Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. PITRUZZELLA
van 18 juni 2020 [1]

Zaak C-16/19

VL

in tegenwoordigheid van:

Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie

[verzoek van de Sąd Okręgowy w Krakowie (rechter in tweede aanleg Krakau, Polen) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Sociaal beleid – Gelijke behandeling in arbeid en beroep – Richtlijn 2000/78/EG – Verbod van discriminatie op grond van handicap – Verschillende behandeling binnen de categorie werknemers met een handicap”

1. Kan als discriminerend in de zin van richtlijn 2000/78/EG worden beschouwd het gedrag van een werkgever die, uitsluitend met het doel een economisch voordeel in de vorm van een lagere bijdrage te verkrijgen, een maandelijkse premie toekent aan slechts een aantal van zijn werknemers met een handicap, die hij van de andere werknemers met een handicap onderscheidt op grond van de datum waarop het attest van erkenning van een handicap is verstrekt?

2. Een werkgever heeft aan zijn Poolse werkneemster met een handicap een toeslag op het arbeidsloon geweigerd die hij daarentegen wel aan andere werknemers met een handicap uitbetaalde, enkel omdat zij haar attest van erkenning van een handicap vóór een vergadering met de directie van de onderneming had ingediend. Tijdens deze vergadering had de onderneming – om ervoor te zorgen dat het aantal werknemers met een handicap werd verhoogd, zodat de bijdrage aan een fonds voor gehandicapten werd verlaagd – beloofd de litigieuze loontoeslag alleen toe te kennen aan degenen die na die datum een attest van erkenning van een handicap overlegden.

3. De – voor het Hof nieuwe – rechtsvraag die aan het onderhavige geding ten grondslag ligt, betreft dus de toepasbaarheid van het verbod van (directe of indirecte) discriminatie op het gedrag van een werkgever die twee groepen gehandicapten verschillend behandelt op grond van een ogenschijnlijk neutrale maatstaf (in casu, de datum van overlegging van het attest van erkenning van een handicap).

[1] Oorspronkelijke taal: Italiaans.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Internationaal recht

4. Artikel 1 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap, dat namens de Europese Gemeenschap is goedgekeurd bij besluit 2010/48/EG van de Raad van 26 november 2009[2] (hierna: „Verdrag van de Verenigde Naties"), bepaalt:

„1. Doel van dit verdrag is het volledige genot door alle personen met een handicap van alle mensenrechten en fundamentele vrijheden op voet van gelijkheid te bevorderen, beschermen en waarborgen, en ook de eerbiediging van hun inherente waardigheid te bevorderen.

2. Personen met een handicap zijn onder meer personen met langdurige fysieke, mentale, intellectuele of zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, effectief en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving."

5. Voorts luidt artikel 5 van het Verdrag van de Verenigde Naties, „Gelijkheid en non-discriminatie", als volgt:

„1. De staten die partij zijn erkennen dat eenieder gelijk is voor de wet en zonder aanziens des persoons recht heeft op dezelfde bescherming door, en hetzelfde voordeel van de wet.

2. De staten die partij zijn verbieden alle discriminatie op grond van handicap en garanderen personen met een handicap op voet van gelijkheid effectieve wettelijke bescherming tegen discriminatie op welke grond dan ook.

3. Teneinde gelijkheid te bevorderen en discriminatie uit te bannen, nemen de staten die partij zijn alle passende maatregelen om te waarborgen dat redelijke aanpassingen worden verricht.

4. Specifieke maatregelen die nodig zijn om de feitelijke gelijkheid van personen met een handicap te bespoedigen of verwezenlijken, worden niet aangemerkt als discriminatie in de zin van dit verdrag."

6. Tot slot is in artikel 27 van het Verdrag van de Verenigde Naties, „Werk en werkgelegenheid", het volgende bepaald:

„De staten die partij zijn erkennen het recht van personen met een handicap op werk, op voet van gelijkheid met anderen; dit omvat het recht op de mogelijkheid in het levensonderhoud te voorzien door middel van in vrijheid gekozen of aanvaard werk op een arbeidsmarkt en in een werkomgeving die open zijn, waarbij niemand wordt uitgesloten, en die toegankelijk zijn voor personen met een handicap. De staten die partij zijn waarborgen en bevorderen de verwezenlijking van het recht op werk, met inbegrip van personen die gehandicapt raken tijdens de uitoefening van hun functie, door het nemen van passende maatregelen, onder meer door middel van wetgeving, teneinde onder andere: [...] h) de werkgelegenheid voor personen met een handicap in de private sector te bevorderen door middel van passend beleid en passende maatregelen, waaronder voorkeursbeleid, aanmoedigingspremies en andere maatregelen; [...]"

[2] Besluit betreffende de sluiting door de Europese Gemeenschap van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van personen met een handicap (PB 2010, L 23, blz. 35).

B. Unierecht

7. De overwegingen 11, 12 en 27 van richtlijn 2000/78/EG [3] luiden als volgt:

„(11) Discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid kan de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-Verdrag ondermijnen, in het bijzonder de verwezenlijking van een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming, de verbetering van de levensstandaard en de kwaliteit van het bestaan, de vergroting van de economische en sociale cohesie en van de solidariteit, alsmede het vrij verkeer van personen.

(12) Daartoe dient in de gehele Gemeenschap elke directe of indirecte discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid op de door deze richtlijn bestreken terreinen verboden te zijn. [...]

[...]

(27) De Raad heeft in zijn aanbeveling 86/379/EEG van 24 juli 1986 betreffende de werkgelegenheid voor gehandicapten in de Gemeenschap een raamwerk vastgesteld met voorbeelden van positieve maatregelen ter bevordering van de werkgelegenheid en de beroepsopleiding voor gehandicapten, en heeft in zijn resolutie van 17 juni 1999 betreffende gelijke kansen op werk voor mensen met een handicap gewezen op het belang om specifieke aandacht te schenken aan met name de werving en het behoud van de arbeidsdeelname, de opleiding en het levenslang leren van mensen met een handicap."

8. Artikel 1 van richtlijn 2000/78, „Doel", bepaalt het volgende: „Deze richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden."

9. Artikel 2 van richtlijn 2000/78, „Het begrip discriminatie", luidt als volgt:

„1. Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder het beginsel van gelijke behandeling verstaan de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden.

2. Voor de toepassing van lid 1 is er:

a) ‚directe discriminatie', wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden;

b) ‚indirecte discriminatie', wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt,

   i) 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, of

[3] Richtlijn van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB 2000, L 303, blz. 16).

ii) tenzij de werkgever dan wel iedere andere persoon of organisatie waarop de onderhavige richtlijn van toepassing is, voor personen met een bepaalde handicap krachtens de nationale wetgeving verplicht is passende maatregelen te nemen die overeenkomen met de in artikel 5 vervatte beginselen, teneinde de nadelen die die bepaling, maatstaf of handelwijze met zich brengt, op te heffen.

