

Vergaderjaar 2001–2002

28 187

Implementatie van richtlijnen inzake gelijke behandeling

Nr. 1

BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 18 december 2001

Notitie omtrent implementatie van richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep en van 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.

Daartoe gemachtigd bij brief van heden, nr. 01.003490, door de Koningin bied ik Uw Kamer, mede namens de Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Justitie, Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen en de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, de bovenvermelde notitie met nader rapport aan.

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
A.E. Verstand-Bogaert

Artikel 13 EG-Verdrag geeft de Raad de bevoegdheid om op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement maatregelen te nemen om discriminatie tegen te gaan op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, leeftijd, handicap of seksuele geaardheid.

Ter uitwerking van artikel 13 EG-Verdrag zijn op 19 juli 2000 en op 2 december 2000 respectievelijk de richtlijn houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (verder: anti-rassendiscriminatie-richtlijn) en de richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep in werking getreden (verder: kaderrichtlijn)¹. Met deze richtlijnen zijn op EG-niveau gelijke behandelingsnormen tot stand gekomen voor de non-discriminatiegronden ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. Hiermee heeft de EG een instrumentarium ontwikkeld voor de bestrijding van discriminatie en tevens een duidelijk politiek signaal afgegeven omtrent de onaanvaardbaarheid van discriminatie.

De Tweede Kamer is bij brief van 11 december 2000 in algemene zin geïnformeerd over de implementatie van deze richtlijnen². De implementatie van de kaderrichtlijn en anti-rassendiscriminatie-richtlijn zal gevolgen hebben voor de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), het wetsvoorstel Verbod op leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid³ en het in voorbereiding zijnde wetsvoorstel Gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ).

Voor een deel betreft de implementatie onderwerpen die de drie genoemde dossiers gemeen hebben, zoals het begrip discriminatie, het lidmaatschap van en de betrokkenheid bij bepaalde organisaties, de bewijslastverdeling, positieve actie, victimisatie en sancties. In verband met de noodzaak tot stroomlijning van de gelijke behandelingswetgeving zijn de consequenties van de richtlijnen voor de bovengenoemde wetten respectievelijk wetsvoorstellen met betrekking tot deze gemeenschappelijke onderwerpen in hun onderlinge samenhang bestudeerd. Deze notitie is daarvan het resultaat.

De Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) is bij de totstandkoming van deze notitie betrokken geweest. Op 14 maart 2000 heeft de ICER advies uitgebracht inzake de voorstellen van de Europese Commissie ter uitvoering van artikel 13 EG-Verdrag⁴. Vervolgens heeft de ICER op 22 juni jl. advies uitgebracht omtrent de implementatie van de gemeenschappelijke onderwerpen (zie bijlage 1⁵).

De Commissie gelijke behandeling (Cgb) heeft op 2 juni 2001 advies uitgebracht over de implementatie van de gemeenschappelijke onderwerpen (zie bijlage 2⁵).

Naar aanleiding van de bovengenoemde adviezen is de notitie op onderdelen aangepast. Overeenkomstig het ICER-advies heeft het kabinet besloten om de notitie ter advisering voor te leggen aan de Raad van State. Dit in verband met de juridische complexiteit van de materie.

Met het oog op de leesbaarheid van de notitie zal daar waar bedoeld wordt op de Awgb, het nieuwe wetsvoorstel Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs (zie paragraaf 1) en het in voorbereiding zijnde wetsvoorstel Gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ) worden gesproken van «de gelijke behandelingswetgeving».

Voor zover de schriftelijke vragen inzake de gemeenschappelijke onderwerpen die de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid

¹ PbEG 2000 L180/22 en PbEG 2000 L303/16.

² Kamerstukken II, 2000/01, 21 508–18, nr. 137.

³ Kamerstukken II, 1999/00, 26 880, nrs. 1–2.

⁴ Kamerstukken II, 1999/00, 22 112, nr. 155, bijlage 2.

⁵ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

naar aanleiding van de bovengenoemde brief van 11 december 2000 heeft gesteld, niet in de brief van 8 maart 2001 zijn beantwoord, geschiedt dit in paragraaf 6 van deze notitie.

De notitie is als volgt opgebouwd:

1. Wijze van implementatie
2. Het begrip gelijke behandeling
 - 2.1 Uitwerking beginsel van gelijke behandeling; discriminatie versus onderscheid
 - 2.2 Begrippen direct en indirect onderscheid
 - 2.3 Objectieve rechtvaardiging
 - 2.4 Intimidatie
 - 2.5 Opdracht tot discriminatie
 - 2.6 Tot slot
3. Arbeidsomstandigheden
4. Beroepsopleidingen
5. Lidmaatschap organisaties
6. Wezenlijke beroepsvereisten
7. Positieve actie
8. Bewijslastverdeling
9. Victimisatie
10. Naleving richtlijn
11. Sancties

Bijlagen:

1. Advies Commissie gelijke behandeling¹
2. Advies Interdepartementale Commissie voor Europees Recht

1. Wijze van implementatie

Zoals het kabinet in de eerdergenoemde brief van 11 december 2000 reeds heeft aangegeven, heeft het kabinet het voornemen de richtlijnen via drie wetsvoorstellen te implementeren. Deze notitie vormt daarbij de leidraad voor wat betreft de gemeenschappelijke onderwerpen.

De kaderrichtlijn en de anti-rassendiscriminatie-richtlijn leiden tot een wijziging van de Awgb. Het hiertoe strekkende implementatievoorstel zal begin 2002 aan de Raad van State worden voorgelegd. Dit wetsvoorstel zal zich niet beperken tot uitwerking van de in de richtlijnen genoemde non-discriminatiegronden. Het kabinet vindt het wenselijk dat de gemeenschappelijke bepalingen voor alle in de Awgb genoemde non-discriminatiegronden op dezelfde wijze worden uitgewerkt. Deze wijziging van de Awgb zal daarom ook betrekking hebben op de niet door de richtlijnen geregelde non-discriminatiegronden geslacht, politieke gezindheid, nationaliteit en burgerlijke staat. Op deze manier wordt gewaarborgd dat voor alle in de Awgb genoemde non-discriminatiegronden een gelijkwaardig beschermingsniveau geldt. De ICER constateert in dit kader terecht dat het belang van het op een uniforme wijze regelen van de onderwerpen die de verschillende non-discriminatiegronden gemeen hebben, reden kan zijn om bij de implementatie van de richtlijnen geen verschil te maken tussen de in de Awgb voorkomende non-discriminatiegronden. Nu het niet zo zeer gaat om het meenemen van extra nationaal beleid, maar om het handhaven van de bestaande wettelijke systematiek, meent het kabinet, zoals de ICER ook bevestigt, dat er voldoende redenen zijn om af te wijken van de algemene regel dat bij implementatie geen andere regels in de implementatieregeling worden opgenomen dan die voor implementatie noodzakelijk zijn (aanwijzing 337 van de Aanwijzingen voor de regelgeving). Het kabinet gaat ervan uit dat dit verenigd kan worden met tijdige implementatie.

