

# Wanneer antidiscriminatiewetten deel zijn van het probleem: over macht, gender, *affirmative action* en het recht

Mattias A. Decoster<sup>1</sup>

**Abstract** – Both feminist and critical race legal scholars have delivered similar but different critiques on the principle of equal treatment in the US legal context. They argue that treating likes alike and unlikes differently may, in fact, reproduce inequality. In a first part, this article joins their insights. In this way, it aims to deliver a more general critique on how equality law that rests on the principle of equal treatment legitimizes certain power structures as well as the inequalities that these dynamics produce. In a second part, this article applies the critique to the European context. Through a critical deconstruction of the European Court of Justice’s (CJEU) case law on positive action, it becomes apparent that EU equality law, as currently interpreted by the CJEU, is part of the problem it nevertheless tries to solve. Both when it mandates equal treatment between members of privileged groups and members of subordinated groups, and when it allows for different treatment of these groups, current EU equality law upholds the status quo of inequality by making power structures invisible and making it harder for Member States to act against the resulting inequality.



## Inleiding

Gelijkheid is een complex begrip dat op verschillende manieren kan worden geïnterpreteerd. De concrete invulling van “gelijkheid” zou zo vaag zijn dat sommigen het tot een afgedankt begrip verklaren (Westen, 1982). Binnen de doctrine over antidiscriminatiewetgeving wordt dit als een mantra herhaald en is het de ideale openingszin (De Vos, 2007, 10; Sottiaux, 2008, 690; McCrudden & Pre-

---

1. Mattias A. Decoster is als Aspirant FWO verbonden aan de onderzoeksgroep Persoon & Vermogen van de faculteit Rechten van de Universiteit Antwerpen. Contact: Mattias.Decoster@uantwerpen.be. Dit artikel is vrij beschikbaar volgens de bepalingen van de Creative Commons licentie Naamsvermelding-NietCommercieel-GeenAfgeleideWerken (BY-NC-ND).

chal, 2009, 1; Ramos Martin, 2014, 20). Alhoewel dit feitelijk klopt, dringt een grondige nuancering zich op. Zoals radicaal feministe MacKinnon het verwoordt: “Equality [only] becomes an ‘empty idea’ when it is all formal and no context or content. (...) Hierarchy identifies the substance of substantive equality” (2016, 744). Voortbouwend op dit inzicht focus ik in dit artikel op macht, en meer bepaald op de manier waarop antidiscriminatierecht bepaalde machtsstructuren kan legitimeren.

Verhandelingen over het antidiscriminatierecht van de Europese Unie (EU) hebben het ook vaak over de ineffectiviteit ervan (McCrudden, 2019, 11; Belavusauk & Henrard, 2019, 625). Ondanks wetgeving die ongelijkheid probeert tegen te gaan door discriminatie te verbieden, blijven o.a. geslacht/gender, seksuele oriëntatie, ras/ethniciteit, godsdienst en/of lichamelijk of mentaal vermogen kenmerken die bepaalde individuen bevoordelen en andere onderdrukken. Dit artikel beperkt zich echter niet tot het vaststellen van de matige doeltreffendheid van het EU antidiscriminatierecht. Het toont daarentegen aan dat de EU antidiscriminatiebepalingen zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie van de EU (HvJ) ongelijkheden, en de machtsstructuren die deze ongelijkheden produceren, intrinsiek in stand houden. De stelling van deze bijdrage is dan ook dat het huidige EU antidiscriminatierecht deel is van het probleem dat het nochtans tracht op te lossen.

Het EU gelijkheidsrecht (“EU equality law” wordt tegenwoordig gebruikt als synoniem voor “EU anti-discrimination law”; Belavusauk & Henrard, 2019, 615, voetnoot 3) is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel. De Aristotelische formule op dewelke het gelijkheidsbeginsel berust, wil dat men in een gelijke situatie een gelijke behandeling krijgt, terwijl een ongelijke situatie om een verschillende behandeling vraagt (De Vos, 2020, 64). Zowel vanuit Noord-Amerikaanse feministische rechtstheorie (MacKinnon, 1989) als vanuit *Critical Race Theory* (CRT) (Harris, 1993) zijn gelijkaardige maar toch verschillende kritieken op het gelijkheidsbeginsel voortgevloeid. Het innovatieve karakter van deze bijdrage ligt in het samenvoegen van deze kritieken om ze daarna toe te passen op het EU recht. De Europese wetgeving en de rechtspraak van het HvJ omtrent positieve actie – in de VS spreekt men eerder over *affirmative action* – op basis van gender vormt een perfecte illustratie van de kritieken geleverd vanuit beide theorieën.

Recht is even wenselijk als het noodzakelijk is; wat volgt wordt dus best niet als een kritiek op het recht zelf gelezen. De deconstructie van de rechtspraak die plaatsvindt in het tweede deel kreeg vorm vanuit het besef dat recht en emancipatie hand in hand kunnen (en moeten) gaan. Deze bijdrage wil uitnodigen tot het nadenken over een gelijkheidsrecht dat het gelijkheidsbeginsel achterwege laat, een gelijkheidsrecht dat in de plaats daarvan vertrekt vanuit het besef dat machtsverhoudingen bestaan, dat deze structurele ongelijkheden produceren en dat het doel moet zijn om onderdrukking actief tegen te gaan. In het huidige recht wordt

het bestaan en de problematische impact van heersende machtsdynamieken al impliciet erkend. Een verschil in behandeling op basis van *welbepaalde* discriminatiegronden, zoals geslacht/gender, seksuele geaardheid, ras/ethniciteit, godsdienst en/of lichamelijk en/of mentaal vermogen, maar niet de kleur van iemands ogen of haar, wordt verboden juist omdat de wetgever beseft dat de beschermde discriminatiegronden vanuit heersende machtsdynamieken beladen identiteitskenmerken zijn die voor ongelijkheid zorgen. Recht dat machtsdynamieken expliciet in plaats van impliciet (h)erkent en tegengaat, is dus niet radicaal; het is enkel de volgende logische stap van het huidige antidiscriminatierecht (zie ook, Fredman, 2012).

Deel 1 is rechtstheoretisch van aard en biedt de nodige conceptuele tools om zich een emancipatorisch recht dat machtsdynamieken ondermijnt te kunnen inbeelden. Eerst beschrijft het de feministische kritiek van MacKinnon (1989) op het gelijkheidsbeginsel en de formele gelijkheid tot dewelke de Aristotelische definitie van gelijkheid leidt. Daarna link ik deze kritiek aan de inzichten van Harris (1993), die vertrekt vanuit *Critical Race Theory*, over *affirmative action* in de VS. Uit deze samengevlochten commentaren wordt duidelijk hoe antidiscriminatierecht dat berust op het gelijkheidsbeginsel machtsstructuren legitimeert.

Deel 2 past dit theoretisch kader toe op de Europese context. Het bevat een kritische lezing van de rechtspraak van het HvJ omtrent positieve actie op basis van gender. Op die manier toon ik aan hoe het EU recht op het gebied van positieve actie medeverantwoordelijk is voor het legitimeren van bepaalde machtsstructuren zoals beschreven in het vorige deel. Door middel van een grondige analyse van drie arresten laat ik zien waar het HvJ bepaalde interpretatieve keuzes maakt die bijdragen tot het verdoezelen van machtsstructuren en het verankeren van de status quo. De deconstructie van de rechtspraak op basis van feministische inzichten en CRT wijst erop dat het ook anders kan, dat het antidiscriminatierecht een andere richting had kunnen nemen. De kritiek is specifiek gericht op het EU antidiscriminatierecht omdat het voornamelijk deze rechtsbron is die het de lidstaten bijna onmogelijk maakt om de ongelijkheid die onderdrukte groepen ervaren doelgericht aan te pakken door middel van gedifferentieerde maatregelen of positieve actie. Zoals eerder aangegeven is het huidige EU antidiscriminatierecht dus een deel van het probleem dat het zegt te willen aanpakken.

## Het gelijkheidsbeginsel: legitimatie van macht en ongelijkheid

In dit deel wordt eerst verduidelijkt wat men hoort te verstaan onder EU antidiscriminatierecht of EU gelijkheidsrecht. In een tweede sectie ga ik in op de werking van het gelijkheidsbeginsel waarop het EU gelijkheidsrecht berust. Tot slot verbind ik kritieken op het gelijkheidsbeginsel vanuit feministische rechtstheorie en

CRT om duidelijk te maken hoe recht dat stoelt op het gelijkheidsprincipe bepaalde machtsstructuren legitimeert.

### *EU antidiscriminatierecht*

Tegenwoordig doet de term “EU antidiscriminatierecht” of “EU gelijkheidsrecht” geen wenkbrauwen fronsen. Toch was het ontstaan van een volledige rechtstak binnen het EU recht die gericht is op gelijkheid historisch gezien geen evidentie. In 1957 was de Europese Economische Gemeenschap vooral gericht op economische integratie. De Europese regelgeving omtrent sociale gelijkheid of rechtvaardigheid ontstond geleidelijk, waarbij rechtspraak en wetgeving elkaar wederzijds beïnvloedden (McCrudden, 2019, 52). Vooraleer verder te gaan, kan het nuttig zijn om te verduidelijken wat men tegenwoordig onder EU gelijkheidsrecht verstaat.

Enkel de artikelen 7 en 119 van het oorspronkelijke Verdrag van Rome van 1957 hadden betrekking op discriminatie. Deze rudimentaire antidiscriminatiebepalingen hadden als doel een vrije markt creëren en “oneerlijke” economische concurrentie weg te werken. Dit werd gerealiseerd door een verschil in behandeling op basis van nationaliteit (van één van de lidstaten) te verbieden en aan vrouwen een gelijk loon voor gelijk werk te garanderen. Op deze manier kregen werknemers en bedrijven toegang tot de nationale markt van een andere lidstaat op dezelfde voet als werknemers en bedrijven met de nationaliteit van die lidstaat. Ook werden lidstaten die de loonkloof tussen vrouwen en mannen hadden proberen weg te werken zo niet “minder aantrekkelijk” dan lidstaten die nog geen verbod op loonverschillen tussen vrouwen en mannen geïntroduceerd hadden (De Schutter, 2006, 5).

De jaren 70 waren een cruciale stap in de ontwikkeling van het EU antidiscriminatierecht. Wat in 1957 nog een bescheiden “gelijk loon voor gelijk werk”-principe leek, werd in 1976 de motor van het EU gelijkheidsrecht. In de zaak *Defrenne* gaf het HvJ aan artikel 119 een rechtstreekse werking tussen individuen; gelijk loon voor gelijk werk werd een Europees recht dat werknemers direct konden invoeren tegen hun werkgevers (*Defrenne t. Sabena (No 2)*, 1976). Het HvJ erkende dat de EU niet een louter economische unie is, maar ook sociale doelstellingen nastreeft. In de volgende jaren werden verschillende richtlijnen aangenomen die het realiseren van gelijkheid tussen vrouwen en mannen als doel hadden (voor een overzicht van die richtlijnen, zie Belavusauk & Henrard, 2019, 619). Na primaire wetgeving, bestond nu ook uitgebreidere afgeleide wetgeving omtrent gendergelijkheid. Richtlijn 76/207/EEG was daarbij van bijzonder belang omdat artikel 2(4) van die richtlijn voor het eerst expliciet positieve actie vermeldde (zie deel 2).

Vóór het Verdrag van Amsterdam kon de EU enkel optreden tegen discriminatie op basis van gender (“geslacht”) en nationaliteit. In 1997 kreeg de EU de bevoegdheid om ook discriminatie op basis van “ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid” te bestrijden (Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, artikel 13 – huidig artikel 19 van het Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU)). In 2000 werden op basis daarvan de “gelijkheidsrichtlijnen” aangenomen: de rassengelijkheidsrichtlijn omtrent discriminatie op basis van ras en etniciteit (Richtlijn 2000/43/EG), en de kaderrichtlijn omtrent discriminatie op basis van godsdienst of overtuiging, lichamelijk en/of mentaal vermogen, leeftijd en seksuele oriëntatie (Richtlijn 2000/78/EG). Daarop volgde het *Mangold*-arrest, waarin het HvJ het beginsel van non-discriminatie tot een algemeen beginsel van EU recht verklaarde (*Mangold t. Helm*, 2005, §§74-75). In 2006 werden de bestaande richtlijnen omtrent gendergelijkheid samengevoegd in de herschikte Richtlijn 2006/54/EC om zo meer duidelijkheid in de wet te scheppen. Onlangs werd ook de *Work Life Balance* Richtlijn (Richtlijn 2019/1158/EU) aangenomen, die discriminatie tegenover ouders verbiedt met als doel gendergelijkheid beter te garanderen.

Stapsgewijs breidde het gelijkheidsrecht van de EU zich dus uit van een rechts-tak voornamelijk gericht op gendergelijkheid tot een volwaardig antidiscriminatie-recht dat gelijkheid garandeert als een fundamenteel recht (Belavusauk & Henrard, 2019; McCrudden & Pechal, 2009, 5-8). Vandaag maakt artikel 10 VWEU het bestrijden van discriminatie op basis van “geslacht, ras of etnische afkomst, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid” tot een algemene verplichting tijdens het bepalen en uitvoeren van het EU-beleid. Artikel 157 VWEU garandeert nog steeds een gelijk loon voor gelijk werk maar is nu uitgebreider en explicieter (o.a. over positieve actie, zie deel 2) dan voorheen. Verder waarborgen artikelen 20 en 21 van het Handvest van grondrechten van de EU een gelijke behandeling en voegt artikel 21 ook nieuwe verboden discriminatiegronden toe.

Deze primaire wetgeving, samen met afgeleide wetgeving inzake discriminatie (met name de Rassengelijkheidsrichtlijn, de Kaderrichtlijn en de herschikte Richtlijn 2006/54/EC), de rechtspraak van het HvJ die deze wetgeving interpreteert, en het algemene rechtsbeginsel dat gelijkheid is, vormen het huidige EU gelijkheidsrecht.

### *Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheid als een kwestie van gelijkenis of verschil*

De verschillende bronnen van het EU gelijkheidsrecht benaderen het concept “discriminatie” op dezelfde manier. Al sinds het prille begin van het rechtssysteem

van de EU stelt het HvJ dat er sprake is van “discriminatie in materiële zin, indien hetzij vergelijkbare gevallen op verschillende wijze, hetzij verschillende gevallen op gelijke wijze [worden] behandeld” (*Regering van de Italiaanse Republiek t. Commissie van de Europese Economische Gemeenschap*, 1963, 375; zie ook De Vos, 2020, 64 en noot 1, 83). Deze algemene definitie van discriminatie drukt het gelijkheidsbeginsel uit. Ook de verschillende gelijkheidsrichtlijnen stipuleren dat ze als doel hebben om het “beginsel van gelijke behandeling” toe te passen in de lidstaten (Rassengelijkheidsrichtlijn, artikel 1; Kaderrichtlijn, artikel 1; herschikte Richtlijn 2006/54/EC, artikel 1). Volgens de richtlijnen betekent dit “de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie”. Direct discriminatie houdt in dat “iemand op grond van [ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, of geslacht] ongunstiger wordt behandeld dan een ander *in een vergelijkbare situatie* wordt, is of zou worden behandeld”. Er is sprake van indirecte discriminatie “wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen [van een bepaald ras of etnische afstamming, geslacht, of met een bepaalde godsdienst of overtuiging, lichamelijk en/of mentaal vermogen, leeftijd of seksuele geaardheid], *in vergelijking met andere personen* bijzonder benadeelt” (Rassengelijkheidsrichtlijn, artikel 2; Kaderrichtlijn, artikel 2; herschikte Richtlijn 2006/54/EC, artikel 2, nadruk toegevoegd). Alhoewel de herschikte Richtlijn 2006/54/EC ook andere vormen van discriminatie verbiedt, namelijk intimidatie, seksuele intimidatie en opdracht geven tot discrimineren (herschikte Richtlijn 2006/54/EC, artikel 2), beperkt deze bijdrage zich tot een analyse van directe en indirecte discriminatie als uitingen van het gelijkheidsbeginsel.

