

Vergaderjaar 2011–2012

28 481

Evaluatie Algemene wet gelijke behandeling

Nr. 16

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 24 oktober 2011

Mede namens de Minister van Veiligheid en Justitie, de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, zend ik u hierbij het in artikel 33 van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) voorgeschreven periodiek verslag aan de Staten-Generaal over de werking van deze wet en aanverwante wetgeving¹. Dit verslag behelst een reactie op de vijfjaarlijkse rapportage die de Commissie gelijke behandeling (Cgb) op grond van artikel 20, tweede lid, van de Awgb² opstelt. Deze periodieke evaluatie van de wet is nu voor de derde maal uitgevoerd en bestrijkt de periode 1 september 2004 tot 1 september 2009.³ De twee eerdere evaluaties omvatten naast de rapportage van de Cgb ook wetenschappelijk onderzoek naar de werking van de Awgb in de praktijk. Gelet op de uitkomsten van deze derde evaluatie van de Cgb en het uitgebreide karakter en de omvang van de eerste twee evaluaties, die vrij recent zijn afgerond, heb ik ervoor gekozen geen wetenschappelijk onderzoek uit te laten voeren in aanvulling op de rapportage van de Cgb. Relevant in dit verband is ook dat de Cgb naar verwachting binnenkort zal opgaan in het College voor de rechten van de mens⁴ en de taken van de Cgb door het College zullen worden verricht. Een uitgebreide wetenschappelijke beschouwing over het functioneren van de huidige Cgb in de praktijk, ligt, gelet op deze ontwikkeling, minder voor de hand.

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² De Cgb rapporteert tevens over de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en artikel 7:646 BW.

³ De eerdere twee evaluaties besloegen de periodes 1994–1999 (Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1) en 1999–2004 (Kamerstukken II 2008/09, 28 481, nr. 5 en Kamerstukken II 2009/2010, 28 481, nr. 6).

⁴ Kamerstukken I 2010/11, 32 467, A.

⁵ Kamerstukken II 2009/10, 29 355, nr. 43.

Met dit kabinetsstandpunt zijn drie evaluaties over vijftien jaar Awgb afgerond. Er is veel inzicht in de werking van de wet verkregen. Ook dit laatste rapport van de Cgb biedt enkele waardevolle gezichtspunten in de werking van de wet in de praktijk en de juridische werking van de wet. De vraag is wel of het nog langer noodzakelijk is om de wet iedere vijf jaar opnieuw te evalueren. Deze vraag is door de VVD-fractie nadrukkelijk aan de orde gesteld bij de evaluatie van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte.⁵ Een periodieke evaluatie vergt immers veel menskracht van de Cgb en er zijn andere methoden om de werking

van de wet in de praktijk doorlopend te beoordelen, bijvoorbeeld aan de hand van de adviezen, jaarverslagen en oordelen die de Cgb uitbrengt. Bovendien behelst een terugkerende evaluatieverplichting het risico van verdergaande juridisering en regelverdichting. Het kabinet zou zich kunnen voorstellen dat in de discussie over deze evaluatie hierover nog eens verder wordt gesproken. Overigens kan ook zonder wettelijke bepaling geëvalueerd worden indien dat nodig wordt geacht. Daarnaast zou ingeval van een meer ingrijpende wijziging van een wet, in de wijzigingswet een eenmalige evaluatieverplichting opgenomen kunnen worden .

De Cgb concludeert in deze evaluatie over de jaren 2004–2009 dat de Awgb voldoende mogelijkheden en instrumenten biedt om invulling te geven aan de doelstellingen van de wet. De toepassing van wetswijzigingen die in of na 2004 zijn ingevoerd, heeft volgens de Cgb geen grote knelpunten aan het licht gebracht. Het kabinet deelt deze algemene conclusies van de Cgb. Dit kabinetsstandpunt zal ingaan op de belangrijkste punten uit het rapport van de Cgb. Eerst zal het kabinet reageren op de aanbevelingen die de Cgb heeft gedaan. Vervolgens zal het ingaan op de werking van de wet in de praktijk en de juridische werking van de wet.

1. Aanbevelingen van de Cgb

1.1 Victimisatie (artikelen 8 en 8a Awgb)

De Cgb beveelt aan, de artikelen 8 en 8a van de Awgb op enkele punten te wijzigen. Artikel 8, eerste lid, luidt thans:

1. Beëindiging van de arbeidsverhouding door de werkgever in strijd met artikel 5, wegens de omstandigheid dat de werknemer in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op artikel 5 of terzake bijstand heeft verleend, is vernietigbaar.