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

De Cgb beveelt aan om te komen tot een alomvattende wetgeving op alle door de verschillende richtlijnen bestreken gronden en op alle terreinen. Uitwerking van deze aanbeveling is volgens het kabinet nu niet aan de orde. Het zou dan namelijk gaan om het meenemen van extra nationaal beleid, in die zin dat regels zouden worden gesteld die geen verband houden met de onderhavige communautaire regelgeving. Dit neemt niet weg dat los van de implementatie gezien kan worden of de reikwijdte en werkingssfeer van de gelijke behandelingswetgeving in een later stadium zoveel als mogelijk gestroomlijnd kan worden.

De Cgb wijst in haar advies op de toenemende complexiteit van de gelijke behandelingswetgeving en de groeiende verwevenheid van de verschillende terreinen en gronden. De ICER constateert dat met de voorgestelde wijzigingen in de Awgb, de verhouding tussen de Wet Gelijke Behandeling mannen en vrouwen (WGB) en de Awgb complex wordt. De WGB heeft als *lex specialis* voorrang op de Awgb. De Awgb is met betrekking tot de WGB aanvullend van aard voorzover het onderdelen betreft die wel in de Awgb zijn geregeld maar niet in de WGB. Door de voorgestelde wijzigingen in de Awgb zal, zoals ook de ICER aangeeft, tijdelijk de situatie ontstaan dat de Awgb in bepaalde opzichten op het terrein van de arbeid voor onderscheid op grond van geslacht een betere rechtsbescherming biedt tegen verboden onderscheid dan de WGB, terwijl oorspronkelijk het omgekeerde werd beoogd. Het kabinet wijst in dit kader op de totstandkoming van de richtlijn tot wijziging van de zogenoemde Tweede richtlijn gelijke behandeling van mannen en vrouwen, waarover in de Sociale Raad van 11 juni jl. een gemeenschappelijk standpunt is bereikt, die zal leiden tot wijziging van de WGB¹. Verder zal de Europese Commissie in 2002 komen met een richtlijnvoorstel voor de grond geslacht, gebaseerd op artikel 13 van het EG-Verdrag. Alsdan zal de hiervoor beschreven situatie worden opgeheven. Dit is tevens het moment waarop kan worden gezien of een integratie van de Awgb en de WGB wenselijk is.

Het kabinet zal, gelet op de ingrijpende wijzigingen die uit de kaderrichtlijn voortvloeien, het aanhangige wetsvoorstel Verbod op leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid vervangen door een nieuw wetsvoorstel Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs. Met dit nieuwe wetsvoorstel worden de bepalingen uit de kaderrichtlijn met betrekking tot de non-discriminatiegrond leeftijd geïmplementeerd.

Omdat eerder met de Tweede Kamer is afgesproken dat het wenselijk is dat het wetsvoorstel WGBH/CZ spoedig tot stand komt², zal implementatie van de kaderrichtlijn ten aanzien van de non-discriminatiegrond handicap in twee fasen geschieden. Dit betekent dat daar waar mogelijk, in het wetsvoorstel rekening wordt gehouden met de richtlijn, maar dat volledige implementatie in een later stadium plaatsvindt.

De ICER wijst in haar advies (zie paragraaf 4) op het grote belang van een goede onderlinge samenhang van de implementatiewetgeving. De ICER tekent aan dat het, gelet op het bestaan van overkoepelende EG-regelgeving, riskant is om de implementatie gefaseerd en via drie afzonderlijke wetgevingstrajecten tot stand te brengen. De ICER geeft om die reden in overweging de wetgeving zo op te zetten dat verschil in bewoordingen of betekenis van de gemeenschappelijke bepalingen in de drie wetsvoorstellen wordt voorkomen. Zoals de ICER aangeeft zijn er verschillende oplossingen denkbaar om dit te bereiken, waarbij de voorkeur van de ICER uitgaat naar opname van de non-discriminatiegronden handicap en leeftijd in de Awgb.

Het kabinet is het met de ICER eens dat het belang van een eenduidige implementatie zoveel mogelijk moet worden gewaarborgd. De voorge-

¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Council Directive 76/207/EEC; Brussel 7 juni 2000, (...); Com. (2000) 334 final, PbEG 2000, C 337, E/204.

² Kamerstukken II, 2000/01, 24 170, nr. 63.

schiedenis en de afspraken in het Regeerakkoord met betrekking tot de non-discriminatiegronden leeftijd en handicap leiden ertoe dat de implementatie van de richtlijnen via afzonderlijke wetgevingstrajecten geschiedt. De onderhavige notitie strekt ertoe de noodzakelijke eenduidigheid en consistentie bij de implementatie in de afzonderlijke wetgevingstrajecten te bewerkstelligen. Opnemings van de gronden leeftijd en handicap in de Awgb zou tot aanzienlijke vertraging leiden van de regeling van de genoemde onderwerpen hetgeen niet in overeenstemming is met de politieke urgentie en de daaromtrent gedane toezeggingen aan de Tweede Kamer. Dit neemt niet weg dat het kabinet het perspectief van een integrale regeling in de Awgb zal onderzoeken teneinde in een later stadium te bezien welke stappen hiertoe kunnen worden gezet. Aldus wordt het proces om tot (meer) integratie van deze complexe wetgeving te komen nu niet onnodig onder druk gezet in verband met de politieke urgentie van een wettelijke regeling voor de gronden leeftijd en handicap.

2. Het begrip gelijke behandeling

In deze paragraaf wordt een aantal aspecten van het in de richtlijn gehanteerde begrip discriminatie behandeld, te weten de uitwerking van het beginsel van gelijke behandeling (2.1), de begrippen direct en indirect onderscheid (2.2), objectieve rechtvaardiging (2.3), intimidatie (2.4) en opdracht tot discriminatie (2.5). Tot slot wordt een aantal overige opmerkingen gemaakt (2.6).

2.1 Uitwerking van beginsel van gelijke behandeling; discriminatie versus onderscheid

In artikel 2 lid 1 van de kaderrichtlijn en van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn wordt aangegeven dat onder het beginsel van gelijke behandeling wordt verstaan: «de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie» op basis van de in de richtlijnen genoemde gronden. De richtlijnen beogen daarmee discriminatie op de in de richtlijnen genoemde gronden te bestrijden. Sinds de totstandkoming van de Richtlijn van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (de Tweede richtlijn m/v), is dit de gebruikelijke terminologie in de gelijke behandelingsregelgeving op Europees niveau¹.

De ICER geeft aan dat het in het algemeen wenselijk is dat waar mogelijk wordt aangesloten bij het begrippenkader en de systematiek, als neergelegd in de Europese regelgeving, tenzij er belangrijke redenen zijn om af te wijken (aanwijzing 56 van de Aanwijzingen voor de regelgeving). Dit komt volgens de ICER de duidelijkheid en de rechtszekerheid ten goede.

Het kabinet geeft er om verschillende redenen de voorkeur aan om de systematiek en het begrippenkader van de Europeesrechtelijke regelgeving met betrekking tot de uitwerking van het beginsel van gelijke behandeling, niet over te nemen en vooralsnog vast te houden aan de nationale gelijke behandelingsterminologie.

In Nederland is er bij de implementatie van de Tweede richtlijn m/v (1976) in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) voor gekozen om het beginsel van gelijke behandeling uit te werken in een verbod van *onderscheid*². Het begrip onderscheid is als zodanig een neutraal begrip dat ziet op het rechtens relevante verschil dat iemand maakt (vgl. de definitie van het begrip onderscheid in artikel 1 Awgb). Bij de totstandkoming van de Awgb is aangesloten bij de WGB³. De nationale

¹ PbEG 1976 L 039.

² Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, Stb. 1980, nr. 86.

³ Kamerstukken II, 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 2–3.

gelijke behandelingswetgeving verbiedt elk onderscheid, tenzij hierop een wettelijke uitzonderingsgrond van toepassing is. Dit verbod van onderscheid dat zowel betrekking heeft op direct als op indirect onderscheid, heeft dezelfde strekking als de richtlijn: gelijke behandeling houdt in de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie. Implementatie van artikel 2 lid 1 van de richtlijnen is derhalve overbodig.

Er is in Nederland inmiddels geruime tijd ervaring opgedaan met het begrip «onderscheid». Uit de evaluatie van de Awgb blijkt geenszins dat het begrip onderscheid in de praktijk tot problemen leidt. De Cgb spreekt in haar advies expliciet een voorkeur uit voor de term «onderscheid». Hierbij wijst de Cgb er op dat het begrip «discriminatie» bij justitiabelen veelal ten onrechte de indruk wekt dat er sprake moet zijn van het bewust onderscheid maken en van een intentie tot benadeling. Vanuit dit perspectief doet het begrip «discriminatie» naar het oordeel van de Cgb afbreuk aan de effectiviteit van de gelijke behandelingswetgeving.

Voorts merkt het kabinet op dat het communautaire recht niet verplicht tot het overnemen van Europeesrechtelijke bewoordingen. Vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie EG geeft aan dat bij de omzetting van een richtlijn in nationaal recht niet noodzakelijkerwijs de bepalingen ervan formeel en woordelijk in specifieke bepalingen worden opgenomen; volstaan kan worden met een «algemene juridische context», mits deze daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn verzekert¹. In dit verband merkt het kabinet op dat noch uit Europese of nationale jurisprudentie noch van de zijde van de Europese Commissie op enigerlei wijze is gebleken dat deze vorm van implementatie ontoereikend zou zijn.

In het onder punt 1 genoemde onderzoek naar de mogelijkheid van een geïntegreerde Awgb zal worden bezien of het raadzaam is de bewoordingen van de richtlijnen op dit punt te volgen voor het hele terrein van de gelijke behandelingswetgeving en of dit consequenties heeft voor de systematiek.

2.2 Begrippen direct en indirect onderscheid

De definiëring van de begrippen directe en indirecte discriminatie in de richtlijnen wijkt af van de definiëring van de begrippen direct en indirect onderscheid in de Awgb.

Artikel 2, lid 2, onderdeel a, van de kaderrichtlijn en van de anti-rassen-discriminatie-richtlijn bepaalt dat er sprake is van 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. In artikel 1, onderdeel b, Awgb wordt direct onderscheid gedefinieerd als: onderscheid tussen personen op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Deze omschrijving van direct onderscheid stelt strikt genomen niet de eis van een «ongunstiger behandeling». Verder vereist de Awgb geen «vergelijkbare situatie», maar is in de systematiek van de Awgb ieder onderscheid op grond van één van de non-discriminatiegronden verboden, tenzij er sprake is van een wettelijke rechtvaardigingsgrond.

Artikel 2, lid 2, onderdeel b, aanhef van de kaderrichtlijn en van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn bepaalt dat er sprake is van indirecte discriminatie, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaald ras, godsdienst, levensovertuiging, handicap, leeftijd of hetero- of homoseksuele gerichtheid, in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt. In artikel 1 sub c Awgb wordt

¹ C-190/90 en C-59/89.

indirect onderscheid gedefinieerd als: «onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan die bedoeld in onderdeel b, dat direct onderscheid tot gevolg heeft». Deze definitie van indirect onderscheid komt materieel overeen met die in de richtlijnen. Hoewel de Awgb niet expliciet stelt dat er sprake moet zijn van benadeling, zal daarvan in de praktijk wel sprake zijn. Wil er sprake zijn van indirect onderscheid dan moet immers een op zich neutrale bepaling in een ongewenst effect resulteren, nl. ongerechtvaardigd onderscheid van iemand op een bepaalde grond.

Daarnaast spreken de richtlijnen over een «ogenschoonlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze» hetgeen in de Awgb wordt verwoord met onderscheid «op grond van andere hoedanigheden of gedragingen».

Bij de voorbereiding van deze notitie zijn de (theoretische en praktische) verschillen tussen de definiëring in de richtlijnen en de nationale gelijke behandelingswetgeving aan de orde geweest. Dat dit een bijzonder lastige kwestie is, laten de adviezen van de ICER en de Cgb ook zien. De ICER laat in het midden of het beschermingsniveau van de nationale regelgeving verder reikt dan dat van de richtlijnen ter zake. De Cgb geeft aan dat de overneming van de Europese omschrijving van directe discriminatie mogelijkwerijs tot een verlaging van het huidige beschermingsniveau kan leiden, maar spreekt zich niet uit over een mogelijk verschil in beschermingsniveau tussen de richtlijnen en de gelijke behandelingswetgeving ten aanzien van indirecte discriminatie c.q. indirect onderscheid.

Met het oog op de duidelijkheid en ter voorkoming van iedere mogelijke verlaging van het beschermingsniveau, acht het kabinet het wenselijk om de bestaande definities van direct en indirect onderscheid te handhaven.

De Cgb wijst er voorts op dat het wenselijk is om het begrip indirect onderscheid te verduidelijken. Uit de evaluatie van de Awgb blijkt dat de verwijzing naar direct onderscheid niet voor een ieder even duidelijk is. Het kabinet zal hierop terugkomen in het kabinetsstandpunt inzake de evaluatie van de Awgb.

2.3 Objectieve rechtvaardiging

De kaderrichtlijn en de anti-rassendiscriminatie-richtlijn verbieden indirecte discriminatie tenzij dit objectief te rechtvaardigen is. In artikel 2, lid 2 van de beide richtlijnen zijn de toetsingscriteria die in de EG-rechtspraak inzake geslacht worden gehanteerd, geëxpliciteerd: « (...) 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.»

Deze definitie wijkt af van artikel 2 lid 1 Awgb, waarin wordt bepaald: «Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet ten aanzien van indirect onderscheid dat objectief gerechtvaardigd is.» Het begrip «objectieve rechtvaardiging» wordt in dit artikel niet uitgewerkt.

Het kabinet is voornemens om de richtlijnbeoordeling inzake de objectieve rechtvaardiging over te nemen in de gelijke behandelingswetgeving. De bepaling komt als volgt te luiden:

«Het in deze wet neergelegde verbod van indirect onderscheid geldt niet indien het onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.»

De Cgb onderschrijft het voorstel om de objectieve rechtvaardigingstoets te expliciteren in de wet. Anders dan de Cgb acht het kabinet het niet

nodig om de onderdelen van deze toets nader uit te werken in de wettekst. Het vereiste van de legitimiteit houdt in dat het doel van de discriminerende handelwijze, maatregel of middel dient te beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de onderneming of aan een noodzakelijke doelstelling van sociaal beleid van een Lidstaat. Het legitimiteitsvereiste ziet zeker niet alleen op openbare orde-aspecten. Verder dient de handelwijze, maatregel of middel geschikt c.q. passend te zijn om het doel te bereiken. Dit is het vereiste van de doelmatigheid. Tot slot geldt het vereiste van de proportionaliteit, dat inhoudt dat de handelwijze, maatregel of middel noodzakelijk moet zijn om het doel te bereiken¹. In dit kader dient te worden vastgesteld of het doel wellicht met een andere, niet of minder onderscheid makend handelwijze, maatregel of middel is te bereiken.