[...]

5. Deze richtlijn laat de nationale wettelijke bepalingen onverlet die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de openbare veiligheid, de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de volksgezondheid en de bescherming van de rechten en vrijheden van derden."

10. Tot slot bepaalt artikel 7 van richtlijn 2000/78 het volgende:

„2. Met betrekking tot personen met een handicap vormt het beginsel van gelijke behandeling geen beletsel voor het recht van de lidstaten om maatregelen te handhaven of vast te stellen ter bescherming van de gezondheid en de veiligheid op de arbeidsplek, noch voor maatregelen die erop gericht zijn om voorzieningen of faciliteiten te scheppen of te handhaven om de opneming van personen met een handicap in het arbeidsproces te behouden of te bevorderen."

C. Pools recht

11. Artikel 11^{3} van de Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy, tekst jednolity (wet van 26 juni 1974 houdende het wetboek arbeidsrecht, geconsolideerde tekst; hierna: „kodeks pracy"): *Dziennik Ustaw* (Pools staatsblad) 2018, volgnr. 917, en wijzigingen, bepaalt het volgende:

„Elke vorm van discriminatie in arbeid en beroep, direct of indirect, in het bijzonder op grond van geslacht, leeftijd, handicap, ras, godsdienst, nationaliteit, politieke overtuiging, lidmaatschap van een vakvereniging, etnische afkomst, overtuiging, seksuele geaardheid, en ook op grond van tewerkstelling voor bepaalde of onbepaalde tijd of voltijdse of deeltijdse tewerkstelling, is ontoelaatbaar."

12. Artikel 18^{3a} van de kodeks pracy luidt als volgt:

„1. Werknemers worden met betrekking tot de aanvang en de beëindiging van de arbeidsverhouding, arbeidsvoorwaarden, bevorderingskansen en de toegang tot opleiding met het oog op voortgezette beroepsopleiding gelijk behandeld, in het bijzonder ongeacht geslacht, leeftijd, handicap, ras, godsdienst, nationaliteit, politieke overtuiging, lidmaatschap van een vakvereniging, etnische afkomst, overtuiging, seksuele geaardheid, en ook ongeacht tewerkstelling voor bepaalde of onbepaalde tijd of voltijdse of deeltijdse tewerkstelling.

2. Gelijke behandeling in arbeid en beroep wil zeggen de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie op grond van een van de in lid 1 genoemde gronden.

3. Directe discriminatie doet zich voor wanneer een werknemer op een of meer van de in lid 1 genoemde gronden ongunstiger werd, wordt of kan worden behandeld dan andere werknemers in een vergelijkbare situatie.

4. Indirecte discriminatie doet zich voor wanneer als gevolg van een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze een ongunstig onevenwicht of een bijzonder ongunstige situatie ontstaat of kan ontstaan met betrekking tot de aanvang en de beëindiging van een arbeidsverhouding, arbeidsvoorwaarden, bevorderingskansen en de toegang tot opleiding met het oog op voortgezette beroepsopleiding jegens alle of een aanzienlijk aantal werknemers die behoren tot een onderscheiden groep op grond van een of meer van de in lid 1 genoemde gronden, 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."

13. Voorts bepaalt artikel 18^{3b} van de kodeks pracy het volgende:

„1. Onverminderd het bepaalde in de leden 2 tot en met 4 wordt als schending van het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep beschouwd het onderscheiden door een werkgever van de situatie van een werknemer op een of meer van de in artikel 18^{3a}, lid 1, genoemde gronden, dat inzonderheid leidt tot: [...]

2) ongunstige beloning of andere ongunstige arbeidsvoorwaarden of niet-inaanmerkingneming bij bevordering of toekenning van andere uitkeringen in verband met arbeid,

3) [...]

– tenzij de wetgever aantoont dat de verschillende behandeling gerechtvaardigd is door objectieve overwegingen.

[...]"

14. Artikel 18^{3d} van de kodeks pracy bepaalt het volgende:

„Een persoon jegens wie de werkgever het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep heeft geschonden, heeft recht op schadevergoeding ten belope van een bedrag dat niet lager is dan een minimumbeloning, die op basis van afzonderlijke bepalingen wordt vastgesteld."

15. De Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (wet van 27 augustus 1997 betreffende de professionele en sociale rehabilitatie en tewerkstelling van personen met een handicap) (Dz.U nr. 123 van 1997, volgnr. 776) en wijzigingen, bepaalt in artikel 2a het volgende:

„1. Een persoon met een handicap wordt geacht deel uit te maken van de arbeidskrachten met een handicap vanaf de datum waarop deze persoon een attest van erkenning van een handicap aan de werkgever overlegt. [...]"

16. Hoofdstuk 5 van deze wet heeft als opschrift „Specifieke rechten en verplichtingen van de werknemers met betrekking tot de inzet van personen". Volgens artikel 21 moeten werkgevers die 25 of meer werknemers in dienst hebben, bijdragen aan de Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych (staatsfonds voor de rehabilitatie van gehandicapten (hierna: „PFRON"):

„1. Een werkgever die 25 of meer werknemers in voltijdse dienst heeft, is, onverminderd de leden 2 tot en met 5 en artikel 22, verplicht om maandelijks een bedrag aan het fonds [PFRON] te betalen ten belope van ten minste 40,65 % van het gemiddelde salaris, vermenigvuldigd met

het aantal werknemers dat wordt gevormd door het verschil tussen het aantal werknemers waarmee de inachtneming van een bezettingsgraad van 6 % van personen met een handicap wordt gewaarborgd, en het werkelijke aantal werknemers met een handicap dat hij in dienst heeft.

2. Werkgevers die ten minste 6 % werknemers met een handicap in dienst hebben, worden vrijgesteld van de in lid 1 bedoelde bijdrage. [...]"

II. Feiten, procedure in het hoofdgeding en prejudiciële vraag

17. VL was als psycholoog in dienst bij het Szpital Kliniczny im. dr. J. Babińskiego, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie (ziekenhuis J. Babiński, een zelfstandige openbare inrichting voor gezondheidszorg; hierna: „ziekenhuis"), laatstelijk van 3 oktober 2011 tot 30 september 2016. Op 8 december 2011 verkreeg zij een attest van erkenning van een handicap, die werd gekwalificeerd als een permanente handicap van gematigde graad. Zij heeft deze verklaring op 21 december 2011 aan haar werkgever verstrekt.

18. Na een personeelsvergadering in de tweede helft van 2013 heeft de directeur van het ziekenhuis besloten een maandelijkse loontoeslag van 250 Poolse zloty (ongeveer 60 EUR) uit te keren aan de werknemers die een attest van erkenning van een handicap overlegden.