De Cgb wijst erop dat in dit artikellid enige jaren geleden het woord «of», tussen «in strijd met artikel 5» en «wegens», ten onrechte is vervangen door een komma¹. Zoals de Cgb al veronderstelt, is hier sprake van een vergissing en moet aan dit onderdeel van deze wetswijziging geen betekenis worden toegekend. Zodra de gelegenheid zich voordoet, zal de tekst van de bepaling worden gecorrigeerd.

Voorts gaat de Cgb in op de verhouding tussen de artikelen 8 en 8a.

Artikel 8 bepaalt dat de beëindiging van een arbeidsverhouding door de werkgever in strijd met (onder meer) het victimisatieverbod vernietigbaar is. Dát victimisatieontslag verboden is, volgt pas uit artikel 8a, eerste lid; victimisatieontslag wordt in dat artikel echter niet *expliciet* genoemd. Een en ander kan volgens de Cgb tot misverstanden leiden. Daarom beveelt de Cgb aan, de verbodsbepaling van artikel 8a naar het begin van artikel 8 te verplaatsen en victimisatieontslag daarbij uitdrukkelijk te noemen. Dat in artikel 8a van de Awgb, anders dan in artikel 1b, vierde lid, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgb), victimisatieontslag niet expliciet wordt genoemd, is volgens het kabinet niet bezwaarlijk. Het is immers evident dat victimisatieontslag onder «benadelen» als bedoeld in artikel 8a valt. Dit wordt bevestigd door de tekst van artikel 1, vierde lid, van de Wgb, waarin de vermelding van victimisatieontslag wordt gevolgd door de zinsnede «of *anderszins* benadelen wegens de omstandigheid dat deze in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op.....».

Samenvoeging van de artikelen 8 en 8a, zoals de Cgb aanbeveelt, is volgens het kabinet overigens niet gewenst. Het gebruik van het woord «benadelen» in artikel 8a betekent dat het victimisatieverbod op méér situaties van toepassing is dan de in artikel 8 bedoelde beëindiging van een arbeidsverhouding door de werkgever. Daartegenover heeft artikel 8 niet alleen betrekking op (ontslag wegens) victimisatie, maar tevens op

¹ Dat gebeurde door middel van de EG-implementatiewet Awgb.

(ontslag in strijd met) het verbod op onderscheid. Het komt volgens het kabinet de duidelijkheid niet ten goede als deze artikelen, die slechts zeer ten dele op dezelfde situaties betrekking hebben, worden samengevoegd. Blijft over dat aan de Cgb kan worden toegegeven dat het in het algemeen de voorkeur verdient om in een wet eerst de verbodsbepaling op te nemen en pas daarna de eventuele gevolgen ervan. Dat in de Awgb de vernietigbaarheid van victimisatieontslag is geregeld vóór het victimisatieverbod leidt echter niet tot problemen voor de wetstoepassing. De volgorde van de artikelen 8 en 8a is daarom voor het kabinet geen reden om de Awgb te wijzigen.

1.2 Gezamenlijk verzoek (artikel 12 Awgb)

De Cgb beveelt aan artikel 12 Awgb zodanig te wijzigen dat partijen die op grond van de huidige wettekst als verzoeker en verweerder optreden, de mogelijkheid krijgen gezamenlijk een verzoek om een oordeel bij de Cgb in te dienen. Volgens de Cgb komt het voor dat twee partijen in een conflict over een gelijkebehandelingskwestie besluiten gezamenlijk de Cgb te verzoeken om haar oordeel. Partijen krijgen dan onder de huidige wettelijke regeling volgens de Cgb het gevoel nodeloos tegenover elkaar te komen te staan.