2.4 Intimidatie

Artikel 2, lid 3 van de kaderrichtlijn en van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn bepalen dat intimidatie als een vorm van discriminatie in de zin van het eerste lid (van artikel 2) wordt beschouwd, indien er sprake is van ongewenst gedrag dat met een van de in de richtlijnen genoemde non-discriminatiegronden verband houdt, en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Het begrip intimidatie kan worden gedefinieerd in overeenstemming met de nationale wetgeving en praktijken van de lidstaten.

De huidige wetgeving biedt werknemers tot op zekere hoogte bescherming tegen (seksuele) intimidatie. Zo verplicht de Arbeidsomstandighedenwet werkgevers om een beleid te voeren ter voorkoming en bestrijding van seksuele intimidatie, agressie en geweld. De Arbeidsomstandighedenwet is primair gericht op de preventie van intimidatie. Voorts kan tegen intimidatie worden opgetreden op grond van het beginsel van goed werkgeverschap. De werknemer kan als slachtoffer van intimidatie verzoeken om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met toekenning van een vergoeding. In het kader van een onrechtmatige daadsactie kunnen slachtoffers van intimidatie schadevergoeding vorderen. Onder bepaalde omstandigheden en in bepaalde gevallen kan intimidatie onder de artikelen 137c tot en met 137f en artikel 429 quater van het Wetboek van Strafrecht vallen.

Met deze, onderling verschillende, wettelijke maatregelen zijn de richtlijnen echter niet voldoende geïmplementeerd. In de richtlijnen wordt intimidatie als een vorm van discriminatie beschouwd. Naar de mening van zowel het kabinet als de Cgb dient dit in het gelijke behandelingsrecht te worden uitgewerkt.

Het kabinet is voornemens om in de gelijke behandelingswetgeving een bepaling op te nemen die als volgt luidt:

1. Het in deze wet verboden onderscheid houdt mede in een verbod op intimidatie.
2. Onder intimidatie als bedoeld in het eerste lid wordt verstaan: gedrag dat met een van de in artikel genoemde gronden verband houdt en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.

Naar aanleiding van het advies van de Cgb wordt opgemerkt dat in de richtlijnen cumulatieve vereisten worden gesteld in de omschrijving van intimidatie. De zinsnede «en een bedreigende, vijandige, beledigende,

¹ Deze criteria zijn ook aangegeven in de toelichting op de Awgb (Kamerstukken II, 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 14), de wet Gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Kamerstukken II, 1987/88, 19 908, nr. 6, blz. 12) en de Wet van 3 juli 1986 Verbod van onderscheid naar arbeidsduur (Kamerstukken II, 1995/96, 24 498, nr. 3, blz. 13).

vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd» geeft het ernstige karakter van intimidatie weer.

Om te verduidelijken dat intimidatie een onderdeel is van de normstelling stelt de Cgb voor om intimidatie als nieuw lid in de normstellende bepaling dan wel in de definitiebepaling op te nemen. Het kabinet geeft er, gezien het specifieke karakter van intimidatie, de voorkeur aan om intimidatie in een afzonderlijke bepaling te regelen. De formulering van deze bepaling maakt voldoende duidelijk dat intimidatie onderdeel is van de normstelling. Het voordeel van een afzonderlijke bepaling voor intimidatie is dat zo beter tot uitdrukking kan worden gebracht dat het bij intimidatie per definitie gaat om verboden onderscheid. Met andere woorden, in geval van intimidatie kan op geen enkele uitzonderingsgrond een beroep worden gedaan.

2.5 Opdracht tot discriminatie

Artikel 2, lid 4 van de kaderrichtlijn en van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn bepalen dat het geven van een opdracht tot discriminatie moet worden beschouwd als discriminatie in de zin van deze richtlijnen.

Een dergelijke expliciete bepaling met betrekking tot het geven van een opdracht tot verboden onderscheid ontbreekt in de gelijke behandelingswetgeving. Daarom stelt het kabinet voor om de volgende bepaling op te nemen in de gelijke behandelingswetgeving:

«onderscheid: direct en indirect onderscheid alsmede de opdracht daartoe»

De Cgb verstaat onder het geven van een opdracht tot het maken van verboden onderscheid ook het gedogen of laten voortbestaan van een situatie of behandeling waarin sprake is van verboden onderscheid. Het kabinet deelt deze mening niet, aangezien het actief geven van een opdracht te onderscheiden is van het passief gedogen of laten voortbestaan van een situatie of behandeling waarin verboden onderscheid wordt gemaakt. Dit laat onverlet dat het gedogen of laten voortbestaan van een dergelijke situatie onder omstandigheden onder het verbod van onderscheid kan vallen.

2.6 Tot slot

De Cgb is van mening dat de verplichting tot het doen van redelijke aanpassingen, zoals geformuleerd in artikel 5 van de kaderrichtlijn, onderdeel vormt van de gelijke behandelingsnorm. De Cgb acht het wenselijk dat deze verplichting wordt opgenomen in de normstelling bij alle non-discriminatiegronden. Het kabinet wijst er in dit kader op dat artikel 5 van de kaderrichtlijn alleen ziet op de non-discriminatiegrond handicap. Uitbreiding naar andere gronden is daarom niet aan de orde.

Daarnaast heeft de Cgb opgemerkt dat het van belang is dat in de gelijke behandelingswetgeving wordt vastgehouden aan de kern van het huidige systeem, dat wil zeggen dat direct onderscheid alleen mogelijk is op basis van in de wet zelf opgenomen criteria. Het kabinet onderschrijft dit standpunt en is van mening dat de Cgb hierbij terecht de nuancering maakt dat variatie ten aanzien van verschillende non-discriminatiegronden mogelijk is. In het nieuwe wetsvoorstel Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs heeft het kabinet bijvoorbeeld, net als bij de Wet verbod op onderscheid naar arbeidsduur, gekozen voor een open systeem van uitzonderingsgronden.

3. Arbeidsomstandigheden

Artikel 3, eerste lid, onderdeel c van de kaderrichtlijn en van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn bepaalt dat de richtlijnen van toepassing zijn op het terrein van de arbeidsvoorwaarden. Hoewel de Nederlandse vertaling van de richtlijnen op dit onderdeel een andere indruk wekt, vallen ook de arbeidsomstandigheden onder de werkingssfeer van de richtlijnen. De Engelse en de Franse vertaling van de richtlijnen maken deze nuancering wel. Uit artikel 6, eerste lid, onderdeel a, van de kaderrichtlijn blijkt duidelijk dat ook arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden onder het bereik van de richtlijn vallen. Er bestaat derhalve voldoende zekerheid omtrent de reikwijdte van de richtlijnbevestiging en de daarmee samenhangende implementatieplicht.

In het kader van de implementatie van de richtlijnen acht het kabinet het noodzakelijk om in de beschrijving van de werkingssfeer van de gelijke behandelingswetgeving de arbeidsomstandigheden te expliciteren. Conform het voorstel van de ICER, zal de Europese Commissie worden geïnformeerd over bovengenoemde omissie in de Nederlandse vertaling van de richtlijn en zal een rectificatieprocedure worden overwogen.