19. De beslissende datum voor de toekenning van deze loontoeslag was de datum waarop het attest aan de directeur van het ziekenhuis werd meegedeeld, en niet de datum waarop dit attest was verkregen. Aldus werd deze toeslag, die niet in de Poolse wetgeving was geregeld, bij eenzijdig besluit van de directeur van het ziekenhuis aan 13 werknemers toegekend, dat wil zeggen uitsluitend aan degenen die het attest van erkenning van een handicap na deze personeelsvergadering hadden overgelegd. De 16 werknemers die hun attest van erkenning van een handicap reeds vóór die vergadering hadden overgelegd, waaronder VL, kregen deze toeslag daarentegen niet.

20. In deze context en naar aanleiding van een controle door de nationale arbeidsinspectie, die erop had gewezen dat de voor de toekenning van een loontoeslag gebruikte maatstaf discriminerend was, heeft VL tegen het besluit van haar werkgever beroep ingesteld bij de Sąd Rejonowy dla Krakowa – Nowej Huty w Krakowie IV Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (rechter in eerste aanleg Krakau – Nowa Huta, 4e kamer voor arbeid en sociale zekerheid, Polen).

21. Met dit beroep vorderde zij zowel betaling van de voornoemde loontoeslag (ten bedrage van 6 000 zloty – ongeveer 1 400 EUR – voor de periode van 1 september 2014, de datum met ingang waarvan de toeslag aan de 13 werknemers met een handicap werd betaald, tot en met 31 augustus 2016), als vergoeding van de schade die zij heeft geleden wegens de schending van het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep.

22. De Sąd Rejonowy dla Krakowa heeft het beroep bij vonnis van 5 december 2017 verworpen. Wat betreft de toeslag op het arbeidsloon heeft deze rechter erop gewezen dat het recht van VL noch in enig geldend intern bedrijfsbesluit van het ziekenhuis, noch in de individuele arbeidsovereenkomst van VL, noch in enig specifiek besluit van de werkgever is erkend. Wat betreft de vordering tot schadeloosstelling voor discriminatie heeft de rechter in eerste aanleg geoordeeld dat de voornoemde toeslag geen beloning voor verrichte arbeid vormt, en dat de door

de directeur van het ziekenhuis gebruikte maatstaf om onderscheid te maken tussen werknemers, namelijk de datum van toezending van het attest van erkenning van een handicap, niet valt onder het verbod van artikel 18[3a] van de kodeks pracy.

23. In het bijzonder heeft de werkgever VL volgens de rechter in eerste aanleg niet verschillend behandeld op grond van haar handicap, aangezien dit verschil in behandeling veronderstelt dat een vergelijking wordt gemaakt met niet-gehandicapte werknemers.

24. VL heeft tegen het vonnis van eerste aanleg hoger beroep ingesteld bij de Sąd Okręgowy w Krakowie (rechter in tweede aanleg Krakau, Polen), en daarbij aangevoerd dat richtlijn 2000/78 elke directe of indirecte discriminatie van personen met een handicap verbiedt.

25. Volgens VL heeft het ziekenhuis haar namelijk gediscrimineerd door als beslissend element voor de toekenning van de toeslag op het arbeidsloon de arbitraire en ongegronde maatstaf van de datum van overlegging van het attest van erkenning van een handicap te gebruiken. Aldus werd een ongeoorloofd onderscheid gemaakt tussen haar situatie en die van de andere werknemers met een handicap van het ziekenhuis, waardoor uiteindelijk het beginsel van non-discriminatie werd geschonden. VL heeft de beroepsrechter uitdrukkelijk verzocht om de zaak naar het Hof van Justitie van de Europese Unie te verwijzen voor een prejudiciële beslissing.

26. In deze context heeft de verwijzende rechter, die twijfels heeft over de uitlegging van artikel 2 van richtlijn 2000/78 en zich inzonderheid afvraagt of er sprake kan zijn van discriminatie (direct of indirect, als bedoeld in de richtlijn) in een situatie waarin de werkgever onderscheid maakt tussen werknemers binnen een groep die wordt onderscheiden door eenzelfde beschermd kenmerk – in dit geval handicap –, de behandeling van het hoofdgeding opgeschort en aan het Hof de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

„Moet artikel 2 van richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep aldus worden opgevat dat een onderscheid tussen personen binnen een groep die wordt onderscheiden door een beschermd kenmerk (handicap) een vorm van schending van het beginsel van gelijke behandeling is, als een werkgever binnen die groep een onderscheid maakt op grond van een ogenschijnlijk neutrale maatstaf, deze maatstaf echter niet objectief kan worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel niet passend en noodzakelijk zijn?”

III. Juridische analyse

A. Voorafgaande opmerkingen

27. De verwijzende rechter vraagt het Hof in wezen om de uitlegging van artikel 2 van richtlijn 2000/78 te verduidelijken, en dus of een onderscheid van situaties binnen een groep met hetzelfde beschermde kenmerk, in dit geval handicap, kan worden aangemerkt als „een vorm van schending van het beginsel van gelijke behandeling”.

28. Het Hof wordt derhalve verzocht om te beslissen of de werkingssfeer van richtlijn 2000/78, die van oudsher beperkt blijft tot het verbod van discriminatie tussen personen die kunnen worden onderscheiden op grond van een bepaald beschermd kenmerk en personen bij wie dat niet het geval is, aldus kan worden uitgelegd dat daarbinnen ook situaties vallen waarin onderscheid wordt gemaakt tussen personen met hetzelfde beschermde kenmerk (in dit geval handicap).

29. Verzoekster in het hoofdgeding, de Republiek Polen en de Portugese Republiek stellen voor, met weliswaar niet geheel identieke argumenten, de gestelde vraag bevestigend te beantwoorden: een gedraging als die van de werkgever in de onderhavige zaak vormt volgens hen een door richtlijn 2000/78 verboden discriminatie. Verweerster in het hoofdgeding en de Commissie stellen daarentegen voor deze vraag ontkennend te beantwoorden omdat de aan de orde zijnde situatie niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 valt.

B. Algemene beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en doel van richtlijn 2000/78

30. Het beginsel van gelijke behandeling is een algemeen beginsel van Unierecht dat in artikel 20 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") is vastgelegd en waarvan het non-discriminatiebeginsel, dat is vastgelegd in artikel 21, lid 1, van het Handvest, een bijzondere uitdrukking vormt. [4] Volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist dit beginsel van de wetgever van de Unie dat overeenkomstig de vereisten van artikel 52, lid 1, van het Handvest vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is. [5]

31. De bepalingen in richtlijn 2000/78 concretiseren op het niveau van het afgeleide recht de beperkingen waaraan, zoals alle grondrechten van de Unie, het in artikel 21 van het Handvest neergelegde beginsel van non-discriminatie onderworpen is. [6]

32. Richtlijn 2000/78 heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid „zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden". [7]

33. Zoals met name volgt uit artikel 2, lid 1, van die richtlijn, is het beginsel van gelijke behandeling (uitsluitend) van toepassing in samenhang met die gronden, die in artikel 1 van deze richtlijn limitatief zijn opgesomd. [8]

4 Zie arresten van 11 juli 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, punt 56), en 18 december 2014, FOA (C-354/13, EU:C:2014:2463, punt 32).

