

Vergaderjaar 2001–2002

28 187

Implementatie van richtlijnen inzake gelijke behandeling**A****ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 31 augustus 2001 en het nader rapport d.d. 13 december 2001, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, van Justitie, van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen en de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 19 juli 2001, no.01.003490, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, A. E. Verstand-Bogaert, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, de Minister van Justitie, de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen en de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt een 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.

Ter uitwerking van artikel 13 van het EG-Verdrag zijn op 19 juli 2000 en op 2 december 2000 respectievelijk in werking getreden:¹

- richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (anti-rassendiscriminatie-richtlijn), welke richtlijn uiterlijk op 2 december 2003 door de lidstaten geïmplementeerd dient te zijn; en*
- richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep ter bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid (kaderrichtlijn), welke richtlijn uiterlijk op 19 juli 2003 geïmplementeerd dient te zijn.²*

¹ In 2002 wordt een voorstel verwacht tot wijziging van richtlijn 76/207/EEG (gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de arbeid).

² Met betrekking tot discriminatie op grond van leeftijd en handicap geldt zo nodig een extra termijn van drie jaar vanaf 2 december 2003.

³ Dit wetsvoorstel zal naar verwachting in oktober 2001 bij de Raad aanhangig worden gemaakt.

*De implementatie van deze richtlijnen zal leiden tot een voorstel tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb)³ en heeft geleid tot de bij de Raad van State aanhangig gemaakte wetsvoorstellen *Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs* (no.W12.01.0319/IV) en *Gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte* (no.W13.01.0332/III).*

Voorzover de implementatie onderwerpen betreft die de voorgenomen wijziging van de Awgb en beide genoemde wetsvoorstellen gemeen hebben, in het bijzonder het begrip discriminatie, objectieve rechtvaardiging, intimi-

datie, positieve actie, bewijslastverdeling, victimisatie en sancties, zijn de consequenties daarvan voor de wetsvoorstellen in hun onderlinge samenhang bestudeerd en als leidraad neergelegd in een kabinetsnotitie. «In verband met de juridische complexiteit van de materie» is deze notitie op 11 juli 2001 ter advisering aan de Raad voorgelegd.

In de notitie worden de opvattingen van het kabinet weergegeven; daarbij wordt ingegaan op de adviezen van de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER)¹ en de Commissie gelijke behandeling (Cgb).² De kabinetsnotitie is zonder enige vraagstelling aan de Raad voorgelegd. Het college heeft gemeend het advies te moeten richten op twee belangrijke keuzen van wetgevingsbeleid die in de notitie worden gemaakt: ten aanzien van de wijze van implementatie en van het al dan niet overnemen van het begrip discriminatie. Waar de notitie aangeeft hoe het kabinet zich voorstelt, ter implementatie van beide richtlijnen wetgeving op het gebied van discriminatie op grond van leeftijd, handicap en ras uit te werken, stelt de Raad zich voor over die onderwerpen te adviseren aan de hand van de daarop betrekking hebbende wetsvoorstellen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 19 juli 2001, nr. 01.003490, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake de bovenvermelde notitie rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 31 augustus 2001, nr. W12.01.0337/IV bied ik U hierbij aan.

De Raad van State heeft het advies op de betreffende notitie gericht op twee belangrijke keuzen van wetgevingsbeleid die in de notitie worden gemaakt: de wijze van implementatie (1) en het begrip discriminatie (2).

1. Wijze van implementatie

De ICER gaat ervan uit dat aanpassing van de Awgb het kader vormt voor de wetsvoorstellen met betrekking tot leeftijd en handicap, en acht het gewenst om de implementatie van de richtlijnen in de Awgb als eerste ter hand te nemen. Naar haar oordeel wordt een eenduidige implementatie het meest gewaarborgd door een constructie waarin ook de gronden leeftijd en handicap in de Awgb worden opgenomen.

Met de ICER en de Cgb is het kabinet van mening dat alle non-discriminatiegronden uniform dienen te worden uitgewerkt, ook al zou daarvoor meer regelgeving nodig zijn dan voor implementatie-sec als bedoeld in aanwijzing 337 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar). Integrale regeling van gelijke behandeling, in de Awgb, acht het kabinet echter (nog) niet aan de orde.³ Voor verschillende gronden blijven afzonderlijke wetgevingstrajecten voor het kabinet een politiek gegeven. Met betrekking tot leeftijd en handicap is dat in het regeerakkoord afgesproken.

