

# De personele reikwijdte van het EU-discriminatieverbod in de arbeid – uitbreiding naar alle zelfstandige ondernemers?

Dr. mr. A.G. Veldman\*

In de zaak *JK/TP* wordt bevestigd dat ook zelfstandigen beschermd worden tegen discriminatie op grond van seksuele geaardheid in de arbeid (Richtlijn 2000/78/EG). Het arrest wordt hierom nu al als baanbrekende uitspraak betiteld. Toch is nuancering wel op zijn plaats. Want heeft het Hof van Justitie wel alle zelfstandige dienstverrichters op het oog? Hieronder wordt het arrest nader geanalyseerd op zijn betekenis voor de doorgaans ‘binaire’ noties van werknemer en dienstverrichter op EU-niveau. Ook wordt stilgestaan bij de rechtsgrondslag van de richtlijn die de belangrijkste legitimatie vormt om ook zelfstandigen te beschermen. Heeft dit nog consequenties voor de reikwijdte van discriminatieverboden die een andere grondslag kennen? Tot slot zal worden ingegaan op de betekenis voor de Nederlandse rechtspraktijk.

*HvJ 12 januari 2023, C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9 (JK/TP).*

## Inleiding

In de zaak *JK/TP* laat het Hof van Justitie zich voor de eerste keer duidelijk uit over de vraag of Richtlijn 2000/78/EG ook van toepassing is op de zelfstandige. Dat lijkt rijkelijk laat want de richtlijn dateert van twintig jaar geleden. Toch leek er geen grote noodzaak tot beantwoording van de vraag. Het Hof van Justitie gaf al een extensieve interpretatie van de personele werksfeer door bij alle gelijkebehandelingsrichtlijnen in de arbeid<sup>1</sup>

– in navolging van de uitleg van het gelijkloonbeginsel m/v (art. 157 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU))<sup>2</sup> – uit te gaan van een zogeheten Europees werknemersbegrip. Dit begrip is ontleend aan het vrij verkeer van werknemers (art. 45 VWEU). De definitie van werknemer luidt volgens het baanbrekende arrest *Lawrie-Blum*: iemand die gedurende een bepaalde tijd prestaties levert voor een ander onder diens gezag en daarvoor als tegenprestatie een vergoeding ontvangt.<sup>3</sup> Door de zeer brede uitleg van de *Lawrie-Blum*-formule over de jaren heen, en omdat het irrelevant is of de persoon op grond van het nationale recht als werknemer of als opdrachtnemer kwalificeert, vallen in de praktijk bijvoorbeeld zowel schijnzelfstandigen, ambtenaren, vrijwilligers, stagiaires, (honorair) rechters of oproepkrachten onder de personele werkingssfeer van de gelijkebehandelingsrichtlijnen.<sup>4</sup> Zelfs een directeur-bestuurder van een vennootschap werd als ‘werknemer’ aangemerkt omdat zij haar werk onder gezag van de aandeelhoudersvergadering uitoefent, aldus het Hof van Justitie.<sup>5</sup>

De enige vraag die nog openstond, was of ook de ‘echte’ zelfstandige onder de richtlijnen valt. Met ‘echt’ wordt dan bedoeld op dienstverrichters die niet aan de *Lawrie-Blum*-formule voldoen, met name niet aan het

Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (godsdienst, handicap, seksuele geaardheid, leeftijd) (*PbEG* 2000, L 303/16) en 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 (seks) (*PbEG* 2006, L 204/23).

2 HvJ 13 januari 2004, C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18 (*Allonby*).

3 HvJ 3 juli 1986, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284 (*Lawrie-Blum*).

4 Zie F. Pennings over het EU-werknemersbegrip in: F. Pennings & S. Peters (red.), *Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 386-387 en aldaar genoemde jurisprudentie.

5 HvJ 11 november 2010, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 (*Danosa*).

\* Dr. mr. A.G. (Albertine) Veldman is als universitair docent (Europees) arbeidsrecht verbonden aan de Universiteit Utrecht.