Het gelijkheidsbeginsel dat aan de grondslag ligt van het EU antidiscriminatierecht zet het Aristotelische gelijkheidsideaal om in recht (Sottiaux, 2008, 690). Volgens die gelijkheidsformule moet men in een gelijke situatie gelijk behandeld worden, terwijl men in een ongelijke situatie een verschillende behandeling hoort te krijgen. Zoals MacKinnon opmerkt, is gelijkheid opgevat op deze manier inherent vergelijkend (1989, 217). De cursivering in de wetsbepalingen aangehaald in de vorige paragraaf die berusten op de Aristotelische gelijkheidsformule maken dit duidelijk: vooraleer men beroep kan doen op die bepalingen (via de nationale wetgeving die de gelijkheidsrichtlijnen implementeert), moet men eerst bewijzen dat men zich in “een vergelijkbare situatie” bevindt als degene ten opzichte van wie men zich gediscrimineerd voelt. Met andere woorden, er moet een (hypothetische) “comparator” zijn en men moet gelijk zijn aan die persoon vooraleer men het recht op gelijkheid kan inroepen (De Vos, 2020, 63; McCrudden & Pechal, 2009, 33). Men kan dus stellen dat de Aristotelische gelijkheidsformule normatieve gelijkheid laat steunen op empirische gelijkheid: twee situaties moeten gelijk behandeld worden (normatieve gelijkheid) omdat, en enkel wanneer, deze twee situaties vergelijkbaar zijn (empirische gelijkheid) (MacKinnon, 1989, 217-218).

Doordat het gelijkheidsbeginsel liberaal van aard is, laat deze juridische vertaling van het Aristotelische gelijkheidsideaal normatieve gelijkheid echter niet rusten op empirische gelijkheid maar eerder op fictieve empirische gelijkheid. Het liberale gedachtengoed gaat ervan uit dat de samenleving bestaat uit individuen gelijkwaardig in rede, wat ons definieert als mens. Het zijn die gelijkwaardigheid in rede en dit gemeenschappelijk mens-zijn die dienen als basis om iedereen een gelijke behandeling te geven (Nussbaum, 1999, 25). Dat iedereen in rede gelijkwaardig is, betekent echter niet dat iedereen effectief of *de facto* gelijk is. Zoals verderop besproken, zijn ras/ethniciteit, gender/geslacht, godsdienst, seksuele voorkeur en/of lichamelijk of mentaal vermogen namelijk identiteitskenmerken die individuen ongelijk maken. Hierdoor kan men stellen dat het gelijkheidsbeginsel niet vertrekt vanuit empirische gelijkheid maar eigenlijk of eerder vertrekt vanuit *fictieve* empirische gelijkheid. Onder het liberale gelijkheidsbeginsel steunt normatieve gelijkheid dus op fictieve empirische gelijkheid (MacKinnon, 1989, 231). Dit verklaart waarom een antidiscriminatierecht dat gestoeld is op het gelijkheidsbeginsel voornamelijk bestaat uit discriminatieverboden en waarom wetten bijgevolg geen onderscheid (mogen) maken op basis van bepaalde identiteitskenmerken. Gelijkheid wordt gelijkgesteld aan de gelijke behandeling (niet gelijke resultaten of gelijke verdeling van bepaalde zaken zoals jobs) van alle individuen (niet groepen) op basis van hun fictieve empirische gelijkheid, d.w.z. ongeacht de verschillende identiteitskenmerken die hen opdelen in groepen (Harris, 1993, 1761-1762). Deze vorm van gelijkheid wordt daarom wel eens formele, liberale, symmetrische of individuele gelijkheid genoemd (De Vos, 2007, 10). Ook dit is zichtbaar in het EU gelijkheidsrecht: directe discriminatie, m.a.w. een verschil in behandeling tussen twee individuen op basis van geslacht/gender, ras/ethniciteit, geloof, beperking, leeftijd of seksuele voorkeur, is verboden (lees: een gelijke behandeling is verplicht) omdat mensen gelijk worden geacht ongeacht die verschillende identiteitskenmerken.

Het verbod op indirecte discriminatie wordt af en toe geprezen als een goede aanvulling op een strikt formele visie op gelijkheid die leidt tot het verbod op directe discriminatie (De Vos, 2007, 11; Möschel, 2011, 1655). Dit komt omdat het tot op zekere hoogte een vorm van gelijkheid tussen groepen nastreeft en op die manier beter in staat zou zijn structurele onderdrukking weg te werken. In de woorden van De Vos: “Indirect discrimination deduces discrimination *against an individual* from the factual impact (actual or potential) of a contested criterion, provision or practice on the group of which the individual is a member” (2007, 14, nadruk toegevoegd). Toch moet worden opgemerkt dat het verbod op indirecte discriminatie in de EU gelijkheidsrichtlijnen haar potentieel om machtsdynamieken te bestrijden niet volledig bereikt. De ineffectiviteit van het verbod op indirecte discriminatie werd dan ook door verschillende auteurs bekritiseerd. Zo blijft het een klachtenmechanisme gebaseerd op procedures aangespannen door

individuen. Daardoor is het maar moeilijk in staat om structurele maatschappelijke veranderingen teweeg te brengen (Fredman, 2014, 188). Bovendien focust het verbod op indirecte discriminatie nog te veel op het *a posteriori* corrigeren van ongelijkheid in plaats van op het proactief of preventief voorkomen van discriminatie (Sottiaux, 2008, 699-701; Ramos Martin, 2014, 22). Ook worstelen individuen met de moeilijke bewijslast wanneer ze zich willen beroepen op het verbod op indirecte discriminatie. Het bewijs van indirecte discriminatie vergt data die niet bestaat, wettelijk moeilijk verkrijgbaar is, of moeilijk door een individu alleen verzameld kan worden (De Schutter, 2006, 12-13).

Naast de ineffectiviteit ervan, blijft het verbod op indirecte discriminatie een uiting van het gelijkheidsbeginsel en hierdoor vasthangen aan een Aristotelische visie op gelijkheid. Onder het verbod op indirecte discriminatie is gelijkheid nog steeds vergelijkend – zoals de wetsbepalingen gecursiveerd hierboven aantonen – en vloeit de normatieve gelijkheid *van individuen* voort uit hun *fictieve* empirische gelijkheid. Het verbod op indirecte discriminatie stelt namelijk dat een individu niet indirect benadeeld mag worden door een bepaalde maatregel op basis van een beschermde discriminatiegrond omdat ervan uitgegaan wordt dat dit individu ongeacht hun geslacht/gender, ras/ethniciteit, godsdienst/geloof, seksuele voorkeur, lichamelijk en/of mentaal vermogen, en leeftijd gelijk is aan de individuen die bevoordeeld worden door die maatregel. Concreter betekent dit dat een maatregel een individuele vrouw niet indirect mag benadelen omdat ervan uitgegaan wordt dat vrouwen en mannen gelijk zijn, hoezeer ook geslacht of gender een identiteitskenmerk is dat vrouwen benadeelt en mannen bevoordeelt en hen zo ongelijk maakt. Zelfs al verbiedt het EU antidiscriminatierecht niet enkel directe maar ook indirecte discriminatie, het laat de liberale, individuele, formele of symmetrische visie op gelijkheid nooit volledig los, waardoor het individu de centrale focus blijft en normatieve gelijkheid blijft steunen op fictieve empirische gelijkheid. Zodoende geldt de hiernavolgende kritiek op het gelijkheidsrecht dat steunt op het gelijkheidsbeginsel ook voor het EU gelijkheidsrecht, ook al komen machtsdynamieken weliswaar perifeer op de radar van het EU antidiscriminatierecht via het verbod op indirecte discriminatie.

In sommige gevallen, bijvoorbeeld bij zwangerschap of fysieke beperking, is de schijn van empirische gelijkheid niet houdbaar en mag de normatieve gelijkheid geschonden worden. Een verschil in behandeling is echter enkel toegelaten wanneer rationeel en objectief (d.w.z. aan de hand van rede) aangetoond kan worden dat individuen onderling (toch) verschillen op basis van een bepaald identiteitskenmerk (MacKinnon, 1989, 218), zoals geslacht bij zwangerschap of lichamelijk vermogen bij fysieke beperking. In de EU Gelijkheidsrichtlijnen wordt dit idee uitgedrukt door de mogelijkheid tot het rechtvaardigen van een onderscheid op basis van een verboden discriminatiegrond. Een *direct* onderscheid kan, afhankelijk van de richtlijn en dus de ingeroepen discriminatiegrond, inderdaad gerecht-



vaardigd worden, o.a. indien dit nodig is in een democratische samenleving (Kaderrichtlijn, artikel 2, §5). Dit is het geval voor een direct onderscheid op basis van godsdienst of overtuiging, lichamelijk en/of mentaal vermogen, leeftijd of seksuele geaardheid. In tegenstelling tot de Kaderrichtlijn, lijkt de Rassengelijkheidsrichtlijn geen mogelijkheid te bieden om een direct onderscheid op basis van ras of etniciteit te rechtvaardigen. (Alhoewel in een zekere zin wenselijk, zou men ook kunnen stellen dat *race-conscious* maatregelen hierdoor buiten spel worden gezet en een problematisch kleurenblind beleid gelegaliseerd wordt (Möschel, 2011)). Een direct onderscheid in behandeling tussen vrouwen en mannen “betreffende de bescherming van vrouwen, in het bijzonder wat zwangerschap en moederschap betreft” vormt volgens artikel 28 van de herschikte Richtlijn 2006/54/EC een uitzondering op de verplichte gelijke behandeling van vrouwen en mannen. Met andere woorden: zwangerschap als lichamelijk verschil tussen cisgender vrouwen en cisgender mannen is een rechtvaardiging voor een verschil in behandeling op basis van geslacht. Een *indirect* onderscheid kan altijd gerechtvaardigd worden wanneer “de bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn” (Rassengelijkheidsrichtlijn, artikel 2, §2, b); Kaderrichtlijn, artikel 2, §2, b); herschikte Richtlijn 2006/54/EC, artikel 2, §1, b)). Anders geformuleerd, in sommige gevallen en afhankelijk van de ingeroepen verboden discriminatiegrond, kan een direct of indirect onderscheid in behandeling gerechtvaardigd worden en bijgevolg toegestaan zijn. De discriminatieverboden van een antidiscriminatierecht dat steunt op het gelijkheidsbeginsel richten zich dus vooral op ongerechtvaardigde discriminatie, d.w.z. een verschil in behandeling dat niet steunt op rationele argumenten of accurate verschillen maar eerder op slechte wil, stereotypes of inaccurate verschillen (MacKinnon, 1989, 218). Met andere woorden, onder antidiscriminatierecht dat het gelijkheidsbeginsel eert, wordt gelijkheid gereduceerd tot een analyse van gelijkenis of verschil en meer bepaald tot de analyse van het bestaan van een accuraat of inaccuraat verschil tussen twee individuen (MacKinnon, 1989, 232).

Kortom, antidiscriminatierecht dat berust op het gelijkheidsprincipe, zoals het gelijkheidsrecht van de EU, legt enerzijds een gelijke behandeling tussen individuen op omdat het vertrekt vanuit het liberale fictieve idee dat iedereen empirisch gelijk is, d.w.z. ongeacht diens identiteitskenmerken die hierdoor als verboden discriminatiegronden worden beschouwd. Anderzijds leidt een dergelijk antidiscriminatierecht tot verschillen in behandeling op basis van die identiteitskenmerken wanneer rationeel en objectief kan aangetoond worden dat een bepaald identiteitskenmerk dat dient als verboden discriminatiegrond twee individuen feitelijk accuraat verschillend maakt. Anders geformuleerd, naargelang twee individuen gelijk of verschillend beschouwd worden, wordt ofwel een gelijke behandeling ofwel een verschillende (ongelijke) behandeling opgelegd. In beide gevallen ne-

geert het recht echter dat we leven in een samenleving waarin individuen niet louter gelijk zijn of verschillen maar waarin bepaalde machtsstructuren individuen opdelen in leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen, en individuen zo ongelijk maken.

### *Over de verhouding tussen het gelijkheidsbeginsel en machtsstructuren*

Zowel vanuit Noord-Amerikaanse feministische rechtstheorie als vanuit *Critical Race Theory* (CRT) werd het gelijkheidsbeginsel in vraag gesteld. Het gelijkheidsbeginsel ligt namelijk ook aan de basis van het Veertiende Amendement van de Grondwet van de VS, dat stelt dat iedere burger door het recht gelijk behandeld moet worden. Invloedrijk radicaal feministe MacKinnon bekritiseert de manier waarop het Amerikaans<sup>2</sup> grondwettelijk recht genderongelijkheid en het patriarchaat in stand houdt (1989), terwijl Harris, één van de grondleggers van CRT, analyseert hoe het gelijkheidsbeginsel raciale gelijkheid in de VS ondermijnt, of liever, hoe witte mensen het gelijkheidsbeginsel gemobiliseerd hebben om witte suprematie in leven te houden (1993). Alhoewel ze een ander focusgebied hebben, kunnen hun inzichten gecombineerd worden om een algemenere kritiek te leveren op antidiscriminatie recht dat steunt op het gelijkheidsbeginsel en te verklaren hoe dat antidiscriminatie recht bepaalde machtsstructuren legitimeert.

Zoals MacKinnon opmerkt: “From a women’s point of view, gender is more an inequality of power than a differentiation that is accurate or inaccurate. (...) From this perspective, considering gender a matter of sameness and difference covers up the reality of gender as a system of social hierarchy, as an inequality” (1989, 218). De verschillende verboden discriminatiegronden of identiteitskenmerken van het EU gelijkheidsrecht wijzen niet op een accuraat of inaccuraat verschil tussen individuen (waardoor men hen ofwel een verschillende ofwel een gelijke behandeling hoort te geven). Ze verwijzen eerder naar bepaalde machtsstructuren die individuen opdelen in leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen. De hiërarchische verhouding tussen die groepen zorgt ervoor dat individuen feitelijk ongelijk zijn. “Geslacht” of “gender”, bijvoorbeeld, heeft betrekking op de ongelijke machtsverhoudingen en ongelijkheid veroorzaakt door het hetero- en cispatriarchaat tussen mannen enerzijds en vrouwen en gender diverse personen anderzijds. “Ras” of “etnische afstamming” heeft betrekking op de ongelijke machtsverhoudin-

2. Volgens de taalunie is het bijvoeglijk naamwoord geassocieerd met de Verenigde Staten van Amerika “Amerikaans”. Bijgevolg gebruik ik hier de term “Amerikaans” als adjectief in deze betekenis. Dat het bijvoeglijk naamwoord voor een volledig continent hetzelfde woord is als het bijvoeglijk naamwoord voor één bepaald land op dat continent kan voor sommigen aanstoot geven omdat het zou duiden op de (culture) hegemonie van dat land.

gen en ongelijkheid veroorzaakt door racisme tussen witte personen enerzijds en niet-witte mensen of personen van kleur anderzijds.