Voor gevallen waarbij partijen er gezamenlijk uit willen komen, is er de mogelijkheid dat de Cgb doorverwijst naar een externe mediator. Een mediationtraject mondt echter niet uit in een oordeel van de Cgb, maar in een vaststellingsovereenkomst. Zijn er rechtsvragen aan de orde die binnen de reikwijdte van de gelijkebehandelingswetgeving vallen en waarbij een oordeel van de Cgb zelf gewenst is, biedt mediation geen uitkomst. In dat geval zou eventueel om een oordeel over eigen handelen kunnen worden gevraagd (artikel 12, tweede lid, sub b Awgb). De Cgb geeft aan dergelijke verzoeken ook te verwelkomen, omdat op deze manier conflicten en individuele procedures worden voorkomen. Het verzoek om een oordeel over eigen handelen kan volgens de Cgb echter alleen worden gedaan door de persoon of instantie die wenst te weten of hij of zij (verboden) onderscheid maakt en niet gezamenlijk door partijen. De Cgb geeft aan dat het wettelijke kader wat dit betreft onvoldoende ruimte biedt. Naar de mening van het kabinet is dit nog maar de vraag. Het artikel noemt de mogelijkheid van een gezamenlijk verzoek door verschillende van de – limitatief opgesomde – (rechts)personen die een verzoek kunnen indienen weliswaar niet expliciet, maar hieruit volgt niet dat artikel 12 geen ruimte zou bieden voor de indiening van een gezamenlijk verzoek door partijen. Het kabinet is van mening dat artikel 12 deze ruimte biedt en acht een wetswijziging dan ook niet noodzakelijk. Wel zal zonnodig het Besluit werkwijze Commissie gelijke behandeling (of het nieuwe Besluit werkwijze onderzoek gelijke behandeling) worden aangepast met procestechnische verduidelijkingen die het gezamenlijke verzoek betreffen.

1.3 Discriminatie op meerdere gronden

De Cgb beveelt aan om te onderzoeken op welke wijze het verbod van meervoudige discriminatie in de Awgb opgenomen kan worden. De Cgb wijst erop dat algemeen wordt onderschreven dat het onderkennen van vormen van meervoudige discriminatie een duidelijke meerwaarde kan hebben, bijvoorbeeld omdat zo recht kan worden gedaan aan de specifieke problemen waar mensen die op meer dan één grond gediscrimineerd of gemarginaliseerd worden regelmatig tegenaan lopen. De Cgb onderscheidt twee vormen van meervoudige discriminatie, samenloop en interferentie. Bij een samenloop van gronden gaat het om verschillende gronden, die elkaar weliswaar kunnen versterken, maar die nog wel los

van elkaar kunnen worden gezien. Bij interferentie van gronden gaat het om een combinatie van gronden die niet afzonderlijk «ontward» kunnen worden. Het gaat dan vaak om stereotypen en vooroordelen (zoals vooroordelen over de jonge Antilliaanse man). Over deze categorie stelt de Cgb vast dat het moeilijk te bepalen is voor wie specifieke groepsgebonden vooroordelen gelden en dat het daarom lastig is een juridische kwalificatie aan deze vormen van discriminatie toe te kennen.

De Cgb acht zichzelf bevoegd om over meervoudige discriminatie te oordelen en heeft dat ook diverse malen gedaan, zowel in het geval van samenloop van gronden als van interferentie van gronden. In de praktijk blijkt dat de Cgb met de huidige wetgeving goed uit de voeten kan als er sprake is van meervoudige discriminatie in de vorm van samenloop van gronden. De Cgb geeft aan dat het ingewikkelder ligt bij interferentie van gronden, maar toont in oordeel 2008–107 aan wel degelijk rekening te kunnen houden met de interferentie van gronden. Daarnaast geeft de Cgb aan dat gegevens en onderzoeken over stereotiepe beeldvorming waarmee sommige groepen te maken hebben, vaak ontbreken. In de praktijk is echter niet gebleken dat de Cgb vanwege het ontbreken van die onderzoeken in het geheel niet uit de voeten kan met gevallen van interferentie van gronden.

Het kabinet acht het, gelet op het onderzoek van de Cgb zelf, niet aannemelijk dat er op wetgevingsniveau maatregelen getroffen zouden moeten worden om meer juridische bescherming te bieden tegen meervoudige discriminatie. Uit het onderzoek blijkt juist dat de Cgb uit de voeten kan met het wettelijk kader. De Cgb geeft aan dat het uit het oogpunt van rechtszekerheid en bewustwording goed zou zijn om een expliciet verbod op te nemen. Het kabinet is van mening dat die rechtszekerheid en bewustwording ook binnen de huidige wettelijke kaders kunnen worden bereikt, onder meer door de oordelen van de Cgb. Onderzoek naar het verschijnsel van meervoudige discriminatie zelf kan zeker van belang zijn en gebeurt ook, zoals recent door het Europees Grondrechtenagentschap.¹ Uit dat rapport kwam naar voren dat er meer data zouden moeten worden verzameld over de aard en omvang van meervoudige discriminatie en dat de gelijke behandelingsorganen het verschijnsel van meervoudige discriminatie zouden moeten signaleren en adresseren.