1 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 (ras en etnische afstamming) (*PbEG* 2000, L 180/22);

gezagscriterium. Omdat dit onderdeel weer zijn eigen Unierechtelijke invulling heeft gekregen, moet de zelfstandige bijvoorbeeld niet onder leiding van de opdrachtgever handelen als het gaat om de vrijheid om tijden, plaats en inhoud van het werk te bepalen; niet ‘ingebod’ zijn in de organisatie van de opdrachtgever; niet economisch afhankelijk zijn van de opdrachtgever en wél bijvoorbeeld opdrachten kunnen weigeren; onderaannemers of personeel kunnen inhuren; economisch ondernemingsrisico lopen of voor concurrenten van de opdrachtgever kunnen werken.<sup>6</sup> De tekst van Richtlijn 2000/78/EG (en van de gelijkkluidende bepalingen in de andere richtlijnen) is onduidelijk als het om zelfstandigen gaat. De richtlijn is van toepassing op personen met betrekking tot onder meer ‘de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep’ (art. 3 lid 1 onder a). Aan de ene kant duiden ‘loondienst’ en ‘beroep’ in het algemeen taalgebruik eerder op enige vorm van persoonlijke of economische ondergeschiktheid. Dat wordt versterkt omdat de werkingssfeer zich ook uitstrekt tot ‘de werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden met inbegrip van beloning en ontslag’ (art. 3 lid 1 onder c); termen die niet goed passen bij zelfstandige dienstverrichters. Aan de andere kant wordt, althans wat de toegang tot de arbeid betreft, de ‘zelfstandige’ letterlijk genoemd.

Het Hof van Justitie volgt al langere tijd de weg van het steeds breder uitleggen en toepassen van het Europese werknemersbegrip om het nuttig effect van arbeidsrichtlijnen te garanderen. Dat geldt niet alleen voor de gelijkebehandelingsrichtlijnen in de arbeid, maar voor alle arbeidsrichtlijnen zoals bijvoorbeeld ook de Arbeidstijdenrichtlijn of de Uitzendrichtlijn. Er is een tendens waarbij vaker een autonoom Unierechtelijk werknemersbegrip op de werkingssfeer van arbeidsrichtlijnen wordt geplakt, of in meerdere mate richtlijn-begrippen als ‘werknemer’ of ‘arbeidsverhouding’ Unierechtelijk worden ingekleurd, zelfs als ze naar nationaal recht verwijzen.<sup>7</sup>

Een breuk met het Europese werknemersbegrip – als het om de reikwijdte van de discriminatiebescherming in de arbeid gaat – lijkt voor het eerst zichtbaar in een arrest van vorig jaar. In *HK/Danmark* wordt beslist dat een vakbondsvoorzitter die velen jaren voltijd tegen een maandelijks salaris heeft gewerkt maar zich niet meer verkiesbaar kan stellen vanwege een maximale leeftijdsgrens van 61 jaar in de verenigingsstatuten, onder de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78/EG valt.<sup>8</sup> Het gaat hier om een gekozen (politieke) functie waarvan de rechtspositie in de statuten is geregeld. Hoewel de voor-

zitter volgens het Hof van Justitie al onder de richtlijn valt omdat haar functie kwalificeert als ‘betrokkenheid bij een vakbond’ (art. 3 lid 1 onder d richtlijn), wordt eveneens geoordeeld dat de begrippen ‘zelfstandige’, ‘loondienst’ en ‘beroep’ (art. 3 lid 1 onder a richtlijn) Unierechtelijk moeten worden uitgelegd, waarbij uit de ruime bewoordingen blijkt dat de Europese wetgever de werkingssfeer niet heeft willen beperken tot ‘werknemers’ in de zin van artikel 45 VWEU, waarvoor de definitie uit *Lawrie-Blum* geldt. In plaats daarvan bestrijkt de richtlijn de voorwaarden voor toegang tot iedere beroepswerkzaamheid, ongeacht de aard en de kenmerken ervan, aldus het Hof van Justitie.