4. Beroepsopleiding

Artikel 3, lid 1, onderdeel b van de kaderrichtlijn en van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn bepaalt dat de richtlijnen van toepassing zijn op alle vormen en alle niveaus van beroepsopleidingen. Met het begrip «beroepsopleiding» worden alle opleidingen voor een beroep die direct zijn gericht op toetreding tot of functioneren op de arbeidsmarkt, onder welke benaming dan ook onder de werkingssfeer van de richtlijnen gebracht. Dit betekent dat onder de reikwijdte van de richtlijnen vallen:

- a. het universitair onderwijs,
- b. het reguliere beroepsonderwijs (hoger en middelbaar),
- c. het praktijkonderwijs en
- d. het (beroeps)onderwijs voorafgaand aan of tijdens een arbeidsverhouding.

Het voorbereidend middelbaar beroepsonderwijs (vmbo) behoort daarentegen niet tot deze categorie, omdat het vmbo een voorportaal van het middelbaar beroepsonderwijs of de havo is.

Onder d valt het laten volgen van (beroeps)onderwijs, scholing en vorming voorafgaand aan of tijdens een arbeidsverhouding. Hiervan is sprake als een werkgever zijn werknemers laat bijscholen of als het arbeidsbureau een werkzoekende in aanmerking laat komen voor een sollicitatiecursus of een werkervaringsplaats.

Artikel 7, lid 1, onderdeel c van de Awgb heeft betrekking op instellingen die werkzaam zijn op het gehele onderwijsterrein. Daaronder wordt mede begrepen het beroepsonderwijs.

Het begrip «instellingen» in deze bepaling heeft een ruime betekenis. Volgens de memorie van toelichting op de Awgb wordt met dit begrip bedoeld op organisatorische verbanden die in de samenleving als eenheid optreden¹. Aan deze verbanden wordt in de Awgb niet de eis van rechtspersoonlijkheid gesteld. Een instelling kan zelf rechtspersoonlijkheid bezitten, maar kan ook uitgaan van een natuurlijk persoon of kan een juridisch onzelfstandig onderdeel (zonder rechtspersoonlijkheid) van een rechtspersoon zijn².

Aangezien onder het gehele onderwijsterrein ook het hier bedoelde beroepsonderwijs valt en gelet op het ruime begrip «instelling», hoeft deze bepaling in de Awgb niet aangepast te worden. De Cgb komt tot dezelfde conclusie.

¹ Kamerstukken II, 1990/91, 22 014, nr. 3.

² Kamerstukken I, 1992/93, 22 014, nr. 212 c.

In de Awgb is het beroepsonderwijs dat wordt gegeven tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding geregeld in artikel 5, lid 1, onderdeel e. De reikwijdte van deze bepaling is conform de werkingssfeer van de richtlijnen. Deze bepaling behoeft dan ook geen aanpassing.

In het nieuwe wetsvoorstel Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs en het wetsvoorstel WGBH/CZ, wordt in dezelfde bewoordingen als artikel 5, lid 1, onderdeel e Awgb, een bepaling opgenomen met betrekking tot het (beroeps)onderwijs dat wordt gegeven voorafgaand aan of tijdens een arbeidsverhouding. De kader-richtlijn vergt dat ook een bepaling inzake het reguliere beroepsonderwijs (het verlenen van toegang tot, het aanbieden van, het afnemen van toetsen tijdens en het afsluiten van beroepsonderwijs) in het wetsvoorstel wordt opgenomen. Gezien het belang van stroomlijning van wet- en regelgeving zullen in het nieuwe wetsvoorstel Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs en het wetsvoorstel WGBH/CZ bepalingen worden opgenomen met dezelfde strekking als artikel 5, lid 1, onderdeel e en artikel 7, lid 1, onderdeel c Awgb. De Cgb onderschrijft deze voorstellen.

5. Lidmaatschap werkgevers- en werknemersorganisaties en verenigingen van beroepsgenoten

Artikel 3, eerste lid, onderdeel d, van de kaderrichtlijn en van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn bepaalt dat het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of een organisatie van beroepsgenoten, waaronder de voordelen die deze organisaties bieden, onder de werkingssfeer van de richtlijnen vallen.

De richtlijnen doen geen afbreuk aan het recht van een ieder om een vereniging op te richten. Dit wordt in de kaderrichtlijn in overweging 5 aangegeven, in de anti-rassendiscriminatie-richtlijn in overweging 4. In de richtlijnen vindt wel een afbakening plaats van de vrijheid van verenigingen opzichte van het beginsel van gelijke behandeling. Dit leidt ertoe dat voor het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij werkgevers- of werknemersorganisaties of organisaties van beroepsgenoten het recht op gelijke behandeling zwaarder weegt.

Een samenstel van nationale en internationale bepalingen biedt al bescherming tegen onderscheid bij het lidmaatschap van werkgevers- of werknemersorganisaties of organisaties van beroepsgenoten. Hierbij kan in de eerste plaats gewezen worden op artikel 1 van de Grondwet. Daarnaast is de Awgb van belang. De Awgb geldt voor verenigingen voor zover zij deelnemen aan het maatschappelijk verkeer op de terreinen die onder de Awgb vallen. Zo verbiedt de Awgb het verbinden van gevolgen aan het (ontbreken van) een lidmaatschap van een organisatie van beroepsgenoten, bij voorwaarden voor, de toegang tot en de mogelijkheden tot uitoefening en ontplooiing binnen het vrije beroep. Een ander voorbeeld betreft verenigingen die goederen en diensten als bedoeld in artikel 7 Awgb aanbieden. De Awgb is van toepassing op verenigingen met een open en zakelijk karakter indien het lidmaatschap in feite niet meer inhoudt dan dat aan die leden een goed of dienst wordt aangeboden. Tot slot is het door Nederland geratificeerde ILO-verdrag nr. 87 van belang dat in artikel 2 vastlegt dat werknemers en werkgevers, zonder enig onderscheid, het recht hebben om zonder voorafgaande toestemming organisaties op te richten van hun eigen keuze, alsmede het recht daarvan lid te worden, op geen andere voorwaarde, dan dat zij zich naar de statuten van die organisaties zullen gedragen.

Hoewel het bovenstaande samenstel van (inter)nationale bepalingen in bepaalde mate bescherming biedt tegen ongelijke behandeling, kan niet volledig gegarandeerd worden dat hiermee de bescherming wordt geboden die de richtlijnen eisen. Het kabinet is daarom voornemens om in de gelijke behandelingswetgeving een bepaling op te nemen die als volgt luidt:

«Onderscheid is verboden bij het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of een vereniging van beroepsgenoten. Dit geldt ook voor de voordelen die voortvloeien uit het lidmaatschap van deze organisaties en verenigingen.»