De Raad is niet overtuigd door de argumentatie die wordt gegeven om af te wijken van het advies van de ICER, en ontraadt implementatie via drie afzonderlijke wetgevingstrajecten. Waarom opnemng van de non-discriminatiegronden leeftijd en handicap in de Awgb tot aanzienlijke vertraging zou leiden, is de Raad, zeker ook gelet op de implementatietermijn voor beide richtlijnen, niet duidelijk. Evenmin maakt de notitie duidelijk waarom implementatie van de kaderrichtlijn ten aanzien van de non-discriminatiegrond handicap gefaseerd⁴ dient te geschieden. De notitie maakt melding van politieke urgentie en afspraken in het regeerakkoord, maar geeft geen inhoudelijke argumenten voor implementatie in afzonderlijke wettelijke regelingen. De Raad wijst er verder op dat ook de aangekondigde wijziging van richtlijn 76/207/EEG (tweede richtlijn gelijke behandeling) en de evaluatie van de Awgb zullen (kunnen) noodzaken tot wijziging van deze wet, en wellicht tot integratie van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) in de Awgb. De mededeling in de notitie dat het kabinet het perspectief van een integrale regeling in de Awgb op termijn zal onderzoeken teneinde in een later stadium te bezien welke stappen hiertoe kunnen worden gezet, acht de Raad te vrijblijvend.

De Raad beveelt aan als eerste de aanpassing van de Awgb ter hand te nemen, en om daarbij als inzet te nemen dat ook de gronden leeftijd en handicap/chronische ziekte in deze wet worden opgenomen. Alleen indien dan zou blijken van de onmogelijkheid van dat laatste, zou er reden zijn voor afzonder-

¹ Advies van 22 juni 2001 (ICER 2001/54a).

² Commentaar van 2 juni 2001.

³ Paragraaf 1, derde alinea.

⁴ Paragraaf 1, zesde alinea.

De Raad ontraadt implementatie van de richtlijnen via drie afzonderlijke wetgevingstrajecten. De Raad beveelt aan als eerste de aanpassing van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) ter hand te nemen en daarbij als inzet te nemen dat ook de gronden leeftijd en handicap/chronische ziekte in deze wet worden opgenomen. De Raad merkt daarbij op dat alleen indien dan zou blijken van de onmogelijkheid van dat laatste, er reden zou zijn voor afzonderlijke wetgeving ten aanzien van de gronden leeftijd en handicap. Dit advies van de Raad sluit aan bij het advies van de Interdepartementale Commissie voor Europees Recht over de betreffende notitie. Er zij op gewezen dat ten aanzien van de non-discriminatiegronden leeftijd en handicap in Nederland al afzonderlijke wetgevingsinitiatieven waren ondernomen of in voorbereiding waren voordat EG-richtlijnen tot stand kwamen. De voorgeschiedenis van deze wetgevingsinitiatieven 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.

Bij de voorbereiding van deze wetsvoorstellen is de kwestie van al dan niet opnemen in de Awgb ook aan de orde geweest. Daarbij is, evenals bij de totstandkoming van de Awgb, overwogen dat de gronden leeftijd en handicap van een andere aard zijn dan de in de Awgb opgenomen non-discriminatiegronden zoals ras en geslacht. Zo is leeftijd aangemerkt als een niet bij voorbaat verdacht criterium voor onderscheid. Dit geldt evenzeer voor «gehandicapt zijn» (Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, blz. 16–17). Het bijzondere karakter van de non-discriminatiegrond leeftijd wordt weerspiegeld in het systeem van uitzonderingsgronden. Voorts verschilt de werkingssfeer van het wetsvoorstel terzake van de non-discriminatiegrond leeftijd van die van de Awgb. Deze argumenten zijn in diverse Kamerstukken verwoord en hebben ten grondslag gelegen aan de keuze voor het huidige wetsvoorstel inzake leeftijd (zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, blz. 17–18; Kamerstukken II 1997/98, 25 677, nr. 5, blz. 8; Kamerstukken II 1999/00, 26 880, nr. 6, blz. 9).