5 Zie arrest van 9 maart 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, punt 55); maar reeds eerder, in dezelfde zin, zie arresten van 22 mei 2014, Glatzel (C-356/12, EU:C:2014:350, punt 43); 21 december 2016, Vervloet e.a. (C-76/15, EU:C:2016:975, punt 74), en 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals/Commissie (C-550/07 P, EU:C:2010:512, punten 54 en 55).

6 Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382, punt 61).

7 Zie arresten van 22 januari 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, punt 36), en 17 april 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257, punt 47), met betrekking tot godsdienst en overtuiging). Zie voor wat betreft handicaps in dezelfde zin de arresten van 17 juli 2008, Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415, punt 42), en 9 maart 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, punt 46).

8 Zie arrest van 9 maart 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, punt 34); maar reeds eerder, in dezelfde zin, zie arresten van 7 juli 2011, Agafiței e.a. (C-310/10, EU:C:2011:467, punt 34), en 21 mei 2015, SCMD (C-262/14, niet gepubliceerd, EU:C:2015:336, punten 44 en 45). Dit betekent dat het beginsel van de gelijke behandeling in arbeid en beroep, dat zijn oorsprong vindt in diverse internationale instrumenten en de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, niet in de richtlijn zelf is verankerd, maar dat de richtlijn enkel beoogt ten aanzien van die materies een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op verschillende gronden; zie in deze zin arresten van 22 november 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, punt 74); 19 januari 2010, Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punt 20), en 10 mei 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, punt 56).

34. Uit de aangehaalde rechtspraak van het Hof kan dus het volgende worden afgeleid: 1) het doel van richtlijn 2000/78 – uitvoering van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op het niveau van het afgeleide recht – is een doeltreffende bescherming te bieden [9] aan de personen die zich in een bepaalde beschermde situatie bevinden, om te voorkomen dat zij anders worden behandeld [10] dan de personen die zich niet in die beschermde situatie bevinden; 2) de afzonderlijke beschermde situaties (artikel 1 van de richtlijn) moeten strikt worden uitgelegd [11]; 3) niet elk verschil in behandeling van werknemers is discriminerend in de zin van richtlijn 2000/78, maar alleen de verschillen die kunnen worden teruggevoerd op een van de beschermde situaties.

35. Vervolgens moet worden onderzocht of een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 valt.

C. Werkingssfeer van richtlijn 2000/78

36. Ten aanzien van dit punt hebben de partijen bij dit geding twee tegengestelde opvattingen. Verweerder in het hoofdgeding en de Commissie lijken te pleiten voor een strikte uitlegging van de hele richtlijn 2000/78, in die zin dat deze uitsluitend van toepassing kan zijn indien personen met een handicap verschillend worden behandeld ten opzichte van personen zonder handicap [12] en om redenen die nauw en rechtstreeks samenhangen met die handicap. Verzoekster in het hoofdgeding, de Republiek Polen en de Portugese Republiek zijn echter van mening dat richtlijn 2000/78 ook van toepassing kan zijn in situaties als die in het onderhavige geding, waarin de werkgever een onderscheid maakt binnen de categorie van werknemers met een handicap en op basis van een maatstaf die (ogenschijnlijk) geen rechtstreeks verband houdt met de handicap.

37. Zoals gezegd volgt uit de rechtspraak van het Hof dat, gezien de bewoordingen van artikel 13 EG (thans artikel 19 VWEU) waaruit richtlijn 2000/78 is voortgekomen, de werkingssfeer van deze laatste niet naar analogie kan worden uitgebreid – ook niet middels een verwijzing naar het algemene beginsel van non-discriminatie – tot andere vormen van discriminatie dan die welke gebaseerd zijn op de in artikel 1 van deze richtlijn limitatief opgesomde gronden. [13]

38. Daarom moeten de in artikel 1 genoemde gronden restrictief worden uitgelegd. Wat het geheel van bepalingen in de richtlijn betreft (bijvoorbeeld de beschermde personen en de met hen vergelijkbare personen in de discriminatieprocedure), is mijns inziens evenwel een uitlegging

[9] Zowel uit de titel en de considerans als uit de inhoud en de doelstelling van richtlijn 2000/78 blijkt dat deze strekt tot invoering van een algemeen kader om voor eenieder gelijke behandeling te waarborgen „in arbeid en beroep", door de betrokkenen „een *doeltreffende bescherming* te bieden tegen discriminatie op een van de in artikel 1 van de richtlijn genoemde gronden": aldus de arresten van 13 november 2014, Vital Pérez (C-416/13, EU:C:2014:2371, punt 28), en 18 november 2010, Georgiev (C-250/09 en C-268/09, EU:C:2010:699, punt 26). Naar een „*doeltreffende bescherming*" wordt in dezelfde bewoordingen verwezen in de arresten van 15 januari 2019, E.B. (C-258/17, EU:C:2019:17, punt 40); 28 juli 2016, Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, punt 32), en 19 september 2018, Bedi (C-312/17, EU:C:2018:734, punt 28) (cursivering van mij).

[10] De woorden „*alle vormen van discriminatie* op grond van handicap te bestrijden" worden gebruikt in het arrest van 17 juli 2008, Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415, punt 38) (cursivering van mij).

[11] Zie arresten van 26 september 2013, HK Danmark (C-476/11, EU:C:2013:590, punt 47), en 26 september 2013, Dansk Jurist – og Økonomforbund (C-546/11, EU:C:2013:603, punt 41).

[12] Ter terechtzitting heeft de Commissie haar standpunt naar aanleiding van vragen van het Hof toegelicht, en verklaard dat de richtlijn volgens haar in theorie ook van toepassing kan zijn binnen de categorie personen met een handicap, maar dat dit in de onderhavige zaak niet het geval is.

[13] Zie in exact deze bewoordingen de conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in de zaak Milkova (C-406/15, EU:C:2016:824, punt 53).

wenselijk die minder restrictief is en meer rekening houdt met de algehele doeleinden van de richtlijn en met het feit dat deze een nuttig effect kan hebben in de bestrijding van discriminatie in de arbeidsverhouding. [14]

39. De rechtspraak van het Hof biedt in dat verband interessante aanknopingspunten om de bovenstaande conclusie te staven.

