



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Indirecte discriminatie in het Europees recht sinds het verschijnen van het proefschrift van Titia Loenen

Tobler, R.C.; Loof, J.P.; Lawson, R.

Citation

Tobler, R. C. (2024). Indirecte discriminatie in het Europees recht sinds het verschijnen van het proefschrift van Titia Loenen. In J. P. Loof & R. Lawson (Eds.), *Diverse mensen en gelijke rechten anno 2024: Essays ter gelegenheid van het emeritaat van prof. Titia Loenen als hoogleraar Mensenrechten en diversiteit* (pp. 197-200). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4194960>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4194960>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Christa Tobler

1 INLEIDING

In 1999 schreef Titia: ‘One of the most interesting developments in Europe in equality and non-discrimination law over the last few decades seems to be the rise of the concept of “indirect discrimination”.’¹ Zelf leerde ik voor het eerst over deze ontwikkelingen toen ik in 1993 van Zwitserland naar Nederland kwam om aan de Universiteit Leiden het postgraduale studieprogramma *LLM in European Community Law* te volgen. Dat ik mijn scriptie over – onder meer indirecte – seksediscriminatie kon schrijven, was alleen mogelijk omdat ik naast mijn reguliere onderwijs ook cursussen van de afdeling Vrouw en recht bezocht, waar Titia toen werkte. Mijn bijzondere belangstelling gaat sinds die tijd uit naar de indirecte discriminatie. In Zwitserland schreef ik later mijn Habilitationsschrift² over dit onderwerp en vervolgens onder meer twee *thematic reports* voor het *European Equality Law Network*.³

Tijdens mijn Leidse studie las ik het in 1992 verschenen proefschrift van Titia over verschil in gelijkheid.⁴ Vanaf pagina 138 schrijft Titia over het concept van indirecte discriminatie op grond van geslacht in het recht van de Europese Gemeenschap, met als belangrijke arresten van Hof van Justitie *Jenkins*, *Bilka* en *Rinner-Kühn*. Vervolgens lezen wij over het EHRM dat in de (toenmalige) jurisprudentie van de Straatsburgse organen ‘geen vergelijkbare

1 Titia Loenen, ‘Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution’, in: T. Loenen & P.R. Rodrigues, *Non-discrimination law: comparative perspectives*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, p. 195.

2 C. Tobler, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law* (habilitation thesis University of Basel), Antwerp/Oxford: Intersentia 2005.

3 C. Tobler, *Indirect discrimination under Directives 2000/43 and 2000/78*, Luxembourg: Publications Office of the European Union 2022, <https://www.equalitylaw.eu/downloads/5778-indirect-discrimination-under-directives-2000-43-and-2000-78>.

4 M.L.P. Loenen, *Vershil in Gelijkheid. De conceptualisering van het juridische gelijkheidsbeginsel met betrekking tot vrouwen en mannen in Nederland en de Verenigde Staten* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

ontwikkeling van het concept van indirect discriminatie waarneembaar [is]', en dat de rechtspraak suggereert dat het Mensenrechtenhof 'niet bereid is om uit het nadelig effect van een regeling voor een bepaalde groep een vermoeden van discriminatie af te leiden' (p. 139-140). Sinds die tijd hebben zich echter in beide rechtsordes opzienbarende ontwikkelingen voorgedaan.

2 ONTWIKKELINGEN RONDOM INDIRECTE DISCRIMINATIE IN DE EHRM-JURISPRUDENTIE

Eerst het EVRM: hier is de situatie van de grond af veranderd en verbeterd. Wel duurde het vanaf 1992 nog erg lang tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) voor het eerst een indirecte discriminatie in het kader van art. 14 EVRM vaststelde – nota bene in een Nederlandse zaak en in het kader van de seksegelijkheid, namelijk *Hoogenboom/The Netherlands* van 2005. Dit oordeel vormde het beginpunt van een ondertussen lange lijn van arresten over indirecte discriminatie, met als *leading case* een zaak over ethnische discriminatie, namelijk *D.H. and Others/Czech Republic* van 2007. Tegenwoordig omschrijft de herziene *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention* (updated on 31 August 2022) indirecte discriminatie als volgt (p. 12):

'Indirect discrimination may take the form of disproportionately prejudicial effects of a general policy or measure which, though couched in neutral terms, has a particular discriminatory effect on a particular group (...).'