Met betrekking tot de non-discriminatiegrond handicap heeft het kabinet in haar reactie op het rapport «gehandicapt(en)recht» en in de voortgangsrapportage over het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte gekozen voor afzonderlijke wetgeving (Kamerstukken II 1996/97, 24 710, nr. 27, blz. 7; Kamerstukken II 1999/00, 24 710, nr. 55, blz. 7). Bij deze non-discriminatiegrond vormt het treffen van doeltreffende aanpassingen een wezenlijk onderdeel van de materiële uitwerking van het verbod op onderscheid. Ook ten aanzien van deze non-discriminatiegrond verschilt de werkingssfeer van het betreffende wetsvoorstel van die van de Awgb. Deze argumenten hebben ten grondslag gelegen aan de keuze voor het huidige wetsvoorstel inzake handicap/chronische ziekte.

De door de Raad aan de orde gestelde opneming van de gronden leeftijd en handicap in de Awgb vergt, gelet op de hiervoor aangegeven specifieke kenmerken van deze non-discriminatiegronden, nauwkeurig onderzoek. Dit kan leiden tot aanzienlijke vertraging van de wetgevingstrajecten. Gelet op de politieke urgentie en de aan de Tweede Kamer gedane toezeggingen acht het kabinet de door de Raad geadviseerde heroverweging thans niet opportuun. Dit neemt niet weg dat onder verantwoordelijkheid van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, in overleg met de medeverantwoordelijke bewindslieden, een onderzoek zal plaatsvinden naar de vraag of en zo ja, op welke wijze de door de Raad van State bepleite integratie in de Awgb mogelijk en wenselijk is. Indien uit dit onderzoek mocht blijken dat integratie in de Awgb aangewezen is, zal dat leiden tot een nieuw wetgevingsinitiatief dat de integratie zal bewerkstelligen.

Het kabinet onderschrijft volledig het belang van een eenduidige implementatie. De implementatienotitie heeft tot doel de noodzakelijke eenduidigheid en consistentie bij de implementatie in de afzonderlijke wetgevingstrajecten te bewerkstelligen. Daarmee wordt aan de bedoelingen van de Raad tegemoet gekomen.

2. Het begrip discriminatie

De begrippen «onderscheid» en «discriminatie» worden niet altijd correct gebruikt. In zijn advies over het Twaalfde Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) heeft de Raad van State van het Koninkrijk aangegeven wat het verschil tussen deze twee termen is. Het maken van onderscheid op welke grond dan ook is, als dat onderscheid niet objectief en redelijk gerechtvaardigd kan worden, een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel, het beginsel dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. Van discriminatie is sprake als onderscheid wordt gemaakt op bepaalde gronden. Onder deze gronden plegen menselijke eigenschappen of kenmerken van een specifiek, elementair karakter te worden genoemd, dat wil zeggen: eigenschappen of kenmerken waarvan in het geheel geen afstand kan worden gedaan, of eigenschappen of kenmerken waarvan geen afstand kan worden gedaan zonder de eigen persoonlijkheid te beschadigen.¹ Deze terminologie is gebruikelijk in mensenrechtenverdragen² en is ook terug te vinden in artikel 1 van de Grondwet.

Sinds de totstandkoming van de WGB in 1980 wordt het beginsel van gelijke behandeling in Nederland systematisch en terminologisch anders uitgewerkt dan in Europese richtlijnen op grond van artikel 13 van het EG-Verdrag. In deze richtlijnen wordt steeds gesproken over discriminatie; in Nederlandse wetgeving zijn deze begrippen nooit gebruikt, maar wordt steeds gesproken over onderscheid. Met deze termen beoogt de Nederlandse wetgever overigens wel een ten minste gelijkwaardig normatief effect.

In de kabinetsnotitie wordt ten aanzien van de geschetste verschillen opgemerkt dat deze bij de voorbereiding van de notitie aan de orde zijn geweest en dat dit een bijzonder lastige kwestie is. De meningen zijn verdeeld. De Cgb adviseert geen gebruik te maken van de term discriminatie, omdat dit begrip naar haar mening 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, door de weerstand die het bij veel normadressaten oproept, afbreuk aan de effectiviteit van de gelijke behandelingswetgeving, aldus de Cgb. Tegelijk erkent zij echter dat het begrip indirect onderscheid niet duidelijk genoeg is. De ICER daarentegen wijst op aanwijzing 56 Ar en adviseert tot verdere aansluiting van implementatiewetgeving bij de Europeesrechtelijke opzet en bewoordingen.³ Zij acht dat mogelijk zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het huidige beschermingsniveau. Het kabinet houdt, met de Cgb, vast aan de afwijkende Nederlandse opzet en uitgangspunten, met als argument dat overnemen van het begrip discriminatie mogelijkerwijs leidt tot een verlaging van het huidige beschermingsniveau.