De ICER onderschrijft de wenselijkheid van een wettelijke bepaling. De ICER merkt op dat nader onderzocht moet worden of ten aanzien van het verbod van onderscheid bij het lidmaatschap van en de betrokkenheid bij werkgevers- en werknemersorganisaties ook uitzonderingen kunnen worden geformuleerd die volgens de richtlijn mogelijk zijn. Het kabinet benadrukt dat de richtlijn geen inbreuk maakt op de vrijheid om een vereniging op te richten. De vrijheid om zich te verenigen naar een bepaalde doelgroep wordt niet beperkt. Het verbod van onderscheid ziet niet op de vrijheid om een vereniging op te richten die een bepaald doel nastreeft c.q. de belangen van een bepaalde doelgroep behartigt, maar uitsluitend op het lidmaatschap en de voordelen die voortvloeien uit een lidmaatschap. Dit betekent niet dat ieder onderscheid bij het lidmaatschap van werkgevers- en werknemersorganisaties verboden is. Naar aanleiding van de opmerking van de ICER, zal in het kader van de implementatiewetgeving worden nagegaan welke uitzonderingen kunnen worden geformuleerd die de richtlijn toelaat. Zo zal in dit geval (indirect) onderscheid wel toelaatbaar kunnen zijn, als er sprake is van een objectieve rechtvaardiging. Daarnaast is, zoals de Cgb heeft opgemerkt, onderscheid bij het lidmaatschap ook mogelijk indien voldaan wordt aan de vereisten met betrekking tot positieve actie (zie het onderdeel positieve actie onder 7).

6. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten

Artikel 4 van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn en artikel 4 lid 1 van de kaderrichtlijn bieden de lidstaten de ruimte om te bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met ras, godsdienst, levensovertuiging, handicap, leeftijd of hetero- of homoseksuele gerichtheid berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.

Blijkens overweging 18 van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn en overweging 23 van de kaderrichtlijn kan slechts in een zeer beperkt aantal omstandigheden een dergelijk verschil in behandeling gerechtvaardigd zijn. In de informatie die de lidstaten aan de Commissie verstrekken, moet aangegeven worden welke omstandigheden het betreft.

De kaderrichtlijn specificceert voor godsdienst of overtuiging verder in artikel 4 lid 2:

De lidstaten kunnen (...) bestaande nationale wetgeving handhaven of voorzien in toekomstige wetgeving waarin (...) bestaande nationale praktijken worden opgenomen die bepaalt, dat in het geval van kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, voor wat betreft de beroepsactiviteiten van deze organisaties een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging van een persoon geen discriminatie vormt, indien vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze

worden uitgeoefend de godsdienst of overtuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie.

Dit verschil in behandeling wordt toegepast met inachtneming van de grondwettelijke bepalingen en beginselen van de lidstaten en van de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, en mag geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen.

Mits de bepalingen van deze richtlijn voor het overige worden geëerbiedigd, laat deze richtlijn derhalve het recht van kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, onverlet om, handelend in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen, van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen.

Tenslotte is in artikel 2 lid 5 kaderrichtlijn – overigens niet ook in de anti-rassendiscriminatie-richtlijn – een zeer algemeen geformuleerde rechtvaardigingsclausule opgenomen die als volgt luidt:

«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.»

In artikel 2 lid 4 Awgb is voor wat betreft ras een uitzonderingsbepaling opgenomen. Het bepaalt dat het verbod van onderscheid op grond van ras niet geldt in gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn.

Volgens de memorie van antwoord wordt hierbij vooral gedacht aan de werving van acteurs respectievelijk modellen voor toneel, film, televisie, fotografie en andere kunst- of cultuuruitingen¹.

Het kabinet is van mening dat de bepaling de toets aan artikel 4 van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn kan doorstaan. Wel verdient het aanbeveling de algemene formulering in het verlengde van de richtlijn als volgt aan te scherpen «Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid op grond van ras geldt niet in gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.

De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en het beginsel van scheiding van kerk en staat hebben geleid tot opnemings van artikel 3 Awgb dat bepaalt dat deze wet niet van toepassing is op rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag en op het geestelijk ambt.

Voor zover het om arbeidsverhoudingen gaat (met bijvoorbeeld een kosten) geeft artikel 4 lid 2 kaderrichtlijn de bevoegdheid arbeidsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt uit te zonderen van de werkingssfeer van de richtlijn, zij het dat een verschil in behandeling geen op een andere grond gebaseerde discriminatie mag rechtvaardigen (slot van artikel 4 lid 2, eerste alinea). Voorts valt te wijzen op de «vangnetbepaling» van artikel 2 lid 5 kaderrichtlijn, waarbij de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging van kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag onder de rechten en vrijheden van derden begrepen moeten worden.

¹ Kamerstukken II, 1991/92, 22 014, nr. 5.

Het verbod van onderscheid bij de arbeid bevat in artikel 5 lid 2 onder a, b en c Awgb de zogenoemde «enkele feit constructies». Bedoeld verbod laat onverlet :

- a. de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat;
- b. (..)
- c. de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om eisen te stellen over de vervulling van een functie, die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

Deze «enkele feit constructies» worden afgedekt door artikel 4 lid 2 van de kaderrichtlijn. Ter ondersteuning is in overweging 24 van de kaderrichtlijn het volgende opgenomen: (24) De Europese Unie heeft in de aan de Slotakte van het Verdrag van Amsterdam gehechte Verklaring nr. 11 betreffende de status van kerken en niet-confessionele organisaties uitdrukkelijk verklaard de status die kerken en religieuze verenigingen en gemeenschappen volgens het nationale recht in de lidstaten hebben, te eerbiedigen en daaraan geen afbreuk te doen en evenzeer de status van levensbeschouwelijke en niet-confessionele organisaties te eerbiedigen. In dit verband kunnen de lidstaten specifieke bepalingen handhaven of vaststellen inzake de wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereisten die voor de uitoefening van een beroepsactiviteit kunnen worden verlangd.

De enkele feit constructie komt ook voor in artikel 7 Awgb. Dit artikel verbiedt onderscheid te maken bij het aanbieden van goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake, alsmede bij het geven van advies of voorlichting over school- of beroepskeuze. Artikel 7 lid 2 Awgb regelt de uitzondering op het in het eerste lid geformuleerde verbod van onderscheid, met het oog op bijzonder onderwijs, waarbij de enkele feit constructie wordt gehanteerd. Het betreft hier niet het verrichten van arbeid in een onderwijsinstelling, maar het volgen van onderwijs. Deze uitzondering valt derhalve niet onder de bescherming van artikel 4 lid 2, maar wordt gedekt door de algemene rechtvaardigingsgrond van artikel 2 lid 5 van de kaderrichtlijn. Zie ook overweging 1 kaderrichtlijn (en overweging 2 van de anti-rassen-discriminatie-richtlijn) , waarin art. 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie wordt aangehaald, waarin het grote belang van de grondrechten uit het EVRM als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht is uitgedrukt. In dit verband is artikel 2 van het eerste protocol bij het EVRM van belang dat het recht op onderwijs regelt. Hierin wordt bepaald dat bij de uitoefening van alle functies die de Staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt, de Staat het recht van ouders eerbiedigt om zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen. Daarnaast dient de Europese Gemeenschap volgens de artikelen 149 lid 1 en 150 lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de inhoud en de opzet van het (beroeps)onderwijs volledig te eerbiedigen, alsmede hun culturele en taalkundige verscheidenheid.

Samenvattend leidt de bovenstaande paragraaf met betrekking tot wezenlijke en bepalende beroepsvereisten tot een implementatievoorstel ten aanzien van artikel 2 lid 4 Awgb, dat als volgt komt te luiden:

«Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid op grond van ras geldt niet in gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.»

