op grond van leeftijd mag discrimineren is, aldus het Hof, een ‘algemeen beginsel’ van Unierecht, waarvan Richtlijn 2000/78/EG niet meer is dan een concrete uitwerking. Niet in een richtlijn geregelde vormen van onderscheid kunnen dus onder omstandigheden worden bestreden met een beroep op dit algemene beginsel, dat is gecodificeerd in de al genoemde artikelen 20 en 21 Handvest.

Het arrest

Na de gebruikelijke uiteenzetting van het relevante Unie- en nationale recht, en na een korte samenvatting van de feiten citeert het Hof in punt 20 de vraag van de verwijzende rechter over de uitleg van Richtlijn 2000/78/EG. Kort samengevat: Schendt onderscheid binnen een beschermde groep (in dit geval: gehandicapten) op grond van een ogenschijnlijk neutrale maatstaf het beginsel van gelijke behandeling als die maatstaf niet objectief gerechtvaardigd is? In punt 21 herformuleert het Hof de vraag opvallend anders. Het beperkt de vraag tot de grond handicap en tot de gewraakte handelwijze van het ziekenhuis, te weten de uitsluiting van groep 1 van de loontoeslag. De vraag die het Hof zichzelf stelt, is: Kan die handelwijze vallen onder het begrip ‘discriminatie’? Het Hof beantwoordt de vraag in de volgende stappen.

Vraagstelling stap 1: Kan een verschil in behandeling binnen een groep gehandicapten onder het begrip ‘discriminatie’ vallen? (punt 25)

Tekst noch context noch doel van de richtlijn dwingt tot de conclusie dat het discriminatieverbod beperkt zou zijn tot verschillen in behandeling tussen gehandicapten en niet-gehandicapten. De richtlijn laat zich niet uit over de vraag welke (groepen van) personen als vergelijkingspunt kunnen dienen om te beoordelen of er eventueel sprake is van discriminatie (punt 29-31).

De richtlijn concretiseert, wat betreft handicap, het in artikel 21 Handvest neergelegde algemene beginsel van non-discriminatie (punt 33).

Het beginsel van gelijke behandeling is niet van toepassing op een bepaalde categorie personen maar uit hoofde van (in dit geval:) handicap: zie het arrest *Coleman* (punt 34).

De bescherming die de richtlijn gehandicapte werknemers biedt, zou worden ondermijnd als een verschil in behandeling dat zich voordoet *tussen* werknemers met een handicap onderling bij voorbaat ('per definitie') van de werking van het discriminatieverbod zou zijn uitgesloten. Het beginsel van gelijke behandeling is bedoeld om gehandicapte werknemers te beschermen, niet alleen ten opzichte van niet-gehandicapte collega's maar ook ten opzichte van andere gehandicapte collega's (punt 35-36).

Conclusie stap 1: een verschil in behandeling *binnen een groep gehandicapten* kan onder het begrip 'discriminatie' vallen.

Vraagstelling stap 2: Kan een handelwijze ('praktijk') zoals die van het ziekenhuis onder het begrip 'discriminatie' vallen? (punt 37).

Het Hof legt uit dat het zich niet gebonden acht aan de grenzen van de vraag zoals geformuleerd door de verwijzende rechter, die is beperkt tot indirect onderscheid (punt 38-39).

Directe discriminatie op grond van handicap doet zich voor wanneer iemand op die grond ongunstiger dan een ander wordt behandeld in een vergelijkbare situatie. Het vereiste van situatiegelijkheid moet contextueel en concreet worden beoordeeld (punt 41-43).

Een bepaling of praktijk vormt geen directe discriminatie op grond van handicap als het betrokken verschil in behandeling niet is gebaseerd op een criterium dat onlosmakelijk verbonden is met handicap (punt 44).

Benadeling op grond van een criterium dat niet rechtstreeks verwijst naar een non-discriminatiegrond maar wel naar een criterium dat – in het licht van de context – onlosmakelijk met die grond is verbonden, maakt *direct* onderscheid op die grond. Het Hof verwijst ter illustratie naar drie (groepen van) eerdere uitspraken: zijn 'homopensioen'-

jurisprudentie (de zaken *Maruko*,^[15] *Römer*^[16] en *Hay*^[17]), de zaak *Andersen*^[18] en de zaak *Kleist*^[19] (punt 44-47).

