

Vergaderjaar 2002–2003

28 770

## 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)

A

### ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 16 augustus 2002 en het nader rapport d.d. 20 januari 2003, aangeboden aan de Koningin door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de minister van Justitie, de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de minister 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 16 mei 2002, no. 02.002296, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de Minister van Justitie, de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, A. E. Verstand-Bogaert, de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen en de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting houdende 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).*

*Het wetsvoorstel strekt tot implementatie van de beide EG-richtlijnen op het terrein van gelijke behandeling in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). De regering heeft er daarbij tevens voor gekozen om de elementen die de twee richtlijnen toevoegen aan het wettelijk systeem tegen discriminatie, ook in te voeren voor de discriminatiegronden die niet door de richtlijnen worden bestreken.<sup>2</sup>*

*In het wetsvoorstel worden het systeem en de terminologie van de Awgb zoveel mogelijk gehandhaafd; nieuwe begrippen in de richtlijnen worden daarentegen woordelijk in de Awgb overgenomen, zonder nadere uitwerking. De Raad van State plaatst kanttekeningen bij de gekozen methode van implementatie en is van oordeel dat het voorstel in verband daarmee nader dient te worden overwogen.*

*De regering heeft in de aanbiedingsbrief enkele vragen aan de Raad gesteld. Deze vragen worden beantwoord in de punten 3b en 5.*

*In bijlage I bij dit advies is schematisch aangegeven hoe de twee richtlijnen zich verhouden tot de Awgb.*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

<sup>2</sup> Paragraaf 3 (Wijze van implementatie in de Awgb), vierde en vijfde tekstblok, van de toelichting.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 16 mei 2002, nr. 02.002296, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermeld voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 16 augustus 2002, nr. W04.02.0209/l, bied ik u hierbij aan.

De Raad van State heeft zijn advies op het betreffende wetsvoorstel gericht op de voortgang bij de implementatie van gelijkebehandelingsrichtlijnen (1), de wijze van implementatie: algemeen (2), de werkingssfeer (3), de uitzonderingen op het verbod van discriminatie (4), intimidatie (5) en de positieve actie (6).

*1. Voortgang bij de implementatie van gelijkebehandelingsrichtlijnen  
In het jaar 2000 heeft de Raad van de Europese Gemeenschappen twee richtlijnen op het gebied van de gelijke behandeling vastgesteld:*

- *een richtlijn inzake het beginsel van gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afstamming (anti-rassendiscriminatie-richtlijn);*
- *een richtlijn inzake gelijke behandeling bij arbeid en beroep op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid (hierna: de kaderrichtlijn).<sup>1</sup>*

*De implementatie, en de voorbereiding daarvan, verlopen in afzonderlijke trajecten, en in fasen. In 2001 heeft de Raad adviezen uitgebracht over:*

- *een notitie met een aantal vraagpunten over de manier waarop de twee richtlijnen het beste kunnen worden geïmplementeerd (de implementatienotitie). In dat advies beperkte de Raad zich tot twee belangrijke keuzen van wetgevingsbeleid die in de notitie worden gemaakt;<sup>2</sup>*
- *een wetsvoorstel inzake gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid;*
- *een wetsvoorstel inzake gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte.*

*Met de twee wetsvoorstellen werd een begin gemaakt met de implementatie van de kaderrichtlijn; gekozen werd voor het tot stand brengen van afzonderlijke wetten voor de discriminatiegronden handicap en leeftijd, naast de Awgb. De implementatie van de twee richtlijnen zou verder plaatsvinden in een wetsvoorstel dat hoofdzakelijk zou strekken tot wijziging van de Awgb, zo werd aangekondigd. Dat wetsvoorstel ligt nu voor.*