40. Aangaande de beschermde personen heeft het Hof reeds een ruime uitlegging gegeven, in lijn met de doelen van de richtlijn, door duidelijk te verklaren: „Uit deze bepalingen van richtlijn 2000/78 blijkt dus niet, dat het beginsel van gelijke behandeling dat deze richtlijn beoogt te garanderen, beperkt is tot personen die zelf een handicap hebben in de zin van deze richtlijn. [15] Integendeel, deze richtlijn heeft tot doel om met betrekking tot arbeid en beroep alle vormen van discriminatie op grond van handicap te bestrijden. Het beginsel van gelijke behandeling dat zij op dit gebied formuleert, is namelijk niet van toepassing op een bepaalde categorie personen, maar uit hoofde van een van de in artikel 1 van de richtlijn genoemde gronden. Deze uitlegging vindt steun in de bewoordingen van artikel 13 EG, de rechtsgrondslag van richtlijn 2000/78, dat de Gemeenschap de bevoegdheid verleent om de noodzakelijke maatregelen te nemen om elke discriminatie op grond van onder meer handicap te bestrijden." [16]

41. Wat vergelijkbare personen betreft, aangezien de „typische" functie van richtlijn 2000/78 – net als van alle bepalingen van antidiscriminatiewetgeving – is werknemers in bepaalde situaties die bijzondere bescherming verdienen te beschermen ten opzichte van personen die zich niet in deze situaties bevinden, wordt om te beoordelen of een gedraging of een maatregel discriminerend is doorgaans een vergelijking gemaakt met personen zonder het beschermde kenmerk.

42. Het kan evenwel voorkomen dat de verschillende behandeling plaatsvindt binnen de groep die wordt gekenmerkt door de beschermde situatie, in dit geval handicap.

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

44. Dit betekent uiteraard niet dat elk verschil in behandeling van een werknemer met een handicap (of een groep werknemers met een handicap) ten opzichte van een andere werknemer met een handicap (of een groep werknemers met een handicap) kan worden aangemerkt als een door richtlijn 2000/78 verboden discriminatie. [17] Een dergelijke uitlegging zou paradoxaal genoeg

[14] Zie arrest van 17 juli 2008, Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415, punt 46), waarin staat te lezen dat het Hof weliswaar heeft gepreciseerd dat het verschil in behandeling moet kunnen worden gebaseerd op de in artikel 1 opgesomde gronden, „ doch [...] niet [heeft] geoordeeld dat het beginsel van gelijke behandeling en de personele werkingssfeer van deze richtlijn, met betrekking tot deze gronden, restrictief moeten worden uitgelegd". En nogmaals, in punt 51: „[...] een uitlegging van richtlijn 2000/78 die de toepassing daarvan beperkt tot personen die zelf gehandicapt zijn, [zou] deze richtlijn grotendeels van zijn nuttig effect kunnen beroven en de bescherming die zij geacht wordt te garanderen, kunnen verminderen".

[15] Zoals bekend, werd in het geval van het arrest Coleman geoordeeld dat er sprake was van directe discriminatie van een werkneemster die een gehandicapt kind ten laste had.

[16] Zie arrest van 17 juli 2008, Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415, punt 38).

[17] Hoewel de Commissie het ermee eens is dat richtlijn 2000/78 van toepassing kan zijn op vergelijkingen tussen werknemers met een handicap, verzet zij zich tegen een bevestigend antwoord op de vraag van de verwijzende rechter. Dat is volgens mij omdat zij lijkt te denken (en misschien vreest) dat de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 te ver zou worden uitgebreid.

kunnen leiden tot omgekeerde discriminatie, doordat de werkgever op voorhand een absolute verplichting tot gelijke behandeling van personen met een handicap wordt opgelegd – een verplichting waarin het Unierecht niet voorziet. Wel is het daarentegen verboden dat een groep werknemers met een handicap op grond van die handicap gunstiger wordt behandeld dan een andere groep werknemers met een handicap.

45. Daarom moet worden onderzocht of de verschillende behandeling verband houdt met het beschermde kenmerk (handicap), ongeacht of de vergelijking moet worden gemaakt binnen de groep personen met het beschermde kenmerk dan wel met personen buiten deze groep. Zoals het Hof het verwoordt: „Het beginsel van gelijke behandeling dat [richtlijn 2000/78] op dit gebied formuleert, is niet van toepassing op een bepaalde categorie personen, maar uit hoofde van een van de in artikel 1 van de richtlijn genoemde gronden." [18]

46. Denk bijvoorbeeld maar aan situaties waarin de werkgever werknemers met een handicap verschillend behandelt op grond van het soort of de graad van handicap. In deze gevallen is het verband tussen de verschillende behandeling en het beschermde kenmerk onmiskenbaar, en is richtlijn 2000/78 mijns inziens ten volle van toepassing, ook al gaat het om een vergelijking binnen de groep werknemers met een handicap. [19]

47. Nu de verbanden tussen de algemene beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie enerzijds en de doelen van richtlijn 2000/78 en de omvang van de werkingssfeer ervan anderzijds in het licht van de rechtspraak van het Hof zijn verduidelijkt, moet de juridische situatie van de onderhavige zaak worden geanalyseerd om te beoordelen of daarin sprake is van discriminatie in de zin van deze richtlijn.

D. Beoordeling van de discriminatie: vergelijking, vaststelling van het nadeel, (eventuele) rechtvaardigingsgronden

1. Besluit van de werkgever

48. De onderhavige zaak betreft een besluit van de werkgever die een maandelijkse toeslag op het arbeidsloon heeft toegekend aan alleen de werknemers met een handicap die na een bepaalde datum een attest van erkenning van hun handicap hebben overgelegd. Aldus heeft de werkgever deze toeslag ontzegd aan die werknemers die, hoewel zij gehandicapt waren, het attest van erkenning van een handicap vóór die datum hebben overgelegd.

49. Kan een dergelijke gedraging worden aangemerkt als discriminatie in de zin van richtlijn 2000/78? Houdt de maatstaf die aan het verschil in behandeling ten grondslag ligt verband met de handicap? Met welke personen moet de vergelijking worden gemaakt om te beoordelen of er sprake is van discriminatie? Is er sprake van directe of indirecte discriminatie? Indien er sprake is van indirecte discriminatie, kan er dan een objectieve rechtvaardiging bestaan op grond waarvan het discriminerende karakter van het besluit kan worden uitgesloten?

[18] Zie arrest van 17 juli 2008, Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415, punt 38).

[19] Over dit punt is ook de Commissie het eens, die ter terechtzitting, naar aanleiding van vragen van het Hof en bij de toelichting van haar standpunt – dat leek te verschillen van dat in haar schriftelijke memories –, deze voorbeelden uitdrukkelijk heeft aangehaald om te bevestigen dat deze situaties zonder meer binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 vallen. Ook in de rechtspraak van het Hof is, weliswaar met betrekking tot een ander beschermd kenmerk (godsdienst), de bevestiging te vinden van de mogelijkheid de inhoud van de richtlijn toe te passen binnen groepen die worden onderscheiden door het beschermde kenmerk. In dat geval was er sprake van indirecte discriminatie binnen een groep werknemers van verschillende christelijke kerken, zie arrest van 22 januari 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43).