Conclusie stap 2: de werkgever die een werknemer minder gunstig behandelt dan een andere in een vergelijkbare situatie op basis van een criterium dat onlosmakelijk met de handicap van eerstbedoelde werknemer is verbonden, discrimineert *direct* (punt 48).

Deze twee conclusies toepassend op de casus, merkt het Hof op dat de werknemers in groep 1 minder gunstig werden behandeld dan die in groep 2. Gelet op het doel van de toeslag – verlaging van de PFRON-heffing – en het feit dat de werknemers in beide groepen in gelijke mate aan die verlaging bijdragen, verkeren ze in een vergelijkbare situatie (punt 49-50).

Het staat aan de Poolse rechter om in het licht van alle relevante omstandigheden te bepalen of de door de werkgever gestelde ‘tijdvoorwaarde’ een criterium vormt dat onlosmakelijk is verbonden met de handicap van de groep 1-werknemers. Is dit het geval, dan discrimineert het ziekenhuis *direct* (punt 51), wat slechts op enkele limitatief in de richtlijn genoemde gronden kan worden gerechtvaardigd (punt 54).

Hoewel het aan de verwijzende rechter is om deze onlosmakelijkheidsvraag te beantwoorden, noemt het HvJ EU twee omstandigheden die in de richting van een bevestigend antwoord wijzen: (1) het attest verleent aan de werknemer rechten jegens zijn werkgever;^[20] en (2) de handelswijze van de werkgever had het de ‘groep 1-werknemers’, met wier handicap de werkgever noodzakelijkerwijs bekend was, definitief onmogelijk kunnen maken om aan de voorwaarde voor toekenning van die rechten te voldoen (punt 52-53).

Er zou ook sprake kunnen zijn van indirecte discriminatie. Dit is het geval als de Spaanse rechter vaststelt dat de ‘tijdvoorwaarde’ verwijst naar een criterium dat geen rechtstreeks verband houdt met de handicap van VL c.s. maar wel leidt tot ‘bijzondere’ (= gemiddelde) benadeling van groep 1 ten opzichte van werknemers met een *andere* handicap. Het zou namelijk kunnen dat de handicaps van VL c.s. gemiddeld zwaarder zijn dan die van hun collega’s in groep 2, in die zin dat zij opvallender zijn of behoorlijke aanpassingen vereisen, zoals een aangepaste werkplek of aangepaste werktijden (punt 55-58).

In dat geval is het indirecte onderscheid niet gerechtvaardigd, want het doel is slechts kostenbesparing (punt 59).

Gelet op het voorgaande legt het Hof artikel 2 van de richtlijn aldus uit dat:

(a) de praktijk van een werkgever om een loontoeslag te betalen aan werknemers met een handicap die hun attest van erkenning van een handicap na een door die werkgever gekozen

datum hebben afgegeven en niet aan werknemers met een handicap die dat attest vóór die datum hadden verstrekt, directe discriminatie kan vormen wanneer blijkt dat die praktijk is gebaseerd op een criterium dat onlosmakelijk verbonden is met de handicap, omdat zij het een duidelijk omschreven groep werknemers – bestaande uit alle werknemers met een handicap wier handicap ten tijde van de invoering van die praktijk noodzakelijkerwijs bekend was bij de werkgever – definitief onmogelijk kan maken om aan deze tijdsvoorwaarde te voldoen;

(b) die praktijk, ook al is zij ogenschijnlijk neutraal, indirecte discriminatie op grond van handicap kan vormen wanneer blijkt dat zij tot gevolg heeft dat werknemers met een handicap bijzonder worden benadeeld naargelang van de aard van hun handicap, met name omdat die handicap opvallend is of behoorlijke aanpassingen van de arbeidsvoorwaarden vereist, en dat zij niet objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel of dat de middelen voor het bereiken van dat doel niet passend en noodzakelijk zijn.