Antidiscriminatierecht dat berust op het gelijkheidsbeginsel legitimeert die machtsverhoudingen doordat het de machtsdynamieken verdoezelt of onzichtbaar maakt en de ongelijkheden die die machtsstructuren produceren, normaliseert. Dit gebeurt zowel wanneer dergelijk recht een verschil in behandeling op basis van een beschermde discriminatiegrond oplegt, zoals MacKinnon aantoonde in *Toward a Feminist Theory of the State* (1989), als wanneer dergelijk recht een verschil in behandeling op basis van een beschermde discriminatiegrond verbiedt (m.a.w. een gelijke behandeling oplegt), zoals aangehaald door MacKinnon (1989) en dieper uitgewerkt door Harris in *Whiteness as Property* (1993).

*(a) Macht en ongelijkheid dienen mogelijk als rechtvaardiging voor meer macht en meer ongelijkheid*

In de vorige sectie werd duidelijk dat wanneer antidiscriminatierecht stoelt op het gelijkheidsbeginsel, het recht op gelijkheid gereduceerd wordt tot een analyse van gelijkenis of verschil. Wanneer de verschillende behandeling evenredig is met een rationele en objectieve rechtvaardigingsgrond, is het discriminatieverbod niet geschonden. De Aristotelische gelijkheidsformule wil immers dat gelijke gevallen gelijk behandeld worden, terwijl verschillende gevallen anders moeten worden behandeld. Bijgevolg is het de wetgever toegelaten om leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen een verschillende behandeling te geven zonder het gelijkheidsbeginsel te schenden, indien de wetgever rationeel en objectief kan aantonen dat individuen die tot die twee categorieën behoren zich in een verschillende situatie bevinden.

Wanneer een verschil in behandeling tussen leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen ingezet wordt om ongelijkheden weg te werken, lijkt de Aristotelische gelijkheidsformule voor rechtvaardigheid te zorgen. De regelgeving omtrent moederschapsbescherming of bepaalde vormen van positieve actie (zie deel 2) kunnen hierbij als voorbeelden aangehaald worden. Tegelijk staat *een verschil in behandeling* op basis van “een verschil in situatie” vaak eerder voor *een ongelijke behandeling* die de ongelijkheden geproduceerd door bepaalde machtsdynamieken reflecteert, in stand houdt of versterkt. Zoals MacKinnon aangeeft, wordt in dat geval genegeerd hoe “een verschil in situatie” in de eerste plaats gecreëerd werd door een machtsstructuur (1989, 218). Er wordt dus enkel gekeken naar het gevolg van macht, namelijk of er al dan niet verschillen bestaan tussen individuen op basis van een beschermd identiteitskenmerk. Door een gelijke behandeling te laten stoelen op het bestaan van een accuraat of inaccuraat verschil, wordt de aandacht verschoven van de oorzaak (namelijk macht) naar het

gevolg (namelijk de verschillen) en wordt van het gevolg de oorzaak gemaakt (MacKinnon, 1989, 219). Met andere woorden, de verschillen in situatie die voortvloeien uit een ongelijke machtsverhouding dienen als rechtvaardiging voor een verschil in behandeling dat op zich de ongelijke machtsverhouding in stand houdt. Antidiscriminatierecht dat stoelt op het gelijkheidsbeginsel zorgt er dus voor dat macht en ongelijkheid kunnen dienen als rechtvaardiging voor meer macht en meer ongelijkheid, of op zijn minst om de bestaande machtsverhoudingen en ongelijkheden in stand te houden.

Een voorbeeld kan helpen om te begrijpen wat MacKinnon bedoelt wanneer ze stelt dat “a discourse and a law of gender that center on difference serve as ideology to neutralize, rationalize, and cover disparities of power, even as they appear to criticize or problematize them” (1989, 219). Zelf haalt ze de Amerikaanse rechtszaak *EEOC t. Sears* (1988) aan waarin het bedrijf Sears aangeklaagd werd voor discriminatie op basis van geslacht/gender. Statistieken toonden namelijk aan dat vrouwen significant minder vaak dan mannen gepromoot werden tot verkoop(st)ers tegen commissieloon en bijgevolg vaker tegen een lager loon als winkelverkoopsters werkten. De rechter oordeelde dat er geen sprake was van discriminatie en ging in op Sears’ argumentatie die uitging van verschillen tussen vrouwen en mannen. Volgens Sears waren vrouwen simpelweg minder geïnteresseerd in de hoger betaalde jobs door “the type of merchandise sold, the risk involved, which was reflected in the manner of compensation, and the technical knowledge, expertise, and motivation involved” (*EEOC t. Sears*, 1988, 320). Commissieverkoop zou draaien rond de verkoop van dure objecten zoals machines, terwijl verkoop in de winkels eerder te maken heeft met goedkopere producten zoals verf, kledij en cosmeticaproducten. Verder moet een verkoper die werkt tegen commissieloon vaker flexibel zijn qua werkuren om aan de vraag van de klanten tegemoet te komen, terwijl winkelbediendes tussen 8u en 17u kunnen werken. Ook moet die eerste groep meer expertise hebben dan de tweede groep en is er meer stressvolle competitie in de eerste groep. Aangezien vrouwen minder affiniteit hadden met het type objecten verkocht op commissie, liever reguliere werkuren hadden, en verder eerder een vriendschappelijke werkomgeving verkozen, schond Sears het discriminatieverbod niet door hen minder vaak te promoten en bijgevolg statistisch gezien minder te betalen. Echter, zoals MacKinnon aangeeft, is een dergelijk “verschil in situatie” of in dit geval, verschil in interesses, tussen vrouwen en mannen een logisch gevolg van een samenleving waarin vrouwen gesocialiseerd worden om voor het huishouden en zorg van kinderen in te staan, en waarin mannen gesocialiseerd worden om competitief te zijn (1989, 223). Het verschil in interesse is dus gelinkt aan het patriarchaat en de strikte genderrollen voor vrouwen en mannen. Alhoewel dit verschil o.a. het gevolg is van macht, wordt het tegelijk gebruikt als rechtvaardiging voor het verderzetten van die macht. Zonder het recht op gelijkheid te schenden, is het namelijk moge-

lijk om materieel welzijn ongelijk te verdelen tussen mannen als bevoorrechte groep en vrouwen als onderdrukte groep. Onder gelijkheidsrecht dat berust op het gelijkheidsbeginsel kan macht dus dienen als rechtvaardiging voor macht en wordt de ongelijkheid die dergelijke macht produceert genormaliseerd.

Ook in de EU kunnen tegenwoordig nog voorbeelden gevonden worden waar een “verschil in situatie” het resultaat is van een machtsdynamiek en onder het gelijkheidsbeginsel als oorzaak of rechtvaardiging dient voor een ongelijke behandeling die de machtsdynamiek bevestigt. Plaatsgebrek belet mij om die voorbeelden hier verder uit te werken. Het volstaat om indicatief te verwijzen naar het opkomende debat omtrent transitieverlof voor transgender personen (De Lombaerde, Prince & Zandvliet, 2021). Soms wordt transitieverlof geweigerd omdat de specifieke zorgnoden en medische ingrepen in het kader van een transitie niet als noodzakelijke medische ingrepen of psychologische hulpverlening maar als vrijwillige ingrepen worden beschouwd (El Ahrach, van Alphen, 2019). Dit verschil in situatie tussen cisgender personen en transgender personen (namelijk het feit dat die laatste groep zou leven in een bepaalde vrijwillig gekozen genderidentiteit) vormt de rechtvaardiging om transgender personen geen betaald transitieverlof toe te kennen en zelf voor de kosten in te doen staan voor wat voor hen nochtans noodzakelijke medische ingrepen zijn. Aangezien er een specifieke regeling bestaat toepasbaar op de publieke- en privésector voor de meeste noodzakelijke medische ingrepen voor, en zorgnoden van cisgender personen, in de vorm van de ziekteverlofregeling of zwangerschapsverlofregeling, krijgen cisgender personen dus wel verlof voor noodzakelijke medische ingrepen terwijl trans personen dit niet krijgen. De ongelijkheid tussen cisgender personen en trans personen wordt hierdoor verdergezet: doordat werkgevers vrezen voor absentisme wegens ziekte/zorg, worden transgender werknemers vaker gediscrimineerd tijdens het zoeken van werk (Van Borm & Baert, 2018) of worden hun arbeidscontracten niet verlengd (El Ahrach, van Alphen, 2019). Verder kan de afwezigheid van transitieverlof leiden tot psychisch onwelzijn en financiële problemen bij transgender personen. Het aangehaalde verschil in situatie tussen transgender personen en cisgender personen is niet enkel de oorzaak of rechtvaardiging voor dergelijke ongelijkheid tussen transgender personen en cisgender personen, het is ook het resultaat van cismatigheid als een machtsdynamiek die het leven volgens de genderidentiteit die iemand bij de geboorte toegewezen kreeg tot de norm maakt. Alhoewel het HvJ zich nog niet uitsprak over dit voorbeeld, zou men kunnen argumenteren dat de ongelijke behandeling tussen cisgender personen en transgender personen in de vorm van het weigeren van transitieverlof niet enkel het gevolg is van cismatigheid, maar dat ze deze machtsdynamiek ook versterkt zonder het gelijkheidsbeginsel te schenden.

*(b) “Conformist pressure” en het behoud van privileges voor leden van bevoorrechte groepen*

Alhoewel antidiscriminatierecht dat berust op het gelijkheidsbeginsel het mogelijk maakt om ongelijkheid en macht in stand te houden door leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen een verschillende behandeling te geven, worden macht en ongelijkheid vaker in stand gehouden door juist een gelijke behandeling op te leggen. Zoals hierboven beschreven vindt het gelijkheidsbeginsel zijn grondslag in het liberalisme, waardoor normatieve gelijkheid berust op fictieve empirische gelijkheid. Gelijkheid komt formele gelijkheid te betekenen: iedereen wordt gelijk geacht en moet dus gelijk behandeld worden, ongeacht iemands identiteitskenmerken die dienen als verboden discriminatiegronden. Er heerst een discriminatieverbod, of anders geformuleerd, er heerst een verplichting tot gelijke behandeling op basis van de verboden discriminatiegronden. Gelijke behandeling of gelijkheid staat voor een letterlijke gelijke behandeling van ieder individu (niet van groepen); gelijkheid vergt neutraliteit (geen analyse van context) en richt zich op een procedure (niet op resultaten) (Fredman, 2014, 171-172; De Vos, 2007, 10). Antidiscriminatierecht dat stoelt op het gelijkheidsbeginsel zorgt er enerzijds voor dat leden van onderdrukte groepen behandeld moeten worden zoals leden van bevoorrechte groepen, en anderzijds dat leden van bevoorrechte groepen behandeld moeten worden zoals leden van onderdrukte groepen. In beide perspectieven worden macht en ongelijkheid gelegitimeerd.

Dat leden van onderdrukte groepen op dezelfde manier behandeld moeten worden als leden van bevoorrechte groepen lijkt op het eerste gezicht wenselijk. Het zorgt er immers voor dat zij (een betere) toegang krijgen tot zaken die (in het verleden) enkel toegankelijk waren voor leden van bevoorrechte individuen, zoals bepaalde jobs, onderwijs of het politieke leven (Loenen, 1995, 194). Tegelijk legitimeert het recht in dit geval bepaalde machtsstructuren omdat het negeert hoe de behandeling van leden van de bevoorrechte groep in de eerste plaats door die machtsstructuren gecreëerd werd. De gelijkheid die gegarandeerd wordt via het gelijkheidsbeginsel is immers inherent vergelijkend: het geeft leden van onderdrukte groepen simpelweg een gelijke behandeling als leden van de bevoorrechte groepen zonder in vraag te stellen of de manier waarop de bevoorrechte groep behandeld wordt wel een wenselijke of rechtvaardige manier is om de samenleving te structuren. Toegepast op gelijkheid tussen vrouwen en mannen, legt Fredman het uit op een eenvoudige manier: formele gelijkheid “requires an answer to the question: ‘Equal to whom?’ The answer is, inevitably, ‘equal to a man’” (2016, 719). Ze bekritiseert formele gelijkheid omdat het leden van onderdrukte groepen “powerful conformist pressures” oplegt en leidt tot een “assimilationist tendency” (Fredman, 2016, 719). MacKinnon stelt het ietwat korter door de bocht:

“gender neutrality is the male standard” (1989, 221). Met andere woorden, antidiscriminatierecht dat berust op het gelijkheidsbeginsel verandert de machtsdynamieken niet; het laat leden van onderdrukte groepen enkel toe om mee te draaien in een systeem dat gecreëerd werd door en voor leden van bevoorrechte groepen. Op die manier worden de machtsdynamieken gelegitimeerd.

Loenen geeft de arbeidsmarkt als voorbeeld (1995, 194). Aangezien vrouwen en mannen gelijk behandeld moeten worden, mag aan vrouwen geen positie geweigerd worden omdat ze bepaalde familiale verantwoordelijkheden hebben. Ook zijn verouderde paternalistische wetten die aan vrouwen verboden om meer dan een bepaald aantal uur te werken uit den boze; vrouwen mogen dus evenveel werken als mannen. Dergelijke gelijke behandeling betwist echter niet dat de arbeidsmarkt gestructureerd is op basis van de arbeidsbeschikbaarheid van mannelijke werknemers die in een patriarchale samenleving fulltime beschikbaar zijn omdat er verwacht wordt dat niet zij maar vrouwen instaan voor de huishoudelijke taken. Dat vrouwen dankzij het gelijkheidsbeginsel de mogelijkheid hebben om fulltime te werken (en dus evenveel te verdienen) neemt niet weg dat op basis van patriarchale verwachtingen zij daarbovenop de meeste huishoudelijke taken op zich moeten nemen. Hierdoor werken in de praktijk vrouwen vaker parttime en verdienen zij statistisch minder dan mannen. Bijgevolg blijft de ongelijke welvaartsverdeling tussen vrouwen en mannen ten gevolge van het patriarchaat behouden ondanks het bestaan van antidiscriminatierecht. Gelijke behandeling laat de “male standard” onberoerd en geeft vrouwen enkel de kans om mee te draaien in, en zich te conformeren aan een arbeidsmarkt gestructureerd op basis van mannelijke beschikbaarheden. Het gelijkheidsbeginsel legitimeert de mannelijke standaard in plaats van de arbeidsmarkt toegankelijk te maken voor iedereen, ongeacht gender, en deze te transformeren op een manier die de fundamentele ongelijkheid tussen vrouwen en mannen ten gevolge van het patriarchaat bevecht.