Anders dan het Unierecht maakt het EVRM met het oog op de rechtvaardiging geen verschil tussen directe en indirect discriminatie; voor beide is een objectieve rechtvaardiging mogelijk. Wel kent het EHRM daarbij echter een onderscheid met betrekking tot de eisen die worden gesteld aan de rechtvaardiging, afhankelijk van de discriminatiegrond. Met betrekking tot sekse geldt volgens de *Guide* (p. 24) dat

'the Court has repeatedly stated that the advancement of gender equality is today a major goal in the member States of the Council of Europe [...] and that, in principle, "very weighty reasons" had to be put forward before such a difference in treatment could be regarded compatible with the Convention [...).'

Deze benadering geldt alleen voor bepaalde gronden en het is juist met het oog hierop dat het concept van indirecte discriminatie in het kader van het EVRM van bijzonder belang is.

3 ONTWIKKELINGEN RONDOM INDIRECTE DISCRIMINATIE IN HET UNIERECHT

Dan het recht van de Europese Unie: In 1997 werd de Richtlijn 97/80 over de bewijslast aangenomen, met een eerste wettelijke definitie van indirecte discriminatie op grond van geslacht. Vanaf 2000 werden anti-discriminatie richtlijnen over verschillende gronden aangenomen met in wezen dezelfde definities van zowel directe en indirecte discriminatie. Voor het geslacht luiden deze als volgt (art. 2, lid 1, letter b van de Richtlijn 2006/54; art. 2, letter b, van de Richtlijn 2004/113):

‘Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder: “directe discriminatie”: wanneer iemand op grond van geslacht ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld; “indirecte discriminatie”: wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een geslacht in vergelijking met personen van het andere geslacht bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.’

De scheidslijn tussen de directe en de indirecte discriminatie is een belangrijk maar ook ingewikkeld vraagstuk. In de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft zich hier in de loop van de tijd een opmerkelijke verschuiving voorgedaan. Als gevolg daarvan is het tegenwoordig zo dat het gebruik van een formeel neutraal onderscheidingscriterium onder bepaalde omstandigheden toch tot een *directe* discriminatie kan leiden. Het beginpunt van de ontwikkeling in deze richting vormde een zaak over seksediscriminatie, namelijk *Nikouloudi*, maar de *leading case* is tegenwoordig *Szpital Kliniczny*, over discriminatie op grond van een beperking. Hier schrijft het hof in overweging 48 dat

‘wanneer een werkgever een van zijn werknemers minder gunstig behandelt dan een andere in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld en wanneer in het licht van alle relevante omstandigheden van het geval blijkt dat dit gebeurt op basis van de handicap van deze eerste werknemer – aangezien de ongunstige behandeling gebaseerd is op een criterium dat onlosmakelijk met deze handicap verbonden is – een dergelijke behandeling in strijd is met het verbod van directe discriminatie van artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/78’.

De rechtspraak laat zien dat een ‘onlosmakelijke’ verbinding onder meer op basis van de wetgeving of een regel van de werkgever kan bestaan, bijvoorbeeld in de context van seksuele gerichtheid, uit de onmogelijkheid om te trouwen waar het huwelijk volgens de wetgeving (nog steeds) alleen voor heterostellen bestaat (oordelen in de zaken *Maruko*, *Römer* en *Hay*; zie mijn *thematic report* van 2022, vanaf p. 78).

4 TOT SLOT

Het zou interessant zijn om te onderzoeken wat deze scheidingslijn voor de allereerste zaken van het hof over indirecte discriminatie (zie mijn habilitatieschrift vanaf p. 101) zou hebben betekend. Blijft de indirecte discriminatie het juiste analysekader? Zelf denk ik dat dit voor *Sabbatini*, een stafzaak over seksegelijkheid, wel anders zou kunnen zijn.