Bespreking

1. Nieuw aan dit arrest is dat het breekt met de (weliswaar niet uitgesproken, eerder onbewust aangenomen) gedachte dat, om van discriminatie op een van de beschermde gronden te kunnen spreken, er een nadeel moet zijn van iemand met de beschermde eigenschap in vergelijking met iemand zonder die eigenschap. De vrouw die zich op geslachtsdiscriminatie beroept, vergelijkt zich dus met een man, niet met een andere vrouw; de gehandicapte vergelijkt zich met een niet-gehandicapte, de hoofddoekdraagster met een niet-moslim, de 50-plusser met een 50-minner, enzovoort. Het Hof heeft naar mijn weten nog niet eerder een zaak beoordeeld waarin iemand met een beschermde eigenschap zich vergeleek met een ander met dezelfde eigenschap, dus bijvoorbeeld een gehandicapte met een andere gehandicapte, zoals in deze zaak.

2. Ook vergelijking *binnen* een groep is mogelijk. Afhankelijk van hoe het Hof dit bedoelt lijkt me dit niet meer dan logisch. Stel, bijvoorbeeld, dat de zestien werknemers in groep 1 allemaal een fysieke handicap hadden en die in groep 2 een geestelijke, dan worden de eersten vanwege de aard van hun beperking benadeeld ten opzichte van de laatsten. Er zijn dan twee verschillende groepen die 'op grond van' (de aard van hun) handicap verschillend worden behandeld. Daar waar het Hof ingaat op het eventueel aanwezig zijn van indirecte discriminatie (punt 56-58) komt deze bedoeling tot uiting: werknemers met een 'zware' handicap (groep 1) worden anders behandeld dan werknemers met een 'lichtere' handicap (groep 2). Punt 51, waarin het Hof de mogelijkheid van directe discriminatie onderzoekt, is in dit opzicht niet duidelijk.[21] Het Hof bespreekt hier de vraag of de door de werkgever gestelde 'tijdsvoorwaarde' een criterium vormt dat onlosmakelijk verbonden is met **de**

handicap van de groep 1-werknemers.[22] Ik benadruk het woord ‘de’, omdat het Hof misschien doelt op een *specifieke* handicap van VL of een van haar collega’s in groep 1. Zou het Hof in punt 51 echter bedoelen dat er directe discriminatie kan zijn in het geval van ongelijke behandeling van gehandicapte werknemers allen met *dezelfde* (aard/zwaarte, enz.) handicap, dan volg ik de redenering niet.

3. Het Hof lost de zaak op door toepassing van Richtlijn 2000/78/EG. Een andere benadering was denkbaar geweest. Ik heb hierbij het oog op het arrest *Milkova*. [23] De A-G vindt die zaak niet goed vergelijkbaar met de onderhavige (punten 79-80 van zijn conclusie), maar ik volg dat niet. Het arrest betrof Bulgaarse wetgeving die preventieve ontslagbescherming biedt aan gehandicapte werknemers, niet aan gehandicapte ambtenaren. Het HvJ EU zag noch direct noch indirect onderscheid op grond van handicap, maar vond het onderscheid toch in strijd met het Unierecht, als volgt redenerend: (1) de ontslagbeschermingsregeling is een ‘positieve maatregel’ zoals toegelaten in artikel 7 van de richtlijn en valt daarmee binnen de werkingssfeer van de richtlijn; (2) de lidstaten moeten de algemene beginselen van Unierecht, waaronder het recht op gelijke behandeling, eerbiedigen; (3) dit ‘algemene’ recht, verwoord in het VN-Verdrag [24] en artikel 20 en 21 Handvest, houdt in dat vergelijkbare situaties gelijk moeten worden behandeld en ongelijke situaties ongelijk, tenzij het verschil berust op een objectief en redelijk criterium (dat wil zeggen dat het verband houdt met het nagestreefde, redelijke doel) en het verschil in verhouding staat tot dat doel. [25] In *Milkova* toetste het HvJ EU dus, als ik het goed zie, niet aan de richtlijn zelf (er was geen nadeel *op grond van handicap*) maar aan het algemene gelijkheidsbeginsel, dat ook ongeoorloofd onderscheid op andere dan de in de richtlijn genoemde gronden verbiedt. Had een soortgelijke redenering niet ook in deze Poolse zaak gekund? Dit is wat VL (subsidiair) bepleitte. [26] Het Hof gaat niet in op dit argument. De A-G wel, en hij wijst het af. Het zou namelijk lastig zijn geweest om te betogen dat de onderhavige Poolse casus binnen de reikwijdte van de richtlijn valt. Deze horde kon in *Milkova* worden genomen omdat het beschermen van gehandicapte werknemers tegen ongerechtvaardigd ontslag een ‘positieve maatregel’ is als bedoeld in artikel 7 van de richtlijn, dat wil zeggen een maatregel die bijdraagt aan het creëren van een gelijk speelveld voor gehandicapte werknemers. In deze Poolse casus kan niet serieus worden volgehouden dat een loontoeslag een dergelijke positieve maatregel is. Het Hof zegt helemaal niets over het al dan niet van toepassing zijn van de richtlijn, het neemt blijkbaar zonder meer, stilzwijgend, aan dat de casus binnen de reikwijdte van de richtlijn valt. Ook de A-G neemt dit – toch – aan. [27] Dit zo zijnde, waarom past het Hof geen *Milkova*-redenering toe? Dat zou denk ik eenvoudiger zijn geweest.