Zoals eerder vermeld zorgt formele gelijkheid er ook voor dat leden van bevoorrechte groepen dezelfde behandeling moeten krijgen als leden van onderdrukte groepen. Onder gelijkheidsrecht dat berust op het liberale gelijkheidsbeginsel betekent gelijkheid de gelijke behandeling van ieder individu ongeacht diens identiteitskenmerken. Met andere woorden: de bescherming van het antidiscriminatierecht is symmetrisch. Iedereen een gelijke behandeling geven zonder rekening te houden met context leidt echter niet altijd tot gelijkheid. In de woorden van MacKinnon: “Abstract equality necessarily reinforces the inequalities of the status quo to the extent that it evenly reflects an unequal social arrangement” (1989, 227). Wanneer niet iedereen dezelfde startpositie heeft, versterkt een gelijke behandeling enkel de bestaande ongelijkheid (Fredman, 2016, 718). Een gedifferentieerde, oftewel asymmetrische, behandeling tussen leden van bevoorrechte en onderdrukte groepen biedt een oplossing voor dit oude inzicht. Gelijkheid vergt dus niet per se een gelijke behandeling van ieder individu, maar eerder

een gedifferentieerde behandeling die de machtsdynamieken tussen leden van onderdrukte groepen en leden van bevoorrechte groepen (h)erkent en doelgericht tegenwerkt (MacKinnon, 2016, 740).

Doordat antidiscriminatierecht dat berust op het gelijkheidsbeginsel vertrekt vanuit de fictieve empirische gelijkheid van ieder individu om een gelijke behandeling van iedereen op te leggen (d.w.z. om een ongerechtvaardigde verschillende behandeling op basis van de beschermde discriminatiegronden te verbieden), worden dergelijke gedifferentieerde maatregelen echter beschouwd als ongelijke en dus onrechtvaardige *voorkeursbehandelingen* voor leden van onderdrukte groepen ten nadele van leden van bevoorrechte groepen. Alhoewel deze maatregelen in feite zorgen voor een gelijke behandeling door machtsstructuren te erkennen en bevechten, worden ze gezien als discriminatie onder antidiscriminatierecht dat berust op het gelijkheidsbeginsel. MacKinnon, die zich specifiek toelegt op gendergelijkheid, stelt dat onder het gelijkheidsbeginsel “actually doing anything for women (...) is thus stigmatized as special protection or affirmative action rather than simply recognized as nondiscrimination or equality for the first time” (1989, 234). Volgens dergelijk recht is iedereen immers empirisch gelijk en moet bijgevolg iedereen gelijk behandeld worden. Door doelgerichte interventies tegen machtsstructuren als discriminatie of voorkeursbehandelingen van een bepaalde groep te beschouwen, ontkent het gelijkheidsbeginsel het bestaan van die machtsverhoudingen en maakt het ze onzichtbaar of ondenkbaar. Indien iedereen een gelijke behandeling moet krijgen ongeacht bepaalde identiteitskenmerken die individuen opdelen in leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen, en dus geen rekening gehouden mag worden met het feit dat bepaalde machtsstructuren bestaan en individuen ongelijk maken, wordt het ook moeilijker of bijna onmogelijk om de ongelijkheid die die machtsstructuren produceren tegen te gaan. In de woorden van Harris, formele gelijkheid zorgt ervoor dat “the distortions in social relations are immunized from truly effective intervention, because the existing inequities are obscured and rendered nearly invisible. The existing state of affairs is considered neutral and fair, however unequal and unjust it is in substance” (Harris, 1993, 1778).

Zowel MacKinnon (1989) als Harris (1993) pleiten voor asymmetrische, d.w.z. gedifferentieerde maatregelen die machtsstructuren erkennen en tegengaan omdat antidiscriminatierecht gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel het bestaan van en de ongelijkheid gecreëerd door bepaalde machtsdynamieken verdoezelt. Harris gaat echter verder in haar kritiek en toont aan hoe een dergelijk antidiscriminatierecht, in de context van rassengelijkheid, de status quo kristalliseert en als juridisch arsenaal ingezet wordt door leden van bevoorrechte groepen om hun privileges te behouden (1993, 1778). Dat bepaalde machtsstructuren in de samenleving aanwezig zijn, betekent dat sommige individuen bevoorreed zijn, terwijl anderen benadeeld worden; de status quo ademt dus ongelijkheid. Wan-



neer het gelijkheidsbeginsel bepaalde afwijkingen van de status quo (in de vorm van gedifferentieerde maatregelen die huidige ongelijkheid tegengaan) bestempelt als verboden voorkeursbehandelingen, gebruikt en zet het die status quo van ongelijkheid als baseline om te oordelen of men leden van onderdrukte groepen een ongerechtvaardigde verschillende voorkeursbehandeling geeft. De huidige status quo waarin leden van bevoorrechte groepen bepaalde privileges hebben, wordt zo genormaliseerd als eerlijk en verankerd als de maatstaf om te bepalen of er discriminatie is. Aangezien het gelijkheidsbeginsel een gelijke behandeling van ieder individu oplegt en dus afwijkingen van de status quo onwettig maakt, betekent “gelijke behandeling” in een dergelijk gelijkheidsrecht eigenlijk het waarborgen van de privileges van leden van bevoorrechte groepen, d.w.z. het waarborgen van de ongelijkheden geproduceerd door bepaalde machtsdynamieken. Harris concludeert dat antidiscriminatiebepalingen die berusten op het gelijkheidsbeginsel “speak the formal language of equality, but subordinate equality by vesting the expectations of whites that what is unequal in fact will be regarded as equal in law” (1993, 1777). Via het gelijkheidsbeginsel wordt de status quo waarin leden van bevoorrechte groepen privileges hebben als het ware gelegaliseerd en wordt het feit verhuld dat deze bepaald werd door machtsstructuren en *de facto* ongelijk is.

De EU antidiscriminatiebepalingen zoals geïnterpreteerd door het HvJ omtrent positieve actie vormen een perfecte illustratie van de manier waarop antidiscriminatierecht dat berust op het gelijkheidsbeginsel machtsstructuren legitimeert door een gelijke behandeling op te leggen zoals hierboven uitgelegd. Het volgende deel van dit artikel toont aan hoe de rechtspraak van het HvJ in deze materie machtsdynamieken verdoezelt, het onwettelijk of slechts onder zeer strikte voorwaarden wettelijk maakt om op te komen tegen de ongelijkheden die deze machtsdynamieken produceren, en de status quo van ongelijkheid als resultaat van machtsverhoudingen kristalliseert.

## **De huidige interpretatie van het EU antidiscriminatierecht houdt ongelijkheid in stand: positieve actie op basis van gender als voorbeeld**

In dit hoofdstuk wordt eerst verduidelijkt wat men onder positieve actie hoort te verstaan. Daarna volgt een kritische lezing van de rechtspraak van het HvJ omtrent positieve actie op basis van gender. Deze toont aan hoe de rechtspraak over gelijkheidsrecht van de EU bepaalde machtsstructuren, en meer specifiek het patriërchaat, in stand houdt op de manier beschreven in het vorige hoofdstuk. Zo wordt duidelijk hoe het huidige recht van de EU over positieve actie een deel is van het probleem dat het tracht op te lossen, namelijk de ongelijkheid tussen leden van bevoorrechte en onderdrukte groepen ten gevolge van bepaalde oneven-

redige machtsverhoudingen. Het maakt het per slot van rekening heel moeilijk voor de lidstaten om doelgericht die ongelijkheid aan te pakken.

### *Positieve actie, positieve discriminatie en affirmative action*

#### *(a) Verschillen in soort, doel en interpretatie*

Men kan positieve actie definiëren als gedifferentieerde maatregelen die bepaalde machtsstructuren (h)erkennen en de daaruit volgende ongelijkheid tussen leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen doelgericht aanpakken (De Vos, 2007, 11; McCrudden, 2019, 41; Szyszczak, 1996, 875). Dergelijke maatregelen beogen geen abstracte procedurele gelijke behandeling tussen individuen; ze ambiëren feitelijke, effectieve gelijkheid door rekening te houden met de maatschappelijke context. Doordat positieve actie focust op resultaten en voortvloeit uit het besef dat bepaalde machtsstructuren in de samenleving aanwezig zijn en individuen opdelen in bevoorrechte en onderdrukte groepen, wordt positieve actie vaak geassocieerd met voorstanders van substantiële of materiële gelijkheid (gelijkheid in de wet) in plaats van formele gelijkheid (gelijkheid voor de wet) (De Vos, 2007, 11; Fredman, 2016, 721).

Positieve actie kan vrijwillig geïmplementeerd worden of wettelijk opgelegd worden in zowel de privé- als publieke sector (De Vos, 2007, 12; McCrudden, 2019, 9). Positieve actie kan ook verschillende doelen nastreven. Ze kan compensatie bieden aan onderdrukte groepen voor de discriminatie die deze groepen in het verleden ervaren hebben. Ze kan ook gericht zijn op het heden. In dat geval doelen deze maatregelen eerder op een gelijke verdeling van bepaalde goederen en kansen of op het wegnemen van struikelblokken ten gevolge van structurele onderdrukking. Verder kunnen dergelijke maatregelen vooruitblikken en er naar streven diversiteit, het bestaan van rolmodellen, en representatie te bevorderen (De Schutter, 2006, 34; Fredman, 2014, 187-194). Alhoewel positieve actie vaak gereduceerd wordt tot quota, is het scala aan gedifferentieerde maatregelen onder de noemer positieve actie veel ruimer. McCrudden identificeert verschillende vormen van positieve actie. Ten eerste kan men actief op zoek gaan naar praktijken die ongelijke representatie veroorzaken en het beleid vervolgens aanpassen. Ten tweede kan men bepaalde *outreach programmes* opstarten. Ten derde heeft McCrudden het over doelgerichte beleidsmaatregelen die discriminatie proberen te voorkomen zonder expliciet te onderscheiden op basis van verboden discriminatiegronden. Onder deze categorie valt bijvoorbeeld het invoeren van flexibele werkuren waardoor mensen die instaan voor kinderen – vaak vrouwen – vroeger kunnen stoppen met werken om de kinderen op te halen na school. Ten vierde kan men persoonlijke aanpassingen of schikkingen invoeren voor leden van onderdrukte groepen. Een voorbeeld hiervan is praktiserende moslims vrijaf geven

op vrijdag in plaats van zondag. Tot slot heeft McCrudden het over doelgerichte beleidsmaatregelen die diversiteit willen creëren door expliciet onderscheid te maken tussen individuen op basis van een identiteitskenmerk dat hen ofwel bevoordeelt ofwel benadeelt (1986, 223-225).

Onder die laatste categorie vallen o.a. de verschillende vormen van quota. Men kan een onderscheid maken tussen harde of strikte quota, flexibele of zachte ('soft') quota en resultaatsquota (Schiek, 1998, 149). Harde quota invoeren betekent dat men een welbepaald aantal zaken, bijvoorbeeld jobs of openbare aanbestedingen, voorbehoudt voor leden van onderdrukte groepen of dat leden van onderdrukte groepen een bepaald procent moeten uitmaken van de organisatie die de quota introduceert. Bijgevolg moeten zij aangenomen worden in plaats van leden van bevoorrechte groepen tot het percentage bereikt is. Flexibele quota zijn minder dwingend. Deze vorm van quota reserveert geen specifiek aantal plaatsen voor leden van onderdrukte groepen maar stelt dat de job, de openbare aanbesteding of studiekans moet gaan naar leden van onderdrukte groepen in plaats van leden van bevoorrechte groepen (enkel) indien ze aan sommige voorwaarden voldoen, bijvoorbeeld dezelfde kwalificaties hebben en ondervertegenwoordigd zijn binnen de organisatie (De Schutter, 2006, 33). Wanneer de maatregel van positieve actie enkel in actie treedt als de kandidaat die behoort tot een onderdrukte groep en de kandidaat die behoort tot een dominante groep dezelfde kwalificaties hebben, spreekt men wel eens over positieve actie in geval van "tie-break" situatie. Resultaatsquota zijn een nog minder strenge vorm van positieve actie waarbij de organisatie die de quota als beleidsmaatregel invoert zichzelf als doel stelt om binnen een zekere tijdsspanne een gegeven aantal of percentage leden van onderdrukte groepen aan te nemen. In dit geval is het dus altijd mogelijk om in een specifieke situatie toch leden van bevoorrechte groepen aan te nemen. Resultaatsquota kunnen een werkelijke verplichting zijn of een louter streefdoel voorstellen. Een onderscheid maken tussen deze verschillende vormen van quota kan nuttig zijn maar het is ook mogelijk om nieuwe of andere inventieve beleidsplannen te ontwikkelen die op één of andere manier gebruik maken van een vorm van quota om de ongelijke vertegenwoordiging van leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen tegen te gaan.

Positieve discriminatie kan op verschillende manieren opgevat worden. Aangezien dergelijke maatregelen streven naar feitelijke gelijkheid, kan men ze zien als een integraal deel van het recht op een gelijke behandeling. In dat geval vormen ze een aanvulling op de gelijke behandeling van ieder individu om zo gelijkheid te waarborgen. Dit is bijvoorbeeld het geval in Zuid-Afrika, Canada of India (Fredman, 2013, 66). Vermits positieve actie bestaat uit gedifferentieerde maatregelen kan men het ook als een ofwel toegestane ofwel verboden afwijking op het recht op gelijke behandeling beschouwen. Wanneer het recht dergelijke behandelingen toestaat, vormen ze volgens dit perspectief een uitzondering op de gelijke

behandeling van ieder individu (De Schutter, 2006, 34). In *Commissie t. Frankrijk* (1988, §15) bepaalde het HvJ dat positieve actie in de vorm van flexibele quota een – weliswaar wettelijke – “uitzondering” vormde op het recht op gelijke behandeling en liet het antidiscriminatierecht van de EU zo aansluiten bij deze tweede invalshoek. Zoals verder besproken zal worden, was dit een (niet noodzakelijke) zet die het EU gelijkheidsrecht blootstelt aan de kritieken beschreven in het vorige deel.

### (b) *Het “innocent persons”-argument*

Positieve actie krijgt vaak politieke weerstand. Het zou oneerlijk zijn ten aanzien van leden van bevoorrechte groepen die de indruk hebben dat zij de kost dragen voor het tegengaan van de structurele effecten van bepaalde machtsdynamieken, ondanks het feit dat ze misschien zelf niet bijvoorbeeld racistisch of seksistisch zijn. In de meeste juridische zaken omtrent positieve actie, zowel voor het Amerikaanse *Supreme Court* als voor het HvJ, komt deze redenering in één of andere vorm naar boven in wat Fiscus het “innocent persons”-argument noemt (1992, 4). Die redenering luidt dat, ware het niet voor positieve actie, de aanklagers in plaats van de persoon die behoort tot een onderdrukte groep in dergelijke zaken de job zouden hebben gekregen. Hierdoor beweren zij dat de maatregelen van positieve actie een oneerlijke discriminatoire voorkeursbehandeling vormen die hun individuele recht op gelijke behandeling ongeacht de verboden discriminatiegronden schendt. McCrudden verwijst met betrekking tot de gevolgen voor hen die niet de begunstigden zijn van positieve actie naar het probleem van de “third-party cost” van dergelijke maatregelen (2019, 43).