Na deze opmaat lijkt *JK/TP* de lijn door te zetten. Hieronder bespreek ik het arrest, waarbij allereerst de feiten en de uitspraak worden weergegeven. In het daaropvolgende commentaar wordt stilgestaan bij de vraag welke zelfstandigen het Hof van Justitie precies op het oog lijkt te hebben met het arrest. Wordt een nieuwe categorie tussen werknemer en ondernemer in gecreëerd? En zullen de door het Hof van Justitie gestelde voorwaarden aan de rechtsbetrekking van de zelfstandige met de opdrachtgever ook daadwerkelijke een verruiming van de personele reikwijdte in de praktijk betekenen? Na verder onderzoek van de redenen die het Hof van Justitie geeft voor zijn nieuwe benadering – die vooral gebaseerd zijn op de rechtsgrondslag van Richtlijn 2000/78/EG – en de mogelijke gevolgen voor discriminatieverboden die een andere grondslag kennen, zal ten slotte worden stilgestaan bij de betekenis van het arrest voor de Nederlandse rechtspraktijk.

## De zaak *JK/TP*

### Feiten en procedure

JK werkt sinds zeven jaar voor TP die de Poolse publieke televisieomroep exploiteert met de staat als enig aandeelhouder. Al deze jaren werkt JK als zelfstandige opdrachtnemer op kortlopende dienstverleningsovereenkomsten van steeds een maand. Afwisselend met een collega-journalist verzorgt JK op de reclameafdeling van TP de redactionele inhoud voor promotiefilmpjes met een rooster van twee weken op/twee weken af. Begin december 2017 zet JK met zijn partner een muziekfilmpje op YouTube ter bevordering van de tolerantie voor partners van hetzelfde geslacht. Twee dagen later worden de al ingeroosterde werkzaamheden van JK voor december geannuleerd (en niet betaald) en worden geen nieuwe dienstverleningscontracten meer aangegaan. JK eist schadevergoeding wegens discriminatie op grond van seksuele geaardheid met betrekking tot de voorwaarden voor toegang tot, en de uitoefening van een economische activiteit.

6 O.a. HvJ 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV/Kiem*); HvJ 17 november 2016, C-2016/15, ECLI:EU:C:2016:883 (*Ruhrlandklinik*); HvJ 22 april 2020, C-692/19, ECLI:EU:2020:288 (*Yodel*).

7 Zie Pennings & Peters 2021, p. 392-394; P. Bartens in haar noot bij HvJ 16 juli 2020, C-658/18, ECLI:EU:C:2020:572, *JAR* 2020/219 (*Italiaanse vredesrechter*); S. Said in haar noot bij HvJ 22 april 2020, *JAR* 2020/145 (*Yodel*); F. Laagland, ‘Voorbij de grenzen van het Nederlandse werknemersbegrip’, *Ondernemingsrecht* 2018/130 en N. Kountouris, ‘The concept of “worker” in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope’, *Industrial Law Journal* 2018, nr. 2, p. 192-225.

8 HvJ 2 juni 2022, C-587/20, ECLI:EU:C:2022:419 (*HK/Danmark*).

De Poolse rechter vraagt zich af of het afbreken van een dienstverleningsovereenkomst en het niet opnieuw aangaan daarvan, onder de werkingssfeer valt van artikel 3 lid 1 onder a (voorwaarden voor toegang tot arbeid als zelfstandige) en onder c (werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden) Richtlijn 2000/78/EG. Omdat de Poolse Wet gelijke behandeling de vrije keuze van een contractspartij uitsluit van de werkingssfeer, voor zover deze keuze niet is gebaseerd op geslacht of ras of etnische afstamming, wil de rechter tevens weten of het niet aangaan van een dienstverleningsovereenkomst op grond van seksuele geaardheid geoorloofd is vanwege de vrije keuze van contractspartij.

### Hof van Justitie

Het Hof van Justitie overweegt dat het begrip ‘voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst of als zelfstandige en tot een beroep’ van artikel 3 lid 1 onder a Richtlijn 2000/78/EG niet naar het recht van de lidstaten verwijst en derhalve Unierechtelijk moet worden uitgelegd. Naast het feit dat de bepaling uitdrukkelijk betrekking heeft op arbeid als zelfstandige, volgt voorts uit de begrippen ‘arbeid in loondienst’ en ‘beroep’, in de gebruikelijke betekenis ervan, dat de Uniewetgever de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78/EG niet heeft willen beperken tot een ‘werknemer’ in de zin van artikel 45 VWEU.<sup>9</sup>