4. VL beriep zich (‘slechts’) op indirecte discriminatie. De verwijzende rechter beperkte vermoedelijk om die reden zijn vraag aan het Hof tot indirecte discriminatie. De A-G sloot

directe discriminatie zelfs uit: 'De maatstaf die is gebruikt om binnen de twee groepen werknemers met een handicap onderscheid te maken, betreft immers niet rechtstreeks de handicap (het type, de graad, de oorzaak, de duur daarvan), maar is 'ogenschijnlijk neutraal' (...).[28] Het valt daarom des te meer op dat het Hof moeite doet de mogelijkheid van directe discriminatie niet uit te sluiten: 'Hoewel de verwijzende rechter in zijn vraag verwijst naar het bestaan van een verschil in behandeling op basis van een ogenschijnlijk neutrale maatstaf (...) staat dit feit alleen er volgens vaste rechtspraak niet aan in de weg dat het Hof deze rechter alle uitleggingsgegevens verschaft die nuttig kunnen zijn voor de beslechting van de bij hem aanhangige zaak, ongeacht of deze al dan niet in zijn vragen worden genoemd'. Hierna legt het Hof uit waarom het ziekenhuis wel degelijk direct kan hebben gediscrimineerd. Ik heb moeite die uitleg te volgen. Het Hof gaat in op drie elementen uit de definitie van directe discriminatie op basis van handicap: (i) ongunstiger behandelen (ii) dan een ander in een vergelijkbare situatie (iii) op basis van handicap. Dat in dit geval groep 1 ongunstiger wordt behandeld dan groep 2 en dat beide groepen vergelijkbaar zijn is evident. Het gaat om het element 'op basis van handicap'. Het Hof begint (punt 44) met een 'dubbel niet'-vaststelling: een verschil in behandeling is **niet** direct op handicap gebaseerd als zij **niet** is gebaseerd op een criterium dat niet onlosmakelijk is verbonden met die handicap. Waarom het Hof deze vaststelling niet, eenvoudiger, positief verwoordt, is mij onduidelijk. Hoe dit zij, het gaat om het onlosmakelijkheids-concept. Het hiervoor genoemde arrest *Dekker* is een simpel voorbeeld. Als ik het jaarcontract van een werkneemster niet verleng met als motivering 'want je bent zwanger', maak ik weliswaar niet met zoveel woorden onderscheid op grond van geslacht (ik heb niet gezegd: want je bent een vrouw), maar nu zwangerschap onlosmakelijk is verbonden met het zijn van vrouw, is het onderscheid op grond van geslacht direct. Mijn motivering is weliswaar 'neutraal' *geformuleerd*, in die zin, dat ik niet met zoveel woorden naar geslacht verwijs, maar zij is niet 'ogenschijnlijk neutraal'. Je hebt als het ware drie gradaties van discriminerende motivering: direct, ogenschijnlijk neutraal (=indirect) en, daar tussenin, neutraal geformuleerd maar zo dicht tegen direct aanliggend dat niet kan worden gesproken van *ogenschijnlijk* neutraal (=direct). Het Hof verwijst naar voorbeelden van deze tussencategorie in zijn eerdere jurisprudentie (zie hiervoor). Zo oordeelde het dat het onderscheid gehuwd/niet gehuwd direct onderscheid op basis van seksuele geaardheid[29] maakt in de situatie dat homoparen niet kunnen trouwen. Het onderscheid wel/niet AOW-gerechtigd (wat in sommige landen, waar vrouwen eerder dan mannen AOW-gerechtigd worden, tot m/v-verschillen leidt) is zo nauw verbonden met leeftijd dat het direct discrimineert naar leeftijd of geslacht.