Fiscus legt echter uit dat in de context van raciale gelijkheid, *affirmative action* (m.a.w. harde quota) niet enkel niet oneerlijk is maar juist de voorwaarde vormt om te kunnen spreken van eerlijkheid (1992, ix). Zijn argument is eenvoudig en vertrekt vanuit de hypothese dat in een niet-racistische samenleving, witte en niet-witte mensen proportioneel evenredig vertegenwoordigd zouden zijn in de politiek, socio-economische klassen en het onderwijs, net zoals er een proportionele vertegenwoordiging is van mensen met blauwe ogen, groene ogen en bruine ogen omdat iedereen gelijk geboren wordt. Bijgevolg kan de toch bestaande ondervertegenwoordiging van leden van onderdrukte groepen enkel te wijten zijn aan ofwel hun biologische inferioriteit ofwel hun economische, politieke en sociale onderdrukking. Aangezien er een consensus bestaat dat geracialiseerde minderheden niet biologisch inferieur zijn (dergelijke opvatting vloeit voort uit wetenschappelijk racisme), zijn hun ondervertegenwoordiging en de ongelijke welvaartsverdeling tussen witte en niet-witte mensen niet anders te verklaren dan door hun onderdrukking, d.w.z. door racisme. Wanneer *affirmative action* bepaalde zaken zoals jobs proportioneel (her)verdeelt, komt iedereen dus toe wat die zou krijgen

in een eerlijke samenleving waarin er geen onderdrukking bestond (Fiscus, 1992, 1-24).

Leden van bevoorrechte groepen die positieve actie als oneerlijke voorkeursbehandelingen bestempelen omdat het hen afneemt wat ze zouden krijgen onder – volgens hen – “eerlijke” omstandigheden (d.w.z. indien er geen positieve actie bestond), vergeten dus dat de machtsdynamieken aanwezig in de samenleving als positieve actie werken in hun voordeel. In feite zijn zij degenen die in de huidige samenleving voorkeursbehandelingen krijgen. In werkelijk eerlijke omstandigheden, m.a.w. in een samenleving waarin er geen onderdrukking bestond, zouden ze helemaal geen, of toch enkel proportioneel aan hun vertegenwoordiging, recht hebben op hetgeen ze claimen in de zaken omtrent positieve actie (Fiscus, 1992, 14). Alhoewel leden van bevoorrechte groepen de indruk kunnen hebben dat ze zelf niet deelnemen aan de onderdrukking van anderen (en dus als “onschuldige persoon” de kost niet moeten dragen voor het tegengaan van bepaalde machtsdynamieken), worden ze nog steeds bevoordeeld door de aanwezigheid van bepaalde machtsdynamieken. Doordat positieve actie de privileges van leden van bevoorrechte groepen inperkt, zorgt positieve actie in de vorm van quota eigenlijk voor een werkelijk gelijke behandeling van leden van onderdrukte groepen en leden van bevoorrechte groepen. Positieve actie behandelt hen eerlijk: ze krijgen wat ze verdienen indien er geen machtsongelijkheden waren (Fiscus, 1992, ix-xii). De problematische blindheid van het EU antidiscriminatierecht, zoals geïnterpreteerd door het HvJ, voor deze realiteit ten gevolge van ongelijke machtsverhoudingen wordt verder uitgewerkt in de volgende sectie.

### (c) *Terminologische verwarring*

Alhoewel de herschikte Richtlijn 2006/54/EG spreekt over “positieve maatregelen” (artikel 3), hebben de rassengelijkheidsrichtlijn en de kaderrichtlijn het over “positieve acties” (artikelen 2). Vaak wordt positieve actie ook als synoniem voor “positieve discriminatie” gebruikt en gaat men ervan uit dat positieve actie de Europese equivalent is van het Amerikaanse concept *affirmative action* (McCrudden, 2019, 9 en 119). Een terminologische verheldering kan hier helpen. Positieve actie kan beschouwd worden als een zogenaamde “*legal transplant*”, of juridische transplantatie, uit de VS waar *affirmative action* bekend staat als beleidsmaatregelen die *harde quota* inzetten om een welbepaald aantal jobs (*Wygant t. Jackson Board of Education*, 1986), openbare aanbestedingen (*City of Richmond t. J.A. Croson Co.*, 1989) of plaatsen in het onderwijs (*Regents of University of California t. Bakke*, 1978) toe te kennen aan leden van onderdrukte groepen en vooral dan aan geracialiseerde groepen. De juridische zaken omtrent *affirmative action* zijn er gepolitiseerd en controversieel omdat sommige witte mensen claimen dat *affirmative action* hun recht op gelijke behandeling schendt aangezien er

een onderscheid gemaakt wordt op basis van een beschermd identiteitskenmerk, namelijk hun raciale identiteit.

In de EU slaat de term “positieve actie” op het geheel aan mogelijke, gedifferentieerde maatregelen die concreet tegen ongelijkheid tussen leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen optreden (De Vos, 2007, 12). Wanneer die maatregelen voorschrijven dat een bepaald aantal zaken voorbehouden moet worden voor leden van onderdrukte groepen en dus neerkomen op een verplichte verschillende behandeling op basis van een beschermd identiteitskenmerk (zoals in het geval van quota), spreekt men in de Europese context over “positieve discriminatie” (Belavusauk & Henrard, 2019, 632; McCrudden, 2019, 9; De Schutter, 2006, 33). Alhoewel men positieve discriminatie bijgevolg als een specifieke vorm van positieve actie kan beschouwen die aanleunt bij wat in de VS *affirmative action* wordt genoemd (Caruso, 2003, 332), haalt men en gebruikt men in Europa vaak de twee termen door elkaar. Indien men onder het recht op “gelijke behandeling” een letterlijke gelijke behandeling van ieder individu verstaat, vormt positieve discriminatie potentieel een risico op discriminatie van leden van bevoorrechte groepen. Niet enkel in de VS maar ook in de EU hebben leden van bevoorrechte groepen bepleit dat positieve actie, en meer bepaald positieve discriminatie, onwettelijke discriminatie inhoudt. Net zoals het Amerikaanse *Supreme Court* heeft het HvJ moeten oordelen of positieve actie in de vorm van quota neerkomt op een toegelaten vorm van positieve actie of op een illegitieme vorm van discriminatie ten aanzien van leden van bevoorrechte groepen. Een onderscheid tussen positieve discriminatie en positieve actie maken is nuttig, maar enkel en alleen omdat harde quota (en zelf tot op een zeker niveau flexibele quota), m.a.w. de meest doeltreffende en effectieve vorm van positieve actie oftewel positieve discriminatie, niet toegelaten zijn onder het EU antidiscriminatie-recht zoals geïnterpreteerd door het HvJ (zie volgende sectie).

### *Positieve actie op basis van gender en het gelijkheidsrecht van de EU*

Zoals vermeld in het vorige deel was Richtlijn 76/207/EEG van 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen van bijzonder belang omdat deze voor het eerst positieve actie toeliet. Alhoewel artikel 2(1) een verschil in behandeling tussen vrouwen en mannen verbodt, bepaalde artikel 2(4) dat “deze richtlijn geen belemmering [vormt] 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 (...) nadelig beïnvloeden”. In reactie op de strikte interpretatie van deze bepaling die het HvJ gaf in het *Kalanke*-arrest, hieronder besproken, werd artikel 141(4) – huidig artikel 157(4) van het VWEU – door het Verdrag van Amsterdam toegevoegd aan de primaire wetgeving om een duidelijk signaal te geven dat positieve

actie op basis van gender toegelaten is (McCrudden, 2019, 54). De herschikte Richtlijn 2006/54/EG van 2006 verwijst naar deze primaire wetgeving en stelt dat “De lidstaten maatregelen in de zin van artikel 141, lid 4, van het Verdrag, [kunnen] handhaven of aannemen om volledige gelijkheid in de praktijk tussen mannen en vrouwen in het beroepsleven te waarborgen” (artikel 3).

In 2000 werden de rassengelijkheidsrichtlijn en de kaderrichtlijn aangenomen, die allebei geïnspireerd waren op de antidiscriminatiewetgeving omtrent gender (Caruso, 2003, 333). Artikel 5 van de rassengelijkheidsrichtlijn stelt dat “het beginsel van gelijke behandeling [niet] belet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in de praktijk te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of aanneemt om de nadelen verband houdende met ras of etnische afstamming te voorkomen of te compenseren”. De kaderrichtlijn bepaalt in gelijkaardige termen dat “het beginsel van gelijke behandeling [niet] belet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen verband houdende met een van de in artikel 1 genoemde gronden te voorkomen of te compenseren” (artikel 7). Alhoewel deze artikelen nog niet tot prejudiciële vragen voor het HvJ hebben geleid, is het aannemelijk dat het Hof m.b.t. positieve actie op basis van ras/etniciteit, beperking, seksuele oriëntatie, godsdienst/overtuiging of leeftijd dezelfde principes zou toepassen als de principes die het al eerder uitwerkte in de rechtspraak over positieve actie op basis van gender. Dit komt omdat de wetgeving over positieve actie eerst tot stand kwam m.b.t. gender en de wetgeving omtrent discriminatie op basis van andere gronden steeds de wetgeving omtrent gendergelijkheid weerspiegelt (Belavusauk & Henrard, 2019, 625). Het is bijgevolg veilig om te veronderstellen dat de deconstructie van de rechtspraak over positieve actie op basis van gender hieronder geldt voor positieve actie binnen het EU gelijkheidsrecht *an sich*.

Positieve actie is dus in principe toegelaten volgens het EU antidiscriminatie-recht. Uit de verschillende arresten van het HvJ omtrent positieve actie is echter gebleken dat deze wetsbepalingen geen *carte blanche* geven aan de verschillende lidstaten om bepaalde machtsdynamieken doelgericht tegen te gaan aan de hand van gedifferentieerde behandelingen van leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen. In wat soms tegenstrijdige rechtspraak leek (De Schutter, 2006, 35), stelde het HvJ grenzen aan welke vormen van positieve actie toegestaan zijn en onder welke voorwaarden. Zoals hieronder verder geduid zal worden, blijft positieve actie in de vorm van positieve discriminatie, m.a.w. harde quota en zelfs sommige vormen van flexibele quota, verboden als illegitieme discriminatie ten aanzien van leden van bevoorrechte groepen. Bijgevolg blijft EU antidiscriminatierecht zoals geïnterpreteerd door het HvJ veelal een obstakel voor het aannemen van efficiënte programma's van positieve actie (McCrudden, 2019, 53). De toegelaten vormen van positieve actie zijn daarentegen mild en brengen geen werkelijke of slechts een kleine verandering tot stand (Caruso, 2003, 342).

Vandaag wordt positieve actie als uitzondering op het gelijkheidsbeginsel beschouwd (*Commissie t. Frankrijk*, 1988). Positieve actie is toegelaten, maar geenszins verplicht (*Bilka*, 1986). Om hun wettelijkheid te bepalen, worden programma's van positieve actie die het gelijkheidsbeginsel in gedrang brengen onderworpen aan een proportionaliteitstest (*Lommers*, 2002). De maatregelen mogen stereotypes niet in stand houden (*Roca Alvarez*, 2010) en moeten expliciet als doel moeten hebben om de ongelijke *kansen* van onderdrukte groepen weg te werken; pure (her)verdelende maatregelen of maatregelen die gelijke resultaten beogen zijn niet toegelaten (*Commissie t. Frankrijk*, 1988; *Kalanke*, 1995; *Badeck*, 2000; *Griesmar*, 2001). Verder moeten de maatregelen strikt evenredig zijn aan het gewenste doel: ze moeten zo weinig mogelijk inbreuk maken op het individuele recht op gelijke behandeling van leden van bevoorrechte groepen (*Lommers*, 2002). Concreet betekent dit dat de gedifferentieerde maatregelen geen automatische of "absolute en onvoorwaardelijke voorkeur" mogen verlenen aan leden van een onderdrukte groep op basis van een beschermd identiteitskenmerk: harde quota zijn uit den boze (*Kalanke*, 1995; *Badeck*, 2000). Positieve actie op de arbeidsmarkt in de vorm van quota is bijgevolg enkel toegelaten indien de leden van een onderdrukte groep gelijke kwalificaties hebben (*Abrahamsson*, 2000). De kwalificaties moeten onderworpen worden aan een objectieve analyse (*Marschall*, 1997), die stoelt op duidelijke criteria en de individuele situatie van iedere kandidaat in achtning neemt (*Abrahamsson*, 2000). Ook moet een "reddingsmechanisme" voorzien zijn in het programma van positieve actie. Deze "reddingsclausule" moet het toelaten om leden van bevoorrechte groepen toch aan te nemen in plaats van leden van onderdrukte groepen ondanks hun gelijke kwalificaties (*Marschall*, 1997). Met andere woorden, onder strikte voorwaarden zijn bepaalde vormen van flexibele quota in een "tie-break"-situatie toegestaan.

Alhoewel ieder arrest over positieve actie een bepaald punt van de kritiek beschreven in deel 1 belicht, is er voor een dergelijke analyse geen ruimte in dit artikel. Bijgevolg volgt enkel een kritische lezing van *Commissie t. Frankrijk*, het *Kalanke*-arrest en tot slot het *Abrahamsson*-arrest. Deze drie arresten vormen namelijk cruciale momenten waarin het EU gelijkheidsrecht machtsdynamieken had kunnen tegengaan, maar in de plaats daarvan de ongelijkheid die deze structuren produceren, legitimeerde.

*(a) Commissie t. Frankrijk: positieve actie als uitzondering op het recht op gelijkheid, de eerste stap naar positieve actie als voorkeursbehandeling*

In *Commissie t. Frankrijk* (1988) had de Commissie van de Europese Gemeenschappen een inbreukprocedure aangespannen tegen de Franse staat. Volgens de



Commissie had Frankrijk de eerder vermelde Richtlijn 76/207/EEG die in artikel 2(1) een verschil in behandeling op basis van geslacht/gender verbod, niet tijdig geïmplementeerd. Artikel 19 van de Franse Wet nr. 83-635 van 13 juli 1983 bepaalde namelijk dat een dergelijk verbod geen invloed had op bestaande gebruiken en clausules in individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten die “bijzondere rechten” aan vrouwen toekennen. Hierdoor bleven bepaalde verschillen in behandeling op basis van gender wettelijk, zoals bijvoorbeeld “verlof wegens ziekte van een kind; extra jaarlijks verlof per kind; een verlofdag bij aanvang van het schooljaar; enkele uren verlof op Moederdag (...); vergoeding van de kosten van crèches of kinderopvang” (*Commissie t. Frankrijk*, 1988, §8).

Frankrijk verdedigde artikel 19 van die wet door artikel 2(4) van de te implementeren Richtlijn 76/207/EEG in te roepen. Die bepaling stelt dat “deze richtlijn geen belemmering [vormt] 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 (...) nadelig beïnvloeden”. Alhoewel de paternalistische manier en intenties waarop de Franse staat haar argumenten verwoordde te betreuren valt, kwam de verdediging neer op het argument dat de toegelaten “bijzondere rechten” de ongelijke situatie van vrouwen en mannen ten gevolge van het patriërchaat in achtving namen en er iets aan probeerden te doen om werkelijke gelijkheid tussen vrouwen en mannen te creëren (*Commissie t. Frankrijk*, 1988, §11). Volgens de Franse staat laat het gelijkheidsbeginsel in de Franse grondwet een dergelijk verschil in behandeling toe “wanneer die bijzondere rechten gericht zijn op bescherming” en hoort ook artikel 2(4) van de Richtlijn 76/207/EEG deze interpretatie te krijgen (*ibid.*, §10). Het HvJ ging niet akkoord en stelde dat

“De *uitzondering* van artikel 2, lid 4, heeft een nauwkeurig bepaald en beperkt doel, te weten het toestaan van maatregelen die, *hoewel schijnbaar discriminerend*, in werkelijkheid de in de realiteit van het maatschappelijk leven bestaande feitelijke ongelijkheden beogen op te heffen of te verminderen. De stukken van het dossier laten echter geenszins de conclusie toe, dat de algehele handhaving van de bijzondere rechten voor vrouwen in collectieve arbeidsovereenkomsten aan de in die bepaling bedoelde situatie kan beantwoorden” (*ibid.*, §15, nadruk toegevoegd).