Het Hof van Justitie wijst erop dat Richtlijn 2000/78/EG is vastgesteld op grond van artikel 19 VWEU. Richtlijn 2000/78/EG is derhalve geen handeling van afgeleid Unierecht zoals die welke met name zijn gebaseerd op artikel 153 lid 2 VWEU en die slechts de werknemers als zwakste partij in een arbeidsverhouding beogen te beschermen. De richtlijn heeft echter als doel het wegnemen, om redenen van sociaal en algemeen belang, van alle op discriminatiegronden gebaseerde belemmeringen voor de toegang tot bestaansmiddelen en het vermogen om door arbeid een bijdrage te leveren aan de samenleving, ongeacht de rechtsvorm waarin die arbeid wordt verricht.<sup>10</sup> De richtlijn bestrijkt dus een breed scala aan beroepsactiviteiten, daaronder begrepen die welke door zelfstandigen worden verricht, maar activiteiten die uitsluitend bestaan uit het leveren van goederen of het verrichten van diensten aan een of meer afnemers, vallen niet onder de reikwijdte van de richtlijn.<sup>11</sup> Om onder de richtlijn te vallen moet de opdrachtnemer een reële en daadwerkelijke beroepsactiviteit uitoefenen die hij persoonlijk en op regelmatige wijze voor dezelfde opdrachtgever verricht. Het is aan de verwijzende rechter om dit vast te stellen. Voorts geldt dat het afsluiten van een dienstverleningsovereenkomst valt onder het begrip ‘voorwaarden voor toegang tot de arbeid’ (art. 3 lid 1 onder a richtlijn), waardoor, onder voorbehoud van de beoordeling door de verwijzende rechter, een weigering om een overeenkomst te sluiten met een

contractspartij die een economische activiteit uitoefent als zelfstandige vanwege zijn seksuele geaardheid, binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt.

Met betrekking tot het begrip ‘werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden’ oordeelt het Hof van Justitie dat de bepaling van artikel 3 lid 1 onder c richtlijn weliswaar niet naar zelfstandige arbeid verwijst maar dat het door de richtlijn nagestreefde doel niet kan worden bereikt indien de bescherming tegen discriminatie zich zou beperken tot de toegang tot arbeid als zelfstandige en geen betrekking zou hebben op met name de voorwaarden voor het verrichten en de beëindiging van deze arbeid.<sup>12</sup> Zowel het niet nakomen als het niet verlengen van de dienstverleningsovereenkomst vormt derhalve een onvrijwillige beëindiging van de arbeid van een zelfstandige die kan worden gelijkgesteld met ‘ontslag’. Ten slotte maakt het Hof van Justitie duidelijk dat de uitzonderingsbepaling van artikel 2 lid 5 richtlijn, noch het grondrecht van de vrijheid van ondernemerschap waartoe de contractsvrijheid behoort, een rechtvaardiging kan vormen voor de aan de orde zijnde discriminatie. Het feit dat in de Poolse wet voor de gronden sekse en ras geen uitzondering is gemaakt ten behoeve van de contractsvrijheid, toont aan dat de Poolse wetgever zelf van mening is dat discriminatie niet noodzakelijk kan worden geacht om contractsvrijheid in een democratische samenleving te waarborgen.<sup>13</sup>

## Commentaar

### Een principiële keuze

Met *JK/TP* laat het Hof van Justitie het Europees werknemersbegrip los om de reikwijdte te bepalen van Richtlijn 2000/78/EG ‘tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep’. De eerste stap was al gezet met *HK/Danmark* (zie Inleiding). *JK/TP* bevestigt de nieuwe lijn en onderbouwt deze verder. Op het eerste gezicht lijkt er weinig aanleiding voor de draai van het Hof van Justitie. Ook al ging het formeel om zelfstandigen in beide genoemde zaken, de feitelijke arbeidsverhoudingen zoals die aan de orde waren, hadden met weinig moeite, zo lijkt het, onder het brede Europese werknemersbegrip gepast. Daarmee zou de richtlijn al toepasselijk zijn geweest. De vakbondsvoorzitster uit *HK/Danmark* (zie Inleiding) had sinds 1993 een fulltimebetrekking met een volledig maandsalaris. Gezag zou naar analogie van *Danosa* aangenomen kunnen worden omdat ze onder het toezicht valt van de algemene ledenvergadering van de vakvereniging.<sup>14</sup> Bij *JK* lijkt het nog duidelijker: hij werkt sinds zeven jaar persoonlijk en op regelmatige wijze voor één opdrachtgever, is ingebed in de organisatie (reclameafdeling) en lijkt onder de leiding van de opdrachtgever te handelen als het gaat om het bepalen van ten minste tijden en