5. Ik kan volgen dat, *als* de door de werkgever gestelde 'tijdvoorwaarde' een criterium vormt dat onlosmakelijk is verbonden met de handicap *van de groep1-werknemers*, het ziekenhuis direct discrimineert (punt 51). Ik heb meer moeite met de suggestie van het Hof *dat* die

voorwaarde zo'n criterium vormt. Natuurlijk zou je simpel kunnen redeneren: de voorwaarde dat men na het aanbod van de directie een handicap-attest overlegt, is een voorwaarde waaraan alleen gehandicapten kunnen voldoen, net als alleen vrouwen zwanger kunnen zijn, dus is die voorwaarde onlosmakelijk verbonden met het hebben van *een* handicap. De voorwaarde is echter niet verbonden met de handicaps *van de leden van groep 1*. Ik geloof ook niet dat het Hof zo simpel redeneert. Dat blijkt ook uit de twee omstandigheden die het Hof in punten 52 en 53 noemt als aanwijzing dat het criterium onlosmakelijk met de handicap(s) van de leden van groep 1 verbonden zou kunnen zijn, te weten: (1) het attest verleent aan de werknemer rechten jegens zijn werkgever;^[30] en (2) de 'groep 1-werknemers' konden niet aan de voorwaarde voor toekenning van die rechten voldoen.^[31] Het Hof zou deze omstandigheden niet hebben genoemd als het simpel had geredeneerd als zojuist geschetst. Hoe het dan wel redeneert en wat de relevantie is van omstandigheden 1 en 2, is me niet duidelijk, zeker niet zonder te differentiëren tussen de (aard/zwaarte/oorzaak/ontstaanstijdstip van de) handicaps van de twee groepen.

6. Het betoog dat het ziekenhuis indirect onderscheid op grond van handicap maakte, is makkelijker te volgen, al zal VL ook hier een horde moeten nemen. Ik citeer punt 56 van het arrest: 'Indien de verwijzende rechter uiteindelijk zou vaststellen dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verschil in behandeling het gevolg is van een ogenschijnlijk neutrale praktijk, zal hij nog steeds moeten nagaan of dit verschil in behandeling ertoe heeft geleid dat personen met een *bepaalde* handicap bijzonder zijn benadeeld ten opzichte van personen met een *andere* handicap' (accentueringen toegevoegd). Ik lees dit zo, dat VL zal moeten aantonen dat haar handicap afwijkt van de handicaps van de werknemers in groep 2.