*Daarmee is het verhaal echter nog niet af:*

- *In zijn advies over de implementatienotitie heeft de Raad geadviseerd, de richtlijnen volledig te implementeren in de Awgb en niet te kiezen voor twee afzonderlijke wetsvoorstellen. De regering heeft deze aanbeveling voorsnog niet overgenomen, maar wel een onderzoek aangekondigd naar de vraag of uitvoering van de aanbeveling van de Raad mogelijk en wenselijk is. In dat onderzoek zal ook worden bekeken of de term «onderscheid» in de Awgb moet worden vervangen door de richtlijnterm «discriminatie», zoals de Raad eveneens had aanbevolen. Dit onderzoek kan leiden tot nieuwe wetgeving.<sup>3</sup>*
- *Het kabinet kondigt in de toelichting een aparte nota aan over de vraag hoe inzake positieve actie de richtlijnbevestigingen het beste kunnen worden geïmplementeerd.<sup>4</sup> Dit punt wordt onder punt 6 van dit advies inhoudelijk besproken.*
- *De anti-rassendiscriminatie-richtlijn is onder meer van toepassing op «sociale voordelen». Het kabinet wil nader onderzoek doen naar de vraag welke (andere) vormen van eenzijdig overheids-handelen onder de Awgb moeten worden gebracht.<sup>5</sup>*
- *In de nieuwe kabinetsperiode zal de vraag moeten worden beantwoord of samenvoeging van de Awgb en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de rede ligt.<sup>6</sup>*
- *Onlangs is de evaluatie van de Awgb afgerond,<sup>7</sup> met een kabinetsstandpunt van 12 juli 2002. Dit kan leiden tot een afzonderlijk wetsvoorstel.<sup>8</sup> Blijkens het kabinetsstandpunt is de implementatieproblematiek bij de evaluatie in beginsel buiten beschouwing gelaten.<sup>9</sup>*

*1. Voortgang bij de implementatie van gelijkebehandelingsrichtlijnen  
De Raad geeft een correct overzicht van de wijze waarop de regering de implementatie, en de voorbereiding daarvan, van de kaderrichtlijn en de anti-rassendiscriminatie-richtlijn ter hand heeft genomen. Ten gevolge van de totstandkoming en wijziging van Europese richtlijnen op het gebied van gelijke behandeling, maar ook naar aanleiding van de evaluatie van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) (Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1) wordt de gelijkebehandelingswetgeving op een aanzienlijk aantal punten aangepast of herzien in de komende periode.*

<sup>1</sup> Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, PbEG L 180; richtlijn 2000/78/EG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, PbEG L 303.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 170, B, 28 169, B, en 28 187, A, punt 1.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A; paragraaf 3 (Wijze van implementatie in de Awgb), laatste twee tekstblokken, van de toelichting.

<sup>4</sup> Toelichting op artikel I, onderdeel E, onder 2.

<sup>5</sup> Toelichting op artikel I, onderdeel L, vijfde tekstblok.

<sup>6</sup> Paragraaf 6 (Nieuwe richtlijnen met betrekking tot de grond geslacht) van de toelichting.

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1.

<sup>8</sup> Paragraaf 7 (Relatie met de evaluatie van de Awgb) van de toelichting.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr.1, blz. 5.

Op het onderzoek naar de vraag of uitvoering van de aanbeveling van de Raad, om over te gaan op een integrale aanpak van implementatie in de Awgb, mogelijk en wenselijk is, zal het kabinet onder punt 2 (Wijze van implementatie: algemeen) nader ingaan. Daarbij wordt ook aandacht geschonken aan de vraag of de term «onderscheid» in de Awgb moet worden vervangen door de richtlijnterm «discriminatie». De nota over de vraag hoe inzake positieve actie de richtlijnbevestigingen het beste kunnen worden geïmplementeerd komt onder punt 6 (Positieve actie) aan de orde.

Het onderzoek naar de opportuniteit van het onder de Awgb en andere gelijkebehandelingswetgeving brengen van (meer) vormen van eenzijdig overheids-handelen, aangekondigd in het kabinetsstandpunt over de evaluatie van de Awgb (Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1, p.17), zal aan de orde komen bij de voorbereiding van het voorstel voor de in het vooruitzicht gestelde Evaluatiewet Awgb.