Aldus wordt artikel 2 lid 4 Awgb aangescherpt in het licht van artikel 4 van de anti-rassendiscriminatie richtlijn.

Voor het overige concludeert het kabinet dat de specifieke Awgb-bepalingen in overeenstemming zijn met artikel 4 juncto artikel 2 lid 5 van de kaderrichtlijn.

7. Positieve actie

Artikel 7 lid 1 van de kaderrichtlijn en artikel 5 van de anti-rassendiscriminatie richtlijn bepalen dat het beginsel van gelijke behandeling niet belet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen verband houdende met één van de in de richtlijnen genoemde non-discriminatiegronden te voorkomen of te compenseren.

De kaderrichtlijn en de anti-rassendiscriminatie richtlijn staan derhalve positieve actie toe ten aanzien van alle non-discriminatiegronden waarop de richtlijnen betrekking hebben, te weten: ras, godsdienst, levensovertuiging, handicap, leeftijd en hetero- of homoseksuele gerichtheid.

De Nederlandse wetgeving staat uitsluitend positieve actie toe voor de non-discriminatiegronden ras en geslacht. Artikel 2 lid 3 Awgb bepaalt: «Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet, indien het onderscheid tot doel heeft vrouwen of personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te vermindern en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.» Voorts zijn voor de non-discriminatiegrond geslacht overeenkomstige bepalingen opgenomen in artikel 7:646 lid 4 Burgerlijk Wetboek en in artikel 5 lid 1 WGB. In Nederland is «voorkeursbeleid» de gangbare term om het bovengenoemde aan te duiden. Voorkeursbeleid dient te worden onderscheiden van algemeen sociaal beleid van de overheid (bijvoorbeeld het emancipatiebeleid of het ouderenbeleid) gericht op de verbetering van de positie van bepaalde groepen. Waar positieve actie een beperking kent in de tijd, geldt dit voor sociaal beleid minder. Bovendien biedt het sociaal beleid vaak voorzieningen aan de desbetreffende doelgroep, waarmee men in de gelegenheid wordt gebracht op gelijke wijze te participeren. Dit wordt eveneens opgemerkt door de Cgb.

Naar het zich thans laat aanzien verkeren (alleen) vrouwen, personen behorend tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep en personen met een handicap of chronische ziekte in een structurele achterstandspositie. Daarom bestaat er op dit moment voor het kabinet geen aanleiding artikel 2 lid 3 Awgb uit te breiden met de andere in de richtlijnen genoemde non-discriminatiegronden. In het wetsvoorstel Gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte zal een bepaling omtrent positieve actie ten aanzien van personen met een handicap of chronische ziekte worden opgenomen. De Cgb onderschrijft deze keuzes. De ICER merkt in dit kader op dat tegen deze beleidskeuze vanuit Europeesrechtelijk perspectief geen bezwaar bestaat.

De ICER adviseert om de bestaande nationale bepalingen inzake positieve actie te vervangen door of aan te vullen met de eisen die daaraan blijkens de richtlijnen worden gesteld en daarmee zoveel mogelijk bij de bewoordingen van de Europese regelgeving aan te sluiten. Het kabinet onderschrijft dit advies van de ICER.

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat artikel 141 lid 4 van het EG-Verdrag de basis vormt voor positieve actie op grond van geslacht. De formulering van dit artikel wijkt iets af van artikel 7 van de kaderrichtlijn. De verhouding tussen artikel 141 lid 4 van het EG-Verdrag en artikel 7 van de kaderrichtlijn zal nader worden bestudeerd.

8. Bewijslastverdeling

Artikel 10 van de kaderrichtlijn en artikel 8 van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn verplichten de lidstaten om in hun rechtssysteem maatregelen op te nemen om ervoor te zorgen dat, wanneer personen zich door niet-toepassing te hunnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeeld achten, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. Deze verplichting is niet van toepassing op strafprocedures.

De bepalingen inzake de verdeling van de bewijslast in de kaderrichtlijn en de anti-rassendiscriminatie-richtlijn zijn grotendeels gelijk aan die in de EG-richtlijn inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht (Richtlijn 97/80/EG). De zogenoemde Bewijslastrichtlijn is op 1 januari 2001 geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving¹. Gezien het belang van uniformiteit in wet- en regelgeving is het kabinet voornemens om bij de implementatie van de kaderrichtlijn en de anti-rassendiscriminatie-richtlijn aan te sluiten bij de bovengenoemde wet.

Conform artikel 10, vierde lid van de kaderrichtlijn en artikel 8, vierde lid van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn, zal de regeling inzake de verdeling van de bewijslast ook gelden voor groepsacties als bedoeld in artikel 3:305a BW en artikel 1:2, derde lid van de Algemene wet bestuursrecht.

In aansluiting bij bovengenoemde wet zal geen gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid die de richtlijnen bieden om procedures waarbij de verplichting tot onderzoek van de feiten berust bij de rechtbank of de bevoegde instantie uit te zonderen. Hiermee wordt ook de verdeling van de bewijslast met betrekking tot discriminatiezaken bij de bestuursrechter in ambtenarenzaken wettelijk geregeld. De ICER onderschrijft dit uitgangspunt en merkt in dit kader op dat het bovenstaande bij de non-discriminatiegrond geslacht in dit praktijk niet tot problemen heeft geleid.

Het kabinet is voornemens om ter zake van de verdeling van de bewijslast de volgende bepaling op te nemen in de gelijke behandelingswetgeving:

- «1. Indien degene die meent dat te zijnen nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in deze wet, in rechte feiten aanvoert die dat onderscheid kunnen doen vermoeden, dient de wederpartij te bewijzen dat niet in strijd met deze wet is gehandeld.
2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing op vorderingen als bedoeld in artikel 305a van het Burgerlijk Wetboek en op beroepen ingesteld door belanghebbenden in de zin van artikel 1:2, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

¹ Op 1 januari 2001 is in werking getreden de Wet van 13 december 2000 tot wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en van Titel 10 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van de EG-richtlijn inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht.

Ook de Cgb kan zich vinden in de bovenstaande voorstellen. Het kabinet merkt tot slot nog op dat de Cgb en de ICER terecht opmerken dat in bovengenoemde bepaling de term «nadeel» wordt gebruikt. Deze terminologie sluit aan bij de implementatie van de eerder genoemde Bewijslastrichtlijn, waarin deze term ook wordt gehanteerd.

9. Victimisatie

Artikel 11 van de kaderrichtlijn en artikel 9 van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn verplichten de lidstaten om in hun rechtssysteem maatregelen op te nemen ter bescherming van personen die betrokken zijn geweest bij klachten of procedures inzake gelijke behandeling.

De kaderrichtlijn beschermt werknemers in het algemeen tegen victimisatie door de werkgever. De victimisatiebepaling heeft betrekking op zowel de gediscrimineerde werknemer als andere werknemers die bijvoorbeeld optreden als getuige. De anti-rassendiscriminatie-richtlijn heeft een bredere werkingssfeer en beschermt niet alleen werknemers maar natuurlijke personen in het algemeen voor zover intimidatie plaats vindt binnen de werkingssfeer van de richtlijn. Verder vergen de richtlijnen niet alleen bescherming tegen ontslag, maar ook tegen «andere nadelige behandeling of nadelige gevolgen».