7. De kans lijkt me groot dat de Poolse rechter naar wie de zaak is terugverwezen VL in het gelijk stelt, hetzij omdat die rechter vindt dat het ziekenhuis VL direct discrimineert hetzij omdat het indirect discrimineert zonder objectieve rechtvaardiging. Dit houdt, neem ik aan, in dat VL alsnog de loontoeslag krijgt. Ik kan me voorstellen dat het ziekenhuis er vervolgens moeilijk aan ontkomt de toeslag ook aan de collega's van VL in groep 1 toe te kennen.^[32] In dit geval ontstaat de situatie dat groepen 1 en 2 een loontoeslag krijgen, hun niet-gehandicapte collega's ('groep 3') niet. Het arrest noch de conclusie A-G vertelt ons hoeveel niet-gehandicapte werknemers het ziekenhuis in de relevante periode had. Ik heb op internet naar de website van het ziekenhuis gekeken en krijg de indruk dat het om een redelijk groot ziekenhuis gaat. Groep 3 zou wel eens uit tientallen, honderden of misschien zelfs meer dan duizend werknemers kunnen bestaan. De leden van groepen 1 en 2 worden bevoordeeld op grond van hun handicap. Dat lijkt me in strijd met de richtlijn, waarvan artikel 7 'positieve discriminatie' slechts toelaat 'ter bescherming van de gezondheid en de veiligheid op de arbeidsplek' of 'om voorzieningen of faciliteiten te scheppen of te handhaven om de opnemings

van personen met een handicap in het arbeidsproces te behouden of te bevorderen'. De loontoeslag voldoet niet aan deze voorwaarde. Dus wordt groep 3 gediscrimineerd op grond van (non-)handicap. Nu is het vaste rechtspraak van het Hof dat wanneer discriminatie is vastgesteld, zolang er geen maatregelen zijn getroffen om deze discriminatie op te heffen, 'de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel alleen [kan] worden verzekerd door de leden van de benadeelde groep dezelfde voordelen toe te kennen als de leden van de bevoordeelde groep genieten.'^[33] Dit beginsel van 'levelling up' zou er in theorie toe kunnen leiden dat de loontoeslag aan alle werknemers moet worden toegekend. 'In theorie', want ik kan me een dergelijke uitkomst nauwelijks voorstellen. Sterker, 'levelling down' lijkt me hier eerder aangewezen. De toeslag had niet aan groep 2 aangeboden mogen worden. Een Nederlandse rechter zou de toekenning van de toeslag onrechtmatig verklaren, maar of die rechter het ziekenhuis zou veroordelen de toeslag terug te vorderen betwijfel ik; een polderoplossing lijkt me waarschijnlijker.

8. Daar waar de verwijzende rechter – breed – vroeg naar 'onderscheid tussen personen binnen een groep die wordt onderscheiden door *een beschermd kenmerk* (handicap)', beperkt het Hof zijn antwoord tot handicap. Dit is begrijpelijk. Ik kan niet overzien welke gevolgen het zou hebben als men dit arrest ook zou kunnen toepassen op, bijvoorbeeld, de grond leeftijd. Ik heb moeite een enigszins realistisch casus te bedenken om dit toe te lichten.^[34]

9. Is dit arrest vernieuwend, baanbrekend zelfs? Ik aarzel. Het arrest is in theoretisch opzicht zeker vernieuwend, maar het belang ervan voor de dagelijkse rechtspraak lijkt me, mede vanwege de cryptische redenering van het Hof, beperkt. Misschien moet het belang van het arrest vooral worden gezocht in de door sommige schrijvers gesignaleerde ontwikkeling van het denken van het Hof in een meer materiële benadering van het concept gelijke behandeling.^[35] De handelwijze van het Poolse ziekenhuis was gewoon onredelijk; misschien voelde het Hof zich geroepen daar, 'materieel' denkend, een mouw aan te passen.

*Mr. P.C. Vas Nunes was tot zijn pensionering werkzaam als advocaat. Hij publiceert veelvuldig over arbeidsrecht en is o.a. auteur van het handboek *Gelijke behandeling in arbeid*.*

[1] Aldus de verwijzingsbeschikking. Ik vind het vreemd dat noch de A-G noch het Hof dit mogelijk relevante detail noemt.

[2] De bijdrage bedroeg in het relevante tijdvak 40,65% van het gemiddelde salaris in de onderneming vermenigvuldigd met het tekortschietende aantal werknemers.

[3] De op curia.eu gepubliceerde stukken onthullen niet of de toeslag permanent was.

[4] Ook niet als zij opnieuw een attest overleggen.