## *2. Wijze van implementatie: algemeen*

*Zoals uit het voorgaande blijkt, verloopt de implementatie van de twee richtlijnen gefragmenteerd en gefaseerd, en vergt het, mede vanwege het wachten op de uitkomsten van nadere onderzoeken, nog de nodige tijd voordat zij geheel zal zijn voltooid. Uit het oogpunt van de transparantie en overzichtelijkheid van de implementatie voor alle betrokkenen plaatst de Raad opnieuw vraagtekens bij de gekozen aanpak.*

*Verder merkt het college op dat in het wetsvoorstel telkens lijkt te worden gezocht naar een vorm van implementatie waarbij de bestaande structuur en tekst van de Awgb zoveel mogelijk worden gehandhaafd. Dit verschijnsel doet zich voor bij verschillende elementen van het wetsvoorstel:*

- bestaande bepalingen over de reikwijdte van de Awgb worden zoveel mogelijk gehandhaafd, ook als dat betekent dat de formuleringen in de Awgb niet goed aansluiten bij de richtlijnen (zie de punten 3a, 3c en 6 van dit advies);*
- bepalingen in de anti-rassendiscrimiatierichtlijn die noodzaken tot uitbreiding van de reikwijdte van de Awgb worden letterlijk overgenomen in de Awgb, ook als de richtlijnterminologie, waar zij wordt gekenmerkt door een zekere vaagheid, gediend zou zijn met nadere uitwerking (zie de punten 3b en 3d van dit advies);*
- de uitzonderingen op het verbod van ongelijke behandeling in de Awgb zijn anders van opzet dan de uitzonderingen in de richtlijnen, maar worden niettemin gehandhaafd (zie punt 4 van dit advies).*

*De Raad heeft al eerder gewaarschuwd voor de risico's van het implementeren van richtlijnen in al bestaande wetgeving: het risico is dat onzekerheid ontstaat over de uitleg en toepassing van de nationale regelgeving en dat daardoor de inzichtelijkheid van de implementatie niet wordt bevorderd.<sup>1</sup> In zijn advies over de implementatienotitie benadrukte de Raad dat gelijkheid van terminologie bij implementatie van eminente betekenis is. Gelet op de rol van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) bij de uitleg van deze terminologie, is afwijking van die terminologie risicovol te achten, zo stelde de Raad.<sup>2</sup>*

*De Raad wijst er voorts nog op dat in het kabinetsstandpunt evaluatie Awgb uitdrukkelijk wordt vermeld dat de implementatieproblematiek in beginsel buiten beschouwing is gebleven. De conclusies in dat verslag, in het bijzonder de tevredenheid over het gesloten stelsel van de Awgb gebaseerd op het neutrale begrip «onderscheid»,<sup>3</sup> kunnen dan ook niet dienen als een argument om vast te houden aan een, ten opzichte van de richtlijnen, eigen opzet en terminologie van de Awgb.*

*Het college signaleert een discrepantie tussen de EG-richtlijnen en de Nederlandse wetgeving, die door het onderhavige wetsvoorstel alleen maar wordt bestendigd en verder versterkt. Hoe langer met de Nederlandse wetgeving, met daarin het neutrale begrip «onderscheid» in plaats van «discriminatie», een eigen weg wordt begaan, des te moeilijker zal het worden om op enig moment alsnog congruentie te bewerkstelligen tussen de Nederlandse wetgeving en de EG-richtlijnen.*

*De Raad acht een geïntegreerde aanpak van de implementatie dringend gewenst. Hij adviseert daarom de implementatieproblematiek opnieuw te bezien, en alsnog over te gaan tot een geïntegreerde aanpassing van de Awgb, zodanig dat deze uit een oogpunt van systematiek en terminologie zo direct*

<sup>1</sup> Punt 4 van het advies van 30 november 1999 over het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit prijsaanduiding goederen 1980 (implementatie richtlijn nr.98/6/EG), no.W10.99.0509/II, Bijvoegsel Stcrt. 11 april 2000, nr. 72.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 170, B, 28 169, B, en 28 187, A, punt 2.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1, blz. 5 en 14.