9 HvJ 12 januari 2023, C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9 (*JK/TP*), punt 37, met een verwijzing naar *HK/Danmark*.

10 *JK/TP*, punt 43.

11 *JK/TP*, punt 44.

12 *JK/TP*, punt 56.

13 *JK/TP*, punt 76.

14 HvJ 11 november 2010, C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 (*Danosa*).

plaats van het werk. Het ziet er niet naar uit dat hij zijn redactiewerkzaamheden kan uitbesteden aan een onderaannemer. Het lijkt dus een bewuste, principiële keuze van het Hof van Justitie om de werkingssfeer van de richtlijn uit te breiden naar ‘alle op discriminatiegronden gebaseerde belemmeringen voor de toegang tot bestaansmiddelen en het vermogen om door arbeid een bijdrage te leveren aan de samenleving, ongeacht de rechtsvorm waarin die arbeid wordt verricht’.

De rechtsgrond van de richtlijn waarnaar het Hof van Justitie verwijst ter rechtvaardiging van de nieuwe lijn, vormt op zichzelf een sterke legitimatie. De wetgevingsbevoegdheid van artikel 19 VWEU die de bestrijding van discriminatie mogelijk maakt, noemt limitatief een aantal discriminatiegronden maar is niet beperkt tot bepaalde maatschappelijke terreinen. De bepaling behoort bovendien tot het deel van het VWEU over non-discriminatie en EU-burgerschap. Dat verschilt van de wetgevingsbevoegdheid van artikel 153 VWEU dat behoort tot het sociale beleid. Hierop gebaseerde richtlijnen beogen, zoals het Hof van Justitie aangeeft, werknemers als zwakste partij in een arbeidsverhouding te beschermen.

Tegelijkertijd kan men zich afvragen of de EU-wetgever daadwerkelijk dit verschil in werkingssfeer voor ogen had bij de keuze van artikel 19 als rechtsbasis. Veel keuze is er eigenlijk niet want de discriminatiegronden van onder meer seksuele geaardheid en leeftijd, zoals aan de orde in *HK/Danmark* en *JK/TP*, worden uitsluitend door artikel 19 bestreken, terwijl de bevoegdheid van artikel 153 lid 2 (en van art. 157 lid 3 dat ook tot de titel van de sociale politiek behoort) alleen de discriminatiegrond van sekse noemt. Daarnaast heeft juist de richtlijn die onder meer seksuele geaardheid en leeftijd bestrijkt, in vergelijking met de non-discriminatie-richtlijnen op grond van ras (ook op art. 19 gebaseerd) en sekse (op art. 157 gebaseerd), destijds de smalste reikwijdte gekregen. Het recht op gelijke behandeling op grond van ras of etnische afstamming strekt zich naast arbeid uit tot sociale zekerheid, gezondheidszorg, onderwijs en het aanbieden en ontvangen van goederen en diensten.<sup>15</sup> Gelijke behandeling op grond van sekse bestrijkt arbeid,<sup>16</sup> zelfstandigen,<sup>17</sup> sociale zekerheid<sup>18</sup> en goederen en diensten,<sup>19</sup> terwijl Richtlijn 2000/78/EG met onder meer de gronden seksuele geaardheid en leeftijd is beperkt tot arbeid. Dat lijkt een bewuste keuze van de wetgever. Het is althans opvallend dat het richt-

lijnvoorstel om het discriminatieverbod op de gronden genoemd in Richtlijn 2000/78/EG uit te breiden naar de toegang tot, en aanbod van goederen en diensten al vijftien jaar geen politieke overeenstemming vindt.<sup>20</sup>