[5] Ik neem aan dat VL stelde dat een objectieve rechtvaardiging ontbrak.

[6] De rechter in eerste aanleg wees de vordering af op verschillende gronden, waaronder deze, aldus de verwijzingsbeschikking.

[7] De richtlijn heeft het over 'ongunstiger' behandelen. De Nederlandse wetgever gebruikt de uitdrukking 'op een andere wijze' behandelen, wat in vrijwel alle gevallen op hetzelfde neerkomt, maar in een enkel geval mogelijk iets ruimer is. Bij de definitie van indirect onderscheid komt dit terminologisch verschil tot uiting in de termen 'benadeelt' (EU) versus 'treft' (NL).

[8] De Nederlandse wetgever gebruikt de term 'op grond van', wat dunkt me op hetzelfde neerkomt als 'op basis van'.

[9] HvJ EG 8 november 1990, C-177/88, NJ 1992/224 (*Dekker*).

[10] HvJ EG 11 april 2013, C-335/11, JAR 2013/142 (*Ring*), punt 74 (criterium: langdurend verzuim); HvJ EU 9 maart 2017, C-406/15, JAR 2017/95 (*Milkova*), punt 42 (criterium: aard dienstverband, werknemer of ambtenaar); HvJ EU 18 januari 2018, C-270/16, JAR 2018/55 (*Ruiz Conejero*), punt 37 (criterium: frequent verzuim).

[11] HvJ EG 17 juli 2008, C-303/06, JAR 2008/208 (*Coleman*).

[12] HR 8 april 1994, JAR 1994/94 (*Agfa/Schoolderman*).

[13] Zie bijv. HvJ EG 19 oktober 1977, zaak 117/76 (*Ruckdeschel*) en – voor het arbeidsrecht – HvJ EG 12 oktober 2004, C-313/02, JAR 2004/279 (*Wippel*), punt 54, 56.

[14] HvJ EG, 22 november 2005 C-144/04, JAR 2005/289 (*Mangold*).

[15] HvJ EG 1 april 2008, C-267/06 (*Maruko*): toekenning in pensioenreglement van nabestaandenpensioen aan weduwe/weduwenaar en niet aan overlevende partner is qua geslacht en seksuele geaardheid neutraal geformuleerd, toch discrimineert dit – gelet op beperking huwelijk tot man-vrouwkoppels – rechtstreeks op grond van seksuele geaardheid.

[16] HvJ EU 10 mei 2011, C-147/08, JAR 2011/154 (*Römer*): in dit opzicht vergelijkbaar als *Maruko* t.a.v. aanvullend ouderdomspensioen.

[17] HvJ EU 12 december 2013, C-267/12 (*Hay*): in dit opzicht vergelijkbaar met *Maruko* en *Römer* t.a.v. bijzondere verlofdagen en huwelijkstoelage.

[18] HvJ EU 12 oktober 2010, C-499/08, *JAR* 2010/296 (*Andersen*): onderscheid werknemers die wel/niet recht hebben op (bepaald soort) ingegaan ouderdomspensioen discrimineert rechtstreeks op grond van leeftijd.

[19] HvJ EG 18 november 2010, C-356/09, *RAR* 2011/25 (*Kleist*): ontslagbescherming die op AOW-leeftijd stopt discrimineert rechtstreeks op grond van geslacht, nu die leeftijd voor vrouwen (60) lager is dan voor mannen (65). Dit is het enige van de in punt 45-47 van het hier besproken arrest waarin het Hof het heeft over ‘onlosmakelijk verbonden’. Het criterium wel/niet AOW-gerechtigd is onlosmakelijk met geslacht verbonden.

[20] Het is me niet bekend welke deze ‘specifieke rechten’ zijn. Misschien verleent een attest in sommige gevallen ontheffing van nachtdiensten?

[21] Je zou verwachten dat, als het Hof rekening hield met verschillen in aard of zwaarte van handicap, het daarover iets in zijn samenvatting van de feiten zou hebben gezegd.