En het zal interessant zijn om te lezen wat Titia in haar meest recente boek, dat zij met het oog op haar emeritaat heeft geschreven en dat wij vol spanning verwachten, schrijft over indirecte discriminatie! Ik heb veel van Titia geleerd en ben haar zeer dankbaar.

Brigit Toebes

1 INTRODUCTIE

Wij nemen afscheid van een toonaangevend expert op het terrein van mensenrechten, (gender)gelijkheid en diversiteit: Titia Loenen. Met haar vele publicaties en activiteiten heeft zij op inspirerende en gezaghebbende wijze bijgedragen aan het juridische discours, en heeft zij ons vele vergezichten geboden.

In deze bijdrage wil ik kort stilstaan bij gendergelijkheid en dan vooral vanuit mijn eigen expertise, het gezondheidsrecht. Recent onderzoek suggereert dat vrouwen onder-gerepresenteerd zijn in medisch-wetenschappelijk onderzoek en dat er als gevolg daarvan onvoldoende medische kennis is over het vrouwenlichaam. Daarnaast is er ongelijkheid in de spreekkamer: een vrouw met dezelfde klachten krijgt veel minder diagnostiek dan de man.¹ De organisatie *Women Inc.* geeft een aantal schrijnende voorbeelden: hart- en vaatziekten worden bij vrouwen vaker gemist of onderbehandeld dan bij mannen; en vrouwen krijgen gemiddeld vijf jaar later de diagnose bij de ziekte van Bechterew.² Daarnaast zijn specifieke ‘vrouwenziekten’ ondergediagnostiseerd: endometriose treft naar schatting een op de tien vrouwen, maar het duurt gemiddeld zeven tot tien jaar voordat zij die diagnose krijgen.

2 HOE RAAKT MINDERE DIAGNOSTIEK BIJ VROUWEN AAN MENSENRECHTEN?
EEN BLIK OP HET VN-VROUWENVERDRAG

In lijn met Titia’s benadering wil ik hier de link leggen met mensenrechten, en in het bijzonder de vrouwenrechten. Het VN-Vrouwenverdrag (CEDAW, 1979) bevat een brede catalogus rechten die overheden verplichten om vrouwendiscriminatie te verbieden en om stereotypen uit te bannen. Zo verplicht

1 Simone Paauw, ‘Vrouw krijgt met dezelfde klachten veel minder diagnostiek dan man’, *Medisch Contact*, jrg. 79, nr. 18, p. 27-28.

2 Women Inc. Gezondheid, zie <https://www.womeninc.nl/themes/gezondheid>.

artikel 5 Lidstaten om – kort gezegd- vooroordelen uit te bannen gebaseerd op de gedachte van de minderwaardigheid van een van beide geslachten. Het gebrek aan aandacht voor het vrouwenlichaam in medisch onderzoek en zorg lijkt in deze context te passen.

Ook artikel 12 van het Vrouwenverdrag over gelijke toegang van vrouwen tot zorg is uiterst relevant als het gaat om vrouwegezonderheid(szorg). Dat besef drong in de jaren '90 van de vorige eeuw zelfs door tot beleidsmakers in Den Haag. Het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gaf opdracht aan een aantal onderzoekers om deze bepaling te onderzoeken.³ Ik was destijds als junior-onderzoeker betrokken bij dit onderzoek, en kreeg zo inzicht in het belang van onderzoek naar de beleidsimplicaties van mensenrechten. Het onderzoek bood unieke inzichten in de concrete implicaties van het Vrouwenverdrag; inzichten die ook vandaag de dag nog relevant zijn.⁴

Het eerste lid van artikel 12 Vrouwenverdrag verplicht de verdragsstaten om alle passende maatregelen te nemen om discriminatie van vrouwen op het gebied van de gezondheidszorg uit te bannen. Het SZW-rapport legt uit dat deze maatregelen dienen bij te dragen aan de materiële gelijkheid van vrouwen en mannen, dat wil zeggen rekening houdend met verschillende posities en het opheffen van ongerechtvaardigde verschillen.⁵ De te beperkte aandacht van vrouwen in medisch onderzoek lijkt hier naadloos in te passen. Ook geeft het creëren van materiële gelijkheid gehoor aan het feit dat vrouwen meer zorg consumeren vanwege hun specifieke (reproductieve) functies en condities.