2. Werking van de wet in de praktijk

2.1 Trends in verzoeken en oordelen

Een opvallende constatering van de Cgb is dat het aantal vragen dat bij de Cgb jaarlijks binnenkomt in de afgelopen vijf jaar verdubbeld is ten opzichte van de eerste tien jaar van de werking van de wet. Een deel van die toename kan verklaard worden door de uitbreiding van gronden (leeftijd en handicap) en terreinen waarover de Cgb inmiddels kan oordelen.

Het aantal verzoeken dat tot een oordeel leidde, daalde in de afgelopen vijf jaar ten opzichte van de tien jaar daarvoor. De Cgb vindt hiervoor deels een verklaring in haar eigen werkwijze, die erop gericht is steeds nadrukkelijker te kijken naar de mogelijkheden van alternatieve oplossingen voor voorgelegde kwesties, waaronder mediation.

De Cgb constateert dat voor sommige gronden, in het bijzonder de grond ras, het percentage oordelen waarin tot verboden onderscheid of strijd met de wet werd geconcludeerd opvallend laag is in vergelijking met andere gronden en zoekt een verklaring in bewijsrechtelijke problemen.

¹ Data in Focus 5: Multiple Discrimination (2010).

Het kabinet acht het opsporen en tegengaan van discriminatie, waaronder rassendiscriminatie, van groot belang. In de kabinetsbrief over de aanscherping van de maatregelen in het actieprogramma «bestrijding van discriminatie»¹ heeft het kabinet een scala van maatregelen aangekondigd om discriminatie effectiever te kunnen bestrijden. Bewustwording en het vergroten van de aangiftebereidheid zijn belangrijke pijlers van die aanpak, die ook effecten kunnen hebben op de toestroom van vragen en verzoeken bij de Cgb. Het kabinet verwelkomt daarnaast het initiatief van de Cgb om op basis van intern onderzoek aandachtspunten te formuleren aan de hand waarvan ter zitting meer gerichte vragen kunnen worden gesteld waardoor relevante feiten naar voren kunnen komen.

Ongeveer een kwart van de verzoeken om een oordeel werd door de Cgb niet in behandeling genomen, omdat deze kennelijk ongegrond of kennelijk niet-ontvankelijk waren. Hieraan kunnen verschillende redenen ten grondslag liggen. Het belang van verzoeker of het gewicht van de gedraging kan kennelijk onvoldoende zijn. De grond of het terrein waarover geklaagd wordt, kan buiten het bereik van de Cgb liggen. Verzoeken kunnen betrekking hebben op een periode waarin een wettelijke bepaling nog niet in werking is getreden of die te ver in het verleden ligt. Er is een stijging in het aantal zaken dat als kennelijk ongegrond is afgedaan omdat het klachten over eenzijdig overheidshandelen betrof. De Cgb komt niet snel tot de conclusie dat een verzoeker onvoldoende belang heeft bij een oordeel.

2.2 Opvolging en victimisatie

Het opvolgingspercentage van de oordelen is stabiel gebleven met 75%. In het kader van de opvolging van de oordelen van de Cgb worden er vaker structurele maatregelen getroffen dan individuele maatregelen. Structurele maatregelen waren bijvoorbeeld het formaliseren van sollicitatieprocedures en het verduidelijken van beleidsregels. Individuele maatregelen betroffen bijvoorbeeld het toekennen van een schadevergoeding of het alsnog toekennen van een loonsverhoging. De Cgb constateert, ondanks dit relatief hoge opvolgingspercentage, dat victimisatie naar aanleiding van het indienen van een klacht een reëel en tamelijk omvangrijk probleem is.² De Cgb constateert echter ook dat victimisatie-effecten niet in ernstige mate afbreuk blijken te doen aan de voordelen die voor verzoekers kleven aan een procedure bij de Commissie en/of het krijgen van een oordeel over de door hun voorgelegde klacht, waaronder aandacht voor en erkenning van hun probleem. In 2004 is het wettelijke verbod van victimisatie uitgebreid.³ De Cgb heeft in de evaluatieperiode slechts negentien keer geoordeeld over victimisatie. Uit het onderzoek dat de Cgb heeft laten uitvoeren blijkt dat het wettelijke instrument op zichzelf niet voldoende antwoord is op het probleem van victimisatie. Naast de wettelijke bepalingen zijn bevordering van kennis en bewustwording van deze problematiek nodig; ook dit instrument kan door de Cgb worden ingezet om victimisatie effectiever te bestrijden.