## Wel een zelfstandige maar geen dienstverrichter?

Dat het tot zover niet gelukt is om discriminatie op, onder meer, de grond van seksuele geaardheid bij het aanbieden van goederen en diensten door middel van een Europese richtlijn te verbieden, lijkt nog wel een rol van betekenis te spelen in het oordeel van het Hof van Justitie. Ondanks de principiële keuze om het recht op gelijke behandeling uit te breiden naar zelfstandigen die een economische activiteit uitoefenen, trekt het Hof van Justitie de grens bij activiteiten die uitsluitend bestaan uit het leveren van goederen of het verrichten van diensten voor een of meer afnemers. Diensten zoals de weigering om discriminatoire redenen van bijvoorbeeld een lening door een bank of van toegang tot een discotheek, zullen inderdaad niet binnen de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78/EG vallen, maar het onderscheid tussen zelfstandige arbeid en het (beroepsmatig) verrichten van diensten voor anderen is niet zo gemakkelijk te maken. Volgens de aanwijzingen van het Hof van Justitie moet de nationale rechter nagaan of de opdrachtnemer een reële en daadwerkelijke beroepsactiviteit uitoefent die hij persoonlijk en op regelmatige wijze voor dezelfde opdrachtgever verricht. Is dit een nieuwe categorie tussen de schijnzelfstandige en de dienstverrichter in? Of komt het Hof van Justitie met deze aanwijzingen in feite wel weer heel dicht in de buurt van het Europese werknemersbegrip? Afhankelijkheid van één opdrachtgever, geen mogelijkheid van vervanging (‘persoonlijk’), regelmaat en een stabiele rechtsbetrekking, zoals het Hof van Justitie ook nog noemt,<sup>21</sup> kunnen wijzen op een Europese werknemersstatus. Wanneer de nationale rechter de aanwijzingen stringent toe zou passen, zou het daarom zelfs kunnen dat de facto geen uitbreiding van de personele reikwijdte wordt bereikt ten opzichte van de oude lijn van jurisprudentie.

Ook kan vanwege het vereiste van een stabiele, regelmatige betrekking tussen opdrachtgever en opdrachtnemer een discriminatoire weigering om bij het allereerste (en enige) contact een dienstverleningscontract af te sluiten mogelijkwets niet onder de richtlijn vallen. De eenvoudige afbakening die de advocaat-generaal in haar conclusie bij het arrest voorstelt, namelijk dat de levering van diensten niet zonder meer kan worden uitgesloten maar dat de dienst wel uit ‘persoonlijk werk’ door de ondernemer moet bestaan, kan wellicht meer situaties van discriminatie van personen die een vrij beroep

15 Art. 3 Richtlijn 2000/43/EG.

16 Richtlijn 2006/54/EG.

17 Richtlijn 2010/41/EU van het Europees Parlement en de Raad van 7 juli 2010 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen en tot intrekking van Richtlijn 86/613/EEG van de Raad (*PbEU* 2010, L180/1) (herzien).

18 Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (*PbEEG* 1979, L 6/24).

19 Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (*PbEG* 2004, L 373/37).

20 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, COM(2008)426.

21 *JK/TP*, punt 45.

uitoefenen onder het bereik van de richtlijn brengen.<sup>22</sup> De verdere toepassing en uitwerking van de criteria van het Hof van Justitie in de toekomstige rechtspraak moet echter worden afgewacht voordat definitieve conclusies mogelijk zijn. Daarnaast zou de afbakeningsproblematiek wellicht een goede reden zijn voor de wetgever om het richtlijnvoorstel uit 2008 over goederen en diensten weer eens af te stoffen.