Verder verplicht het tweede lid van artikel 12 van het Vrouwenverdrag Lidstaten om vrouwen toegang tot passende, zo nodig kosteloze zorg rond zwangerschap te *verzeker*en. Een wat erg op zwangerschap gerichte, tikkeltje traditionele bepaling, want er zijn zoveel meer dimensies aan de reproductieve gezondheid van vrouwen, zoals anticonceptie, abortus, fertiliteit en menopauze. Maar het woord *verzeker*en is wel dwingende taal: het biedt een aanspraak op concrete zorg, zo nodig kosteloos. Een bepaling die zich goed leent voor toetsing in rechte: weliswaar een positieve verplichting (zorg bieden), maar wel heel duidelijk omschreven en nadrukkelijk gesteld. Een evolutieve interpretatie van deze bepaling, dus rekening houdend met nieuwe maatschappelijke en gezondheidsinzichten, biedt mogelijk ruimte voor een aanspraak op andere vormen van zorg, zoals anticonceptie. Moet – op basis van een ruime interpre-

3 N. Noltrust, A.C. Hendriks & D.M.J. Bauduin, *De betekenis van artikel 12 Vrouwenverdrag voor Nederland: gezondheid als recht*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1996.

4 Zie tevens: Ministry of Health, Welfare and Sport, *Woman's right to health, The Application of Article 12 of the Women's Antidiscrimination Convention in the Netherlands*, The Hague 1998.

5 Zie ook: M. van den Brink & A.C. Hendriks, 'Vrouwen en gezondheidszorg', in: A.W. Heringa, J. Hes & L. Lijnzaad (red.), *Het Vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag...*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1994, p. 163-185.

tatie van artikel 12, tweede lid van het Vrouwenverdrag – die anticonceptie niet eens in het basispakket voor alle vrouwen?

3 HOE KAN DE OVERHEID TOT MEER ACTIE WORDEN AANGEZET?

Kortom, er is werk aan de winkel voor onze overheid. Een eerste stap voor onze regering om deze kloof te dichten, betreft specifieke programmering en kennisontwikkeling over sekse en gender in gezondheid en medisch onderzoek. Zonmw (de Nederlandse organisatie die onderzoek en vernieuwing in gezondheid, zorg en welzijn programmeert en financiert) zou dit concreet kunnen faciliteren. Recent stelde demissionair minister voor Medische Zorg Pia Dijkstra extra geld beschikbaar voor onderzoek naar vrouwspecifieke aandoeningen, dus dat is goed nieuws.⁶

Maar mochten maatschappelijke organisaties vinden dat de Nederlandse aanpak toch onbevredigend is, dan zijn er verschillende mogelijkheden om aandacht te vragen voor deze problematiek, waaronder het schrijven van een zogenaamd ‘schaduwrapport’ aan het VN-Vrouwenrechtencomité. Een verdergaande stap is een rechtszaak: maatschappelijke organisaties zouden bij de rechter kunnen aanvoeren dat een gebrek aan aandacht voor medische aandoeningen bij vrouwen (neem endometriose) op gespannen voet staat met artikel 12 van het Vrouwenverdrag.

Met deze woorden over het belang van mensenrechten voor het vrouwenlichaam neem ik afscheid van een vakgenoot die zich met haar hele wezen jarenlang ingezet heeft voor gendergelijkheid. Dit afscheid is onvermijdelijk, maar er valt wel een gat. Het juridische discours over (gender)diversiteit, gelijkheid en non-discriminatie krijgt met het vertrek van Titia een behoorlijke dreun. Dus wie pakt de handschoen op, zodat Titia met een gerust hart kan genieten van haar welverdiende pensioen?

6 Rijksoverheid, Extra impuls voor onderzoek naar aandoeningen die alleen vrouwen treffen, 8 maart 2024, <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2024/03/08/extra-impuls-voor-onderzoek-naar-gezondheidsproblemen-die-alleen-vrouwen-hebben>.