2.3 Overige instrumenten naast oordelen

De Cgb zet naast haar oordelende taak ook verschillende andere instrumenten in om de doelstellingen van de wet te bereiken, zoals het uitbrengen van adviezen, onderzoeken, evaluaties en publicaties (zoals de jaarlijkse oordelenbundel). De Cgb heeft in de evaluatieperiode vijftig adviezen uitgebracht, een zeer sterke toename ten opzichte van de vorige twee evaluatieperioden (in de periode 1994–2004 ging het om 37 adviezen). Het kabinet constateert dat de Cgb door vaker ongevroegde adviezen uit te brengen ervoor heeft gekozen om actiever op te treden als

¹ Kamerstukken II 2010/11, 30 950, nr. 34.

² De Cgb heeft onderzoek laten verrichten door onderzoekers van de Universiteit Twente naar ervaringen van victimisatie (M. van Genugten en J. Svensson, *Dubbel de dupe? Een studie naar de benadeling van werknemers die ongelijke behandeling aan de orde stellen*, Universiteit Twente, Enschede 2010. Ook beschikbaar op www.cgb.nl).

³ Wet van 21 februari 2004 tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling en enkele andere wetten ter uitvoering van richtlijn nr. 2000/43/EG en richtlijn nr. 2000/78/EG (EG-implementatiewet Awgb), Stb. 2004, 119.

er belangrijke onderwerpen aan de orde zijn die de gelijkebehandelingswetgeving raken. In het wetsvoorstel college voor de rechten van de mens wordt deze adviestaak voor het brede terrein van mensenrechten wettelijk neergelegd (artikel 5 voorstel van wet college voor de rechten van de mens).

De bevoegdheid van de Cgb om onderzoek uit eigen beweging te doen is in 2005 verruimd. Niet langer is vereist dat een onderzoek zich richt op een hele sector, ook individuele bedrijven of instellingen kunnen worden onderzocht als het vermoeden bestaat dat er stelselmatig sprake is van verboden onderscheid. De Cgb heeft in de evaluatieperiode tweemaal een onderzoek uit eigen beweging afgerond en één keer daarvan ging het om een onderzoek naar één organisatie.¹ De Cgb is positief over de ervaringen met de wetwijziging. Hierdoor was ze in staat om naar aanleiding van duidelijke signalen, zonder een sectorbreed onderzoek, te reageren op een conflict, waardoor verdere escalatie kon worden voorkomen. Uit deze evaluatie blijkt dat de adviezen en onderzoeken van de Cgb veelal tot concrete veranderingen in de praktijk leiden.

3. Juridische werking van de wet

In het evaluatierapport gaat de Cgb in op de gevolgen van wetwijzigingen voor de werking van de wet en op een aantal bijzondere thema's die de juridische werking van de wet raken.

3.1 Nieuwe wettelijke bepalingen

In de evaluatieperiode zijn verschillende wetwijzigingen doorgevoerd, deels ter implementatie van Europese richtlijnen en deels ter uitvoering van de eerste evaluatie. De Cgb heeft deze wetwijzigingen in het evaluatierapport op een rij gezet. De Cgb komt tot de conclusie dat de meeste wetwijzigingen die in de evaluatieperiode werden doorgevoerd, in de oordelende praktijk van de Cgb nauwelijks tot veranderingen hebben geleid. Hierop zijn twee uitzonderingen: de toevoeging van een verbod op onderscheid op grond van ras bij de sociale bescherming en sociale voordelen (artikel 7a Awgb, zie hieronder bij 3.1.1) en de uitbreiding van de mogelijkheid om een onderzoek uit eigen beweging te doen (artikel 12 Awgb, hierboven onder 2.3 besproken).

3.1.1 Artikel 7a Sociale bescherming

Met de invoering van artikel 7a is voor het eerst een vorm van eenzijdig overheidshandelen onder de reikwijdte van de Awgb gebracht. Dit heeft bij de Cgb vragen opgeroepen die te maken hebben met de taakafbakening tussen de wetgever en de rechtsprekende instantie. Het gaat daarbij om vragen zoals hoe strikt er moet worden getoetst in het geval van indirect onderscheid en hoe wenselijk de inhoudelijke beoordeling van wettelijke regelingen is. De Cgb geeft aan (onder andere in oordelen 2006–222 en 2007–4) een wettelijke regeling met terughoudendheid te toetsen, omdat het in een democratische rechtsorde niet aan de rechter of aan de Cgb is om op de stoel van de wetgever te gaan zitten. Daarbij houdt de Cgb echter wel rekening met de internationaalrechtelijke kaders, zoals die van het VN Verdrag inzake de uitbanning van rassendiscriminatie en het Europees Verdrag voor de bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), die beide weinig ruimte laten voor het maken van onderscheid op grond van ras. In zes van de twaalf gevallen waarin de Cgb zich bevoegd achtte om het verzoek te beoordelen, concludeerde zij dat er sprake was van verboden onderscheid.