Alhoewel het *Kalanke*-arrest binnen de literatuur veel aandacht krijgt, kan paragraaf 15 van *Commissie t. Frankrijk* als een sleutelmoment beschouwd worden dat het pad van de verdere evolutie van positieve actie in de EU heeft vastgelegd. Daar waar de letterlijke tekst van artikel 2(4) enkel bepaalt dat “de richtlijn geen belemmering vormt” voor positieve actie, leest het HvJ in die tekst het bestaan van “een

uitzondering” op gelijke behandeling die positieve actie toelaat. In de plaats daarvan had het HvJ artikel 2(4) kunnen lezen in de zin dat maatregelen van positieve actie integraal deel uitmaken van het recht op een gelijke behandeling gewaarborgd in artikel 2(1) van die richtlijn. (In de rechtspraak die daarop verder bouwde, had het zelfs op basis van een dergelijke interpretatie een plicht tot positieve actie in het EU gelijkheidsrecht kunnen lezen.) Dergelijke alternatieve interpretatie werd niet enkel voorgesteld door de Franse staat, ze was ook aannemelijk op basis van de parlementaire stukken. Artikel 1 van het oorspronkelijke voorstel voor Richtlijn 76/207/EEG stelt namelijk dat “onder gelijke behandeling in de zin van deze richtlijn wordt verstaan het opheffen van elke discriminatie op grond van het geslacht, de burgerlijke staat en de gezinsstaat *en de goedkeuring van de nodige maatregelen ten einde de vrouwen gelijke kansen te waarborgen*” (nadruk toegevoegd).

Door artikel 2(4) dat positieve actie toeliet als een uitzondering te lezen, bevestigt het HvJ het idee dat het recht op gelijke behandeling in het EU gelijkheidsrecht een letterlijke gelijke behandeling van iedereen betekent. Uit *Commissie t. Frankrijk* kan men de onderliggende formele visie op gelijkheid van het EU gelijkheidsrecht en van het HvJ, dat dit recht interpreteert, afleiden. Iedereen wordt gelijk geacht ongeacht diens identiteitskenmerken en moet daarom een gelijke behandeling krijgen. Dat bepaalde machtsdynamieken individuen opdelen in leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen en hen zo ongelijk maken, wordt in *Commissie t. Frankrijk* en de *follow-up* rechtspraak genegeerd, of eerder, verhuld. Bijgevolg worden positieve actie of gedifferentieerde maatregelen die de ongelijkheid tussen leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen herkennen en tegengaan een vorm van “discriminatie” (De Vos, 2007, 18). In *Commissie t. Frankrijk* zijn ze “schijnbaar discriminerend”, in het *Kalanke*-arrest van enkele jaren later zullen ze, in plaats van eerlijke gelijke behandelingen, “discriminatoire voorkeursbehandelingen” worden.

Verder beperkt *Commissie t. Frankrijk* de onder artikel 2(4) toegestane vormen van positieve actie: gedifferentieerde maatregelen die machtsstructuren herkennen en tegengaan *in het algemeen* worden verboden. Zoals later bevestigd zal worden en hier al aangekondigd is, kunnen pure welvaartsherverdelende maatregelen, zoals een pensioenpremie voor vrouwen of maatregelen die gelijke resultaten beogen zoals harde quota in het aanwervingsproces, hierdoor niet onder artikel 2(4) gebracht worden (*Griesmar*, 2001; *Kalanke* 1995). *Commissie t. Frankrijk* ligt dus aan de grondslag van wat later als aanvaardbare positieve actie zal worden beschouwd: enkel gedifferentieerde maatregelen die specifiek de oorzaken van ongelijke kansen tegengaan. Bijgevolg kan men stellen dat al sinds *Commissie t. Frankrijk* het EU gelijkheidsrecht de lidstaten limiteert in hun mogelijkheden om doelgericht de ongelijkheid tussen individuen ten gevolge van machtsstructuren aan te pakken.

Positieve actie beschouwen als een uitzondering op het recht op gelijke behandeling en gedifferentieerde maatregelen *in het algemeen* verbieden als niet vallend onder die uitzondering waren de eerste stappen in het verdoezelen van het bestaan van machtsdynamieken en het legitimeren van de ongelijkheid die deze produceren. De uitspraak in *Kalanke* is slechts het logische vervolg van de ingeslagen weg in *Commissie t. Frankrijk*.

*(b) Kalanke: harde quota (m.a.w. effectieve en doeltreffende positieve actie) verboden en privileges van bevoorrechte groepen behouden*

In het *Kalanke*-arrest werd het HvJ een prejudiciële vraag gesteld door het Duitse Federale Arbeidshof (*Bundesarbeitsgericht*) met betrekking tot de interpretatie van de plicht tot gelijke behandeling op basis van geslacht/gender in artikel 2(1) van Richtlijn 76/207/EEG en de – sinds *Commissie t. Frankrijk* – uitzondering hierop toegelaten in artikel 2(4) van diezelfde richtlijn. Voor het Federale Arbeidshof betwiste Eckhard Kalanke een wet van de deelstaat Bremen omdat niet hij, maar Heike Glissman, gepromoveerd werd op basis van die wet. Deze stelde namelijk dat vrouwelijke kandidaten *met dezelfde kwalificaties* als mannelijke kandidaten *in sectoren waar zij ondervertegenwoordigd zijn* voorrang hoorden te krijgen bij aanwerving of promotie.

Het Duitse hof focust op de voorwaarden vooraleer de wet toegepast wordt (namelijk dat de kandidaten dezelfde kwalificaties moeten hebben en vrouwen ondervertegenwoordigd moeten zijn) om duidelijk te maken dat het hier niet gaat om harde quota (*Kalanke*, 1995, §8). Ook wijst het erop dat een dergelijk programma van positieve actie de vertegenwoordiging van vrouwen verhoogt, rolmodellen creëert en het glazen plafond aanpakt (*ibid*, §14). Het HvJ daarentegen lijkt eerder te focussen op de werking van het programma zelf wanneer het stelt dat:

Een nationale regeling volgens welke vrouwen met dezelfde kwalificaties als hun mannelijke medekandidaten, in sectoren waarin zij ondervertegenwoordigd zijn bij promotie *automatisch* voorrang genieten, houdt een discriminatie op grond van geslacht in (*ibid*, §16, nadruk toegevoegd).

Door positieve actie in de vorm van gedifferentieerde maatregelen die de ongelijkheid aanpakken tussen leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen als een uitzondering te beschouwen in *Commissie t. Frankrijk*, werd het recht op gelijkheid een letterlijke gelijke behandeling van iedereen. Het *Kalanke*-arrest bevestigt deze formele visie op gelijkheid van het EU gelijkheidsrecht en

neemt de logische volgende stap: positieve actie in de vorm van quota is discriminatie die de plicht tot gelijke behandeling in artikel 2(1) schendt. Zulke interpretatie is echter niet strikt noodzakelijk of evident, maar eerder een (politieke) keuze. Zoals hierboven vermeld, was een alternatieve interpretatie mogelijk, volgens dewelke positieve actie (in de vorm van quota) integraal deel maakt van de plicht tot gelijke behandeling gewaarborgd in artikel 2(1).

Na positieve actie zoals in deze zaak gekwalificeerd te hebben als verboden discriminatie onder artikel 2(1), onderzoekt het HvJ of deze maatregel gerechtvaardigd kan worden onder artikel 2(4). Volgens het HvJ, staat deze wetbepaling:

nationale maatregelen toe op het gebied van de toegang tot het arbeidsproces, met inbegrip van promotiekansen, die in het bijzonder vrouwen *bevoordelen* met het doel, hun beter in staat te stellen op de arbeidsmarkt met anderen te concurreren en op voet van gelijkheid met mannen een loopbaan op te bouwen (*ibid*, §19, nadruk toegevoegd).

In de Engelstalige versie van het arrest spreekt het HvJ over een “specific advantage to women”. Ook de woordkeuze “bevoordelen” in de Nederlandstalige versie toont aan dat het HvJ advocaat-generaal Tesauro volgt. Volgens Tesauro vindt “De *voorkeursbehandeling* van vrouwen [toegestaan in artikel 2(4)] haar bestaansreden in de algemene situatie van benadeling, die het gevolg is van *discriminaties in het verleden* en van de feitelijke moeilijkheden die met het vervullen van een dubbele taak verbonden zijn” (*Kalanke*, 1995, conclusies, §18, nadruk toegevoegd). Ironisch – of vreemd – genoeg mag positieve actie toegestaan onder artikel 2(4) volgens Tesauro er echter “niet op gericht zijn, vrouwen gelijke resultaten op het gebied van werkgelegenheid – dus aan de eindstreep – te waarborgen *ter compensatie voor discriminaties in het verleden*. Kortom, de positieve actie mag niet worden gezien, en nog minder worden gebruikt, als een middel om een in het verleden scheefgetrokken situatie van gelijkheid met discriminerende maatregelen recht te trekken” (*ibid*, §19, nadruk toegevoegd).

In *Kalanke* komt positieve actie dus niet enkel gelijk te staan met discriminatie, maar met een voorkeursbehandeling van leden van onderdrukte groepen in plaats van een gelijke behandeling met leden van bevoorrechte groepen. Zoals Fiscus aangaf (1992), geven dergelijke maatregelen helemaal geen voordeel aan leden van onderdrukte groepen maar zijn ze de reden *sine qua non* om te kunnen spreken van een gelijke behandeling tussen leden van onderdrukte en bevoorrechte groepen. Of het HvJ deze realiteit bewust, onbewust of uit onwetendheid achterwege liet doet er weinig toe; het blijft een feit dat het bestaan van een machtsdynamiek, in dit geval het patriarchaat, verborgen wordt wanneer positieve actie verboden wordt als een discriminatoire voorkeursbehandeling. Dit

komt omdat het de gedachte dat we allen gelijk zijn en dus gelijk behandeld moeten worden legitimeert. Het EU gelijkheidsrecht inzake positieve actie maakt het bestaan van het patriarchaat onzichtbaar of ondenkbaar door doelgerichte interventies tegen machtsdynamieken te beschouwen als discriminatie ten aanzien van leden van bevoorrechte groepen op basis van het liberale fictieve idee dat iedereen gelijk is.

In de analyse omtrent de toepasbaarheid van artikel 2(4) op de Breemse quota, stelt het HvJ dat dit artikel, als een afwijking op het *individuele* recht op gelijkheid, strikt geïnterpreteerd moet worden (*Kalanke*, 1995, § 21). Ook hier ligt echter een alternatieve interpretatie voor de hand. Richtlijn 76/207/EEG werd aangenomen met als doel gelijkheid tussen vrouwen en mannen te realiseren vanuit het besef dat vrouwen onderdrukt worden. Vanuit dit perspectief kan men het eigenaardig achten om van het recht op gelijkheid, zoals uitgewerkt in deze Richtlijn, een *individueel* recht te maken dat mannen kunnen inroepen ten nadele van vrouwen wanneer een maatregel de ongelijkheid tussen hen probeert aan te pakken. De Richtlijn kwam juist tot stand vanuit de nood om aan de ongelijkheid tussen vrouwen en mannen tegemoet te komen. Zulke interpretatie kan enkel verklaard worden vanuit het liberale fictieve idee dat ieder individu gelijk is ongeacht diens identiteitskenmerken en bijgevolg gelijk behandeld moet worden. Niet enkel invalideert deze interpretatie de observatie dat individuen in feite ongelijk zijn door de aanwezigheid van bepaalde machtsstructuren (en dus opgedeeld kunnen worden in bevoorrechte en onderdrukte groepen), maar het recht op gelijkheid, zoals opgevat in deze zin, wordt aldus ook een obstakel bij het aanpakken van de bestaande ongelijkheid. Het HvJ beslist namelijk dat

Een nationale regeling die vrouwen bij aanstellingen of promoties *absoluut en onvoorwaardelijk* voorrang verleent, gaat verder dan een bevordering van gelijke kansen en overschrijdt de grenzen van de in artikel 2, lid 4, van de richtlijn voorziene uitzondering (*ibid*, § 22, nadruk toegevoegd).

Zoals advocaat-generaal Tesauro, is het HvJ van oordeel dat harde quota die “absoluut en onvoorwaardelijk” voorrang verlenen aan vrouwen discriminatoire voorkeursbehandelingen zijn die niet vallen onder de uitzondering van artikel 2(4) op het individuele recht op gelijke behandeling van mannen, gewaarborgd in artikel 2(1) van Richtlijn 76/207/EEG (*ibid*, §24). Artikel 2(4) staat maatregelen die gelijke resultaten beogen immers niet toe (*ibid*, §23). Ook flexibele quota die niet in een “reddingsclausule” voorzien (om het mogelijk te maken om toch de *gelijk gekwalificeerde* mannelijke kandidaat aan te nemen) zijn onwettig, zoals twee jaar later duidelijk zal worden in het arrest *Marschall* (1997). Doordat het EU gelijkheidsrecht wil dat iedereen gelijk behandeld wordt en er geen reke-

ning mag worden gehouden met bestaande ongelijkheid ten gevolge van bepaalde machtsstructuren, wordt het aanzienlijk moeilijker om deze ongelijkheid doeltreffend tegen te gaan. Niet enkel verdoezelt het HvJ het bestaan van machtsdynamieken, maar door ervan uit te gaan dat iedereen gelijk is, maakt deze interpretatie van het EU gelijkheidsrecht het ook onwettelijk om heel specifiek aan de hand van harde en in zekere mate flexibele quota ongelijkheid aan te pakken.

Zoals eerder aangehaald, werken de huidige machtsdynamieken in de samenleving als positieve actie ten voordele van leden van bevoorrechte groepen (Fiscus, 1992). Concreet betekent dit bijvoorbeeld dat in het geval van aanwervingsprocedures, cisgender mannen een stapje voor hebben op cisgender vrouwen. Werkgevers zullen er bijvoorbeeld niet vanuit gaan dat zij potentieel afwezig zullen zijn door zwangerschap en in het slechtste geval er (on)bewust van uitgaan op basis van patriarchale verwachtingen dat zij beschikbaarder zullen zijn dan vrouwen. Positieve actie in de vorm van quota vormt een afwijking van die status quo van ongelijkheid, of eerder van die status quo van privileges van leden van bevoorrechte groepen die hen dat stapje voor geeft. Wanneer het HvJ stelt dat het Breemse programma van positieve actie een discriminatoire voorkeursbehandeling vormt ten nadele van mannen, neemt het de huidige status quo als maatstaf. Een gelijke – en dus zogezegd eerlijke of rechtvaardige – behandeling van ieder individu betekent een behandeling volgens de status quo; een discriminatoire behandeling betekent een afwijking van de status quo. Aangezien de status quo echter oneerlijk is omdat deze bepaald wordt door machtsdynamieken, verankert of normaliseert het EU gelijkheidsrecht zoals geïnterpreteerd door het HvJ die ongelijke status quo. Vanuit dit perspectief legaliseert het EU gelijkheidsrecht positieve actie voor leden van bevoorrechte groepen en kristalliseert het de status quo die leden van onderdrukte groepen benadeelt.