2. Maatstaf en verband met het beschermde kenmerk

50. Zoals hierboven is uiteengezet, kan op grond van de rechtspraak van het Hof en een uitlegging in het licht van internationale bronnen inzake discriminatie en de doelen van richtlijn 2000/78, het bezwaar dat de richtlijn uitsluitend van toepassing is op situaties waarin werknemers met een handicap met werknemers zonder handicap worden vergeleken, worden weerlegd.

51. In casu wordt het Hof mijns inziens verzocht een nadere invulling te geven aan zijn uitlegging van richtlijn 2000/78, en dus te verduidelijken of er ook binnen groepen personen met een handicap sprake kan zijn van discriminatie, juist omdat richtlijn 2000/78 werknemers beschermt tegen verschillen in behandeling die verband houden met een van de beschermde kenmerken, ongeacht de gediscrimineerde persoon (een persoon met een handicap of een persoon die een rechtstreekse band heeft met de persoon met een handicap) en de persoon met wie de vergelijking wordt gemaakt (een persoon zonder handicap of een andere persoon met een handicap).

52. Zoals gezien, is de maatstaf voor het verschil in behandeling de datum waarop het attest van erkenning van een handicap is overgelegd.

53. Volgens de verwerende partij in het hoofdgeding (het ziekenhuis) en – deels – de Commissie houdt deze maatstaf geen verband met de handicap en kan er daarom geen sprake zijn van discriminatie. Zoals gezien, moet discriminatie, als uitdrukking van het „beginsel van gelijke behandeling", ingevolge artikel 2 van richtlijn 2000/78 immers zijn gebaseerd op „een van de in artikel 1 genoemde gronden".

54. De verzoekende partij in het hoofdgeding (de werkneemster), de Republiek Polen en de Portugese Republiek zijn daarentegen van mening, met niet geheel identieke argumenten, dat deze maatstaf nauw samenhangt met de beschermde situatie „handicap" als bedoeld in artikel 1 van richtlijn 2000/78, en wel dermate dat er sprake is van discriminatie en dus een onrechtmatige situatie in de zin van deze richtlijn.

55. Om een volledig beeld van alle mogelijkheden in dit kader te geven, is het niet irrelevant om op te merken dat ook de Poolse arbeidsinspectie, zoals blijkt uit het dossier, na een inspectie op de werkplek van verzoekster in het hoofdgeding heeft geoordeeld dat de maatstaf voor de toekenning van de loontoeslag discriminerend is.[20] De door VL aangezochte rechter in eerste aanleg was het daarmee echter oneens en verwierp het beroep, waarbij hij uitsluitend naar nationale regelgeving verwees. De verwijzende rechter, die weliswaar niet lijkt uit te sluiten dat de gedraging van de werkgever kan worden aangemerkt als (indirecte) discriminatie, heeft evenwel de in de prejudiciële vraag verwoorde twijfel of artikel 2 van richtlijn 2000/78 kan worden toegepast op situaties waarin geen vergelijking wordt gemaakt tussen een groep personen met een handicap en een groep personen zonder handicap.

56. De door de werkgever gebruikte maatstaf voor het verschil in behandeling is duidelijk onlogisch en niet objectief.[21]

[20] In punt 7 van de opmerkingen van verzoekster in het hoofdgeding staat namelijk te lezen dat „de nationale arbeidsinspectie van oordeel is dat de maatstaf voor de toekenning van de loontoeslag, die gekoppeld is aan de datum waarop het attest van erkenning van een handicap aan verweerster wordt overgelegd, discriminerend is. Na de inspectie van 19 december 2016 heeft de nationale arbeidsinspectie verweerster verzocht de onregelmatigheden te verhelpen en verzoekster geïnformeerd over de mogelijkheid zich tot een rechtbank van gemeen recht te wenden."

[21] Ook de Commissie was ter terechtzitting die mening toegedaan. De Republiek Polen sprak van een „onlogische, absurde en onverklaarbare" maatstaf.

57. Het betreft immers een gegeven dat een groep personen met een handicap (degenen die het attest reeds vóór de vergadering hadden verstrekt) benadeelt doordat hun de loontoeslag wordt ontzegd, terwijl dit ook indruist tegen het door de werkgever nagestreefde doel.

58. Verweerder in het hoofdgeding heeft namelijk uitdrukkelijk toegegeven dat met het ongebruikelijke verzoek dat tijdens de vergadering werd gedaan, werd beoogd het aantal werknemers met een handicap dat hij in dienst had, te verhogen, zodat de bijdrage aan de PFRON kon worden verlaagd. [22]

59. Als dat waar is, en de keuze van de werkgever dus is gebaseerd op een verlaging van bijdragen dankzij het aantal personen met een handicap dat hij in dienst heeft, zou het recht op de loontoeslag moeten toekomen aan alle werknemers met een handicap die in gelijke mate bijdragen aan de verlaging van de bijdrage omdat zij bij hem in dienst zijn. Al degenen die op een willekeurige datum een attest van erkenning van hun eigen handicap hebben verstrekt, dragen immers naar evenredigheid bij aan de verlaging van de bijdrage aan het voornoemde fonds.

60. Nog merkwaardiger is de motivering die verweerder in het hoofdgeding tijdens de terechtzitting heeft aangevoerd om het verschil in behandeling van de twee groepen personen met een handicap te rechtvaardigen.

61. Als ik het goed heb begrepen, zou de uitbetaling van de loontoeslag aan alle werknemers die een attest van erkenning van een handicap hebben verstrekt de werkgever te veel kosten, en zouden de bespaarde bijdragen misschien niet tegen deze kosten opwegen.

62. Vooropgesteld dat rechtvaardigingsgronden van uitsluitend economische aard niet volstaan om de discriminerende aard van de behandeling uit te sluiten, bevestigt een dergelijk argument dat de onderneming, door twee groepen personen in dezelfde situatie (personen met een handicap die de werkgever een attest van erkenning van een handicap hebben verstrekt, en daardoor allen hebben bijgedragen aan een verlaging van de bijdragen aan de PFRON) verschillend te behandelen, geen objectieve keuze heeft gemaakt.

63. De maatstaf is dus niet, zoals formeel verklaard, de datum van toezending; deze heeft volstrekt geen invloed op de verlaging van de bijdrage, aangezien uit het dossier niet blijkt dat de werkgever naargelang de datum van toezending van het attest van erkenning van een handicap meer kosten bespaart.

64. De maatstaf is de verkrijging van een nieuw attest van erkenning van een handicap teneinde het aantal gecertificeerde werknemers met een handicap in dienst te verhogen.

65. Indien niet het bezit van een nieuw attest maar de datum van toezending daarvan inderdaad de maatstaf was, zouden paradoxaal genoeg degenen die reeds een attest hadden verstrekt slechts een nieuw attest hoeven over te leggen om de loontoeslag te verkrijgen.