¹ In 2009 is de Cgb een sectorbreed onderzoek gestart naar beloningsverschillen tussen mannen en vrouwen in ziekenhuizen, wat in 2011 tot een oordeel heeft geleid.

3.1.2 (Seksuele) intimidatie

In de evaluatieperiode heeft de Cgb meer dan honderd keer geoordeeld over discriminatoire opmerkingen en gedragingen van collega's en/of leidinggevend en over de manier waarop klachten daarover zijn afgehandeld. Sinds de nieuwe bepalingen van kracht zijn, heeft de Cgb twaalf van die verzoeken getoetst aan het nieuwe intimidatieverbod. Slechts in twee oordelen is geconcludeerd dat er sprake was van intimidatie. Ondanks de verlichte bewijslast is het voor verzoekers moeilijk aan te tonen dat er feiten zijn die kunnen doen vermoeden dat er sprake is geweest van gedrag dat tot doel of tot gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en dat daarnaast ook tot doel of gevolg heeft dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Toch concludeert de Cgb dat de vrees dat de bewijslast voor intimidatie te hoog zou zijn, niet bewaarheid is geworden. De Cgb ziet daarom af van haar eerdere aanbeveling om de cumulatieve eisen in alternatieve eisen te veranderen.¹

In de zeven oordelen die de Cgb in de evaluatieperiode over seksuele intimidatie uitsprak, werd nog getoetst aan de oude regels. De Cgb verwacht niet dat de toetsing, die bij seksuele intimidatie hetzelfde is als bij discriminatoire bejegening (omdat seksuele intimidatie als een (gekwalificeerde) vorm van discriminatoire bejegening wordt beschouwd), onder de redactie van de nieuwe bepalingen anders zal zijn. Die toetsing houdt onder meer in dat werkgevers alleen aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het handelen van een werknemer als de werkgever niet adequaat en tijdig reageert op seksuele intimidatie van een medewerker door een andere medewerker. De bevindingen van de Cgb geven geen aanleiding om tot wetwijziging over te gaan.

3.2 Terugkeer in de eigen functie na zwangerschap

Volgens cijfers van de Cgb is het aantal verzoeken om oordelen over zwangerschapsdiscriminatie stabiel gebleven tijdens de evaluatieperiode (in de jaren 2006 tot 2008 maakte het aantal oordelen over zwangerschapsdiscriminatie 27 tot 34% uit van de oordelen over seksdiscriminatie). De Cgb doet op dit moment een onderzoek naar zwangerschap- en moederschapsdiscriminatie. De resultaten van het onderzoek worden in oktober van dit jaar verwacht. De Cgb heeft naar aanleiding van deze evaluatie onderzocht of er een expliciete bepaling zou moeten worden opgenomen over het recht op terugkeer in de eigen – of in een gelijkwaardige – functie na zwangerschap in de Awgb. Dit recht moet volgens Richtlijn 2006/54/EG (Herschikkingsrichtlijn)² gewaarborgd zijn. De Cgb heeft de vraag onderzocht hoe dit recht geïnterpreteerd dient te worden. Is het recht op terugkeer in de eigen – of in een gelijkwaardige – functie een onvoorwaardelijk recht of kan men hier alleen met succes een beroep op doen als de benadeling verband houdt met de zwangerschap? Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft zich over het recht op terugkeer nog niet uitgelaten en de Cgb is van oordeel dat de laatstgenoemde lezing de juiste is. De Cgb is geen voorstander van een stringente interpretatie van de richtlijn bepaling waarbij het enkele bestaan van nadeel bij terugkeer in alle gevallen voldoende zou zijn om verboden onderscheid aan te nemen, zelfs al is het nadeel ontstaan door bijvoorbeeld een reorganisatie. Het kabinet ziet in de bevindingen van de Cgb geen aanleiding om een expliciete bepaling ter zake van het recht op terugkeer in de eigen – of in een gelijkwaardige – functie in de wet op te nemen. Met het verbod op seksdiscriminatie bij de arbeidsvoorwaarden is het recht op terugkeer in de eigen – of in een gelijkwaardige – functie zonder meer gewaarborgd. Recentelijk heeft echter de Europese Commissie in een met redenen omkleed advies, het niet opnemen van een expliciete bepaling ter zake van het recht op terugkeer in de eigen – of

¹ Commentaar van de Cgb inzake implementatie van de gemeenschappelijke bepalingen van de EG-Kaderrichtlijn, Cgb-advies 2001/03, 31 mei 2001.

² Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking).

in een gelijkwaardige – functie in de wet als in strijd met Europees recht gekwalificeerd. Het kabinet zal zich nog moeten beraden op eventuele consequenties.

3.3 Voorkeursbeleid

De Awgb staat onder strikte voorwaarden voorkeursbehandeling toe als uitzondering op het verbod op onderscheid (artikel 2, derde lid, Awgb). Voorkeursbehandeling is daarmee een mogelijkheid die de wet biedt, maar zeker geen verplichting. De Cgb constateert dat het strenge toetsen van voorkeursbeleid bij de toegang tot de arbeid, dat mede voortvloeit uit Europese jurisprudentie¹, op gespannen voet staat met maatschappelijke ontwikkelingen die vragen om een quoterings- of reserveringsbeleid, juist bij de toegang tot de arbeid en dus juist waar dit niet is toegestaan. De kritiek op de voorwaarden voor voorkeursbeleid richt zich op twee onderdelen: de uniforme strenge toetsing aan de voorwaarden voor voorkeursbeleid voor de gronden ras en geslacht en het toetsen van diversiteits-, afspiegelings- of doelgroepenbeleid aan de voorwaarden voor voorkeursbeleid.

De Cgb geeft in haar evaluatie een discussie weer over de wenselijkheid van eenzelfde toetsingskader voor de gronden ras en geslacht bij de beoordeling van voorkeursbehandeling. In de nota voorkeursbehandeling heeft het toenmalige kabinet ervoor gekozen om, ondanks dat er nog geen jurisprudentie van het HvJ EU was over voorkeursbeleid op grond van ras, hetzelfde toetsingskader te hanteren als voor de grond geslacht.² Ook het huidige kabinet onderschrijft het standpunt van de Cgb dat de toetsing van voorkeursbehandeling bij de grond ras aan dezelfde voorwaarden moet voldoen als bij de grond geslacht. Bij het bepalen van de proportionaliteit van de voorkeursmaatregel speelt uiteraard de mate van achterstand van een groep een grote rol. Het HvJ EU heeft evenwel geoordeeld dat sommige voorkeursmaatregelen, hoe groot ook de achterstand, nooit proportioneel zijn.³ Dit moet dan ook gelijkelijk gelden voor alle gronden.

De Cgb overweegt dat het zinvol kan zijn om de noodzaak en de wenselijkheid van voorkeursbeleid te onderzoeken voor een zeer beperkt aantal instellingen met een publieke taak waarvoor diversiteit essentieel is voor het functioneren, zoals voor justitie en politie. Voor een klein aantal bijzondere (overheids)organisaties zou voorkeursbeleid wettelijk mogelijk gemaakt kunnen worden voor doelen zoals diversiteit of een betere afspiegeling omdat vanwege de publieke taak diversiteit en een goede afspiegeling een essentiële en legitieme behoefte lijkt. De Cgb signaleert ook een belangrijk (principiële) argument tegen voorkeursbeleid voor dergelijke organisaties, namelijk dat voorkeursbeleid geen geschikt en een te zwaar middel is. De Cgb concludeert uiteindelijk dat diversiteit van (overheids)organisaties via een andere weg bereikt kan worden, bij voorkeur in de voorwaardenscheppende sfeer.

Het kabinet is geen voorstander van de uitbreiding van de mogelijkheden voor voorkeursbeleid ten behoeve van de diversiteit binnen (bepaalde onderdelen van) het overheidsapparaat. Een dergelijk voorkeursbeleid staat op gespannen voet met de jurisprudentie van het HvJ EU. Selectie moet plaatsvinden op basis van kwaliteit. Voor de politie geldt dat een divers personeelbestand kan bijdragen aan de legitimiteit, het gezag en de effectiviteit van de politie. Diversiteit binnen de politie zal daarom in deze kabinetsperiode structureel geborgd worden in de staande organisatie. De afwikkeling van een aantal initiatieven van de Taskforce Diversiteit en het Programma Politietop Divers wordt belegd bij bestaande (lijn)organisaties. Het Landelijk Expertisecentrum Diversiteit blijft tot 2014 activiteiten ontplooiën om de borging van diversiteitsbeleid in de (lijn)organisatie te borgen.

¹ Zie onder meer HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, Jur. 1995, p. I-3051 (Kalanke-arrest).