[22] Het is me niet duidelijk waarom het Hof in punt 44 een ‘dubbel niet’ zinsconstructie gebruikt: een bepaling of praktijk vormt geen directe discriminatie op grond van handicap als het betrokken verschil in behandeling niet is gebaseerd op een criterium dat onlosmakelijk verbonden is met handicap. Waarom niet, eenvoudiger: een bepaling vormt directe discriminatie als ze berust op een criterium dat onlosmakelijk met handicap is verbonden?

[23] HvJ EU 9 maart 2017, C-406/15, *JAR* 2017/95 (*Milkova*).

[24] Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap, namens de Europese Gemeenschap goedgekeurd bij besluit 2010/48/EG van de Raad van 26 november 2009 (*PbEU* 2010, L 23/35).

[25] Zie art. 52 lid 1 Handvest: ‘Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen slechts beperkingen worden gesteld, indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’ Het hier geformuleerde recht om beperkingen te stellen lijkt op, maar is beperkter dan, de objectieve rechtvaardigingstoets bij indirect onderscheid op een wel expliciet geregelde non-discriminatiegrond.

[26] Zie conclusie A-G, eindnoot 23.

[27] De A-G concludeert weliswaar dat art. 7 richtlijn niet te hulp kan worden geroepen, maar dat de casus desondanks binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt: ‘De uitlegging volgens

welke een dergelijke verschillende behandeling buiten de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 valt louter omdat dat de vergelijking niet wordt gemaakt tussen personen met en personen zonder een handicap, maar uitsluitend tussen personen met een handicap, zou op zijn zachtst gezegd formalistisch zijn en volstrekt niet in overeenstemming met de doelstelling van de richtlijn: vermijden dat bepaalde personen verschillend worden behandeld op grond van hun handicap.’ (punt 43).

[28] Dit citaat uit punt 77 van de conclusie volgt op een passage die op mij vreemd overkomt: ‘Van directe discriminatie is normaal gesproken immers sprake wanneer “iemand” ongunstiger wordt behandeld “dan een ander (...)”. In de onderhavige zaak betreft de ongunstigere behandeling evenwel “een groep personen” (...). Bijgevolg is er geen rechtstreeks verband tussen het besluit van de werkgever en het beschermde kenmerk.’

[29] De Nederlandse wetgever geeft de voorkeur aan de neutrale term ‘seksuele *gerichtheid*’.

[30] Het is me niet bekend welke deze voordelen zijn. Misschien verleent een attest in sommige gevallen ontheffing van nachtdiensten?

[31] Al helemaal ontgaat me waarom het Hof de handelwijze van het ziekenhuis omschrijft als een praktijk ‘waarin niet was voorzien in de [*Poolse wet betreffende de rehabilitatie en tewerkstelling van gehandicapten*] en waarvoor vooraf geen transparante criteria lijken te zijn vastgesteld voor de toekenning of weigering van (...) de loontoeslag’.

[32] Een eventuele verjaringstermijn vangt vermoedelijk pas aan nadat die collega’s bekend zijn met het feit dat het ziekenhuis hen heeft gediscrimineerd, dus na het bekend worden van het onderhavige arrest.

[33] Zie o.a. HvJ EU 22 januari 2019, C-193/17, *JAR* 2019/58 (*Cresco*).

[34] Een casus zou misschien kunnen zijn een bedrijf dat aan 55-plussers een voordeel biedt, zoals ontheffing (in het kader van een leeftijds(fase)bewust personeelsbeleid) van ploegendiensten, en dit voordeel vanaf zekere datum afschaft. Er ontstaan dan twee groepen 55-plussers, de ene groep mét en de andere groep zonder het voordeel. Met dit voorbeeld komen we echter terecht in lastige leeftijdvergelijkingsdiscussies zoals in HvJ EU 14 februari 2019, C-154/18, *JAR* 2019/77 (*Horgan and Keenan*).

[35] Zie M. de Vos in *International Journal of Discrimination and the Law* (IJDL) 2020 (I), p. 62, met dank aan Jan Pieter Vos die me op het bestaan van dit artikel – en daarmee op het bestaan van dit tijdschrift – wees.