## Onvoorziene consequenties voor de werkingsfeer van het seksdiscriminatieverbod?

Zoals al uiteengezet is, vormt het verschil tussen artikel 19 VWEU en artikel 153 VWEU als rechtsgrondslag van secundaire wetgeving een belangrijke pijler van de argumentatie van het Hof van Justitie om de reikwijdte van Richtlijn 2000/78/EG uit te breiden naar zelfstandigen. De wetgevingsbevoegdheden van artikel 153 lid 2 VWEU (en ook art. 157 lid 3 VWEU) behoren tot de titel 'sociale politiek' die beoogt werknemers als zwakste partij in een arbeidsverhouding te beschermen, terwijl artikel 19 niet beperkt is tot bepaalde groepen van personen. Dit roept wel de vraag op of de personele reikwijdte van de discriminatieverboden die wel op de titel van sociale politiek zijn gebaseerd dan beperkt moet blijven tot de (Europese) werknemer.<sup>23</sup> Richtlijn 2006/54/EG over gelijke behandeling naar sekse in arbeid en beroep is aangenomen op grond van artikel 157 lid 3 VWEU, terwijl het recht op gelijke beloning m/v rechtstreeks is opgenomen in artikel 157 lid 1 VWEU. Ondanks een andere grondslag kent Richtlijn 2006/54/EG met artikel 14 lid 1 echter een gelijkkluidende werkingssfeerbepaling als artikel 3 lid 1 Richtlijn 2000/78/EG dat centraal stond in *JK/TP*. Aangenomen mag daarom worden dat de reikwijdte ervan hetzelfde zal zijn en ook zelfstandigen omvat.

Maar voor gelijke beloning lijkt dat anders. Artikel 157 lid 1 VWEU verwijst zelf naar 'werknemers' en wordt door het Hof van Justitie ook expliciet beperkt tot de (Europese) werknemer.<sup>24</sup> Een recht op 'gelijke tarieven bij gelijkwaardige, zelfstandige beroepsarbeid voor mannen en vrouwen' kan hierom niet worden aangenomen. Weliswaar is er ook een aparte EU-richtlijn over gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, maar die beperkt zich tot 'de oprichting, vestiging of uitbreiding van een onderneming of aanvang of uitbreiding van iedere andere vorm van zelfstandige arbeid'.<sup>25</sup> De beloningsvoorwaarden in het geval van zelfstandige arbeid lijken hier niet onder begrepen. Uit *JK/TP* kunnen we opmaken dat de beloning

van zelfstandigen wel onder Richtlijn 2000/78/EG wordt begrepen. Het Hof van Justitie oordeelt immers dat artikel 3 lid 1 onder c betreffende 'werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden' ook van toepassing is bij zelfstandige beroepsarbeid. Behalve voor de in deze richtlijn opgenomen discriminatiegronden zal dit ook gelden voor de grond van ras die is neergelegd in Richtlijn 2000/43/EG (dat dezelfde bepaling kent en ook op grond van art. 19 VWEU is aangenomen). De wat vreemde consequentie van dit alles lijkt dus te zijn dat alleen het recht op gelijke beloning op grond van sekse zich niet uitstrekt tot de zelfstandige. Ik neem aan dat dit niet beoogd is door het Hof van Justitie. Het is eerder een gevolg van de principiële scheidslijn die het Hof van Justitie achteraf trekt tussen de diverse wetgevingsbevoegdheden voor de invoering van discriminatieverboden, terwijl de wetgever waarschijnlijk wat pragmatischer te werk is gegaan omdat niet alle (limitatief aangeven) discriminatiegronden in alle bevoegdheden voorkomen (zie boven). Wellicht kan het Hof van Justitie er in een voorkomend geval wel een draai aan geven, bijvoorbeeld door de gelijke beloning van zelfstandigen in geval van sekse onder Richtlijn 2006/54/EG te scharen. Deze kent immers eenzelfde werkingssfeerbepaling als Richtlijn 2000/78/EG, ook al is de richtlijn niet op artikel 19 gebaseerd.

### Betekenis voor de Nederlandse rechtspraak

De betekenis van de uitbreiding van de werkingssfeer van de Europese discriminatieverboden bij de arbeid naar zelfstandigen is voor de Nederlandse rechtspraak beperkt. De Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), die onder meer ziet op de discriminatiegronden sekse, ras of etnische afstamming en seksuele geaardheid, verbiedt onderscheid bij het aangaan, uitvoeren of beëindigen van een betrekking of arbeidsverhouding (art. 5 AWGB).<sup>26</sup> De begrippen 'betrekking' en 'arbeidsverhouding' moeten ruim worden uitgelegd. Het gaat om alle vormen waarin onder gezag van anderen arbeid wordt verricht.<sup>27</sup> De bepaling voldoet hiermee aan het Europese werknemersbegrip. Verder verbiedt artikel 6 AWGB discriminatie in het 'vrije beroep' waaronder de zelfstandige beroepsbeoefenaar valt die niet onder gezag werkt. De AWGB verbiedt tot slot ook discriminatie bij het aanbieden van of het verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake (art. 7). De boven besproken problematiek rond het onderscheiden van zelfstandige beroepsactiviteiten van het aanbieden van diensten speelt derhalve niet onder de AWGB.