Kortom, het EU gelijkheidsrecht inzake positieve actie zoals geïnterpreteerd door het HvJ legitimeert bestaande machtsdynamieken door machtsstructuren onzichtbaar te maken, het opkomen tegen de ongelijkheden die deze produceren te bemoeilijken, en de status quo te normaliseren als eerlijk. Anders geformuleerd, het EU gelijkheidsrecht kan sinds het *Kalanke*-arrest door leden van bevoorrechte groepen gebruikt worden als juridisch arsenaal om hun privileges te behouden.

### *(c) Abrahamsson: een (dood)steek voor werkelijke positieve actie in de EU*

De strikte interpretatie die het HvJ aan artikel 2(4) van Richtlijn 76/207/EEG gaf in het *Kalanke*-arrest deed stof opwaaien. Het type positieve actie dat het HvJ er

onwettelijk verklaarde, werd immers door de Commissie zelf gebruikt (Szyszczak, 1996, 879). In de daaropvolgende rechtspraak versoepelde het HvJ de rechtspraak. Het HvJ oordeelde dat artikel 2(4) positieve actie in de vorm van flexibele quota toestaat indien de kandidaten dezelfde kwalificaties hebben, ze onderworpen worden aan een objectieve analyse die de persoonlijke situatie van iedere kandidaat in achtvingt en er een reddingsclausule bestaat die het toelaat om toch voor de mannelijke kandidaat te kiezen (*Marschall*, 1997; bevestigd in *Badeck*, 2000). Harde en flexibele quota die automatisch voorrang verlenen aan vrouwen in plaats van mannen (ook al hebben ze dezelfde kwalificaties) blijven echter verboden, ondanks de hierboven beschreven argumenten om dergelijke vormen van positieve discriminatie toe te staan onder artikel 2(4) of zelfs integraal als onderdeel te beschouwen van het verbod op discriminatie in artikel 2(1).

Niettegenstaande de versoepeling blijven de verschillende kritieken die hierboven beschreven zijn gelden. Zelfs onder *Marschall* en *Badeck* maakt het EU gelijkheidsrecht het aanzienlijk ingewikkeld om doeltreffend op te treden tegen de ongelijkheid ten gevolge van het patriarchaat. Zoals Caruso opmerkt, kan de doeltreffendheid van de toegestane vormen van positieve actie onder *Marschall* en *Badeck* sterk in vraag gesteld worden (2003, 342). Vooraleer de maatregel van positieve actie toegepast kan worden, moeten de vrouwelijke en de mannelijke kandidaat namelijk “dezelfde kwalificaties” hebben. Bijgevolg kunnen dergelijke programma’s van positieve actie heel eenvoudig omzeild worden door te ontkennen dat de vrouwelijke en mannelijke kandidaten dezelfde kwalificaties hebben (Caruso, 2003, 342). Het is, bovendien, geen sinecure om te oordelen wanneer twee kandidaten dezelfde kwalificaties hebben en wat “dezelfde kwalificaties” überhaupt inhoudt. Zoals Schiek verder aangeeft, is deze beoordeling op zichzelf gegenderd: ook hier speelt het patriarchaat een rol (1998, 157). Caruso stelt dan ook dat “where these schemes have been applied, the proportion of women in the workplace has remained static rather than having improved” (2003, 342).

In een samenleving waarin vrouwen en andere genderminderheden statistisch gezien meer obstakels moeten overwinnen om “dezelfde kwalificaties” te behalen als mannen of waarin vrouwen zich niet kunnen en/of willen conformeren aan de mannelijke standaard die dergelijke kwalificaties voorstelt (Schiek, 1998, 157; MacKinnon, 1989, 225-227), kan positieve actie zonder voorwaarde van “gelijke kwalificaties” een weg naar gelijkheid lijken. Het *Abrahamsson*-arrest confronteerde het HvJ met deze problematiek.

In *Abrahamsson* kreeg het HvJ de prejudiciële vraag of een bepaald Zweeds programma van positieve actie toegelaten was onder artikelen 2(1) en 2(4) van Richtlijn 76/207/EEG. De Zweedse maatregel stelde dat “een kandidaat die tot het ondervertegenwoordigde geslacht behoort en die over voldoende kwalificaties beschikt (...), voorrang [moet] krijgen boven een kandidaat van het andere geslacht die anders zou zijn gekozen (“positieve discriminatie”), indien zulks nood-

zakelijk blijkt om een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht te kunnen benoemen. Positieve discriminatie mag evenwel niet plaatsvinden wanneer het verschil tussen de kwalificaties van de kandidaten zo groot is, dat dit in strijd zou zijn met het vereiste van objectiviteit” (*Abrahamsson*, 2000, §14). Volgens het HvJ kon “de geringe voorsprong van mevrouw Fogelqvist op bestuurlijk gebied niet de voorsprong van de heer Anderson op wetenschappelijk gebied compenseren” (*ibid*, §24). Het HvJ stelde dat het daarom moest beslissen of het feit dat Elisabet Fogelqvist een vrouw is en op basis daarvan aangenomen zou worden, onder artikel 2(4) kan opwegen tegen de voorsprong van Leif Anderson op basis van zijn wetenschappelijke kwalificaties (*ibid*, §24).

Het HvJ begint de analyse met de vaststelling dat de essentie van het probleem in deze zaak draait rond positieve actie die geen vereiste van gelijke kwalificaties stelt (*ibid*, §45). Volgens het Hof leidt een dergelijke maatregel tot het aanwerven van een persoon enkel en alleen op basis van het gender waarmee deze persoon zich identificeert, aangezien iemand wordt aangenomen omdat die tot het ondervertegenwoordigde gender behoort in plaats van omwille van diens kwalificaties (die bovendien “lager” gekwalificeerd worden dan de kandidaat van het oververtegenwoordigde gender). Bijgevolg gaat deze vorm van positieve actie niet gepaard met een objectieve analyse van de kwalificaties van iedere kandidaat, waardoor ze een automatische voorrang verleent aan vrouwen en dus verboden is volgens de rechtspraak in *Kalanke*, *Marschall* en *Badeck* (*ibid*, §50-53).

Het oordeel van het HvJ in *Abrahamsson* bevestigt nogmaals dat het EU gelijkheidsrecht stoelt op het gelijkheidsbeginsel dat de Aristotelische gelijkheidsformule omzet in het recht. Volgens die formule hoort men een gelijke behandeling te krijgen indien men zich in een gelijke situatie bevindt. Indien men verschilt, mag men een verschillende behandeling krijgen, ongeacht of dat verschil in situatie te wijten valt aan het bestaan van een machtsdynamiek. In dergelijke gevallen rechtvaardigt macht echter meer macht of althans maatregelen die de bestaande machtsdynamiek in stand houden. Ook dit is zichtbaar in *Abrahamsson*, waar een verschil in situatie dat te wijten is aan een machtsdynamiek als rechtvaardiging dient voor een verschil in behandeling dat de ongelijkheid in stand houdt.

Alhoewel positieve actie juist als doel heeft om de ongelijkheid tussen vrouwen en mannen ten gevolge van het patriarchaat tegen te werken, oordeelt het HvJ in *Abrahamsson* dat positieve actie enkel toegestaan is onder het EU antidiscriminatierecht indien het als voorwaarde stelt dat vrouwen en mannen al gelijk zijn. Met andere woorden, indien vrouwen geen gelijke kwalificaties hebben als mannen – in het geval van vele vrouwen mede ten gevolge van het patriarchaat – kunnen ze dus geen beroep doen op programma’s van positieve actie zoals in de *Abrahamsson*-zaak. Een verschil in situatie (niet dezelfde kwalificaties hebben als mannelijke kandidaten) rechtvaardigt dus een verschil in behandeling (geen toegang hebben tot positieve actie en bijgevolg de job) die de ongelijkheid in stand houdt. Dit



komt omdat programma's van positieve actie zoals in *Abrahamsson* voor een werkelijke gelijke behandeling zorgen aangezien ze vertrekken vanuit het besef dat het onder het patriarchaat voor vele vrouwen aanzienlijk moeilijk is om "gelijke kwalificaties" te behalen. *Abrahamsson* bevestigt MacKinnon wanneer ze schrijft dat "a woman must already be equal before she can complain of inequality" (1989, 228). Deze zaak toont aan hoe het EU gelijkheidsrecht zoals geïnterpreteerd door het HvJ bepaalde machtsdynamieken legitimeert niet enkel wanneer het een gelijke behandeling oplegt op basis van een fictieve empirische gelijkheid, maar ook wanneer het een ongelijke behandeling toelaat op basis van een verschil in situatie dat het gevolg is van een machtsdynamiek. In beide gevallen maakt het EU gelijkheidsrecht over positieve actie het moeilijker om op te treden tegen de ongelijkheid die deze machtsstructuren produceren.

Door het recht op een werkelijk gelijke behandeling in de vorm van positieve actie voorwaardelijk te maken van het bezitten van gelijke kwalificaties, stelt het HvJ de oorsprong van, of de maatstaf die schuilt achter die kwalificaties evenmin in vraag. Positieve actie die na *Abrahamsson* wel toegestaan is, laat vrouwen met "gelijke kwalificaties", dat wil zeggen met dezelfde kwalificaties *als mannen*, slechts meedraaien in een arbeidsmarkt die gestructureerd is op basis van mannelijke standaarden over wat geldt als "kwalificaties". Verder creëert *Abrahamsson* ook "conformist pressure" aangezien een gelijke welvaartsverdeling afhankelijk is van het hebben van dezelfde kwalificaties als mannen in een samenleving waarin het patriarchaat het aanzienlijk moeilijker maakt voor vrouwen om die kwalificaties te bemachtigen. Ook op deze manier legitimeert het EU gelijkheidsrecht, zoals geïnterpreteerd in o.a. *Abrahamsson*, dus het patriarchaat. In plaats van de arbeidsmarkt te herstructureren en toegankelijk te maken voor iedereen ongeacht diens gender, laat het EU gelijkheidsrecht de ongelijkheid tussen vele vrouwen en mannen onaangeroerd. MacKinnon stelt dan ook dat "the standards of sex discrimination law are for society's exceptions. To claim that they are situated similarly to men, women must be exceptions. They must claim all that sex inequality has, in general, systematically taken from women: financial independence, job qualifications, business experience, leadership qualities, assertiveness (...), and, at all stages of legal proceedings, credibility" (1989, 228).

*Abrahamsson* bouwt verder op *Kalanke*, en bevestigt de steek voor positieve actie die *Kalanke* voorstelde. Sinds *Abrahamsson* is positieve actie die machtsstructuren expliciet (h)erkent en de ongelijkheid die deze produceren doelgericht tegengaat verboden onder het EU gelijkheidsrecht m.b.t. positieve actie dat nochtans als doel heeft gelijkheid te waarborgen. Door de ineffectiviteit van de toegestane vormen van positieve actie en de onwettigheid van effectieve(re) positieve actie na *Abrahamsson*, kan men zich de vraag stellen of er in wezen nog ruimte is voor werkelijke positieve actie in de EU. Wanneer het recht op gelijkheid neerkomt op een analyse van gelijkenis of verschil in plaats van een analyse

van het bestaan van ongelijkheid ten gevolge van een machtsstructuur, worden machtsstructuren onzichtbaar gemaakt en wordt het moeilijk om de ongelijkheden die eruit voortvloeien aan te pakken. Op deze manier legitimeert het EU gelijkheidsrecht de bestaande machtsstructuren. Kortom, het EU gelijkheidsrecht is deel van het probleem dat het tracht op te lossen.

## Conclusie

Doorheen dit artikel werd duidelijk dat bepaalde machtsdynamieken onzichtbaar worden gemaakt wanneer het antidiscriminatie recht, zoals het EU gelijkheidsrecht inzake positieve discriminatie, berust op het gelijkheidsbeginsel. Ook wordt het moeilijker om de ongelijkheid die dergelijke machtsstructuren produceren tegen te gaan en wordt de status quo van ongelijkheid, of eerder, de status quo van privileges voor leden van bevoorrechte groepen genormaliseerd. Aangezien antidiscriminatie recht juist gelijkheid beoogt, kan men stellen dat de EU antidiscriminatiebepalingen over positieve actie zoals geïnterpreteerd door het HvJ deel zijn van het probleem dat ze nochtans proberen op te lossen.

Antidiscriminatie recht dat berust op het gelijkheidsbeginsel zet de Aristotelische gelijkheidsformule om in recht. Volgens die formule horen individuen in een gelijke situatie gelijk behandeld worden, terwijl ze een verschillende behandeling horen te krijgen wanneer ze zich in een verschillende situatie bevinden. Bijgevolg wordt in een dergelijk rechtssysteem het recht op gelijkheid gereduceerd tot een analyse van gelijkenis of verschil, en meer bepaald het bestaan van een accuraat of inaccuraat verschil tussen twee individuen. Met andere woorden: indien individuen gelijk worden geacht, wordt een gelijke behandeling opgelegd en wanneer twee individuen verschillend worden geacht, is een onderscheid op basis van een beschermd identiteitskenmerk toch gerechtvaardigd. In beide situaties wordt echter geen aandacht geschonken aan het feit dat individuen in deze samenleving niet eenvoudigweg “gelijk” of “verschillend” zijn maar dat machtsdynamieken hen op basis van die identiteitskenmerken opdelen in leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen en hen zo ongelijk maken.

Wanneer een verschillende behandeling tussen leden van onderdrukte groepen en leden van bevoorrechte groepen toegestaan wordt op basis van een verschil in situatie wordt vaak niet in vraag gesteld of een machtsdynamiek aan de oorsprong ligt van dit verschil in situatie. Indien die verschillende behandeling de ongelijkheid in stand houdt, rechtvaardigt macht meer macht of op zijn minst maatregelen die de bestaande machtsdynamiek in stand houden. In het geval van het EU antidiscriminatie recht toont het *Abrahamsson*-arrest dit mooi aan. Daar stelde het HvJ dat positieve actie in de vorm van quota enkel toegelaten is voor vrouwelijke en mannelijke kandidaten met “dezelfde kwalificaties”. Alhoewel het verschil in situatie tussen mannen en vrouwen, namelijk niet dezelfde kwalificaties hebben,

vaak het resultaat is van de vele stokken die het patriarchaat vrouwen in de wielen steekt, rechtvaardigt dit gevolg van macht het verderzetten van die machtsdynamiek. In *Abrahamsson* wordt vrouwen namelijk positieve actie ontnomen, die de ongelijke welvaartsverdeling recht zou trekken door hen een werkelijk gelijke toegang te geven tot bepaalde jobs. Op basis van de interpretatie van het EU gelijkheidsrecht in *Abrahamsson* blijft de ongelijkheid tussen vrouwen en mannen ten gevolge van het patriarchaat hierdoor behouden zonder het gelijkheidsbeginsel te schenden.