² Kamerstukken II 2004/05, 28 770, nr. 11, p. 24.

³ HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, Jur. 1995 (Kalanke).

Ook voor de rechtspraak geldt dat een gedifferentieerde samenstelling van de gerechten van belang is voor de herkenbaarheid en het gezag. Diversiteitsbeleid in brede zin vormt een integraal onderdeel van de strategische personeelsplanning van de rechtspraak. Daarbij is het streven erop gericht dat de heterogeniteit van de samenleving tot uiting komt in de personele samenstelling van de gerechten. De activiteiten van de rechtspraak om te komen tot een meer heterogene samenstelling richten zich met name op het creëren van voorwaarden voor diversiteit bij de werving, selectie en opleiding van rechters en gerechtsambtenaren.

3.4 Botsende gelijkheidsrechten

De Cgb heeft extern wetenschappelijk onderzoek laten verrichten naar de vraag in hoeverre de Awgb, in het licht van de doelstellingen die aan de wet ten grondslag liggen en in het licht van de EU-richtlijnen inzake gelijke behandeling en het EVRM, toereikend is om een afweging te kunnen maken tussen gelijkheidsrechten onderling.¹ Naar aanleiding van dit onderzoek herhaalt de Cgb haar standpunt over de uitzondering voor kerkgenootschappen en het geestelijk ambt (artikel 3 Awgb). Volgens de Cgb staat deze uitzondering op gespannen voet met de EU-richtlijnen. Het voornemen tot handhaving van artikel 3 Awgb werd in december 2008 door het toenmalige kabinet aan de Raad van State voorgelegd. De Raad van State bevestigt in zijn advies van 18 mei 2009, dat de staat zich omwille van de vrijheid van godsdienst en de scheiding van kerk en staat afzijdig moet houden van het kerkelijk «personeels- en cliëntenbeleid» en andere intern-kerkgenootschappelijke aangelegenheden. «Dat beleid betreft immers een kernaspect van de organisatorische vrijheid van godsdienst (als gewaarborgd in artikel 6 Grondwet en 9 EVRM), die bovendien veelal nauw verbonden is met de vrijheid bepaalde inhoudelijk-theologische opvattingen te huldigen en aan de interne organisatie ten grondslag te leggen», aldus de Raad van State in zijn advies.² Het kabinet volgt dit advies van de Raad van State. Het kabinet benadrukt dat het voorgaande niet betekent dat er sprake is van een generieke, categorische uitzondering op het discriminatieverbod voor kerkgenootschappen en aanverwante organisaties. Zodra een kerkgenootschap zich in het maatschappelijke veld begeeft, is er niet langer sprake van rechtsverhoudingen binnen een kerkgenootschap en is de Awgb onverkort van toepassing.

3.5 Gesloten systeem

De Cgb heeft eveneens extern wetenschappelijk onderzoek laten verrichten naar de vraag of zich problemen voordoen bij de toepassing van de Awgb in de praktijk, in verband met het gesloten stelsel van wettelijke uitzonderingen.³ Uit het onderzoek blijkt dat het gesloten systeem in de periode 1994–2010 slechts bij ongeveer twintig oordelen van de Cgb een probleem is geweest, waarbij dient te worden opgemerkt dat deze oordelen vaak zagen op onderling vergelijkbare situaties (zoals bij de bloed- en spermadonoren). Een van de aangedragen oplossingen voor de knelpunten van het gesloten systeem die door de Cgb wordt ondersteund, is de opname van een wettelijke uitzondering voor de volksgezondheid. Het vorige kabinet heeft toegezegd om deze uitzondering in de Awgb op te nemen.⁴ De oordelen van de Cgb waren in belangrijke mate aanleiding voor de toezegging van het vorige kabinet. Dit kabinet zal daarom in samenwerking met de Cgb nader onderzoeken op welke wijze een dergelijke uitzondering in de Awgb kan worden opgenomen.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
J. P. H. Donner

¹ «Het afwegingskader van de Awgb bij botsende gelijkheidsrechten», prof. mr. M.L.P. Loenen, onderzoek verricht in opdracht van de Commissie gelijke behandeling, Utrecht, 9 juni 2010.

² Kamerstukken II 2009/10, 28 481, nr. 7, p. 20.

³ «Knelpunten in het gesloten stelsel. Bijdrage aan evaluatie-onderzoek van de Commissie gelijke behandeling Algemene Wet Gelijke Behandeling 2004–2009», prof. mr. R. de Lange.

⁴ Kamerstukken II 2008/09, 28 481, nr. 5, p. 4.