66. De werkelijke maatstaf voor het verschil in behandeling is dus de verkrijging en de overlegging van het attest na de datum van de vergadering die speciaal was bijeengeroepen om de werknemers ertoe aan te zetten dit attest te verkrijgen met het oog op een verlaging van de bijdrage.

[22] Het staatsfonds voor de rehabilitatie van gehandicapten dat is geregeld in de Poolse wet, zie punt 16 supra.

67. Indien dit de stand van zaken is, is deze maatstaf dan gekoppeld aan de beschermde situatie (de handicap)?

68. Volgens mij wel, aangezien alleen een werknemer met een handicap een attest van erkenning van een handicap kan verkrijgen, en de handicap derhalve vereist is opdat een werknemer (die in theorie reeds een handicap had maar om persoonlijke redenen nog geen attest van erkenning van een handicap had aangevraagd of aan de werkgever overhandigd) een attest van erkenning van een handicap kan verkrijgen en aan de werkgever kan overhandigen.

3. Vormen van verboden discriminatie, vergelijkbare situaties en (eventuele) rechtvaardiging

69. Aan welke vorm van discriminatie kan de beschreven gedraging worden toegeschreven?

70. Verzoekster voert onder andere aan dat indien werd geoordeeld dat artikel 2 van richtlijn 2000/78 in casu niet van toepassing is, de gedraging van de werkgever kan worden aangemerkt als een positieve actie in de zin van artikel 7 van deze richtlijn. [23]

71. Volgens mij moet deze optie worden uitgesloten. Op grond van artikel 7 van richtlijn 2000/78 kunnen positieve acties worden gedefinieerd als maatregelen die, aangezien zij dienen „om de nadelen verband houdende met een van de in artikel 1 genoemde gronden te voorkomen of te compenseren", erop gericht zijn de obstakels weg te nemen die de verwezenlijking van gelijke kansen feitelijk belemmeren, de werkgelegenheid te bevorderen en ervoor te zorgen dat werknemers wezenlijk gelijk zijn.

72. In casu is er mijns inziens geen sprake van een positieve actie. Ten eerste omdat de maatregel tot doel had, zoals de werkgever uitdrukkelijk heeft toegegeven, kosten te besparen door de bijdrage aan de PFRON te verlagen, en geen positieve maatregel was om werknemers met een handicap te bevoordelen. [24] Ten tweede zie ik niet in hoe er sprake kan zijn van een positieve actie in geval van een besluit waarbij een loontoeslag uitsluitend wordt toegekend aan een groep werknemers met een handicap die zich onderscheidt van de groep die deze toeslag niet ontvangt, niet op grond van kenmerken die verband houden met de eigen arbeidsverhouding (zoals in de zaak Milkova [25]) maar uitsluitend op grond van de datum waarop zij hun attest van erkenning van een handicap aan de werkgever hebben verstrekt.

73. De verlaging van de bijdrage aan de PFRON door de aanwerving van nieuwe personen met een handicap kan waarschijnlijk worden aangemerkt als een door de Poolse wetgever ingevoerde positieve actie. De uitkering van de betrokken loontoeslag houdt daarentegen weliswaar verband met de voornoemde verlaging, maar staat mijns inziens los van de in artikel 7 van richtlijn 2000/78 genoemde doelen. De toeslag wordt immers uitsluitend aan een groep personen met een handicap toegekend op grond van een onlogische en niet-objectieve maatstaf, is bedoeld om nieuwe attesten te verkrijgen van reeds aangeworven werknemers en niet om nieuwe werknemers aan te werven, en voldoet niet aan de doelstelling van een betere integratie van deze personen met een handicap.

[23] In de opmerkingen van verzoekster in het hoofdgeding (punten 30 en volgende) staat te lezen dat ook indien werd geoordeeld dat richtlijn 2000/78 niet op de onderhavige zaak van toepassing is, de algemene beginselen van Unierecht van toepassing zijn, dat wil zeggen het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie als bedoeld in de artikelen 20, 21 en 26 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Dus door toepassing van het door het Hof in het aangehaalde arrest Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198) ontwikkelde beginsel kan de loontoeslag volgens haar worden aangemerkt als een positieve actie van de werkgever.

[24] De Commissie deelt deze opvatting, zie schriftelijke opmerkingen, punt 21.

[25] Arrest van 9 maart 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198).

74. Wat vervolgens de gebruikelijke vormen van discriminatie betreft, is het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie in de tekst van de richtlijn niet bijzonder duidelijk en bestaan er, ook onder uitleggende instanties, uiteenlopende opvattingen ten aanzien van deze twee categorieën.

75. In de onderhavige zaak moet mijns inziens worden uitgesloten dat er sprake is van directe discriminatie (wat ook de werkneemster en de Republiek Polen mij lijken te doen). [26]

76. Van directe discriminatie is normaal gesproken immers sprake wanneer „iemand" ongunstiger wordt behandeld „dan een ander in een vergelijkbare situatie [...] op basis van een van de in artikel 1 genoemde gronden". In de onderhavige zaak betreft de ongunstigere behandeling evenwel „een groep personen" (personen met een handicap die het attest van erkenning van een handicap vóór de vergadering hebben verstrekt).

77. Bijgevolg is er geen rechtstreeks verband tussen het besluit van de werkgever en het beschermde kenmerk. Een werkelijk rechtstreeks causaal verband ontbreekt dus. De maatstaf die is gebruikt om binnen de twee groepen werknemers met een handicap onderscheid te maken, betreft immers niet rechtstreeks de handicap (het type, de graad, de oorzaak, de duur daarvan), maar is „ogenschijnlijk neutraal", aangezien deze betrekking heeft op de datum waarop het attest van erkenning van een handicap is verstrekt.

78. Zoals partijen (verzoekster in het hoofdgeding, de Republiek Polen, de Portugese Republiek) terecht hebben betoogd, is de maatstaf evenwel slechts ogenschijnlijk neutraal, aangezien het attest van erkenning van een handicap alleen door personen met een handicap kan worden aangevraagd en verstrekt. Hieruit volgt dat de verstrekking van dit attest en de datum van verstrekking daarvan onlosmakelijk zijn verbonden met het beschermde kenmerk. [27]

79. Aldus kan een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen de situatie in de onderhavige zaak en die welke het Hof in de zaak Milkova heeft onderzocht: in dat arrest heeft het Hof zich er terecht toe beperkt van de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 verschillen in behandeling uit te sluiten die formeel en materieel weliswaar betrekking hadden op werknemers met een handicap, doch de „aard van de arbeidsverhouding" betroffen, zonder enig verband met de handicap.

80. In de onderhavige zaak worden door deze, weliswaar „ogenschijnlijk neutrale" maatstaf (die niet uitdrukkelijk en rechtstreeks naar de handicap verwijst), „personen met een handicap" „in vergelijking met andere personen bijzonder benadeeld" en in zekere zin, zoals ook enkele interveniënten betogen [28], gelijkgesteld aan personen zonder handicap [29].