In de Awgb is de bescherming tegen victimisatie neergelegd in artikel 8, eerste lid. Deze bepaling biedt de gediscrimineerde werknemer bescherming tegen ontslag wegens de omstandigheid dat hij in of buiten rechte een beroep heeft gedaan op artikel 5 Awgb. Het artikel voorziet echter niet in de bescherming van andere werknemers noch in de bescherming tegen andere vormen van benadeling.

Daarnaast brengt het beginsel van «goed werkgeverschap» (artikel 7:611 BW) met zich mee dat een werknemer niet mag worden achtergesteld vanwege de omstandigheid dat hij een beroep heeft gedaan op non-discriminatiebeginselen.

Een getuige van discriminatie die om die reden ontslagen wordt, kan een juridische actie starten wegens de kennelijke onredelijkheid van de opzegging (artikel 7:681 BW). Daarnaast kan een benadeelde een beroep doen op strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (artikel 6:162 BW). Ook kan worden gesteld dat degene die gevolgen verbindt aan het feit dat iemand, al dan niet namens een ander, een beroep heeft gedaan op het verbod van onderscheid, zich gedraagt in strijd met de eisen van de redelijkheid en de billijkheid.

Gelet op de inhoud van de richtlijn acht het kabinet het noodzakelijk dat in het Nederlandse gelijke behandelingsrecht een ruimere bepaling inzake victimisatie wordt opgenomen.

Het kabinet stelt voor om ter zake van de victimisatie-bescherming de volgende bepaling op te nemen in de gelijke behandelingswetgeving:

«Het is verboden om personen te benadelen wegens het feit dat zij in of buiten rechte een beroep hebben gedaan op deze wet of ter zake bijstand hebben verleend».

Artikel 8, eerste lid, Awgb, dat voorziet in een specifieke sanctie op victimisatie-ontslag zal bij de implementatie van de richtlijnen worden afgestemd op de voorgestelde algemene bepaling inzake victimisatie.

Het voorstel van de Cgb om de voorschriften met betrekking tot victimisatie samen te brengen in één bepaling is niet overgenomen. Het kabinet

geeft de voorkeur aan een algemene victimisatiebepaling die van toepassing is op alle terreinen van de gelijke behandelingswetgeving met daarnaast specifieke sanctiebepalingen die betrekking hebben op een bepaald terrein.

Tot slot merkt het kabinet op dat in het kader van de implementatie van de richtlijnen in de Awgb nader zal worden gezien in hoeverre de victimisatiebepaling van toepassing dient te zijn op de non-discriminatiegronden die niet zijn opgenomen in de richtlijnen, maar wel in de Awgb. De Cgb dringt er in haar advies op aan om alle non-discriminatiegronden onder de voorgestelde victimisatiebescherming te brengen.

10. Naleving richtlijn

In artikel 16, onder a, van de kaderrichtlijn en artikel 14, onder a van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn wordt bepaald dat wetgeving in strijd met het beginsel van gelijke behandeling moet worden afgeschaft.

De implementatie van deze bepalingen leidt ertoe dat artikel 4, onder c, Awgb niet in stand kan blijven. Artikel 4, onder c, Awgb laat ieder onderscheid dat wordt gemaakt op grond van voorafgaand aan de Awgb tot stand gekomen wetgeving onverlet.

Het kabinet is gestart met een inventarisatie van wetgeving die in strijd is met de richtlijnen. Deze inventarisatie is gesplitst in drie delen. Ten aanzien van de non-discriminatiegronden leeftijd en handicap wordt in het kader van respectievelijk het wetsvoorstel Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs en het wetsvoorstel WGBH/CZ geïnventariseerd welke wetgeving in strijd is met de kaderrichtlijn. Met betrekking tot de in de Awgb genoemde non-discriminatiegronden vindt een soortgelijke inventarisatie plaats in het kader van de wijziging van de Awgb in verband met de implementatie van de richtlijnen. Wetgeving in strijd met de richtlijnen zal binnen de implementatieperiode van de richtlijnen worden aangepast.

11. Sancties

Artikel 17 van de kaderrichtlijn en artikel 15 van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn bevatten een standaard sanctioneringsbepaling die de lidstaten verplicht om vast te stellen welke sancties gelden voor overtredingen van de ter uitvoering van de richtlijnen vastgestelde nationale bepalingen en maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat deze sancties worden toegepast. De sancties, die ook het betalen van schadevergoeding aan het slachtoffer kunnen omvatten, moeten doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn.

Soortgelijke verplichtingen zijn ook voorzien in de richtlijnen betreffende discriminatie op grond van geslacht.

In Nederland wordt overtreding van het verbod van onderscheid voor een deel gesanctioneerd via specifieke bepalingen in de gelijke behandelingswetgeving. Voor het overige worden de rechtsgevolgen van rechtshandelingen die in strijd zijn met het verbod van onderscheid bepaald door het algemeen vermogensrecht, althans voorzover bijzondere regels, bijvoorbeeld op het terrein van het arbeidsovereenkomstenrecht niet van toepassing zijn.

Artikel 8 Awgb bepaalt dat een beëindiging van de arbeidsverhouding door de werkgever die in strijd is met artikel 5 Awgb vernietigbaar is. Ook het zogenoemde victimisatieontslag van de werknemer die in of buiten rechte een beroep doet op artikel 5 Awgb is vernietigbaar. In de toekomst

zal ook het victimisatieontslag van andere werknemers dan de gediscrimineerde vernietigbaar zijn (zie paragraaf 9). Artikel 9 Awgb bepaalt dat bedingen in strijd met de Awgb nietig zijn. In het nieuwe wetsvoorstel Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroeps- onderwijs en het wetsvoorstel WGBH/CZ zullen vergelijkbare bepalingen worden opgenomen.

Indien de werkgever aansprakelijk wordt geacht, is hij verplicht de schade te vergoeden. Het kan hierbij zowel gaan om vermogensschade als om immateriële schade. Voorts kan worden gedacht aan gebods- of verbods- acties.

In niet-contractuele verhoudingen kan een beroep worden gedaan op artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). Tot slot is het onder omstandig- heden mogelijk om een beroep te doen op het Wetboek van Strafrecht. Op basis van het bovenstaande is het kabinet van mening dat met de huidige wettelijke sanctiemogelijkheden aan de richtlijnen wordt voldaan.

De Cgb benadrukt het belang van een effectief handhavingsapparaat. Het voorstel om de Cgb de bevoegdheid te geven om bij niet naleving van de inlichtingenplicht een boete op te leggen, verdient geen navolging. Nu de Cgb niet als een onafhankelijke rechter kan worden aangemerkt, volgt dwingend uit artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mensen en de fundamentele vrijheden, dat tegen een beslissing van de Cgb om een dergelijke boete op te leggen beroep bij een rechter zou moeten open staan. Uit artikel 14, vijfde lid, van het Inter- nationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten volgt boven- dien dat daarna in beginsel nog hoger beroep mogelijk zou moeten zijn. Dit zou betekenen dat over een incident in de procedure bij de Cgb een procedure in twee instanties bij de rechter zou kunnen worden gevoerd, met alle vertraging van dien. Voorts past een bevoegdheid als hier bedoeld ook niet goed in ons rechtsstelsel: noch de Nederlandse rechter, noch bijvoorbeeld de Nationale ombudsman beschikt over een dergelijke bevoegdheid.