In paragraaf 2.1 van de notitie wordt op zichzelf terecht opgemerkt dat het communautaire recht niet verplicht tot het overnemen van Europeesrechtelijke bewoordingen bij implementatie mits de volledige toepassing van richtlijnen daadwerkelijk is verzekerd. Dat neemt niet weg dat, naar het oordeel van de Raad, zeker op een terrein als het onderhavige, gelijkheid van terminologie van eminente betekenis is. Gelet op de rol van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bij de uitleg van deze terminologie, is afwijking van die terminologie risicovol te achten. Daarbij komt dat het in het geval van eventuele toekomstige Europese richtlijnen met betrekking tot discriminatie voor Nederland steeds moeilijker zal worden om met een eigen, afwijkende terminologie steeds goed te blijven aansluiten bij de Europese regelgeving. De notitie kiest niettemin voor het voortzetten van het gebruik van een afwijkende terminologie, met als argument dat aansluiting bij de bewoordingen en systematiek van de onderhavige richtlijnen afbreuk zou kunnen doen aan het beschermingsniveau dat door de thans geldende gelijke behandelingswetgeving wordt geboden. Dit argument wordt echter op geen enkele wijze gestaafd, en kan dan ook niet overtuigen als een reden die afwijking van de terminologie van de richtlijn kan rechtvaardigen. Zo er al sprake zou zijn van een dergelijke afbreuk, staat het de Nederlandse wetgever overigens vrij om te voorzien in aanvullende bepalingen, waardoor het beschermingsniveau ten minste op hetzelfde niveau wordt gehandhaafd. De Raad wijst erop dat de term discriminatie allerm minst vreemd is in de Nederlandse rechtsorde. Zo komt deze term voor in artikel 1 van de Grondwet en in artikel 90quater en de artikelen 137c en volgende van het Wetboek van Strafrecht, alsmede in de in noot 9 genoemde internationale verdragen.

¹ Advies van 11 juni 2001, no.W02.01.0094/II/K, punt 3a.

² Artikel 26 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten; artikel 14 EVRM.

³ Deze aanbeveling van de ICER heeft tevens betrekking op de bepalingen inzake positieve actie.

De term «discriminatie» is bovendien nauwkeuriger dan de term «onderscheid», nu de verschillende richtlijnen telkens betrekking hebben op discriminatie op grond van menselijke eigenschappen of kenmerken van een specifiek, elementair karakter. De term sluit dus beter aan bij de terminologie in mensenrechtenverdragen en in artikel 1 van de Grondwet.

De Raad adviseert bij implementatie het begrip discriminatie te hanteren. Sedert de totstandkoming van de Wet gelijke behandeling (Wgb) in 1980 is evenwel het beginsel van gelijke behandeling uitgewerkt in het begrip onderscheid. Het communautaire recht verplicht niet tot het overnemen van Europeesrechtelijke bewoordingen bij implementatie mits de volledige toepassing van de richtlijn daadwerkelijk is verzekerd. De Raad is evenwel van mening dat dit niet wegneemt dat gelijkheid van terminologie van eminente betekenis is en dat afwijking van de terminologie risicovol is te achten. De Raad is van mening dat het voor Nederland steeds moeilijker zal worden om met een eigen, afwijkende terminologie steeds goed te blijven aansluiten bij de Europese regelgeving. De Raad geeft echter niet aan waaruit deze problemen zouden kunnen bestaan. Noch uit de Europese of nationale jurisprudentie noch van de zijde van de Europese Commissie is op enigerlei wijze gebleken dat deze wijze van implementatie ontoereikend zou zijn. Evenmin is gebleken dat het gebruik van het begrip onderscheid in de Nederlandse wetgeving in de praktijk tot problemen heeft geleid. Gedurende 21 jaren zijn goede ervaringen opgedaan met deze terminologie. Het kabinet acht het daarom onwenselijk om de bestaande terminologie thans alleen voor de hier aan de orde zijnde non-discriminatiegronden te heroverwegen. Wel zal in het onder punt 1 genoemde onderzoek naar de mogelijkheid van een geïntegreerde Awgb 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.

De Raad adviseert bij implementatie het begrip discriminatie te hanteren. Hij meent dat de thans geëntameerde implementatie een uitstekende gelegenheid is om de terminologie te harmoniseren.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, de Minister van Justitie, de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen en de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, verzoeken goed te vinden dat de hierbij gevoegde notitie aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt aangeboden.

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