Wanneer leden van onderdrukte groepen dezelfde behandeling moeten krijgen als leden van bevoorrechte groepen, houdt het gelijkheidsbeginsel bij nader inzien ook machtsstructuren in stand. Alhoewel het op het eerste gezicht wenselijk lijkt, geeft een gelijke behandeling leden van onderdrukte groepen slechts dezelfde behandeling als leden van bevoorrechte groepen zonder de machtsdynamieken die de behandeling van bevoorrechte groepen bepaald hebben in vraag te stellen. Zulk antidiscriminatierecht laat leden van onderdrukte groepen louter meedraaien in een systeem gebouwd door en voor leden van bevoorrechte groepen zonder het te veranderen. Bovendien creëert gelijkheidsrecht dat berust op het gelijkheidsbeginsel hierdoor “conformist pressures”. Gelijkheid wordt namelijk enkel realiseerbaar wanneer de onderdrukte groepen zich conformeren aan de normen van de bevoorrechte groepen. Ook in *Abrahamsson* wordt dit duidelijk. Omdat positieve actie, met andere woorden werkelijk gelijke behandeling, afhangt van het bezitten van “dezelfde kwalificaties”, dat wil zeggen dezelfde kwalificaties *als mannen*, is het recht op gelijkheid, of op zijn minst een gelijke verdeling van welvaart en/of jobs, conditioneel aan het deelnemen aan een arbeidsmarkt die ingericht is op basis van mannelijke standaarden over wat “kwalificaties” zijn én hoe ze te behalen (ondanks dat het patriarchaat dit beduidend moeilijker maakt voor vrouwen).

Tot slot, het gelijkheidsbeginsel legitimeert ook bepaalde machtsdynamieken wanneer het een gelijke behandeling oplegt tussen leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen op basis van het liberale fictieve idee dat iedereen gelijk is ongeacht diens identiteitskenmerken. Onder gelijkheidsrecht dat berust op het liberale gelijkheidsbeginsel betekent gelijkheid de gelijke behandeling van ieder individu. Indien individuen echter een ongelijke startpositie hebben, wat in onze samenleving het geval is door de aanwezigheid van bepaalde machtsdynamieken, zet een gelijke behandeling die ongelijkheid alleen maar verder. Gelijkheid vergt dus gedifferentieerde maatregelen die machtsstructuren expliciet (h)erkennen en concreet tegengaan, zoals positieve actie in de vorm van quota. Doordat onder het gelijkheidsbeginsel gelijkheid gelijk komt te staan met een letterlijke gelijke behandeling van ieder individu, worden dergelijke maatregelen echter beschouwd als discriminatoire voorkeursbehandelingen voor leden van onderdrukte groepen in plaats van als gelijke behandelingen aan leden van bevoorrechte groepen. Hierdoor wordt het onmogelijk om tegen de ongelijkheid

geproduceerd door bepaalde machtsdynamieken op te treden. Door positieve actie, m.a.w. een afwijking van de status quo die leden van bevoorrechte groepen bepaalde privileges toekent, te beschouwen als discriminatoire voorkeursbehandelingen, wordt de ongelijke status bovendien genormaliseerd als eerlijk. Een dergelijk antidiscriminatierecht zorgt er dus voor dat de privileges van bevoorrechte groepen wettelijk beschermd worden.

De *Commissie t. Frankrijk*- en *Kalanke*-arresten illustreren hoe het EU gelijkheidsrecht, dat berust op het gelijkheidsbeginsel, ingezet kan worden door leden van bevoorrechte groepen om hun privileges te behouden. In *Commissie t. Frankrijk* stelde het HvJ dat positieve actie een uitzondering vormt op, in plaats van een integraal deel uitmaakt van, het discriminatieverbod. Op deze manier bevestigde het HvJ dat gelijkheid onder het EU gelijkheidsrecht een letterlijke gelijke behandeling van ieder individu betekent omdat iedereen gelijk geacht wordt ongeacht diens identiteitskenmerken. Een dergelijke interpretatie negeert en verhuult hoe machtsdynamieken bestaan en individuen ongelijk maken door sommigen te bevoordelen en anderen te benadelen. Verder maakt *Commissie t. Frankrijk* het de lidstaten moeilijker om doelgericht via gedifferentieerde maatregelen op te komen tegen die ongelijkheid. Het HvJ oordeelde dat positieve actie *in het algemeen*, zoals bepaalde pure (her)verdelende maatregelen op basis van beschermde discriminatiegronden, niet toegelaten is onder het EU antidiscriminatierecht. Enkel positieve actie die ongelijke kansen wegwerkt, is een toegestane uitzondering op het discriminatieverbod. *Kalanke* bouwt verder op *Commissie t. Frankrijk*: indien het recht op gelijke behandeling de letterlijke gelijke behandeling van ieder individu betekent, is het mogelijk om, zoals in het *Kalanke*-arrest, positieve actie die een bepaald percentage jobs voorbehoudt voor vrouwen te karakteriseren als genderdiscriminatie. Een dergelijk onderscheid in behandeling schendt volgens het HvJ het individuele recht op gelijke behandeling van de mannelijke kandidaat en valt niet onder de toegestane vormen van positieve actie. Sinds *Kalanke* is het dus onwettelijk om via de meest efficiënte vormen van positieve actie, namelijk harde quota en flexibele quota zonder reddingsclausule, genderongelijkheid ten gevolge van het patriarchaat tegen te gaan. Verder neemt het HvJ de huidige status quo, waarin mannen door mannelijke privileges in een patriarchale samenleving een stapje voor hebben, als maatstaf wanneer het oordeelt dat dergelijke vormen van positieve actie, die afwijkingen vormen van die patriarchale status quo, discriminatoire voorkeursbehandelingen zijn. Door mannen toe te laten het recht op gelijke behandeling in te roepen tegen zulke afwijkingen van de status quo (ondanks dat ze voor een eerlijke en gelijke herverdeling van jobs zorgen), normaliseert en verankert het EU antidiscriminatierecht inzake positieve actie deze status quo. Onder het EU antidiscriminatierecht in *Kalanke* betekent een gelijke behandeling dus een behandeling volgens de patriarchale status quo terwijl een afwijking ervan

in de vorm van quota, die eigenlijk gendergelijkheid garandeert, gelijk wordt gesteld aan discriminatie.

Dit artikel toont aan, in conclusie, dat het EU gelijkheidsrecht over positieve actie zoals geïnterpreteerd door het HvJ deel is van het probleem dat het probeert op te lossen, namelijk de ongelijkheden tussen leden van bevoorrechte groepen en leden van onderdrukte groepen die te wijten zijn aan het bestaan van bepaalde machtsdynamieken. Indien het huidige EU gelijkheidsrecht machtsdynamieken onzichtbaar maakt en zo legitimeert, is de volgende stap naar werkelijke gelijkheid het (opnieuw) zichtbaar maken hoe het recht en deze machtsdynamieken met elkaar verweven zijn. Bijgevolg is verder onderzoek naar de linkers tussen recht en macht aangewezen. In de woorden van MacKinnon, “the analytical point of departure and return of sex discrimination law is thus the liberal one of gender differences, understood rationally or irrationally to create gender inequalities. The feminist issue, by contrast, is gender hierarchy, which not only produces inequalities but shapes the social meaning, hence legal relevance, of the sex difference” (1989, 232).

## Bibliografie

- Belavusauk, Uladzislau, en Henrard, Kirstin. 2019. “A Bird’s Eye View on EU Anti-Discrimination Law: The Impact of the 2000 Equality Directives.” *German Law Journal* 20 (5): 614–636.
- Caruso, Daniela. 2003. “Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the New Equality Directives.” *Harvard International Law Journal* 44 (2): 331–386.
- De Lombaerde, Griet, Prince, Yvonne, en Zandvliet, Kees. 2021. *De Arbeidsmarktpositie van Transgender Personen*. Rotterdam: Seor BV. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/01/11/de-arbeidsmarktpositie-van-transgender-personen>.
- De Schutter, Olivier. 2006. “Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law.” *Northern Ireland Legal Quarterly* 57 (1): 1–56.
- De Vos, Marc. 2007. “Beyond Formal Equality Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC.” Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5fc68cca-c88a-4800-bcfd-b8ce17ddab36>.
- De Vos, Marc. 2020. “The European Court of Justice and the March towards Substantive Equality in European Union Anti-Discrimination Law.” *International Journal of Discrimination and the Law*, no. 1: 62–87. <https://doi.org/10.1177/1358229120927947>.
- El Ahrach, Hichem, en van Alphen, Elise. 2019. *Transitieverlof in wet- en regelgeving*. Transgender Netwerk Nederland. <https://www.transgendernetwerk.nl/wp-content/uploads/20190221-Verkenning-transitieverlof-in-WAZO.pdf>.

- Fiscus, Ronald J. 1992. *The Constitutional Logic of Affirmative Action*. Edited by Stephen L. Wasby. Durham: Duke University Press.
- Fredman, Sandra. 2012. "Breaking the Mold: Equality as a Proactive Duty." *The American Journal of Comparative Law*, 60 (1): 265-287.
- Fredman, Sandra. 2013. *Comparative study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canada, South Africa and India*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/014f442a-abe3-4dfd-b688-43cda49c15db>.
- Fredman, Sandra. 2014. "Affirmative Action and the European Court of Justice: A Critical Analysis." In *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, edited by Jo Shaw, 171-196. Oxford: Hart Publishing.
- Fredman, Sandra. 2016a. "Substantive Equality Revisited." *International Journal of Constitutional Law* 14 (3): 712-738. <https://doi.org/10.1093/icon/mow043>.
- Fredman, Sandra. 2016b. "Substantive Equality Revisited: A Rejoinder to Catharine MacKinnon." *International Journal of Constitutional Law* 14 (3): 747-751. <https://doi.org/10.1093/icon/mowO48>.
- Harris, Cheryl I. 1993. "Whiteness as Property." *Harvard Law Review* 106 (8): 1707-1791.
- Liu, Kimberly, en O'Conneide, Colm. 2019. "The Ongoing Evolution of the Case-Law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC." Luxembourg: Publications Office of the European Union. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1bcea5bc-0696-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>.
- Loenen, Titia. 1995. "Substantive Equality as a Right to Inclusion: Dilemma's and Limits in Law." *Rechtsfilosofie En Rechtstheorie* 24 (3): 194-203.
- MacKinnon, Catharine A. 1989. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press.
- MacKinnon, Catharine A. 2011. "Substantive Equality: A Perspective." *Minnesota Law Review* 96 (1): 1-27.
- MacKinnon, Catherine A. 2016. "Substantive Equality Revisited: A Reply to Sandra Fredman." *International Journal of Constitutional Law* 14 (3): 739-746. <https://doi.org/10.1093/icon/mowO47>
- McCrudden, Christopher, en Prechal, Sacha. 2009. "The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach". European Commission. <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4553&langId=en>.
- McCrudden, Christopher. 1986. "Rethinking Positive Action." *Industrial Law Journal* 15 (4): 219-243.
- McCrudden, Christopher. 2019. "Gender-Based Positive Action in Employment in Europe A Comparative Analysis of Legal and Policy Approaches in the EU and EEA." Luxembourg: Publications Office of the European Union. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/271e827b-0435-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>.
- Möschel, Mathias. 2011. "Race in mainland European legal analysis: towards a European critical race theory." *Ethnic and Racial Studies* 34 (10): 1648-1664.

- Nussbaum, Martha. 1997. *The Feminist Critique of Liberalism*. Lawrence: University of Kansas.
- Ramos Martin, Nuria Elena. 2014. "Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions." *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal* 3 (1): 20–33.
- Schiek, Dagmar. 1998. "Sex Equality Law After Kalanke and Marschall." *European Law Journal* 4 (2): 148–166.
- Sottiaux, Stefan. 2008. "Het Gelijkheidsbeginsel: Langs Oude Paden En Nieuwe Wegen." *Rechtskundig Weekblad* 72 (17): 690–702.
- Szyszczak, Erika. 1996. "Positive Action After Kalanke." *The Modern Law Review* 59 (6): 876–883.
- Van Borm, Hannah, en Baert, Stijn. 2018. "What drives hiring discrimination against transgenders?" *International Journal of Manpower* 39 (4): 581-599, <https://doi.org/10.1108/IJM-09-2017-0233>.
- Westen, Peter. 1982. "The Empty Idea of Equality." *Harvard Law Review*. 95 (3): 537-596.
- 
- Hof van Justitie 30 september 2010, Roca Alvarez t. Sesa Start España, nr. C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561.
- Hof van Justitie 22 november 2005, Mangold t. Helm, nr. C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709.
- Hof van Justitie 19 maart 2002, Lommers t. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, nr. C-479/99, ECLI:EU:C:2002:183.
- Hof van Justitie 29 november 2001, Joseph Griesmar t. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation, nr. C-366/99, ECLI:EU:C:2001:648.
- Hof van Justitie 6 juli 2000, Katarina Abrahamsson en Leif Anderson t. Elisabet Fogelqvist, nr. C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367.
- Hof van Justitie 28 maart 2000, Georg Badeck e.a. t. Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, nr. C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163.
- Hof van Justitie 11 november 1997, Hellmut Marschall t. Land Nordrhein-Westfalen, nr. C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533.
- Hof van Justitie 17 oktober 1995, Eckhard Kalanke t. Freie Hansestadt Bremen, nr. C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322.
- Supreme Court of the United States (VS) 23 januari 1989, City of Richmond t. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469.
- Hof van Justitie 25 oktober 1988, Commissie t. Frankrijk, nr. C-312/86, ECLI:EU:C:1988:485.
- United States Court of Appeals, Seventh Circuit (VS) 14 januari 1988, Equal Employment Opportunity Commission t. Sears, Roebuck & Co., 839 F. 2d 302.
- Supreme Court of the United States (VS) 19 mei 1986, Wygant t. Jackson Board of Education, 476 U.S. 267.

Hof van Justitie 13 mei 1986, *Bilka – Kaufhaus GmbH t. Karin Weber von Hartz*, nr. C-170/84, ECLI:EU:C:1986:204.

Supreme Court of the United States (VS) 28 juni 1978, *Regents of the University of California t. Bakke*, 438 U.S. 265.

Hof van Justitie 8 april 1976, *Defrenne t. Sabena (No 2)*, nr. C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56.

Hof van Justitie 17 juli 1963, *Regering van de Italiaanse Republiek t. Commissie van de Europese Economische Gemeenschap*, nr. C-13/63, ECLI:EU:C:1963:20.

--

Richtlijn 2019/1158/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers en tot intrekking van Richtlijn 2010/18/EU van de Raad, Pb.L. van 12 juli 2019, afl. 188, blz. 79-93 [Work Life Balance Richtlijn].

Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad 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 26 juli 2006, afl. 204, blz. 23-36.

Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, Pb.L. van 2 december 2000, afl. 303, blz. 16-22 [Kaderrichtlijn].

Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, Pb.L. van 19 juli 2000, afl. 180, blz. 22-26 [Richtlijn rassengelijkheid].

Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, Pb.L. van 14 februari 1976, afl. 39, blz. 40-42.

Voorstel (Comm.) voor een richtlijn van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van de gelijke behandeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers (toegang tot het arbeidsproces, en tot de beroepsopleiding, promotiekansen en arbeidsvoorwaarden), Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen, C:1975:124:TOC, Pb.C. van 4 juni 1975, afl. 124, blz. 2-4.

---

Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie van 13 december 2007, Pb.C. van 26 oktober 2012, afl. 326, blz. 1-390.

Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, Pb.C. van 18 december 2000, afl. 364, blz. 1-22.

Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten van 2 oktober 1997, Pb.C. van 10 november 1997, afl. 340, blz. 1-144.



Verdrag van Maastricht tot oprichting van de Europese Unie van 7 februari 1992, Pb.C. van 29 juli 1992, afl. 191, blz. 1-110.

Verdrag van Rome tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap van 25 maart 1957.