[26] Ook de verwijzende rechter, die in de prejudiciële vraag uitdrukkelijk verwijst naar een onderscheid op grond van een „ogenschijnlijk neutrale maatstaf" die niet „objectief kan worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel niet passend en noodzakelijk zijn".

[27] Het onlosmakelijke verband met het beschermde kenmerk wordt als een essentieel element van directe discriminatie beschouwd. In deze zaak hebben wij mijns inziens te maken met indirecte discriminatie die hoe dan ook – weliswaar indirect – onlosmakelijk met het beschermde kenmerk verbonden is.

[28] Inzonderheid de Republiek Polen, zie schriftelijke opmerkingen, punt 13.

[29] Dit betreft „indirecte" discriminatie, aangezien het verschil niet zozeer de behandeling betreft als wel de gevolgen die zij sorteert. Ook het EHRM heeft deze definitie van indirecte discriminatie overgenomen, door te oordelen dat „een verschil in behandeling de vorm kan aannemen van onevenredig nadelige gevolgen van een algemeen beleid of een maatregel die, hoewel ze in neutrale bewoordingen zijn gesteld, een groep discrimineren", EHRM van 13 november 2007, D.H. tegen Tsjechische Republiek (CE:ECHR:2007:1113JUD005732500) § 184, en 9 juni 2009, Opuz tegen Turkije (CE:ECHR:2009:0609JUD003340102), § 183. EHRM van 20 juni 2006, Zarb Adami tegen Malta (CE:ECHR:2006:0620JUD001720902), § 80. Zie in deze zin *Handbook on European non-discrimination law*, Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, Raad van Europa, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 2011, blz. 32, ook voor de citaten van het EHRM.

81. Het is op dit punt dat het Hof de nieuwe werkingssfeer moet ontwikkelen, indien het besluit mijn overwegingen in deze conclusie te aanvaarden. De bepaling van artikel 2, lid 2, onder b), van richtlijn 2000/78 moet immers aldus worden uitgelegd dat daaronder de mogelijkheid valt ook „(bepaalde) personen met een handicap" te vergelijken met „andere personen" (eventueel ook met een handicap).

82. De vergelijking „met andere personen" wordt doorgaans namelijk aldus uitgelegd dat zij betrekking heeft op personen zonder beschermd kenmerk. Zoals gezegd is deze „traditionele" uitlegging – conform de evenzeer „traditionele" functie van de richtlijn – evenwel niet bindend voor de uitleggende instantie die, zoals in de onderhavige zaak, in een geding over discriminatie een maatregel moet beoordelen die bepaalde personen met een handicap benadeelt ten opzichte van andere personen, eveneens met een handicap, op grond van een (ogenschijnlijk) neutrale maatstaf.

83. Mijns inziens kan de vergelijking ook worden gemaakt met een groep personen met een handicap.

84. In de onderhavige zaak ben ik derhalve van mening dat de situaties vergelijkbaar zijn [30], hetgeen noodzakelijk is om te kunnen oordelen dat inbreuk is gemaakt op het verbod van discriminatie: zoals gezegd is een deel van de werknemers met een handicap (degenen die geen loontoeslag hebben ontvangen) ongunstiger behandeld dan andere werknemers met een handicap, ondanks dat alle personen met een handicap zich in een vergelijkbare situatie bevinden, aangezien allen, door hun attest te verstrekken, in gelijke mate hebben bijgedragen aan de door het ziekenhuis nagestreefde kostenbesparing.

85. Met de in overweging gegeven uitlegging wordt daarom niet zozeer beoogd een groep te beschermen louter omdat zij zich in een door artikel 1 van richtlijn 2000/78 beschermde situatie bevindt, maar te verhinderen dat twee homogene groepen met dezelfde beschermde eigenschap verschillend worden behandeld wegens een situatie die intrinsiek verband houdt met het beschermde kenmerk, ofschoon het daar geen causaal gevolg van is.

86. De in overweging gegeven uitlegging van de aan de orde zijnde feiten en de vraag of deze kunnen worden toegeschreven aan indirecte discriminatie vereisen evenwel, anders dan in het geval van directe discriminatie, dat wordt beoordeeld of er sprake is van de rechtvaardigingsgronden (een algemene en een specifieke) van artikel 2, lid 2, onder i) en ii).

87. De – op de handicap toegespitste – rechtvaardiging onder ii) moet in casu worden uitgesloten omdat, zoals blijkt uit het dossier, de werkgever op grond van de nationale wetgeving niet verplicht is tot de „redelijke aanpassingen" (in de zin van artikel 5 van richtlijn 2000/78) „teneinde de nadelen die die bepaling, maatstaf of handelwijze met zich brengt, op te heffen".

88. Wat de algemene rechtvaardigingsgrond onder i) betreft, moet om een verschil in behandeling te rechtvaardigen in essentie worden aangetoond dat de betrokken bepaling of handelswijze een rechtmatig doel nastreven en dat de gekozen middelen voor het bereiken van dit doel (dat wil zeggen, de maatregel waardoor het verschil in behandeling is ontstaan) passend zijn en noodzakelijk voor het behalen daarvan.

[30] Het Hof heeft meerdere malen geoordeeld dat het vereiste van vergelijkbaarheid van de situaties met het oog op de vaststelling of er sprake is van schending van het beginsel van gelijke behandeling, moet worden beoordeeld in het licht van alle kenmerken van de situaties, zie arresten van 9 maart 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198, punt 56); 16 december 2008, Arcelor Atlantique en Lorraine e.a. (C-127/07, EU:C:2008:728, punt 25), en 1 oktober 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, punt 31).

89. Om te bepalen of het verschil in behandeling passend is, moet de verwijzende rechter derhalve nagaan of er voor het bereiken van het doel geen andere middelen zijn die in mindere mate inbreuk maken op het recht van gelijke behandeling. Met andere woorden, of het geleden nadeel overeenkomt met de minimale mate van nadeel die noodzakelijk is om dat doel te bereiken en of het nagestreefde doel belangrijk genoeg is om deze mate van nadeel te rechtvaardigen.

IV. Conclusie

90. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de verwijzende rechter te beantwoorden als volgt:

91. „Artikel 2 van richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep moet aldus worden uitgelegd dat een onderscheid tussen personen binnen een groep die wordt onderscheiden door een beschermd kenmerk (handicap) een schending van het beginsel van gelijke behandeling kan inhouden, in de vorm van indirecte discriminatie, indien aan de volgende voorwaarden is voldaan: a) de werkgever maakt binnen die groep een onderscheid op grond van een ogenschijnlijk neutrale maatstaf; b) deze weliswaar ogenschijnlijk neutrale maatstaf is onlosmakelijk verbonden met het beschermde kenmerk (in dit geval handicap); c) deze maatstaf kan niet objectief worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel zijn niet passend en noodzakelijk."