Van tijd tot tijd oordeelt het College voor de Rechten van de Mens (CRM) over discriminatie van zelfstandigen; recent bijvoorbeeld over het afwijzen door een kinderopvangcentrum van een mannelijke zzp'er voor het vervullen van een dienst op een babygroep<sup>28</sup> of het niet

22 Conclusie A-G Ćapeta 8 september 2022, C-356/21, ECLI:EU:C:2022:653 (*JK/TP*), punt 62 t/m 73.

23 S. Schalkwijk heeft hier eerder op gewezen in haar noot bij *HK/Danmark*, TRA 2022/73.

24 *Allonby*, punt 43.

25 Art. 4 Richtlijn 2010/41/EU.

26 Voor wat betreft gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de arbeid geldt de WGB m/v als *lex specialis*.

27 *Kamerstukken II 1990/91*, 22014, nr. 3, p. 16.

28 CRM 6 april 2023, oordeelnummer 2023-40.

verlengen van een dienstverleningsovereenkomst met een zelfstandige verloskundige door de maten van een verloskundige praktijk nadat ze heeft verteld zwanger te zijn.<sup>29</sup> Ook blijkt, zoals boven al gesignaleerd, dat het niet altijd duidelijk is of discriminatie bij de toegang tot zelfstandige arbeid onder artikel 6 AWGB (vrije beroep) of 7 AWGB (goederen en diensten) moet vallen. Een weigering tot toelating tot een vereniging van acupuncturisten bijvoorbeeld, viel volgens de Commissie gelijke behandeling (voorloper van het CRM) niet onder artikel 6 omdat de toelating geen voorwaarde was om het beroep te mogen uitoefenen. Wel had niet-toelating tot gevolg dat bepaalde zorgverzekeraars de behandelingen niet vergoedden. Omdat dit gevolg niet door de vereniging van beroepsbeoefenaren aan het lidmaatschap was verbonden maar door de zorgverzekeraars, gaat het uiteindelijk om onderscheid bij het aanbieden van goederen en diensten (art. 7 AWGB).<sup>30</sup>

Vanwege de brede reikwijdte van de AWGB maakt het onderscheid tussen zelfstandige arbeid en het aanbieden van diensten voor de benadeelde zelfstandige niet uit. Onder het Europese Unierecht daarentegen wordt dezelfde zelfstandige acupuncturist uit het voorbeeld niet beschermd tegen discriminatie als het gaat om een van de in Richtlijn 2000/78/EG genoemde discriminatiegronden, ook niet na de uitspraak in *JK/TP*. Dat zou ervoor pleiten, zoals gezegd, om het richtlijnvoorstel uit 2008 over goederen en diensten nieuw leven in te blazen. Maar of dit binnen afzienbare tijd tot resultaten leidt, is zeer de vraag. Maatregelen op grond van artikel 19 VWEU vereisen unanimititeit in de besluitvorming en met de huidige houding tegenover lhbt'ers van landen zoals Polen of Hongarije wordt dat waarschijnlijk moeilijk. Het lijkt er daarom op dat ontwikkelingen in het non-discriminatierecht die verband houden met gronden zoals seksuele geaardheid voorlopig vooral van het Hof van Justitie zullen moeten komen. Het arrest *JK/TP* is een mooi begin.

29 CRM 15 november 2019, oordeelnummer 2019-118.

30 Zie A.W. van Leeuwen e.a. die op dit voorbeeld wijst, *Arbeidsrecht artikels-gewijs*, Artikel 6 AWGB (losbladig, bijgewerkt tot 28 augustus 2022), Sdu Commentaar.