*mogelijk aansluit bij de richtlijnen. In verband daarmee verdient het verder aanbeveling de aangekondigde onderzoeken als hiervoor, in punt 1, genoemd, zo uit te voeren dat de uitkomsten daarvan al zoveel mogelijk kunnen worden betrokken bij de verdere behandeling van het thans voorliggende wetsvoorstel.*

## 2. Wijze van implementatie: algemeen

Het vorige kabinet is eind 2001 tot het oordeel gekomen dat de eerder uitgezette koers langs drie gescheiden wetgevingstrajecten diende te worden vervolgd. Dit blijkt uit de nadere rapporten van het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Kamerstukken II 2001/02, 28 170, B) en van het wetsvoorstel inzake gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte (Kamerstukken II 2001/02, 28 169, B). De voorgeschiedenis van de wetsvoorstellen inzake gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte en op grond van leeftijd bij de arbeid, de afspraken uit het toenmalige regeerakkoord alsmede het belang dat door regering en parlement wordt gehecht aan de spoedige totstandkoming van wetgeving met betrekking tot de non-discriminatiegronden leeftijd en handicap hebben tot deze afweging geleid.

Voor het huidige kabinet ontbreekt bijkans elke ruimte om binnen de implementatietermijn van de richtlijnen tot een andere afweging te komen en daaraan uitvoering te geven. Bij zijn aantreden was het wetsvoorstel inzake gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte reeds door de Tweede Kamer aanvaard en lag het wetsvoorstel inzake gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid in die Kamer al gereed voor plenaire behandeling. Het thans voorliggende voorstel voor een EG-Implementatiewet Awgb, waarmee de beide richtlijnen voor het overige worden geïmplementeerd, dient vóór 19 juli 2003 in werking te treden. Het alsnog voor die datum integreren van alle drie wetsvoorstellen in de Algemene wet gelijke behandeling is praktisch gesproken onhaalbaar.

Op langere termijn is er wel ruimte voor integratie. De Tweede Kamer heeft in juli 2002 bij de behandeling van het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte met algemene stemmen een motie Mosterd c.s. (Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 23) aangenomen, waarin wordt uitgesproken dat de gelijke behandeling van gehandicapten en chronisch zieken op zo kort mogelijke termijn onder de Algemene wet gelijke behandeling moet worden gebracht. Naar aanleiding van deze motie heeft de Staatssecretaris van VWS, mede namens de meest betrokken bewindspersonen, de Tweede Kamer bij brief van 11 december 2002 (Kamerstukken II 2002/03, 28 169, nr. 30) geïnformeerd over het tijdspad dat zal worden gevolgd om te komen tot een integratiewet en over de condities die hierbij gelden. Kan aan die condities worden voldaan, dan zou een voorstel voor een integratiewet bij benadering een half jaar na vaststelling van het onderhavige wetsvoorstel en het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte bij de Raad van State ter advisering aanhangig kunnen worden gemaakt. Staatssecretaris Phoa van SZW heeft zich hierbij aangesloten en mede namens de meest betrokken bewindspersonen, in een brief van 12 december 2002 (kenmerk: AV/IR/02/96 716) aan de Tweede Kamer bericht dat voor het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid hetzelfde wetgevingstraject kan worden gevolgd, met inachtneming van vergelijkbare condities.

De Raad merkt op dat in het wetsvoorstel telkens lijkt te worden gezocht naar een vorm van implementatie waarbij de bestaande structuur en tekst van de Awgb zoveel mogelijk worden gehandhaafd. De Raad noemt een aantal voorbeelden. Onder de punten 3 (werkingsfeer), 4 (uitzonderingen op het verbod van discriminatie) en 6 (positieve actie) zal hierop worden ingegaan.

De Raad adviseert – in lijn met zijn eerdere adviezen – bij implementatie het begrip discriminatie te hanteren. Sedert de totstandkoming van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgb m/v) 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. Dat zal na aanvaarding van het voorliggende wetsvoorstel het geval zijn; het kabinet acht de bestaande terminologie mede daarom geheel richtlijnconform.

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. Sinds 1980 zijn goede ervaringen opgedaan met deze terminologie.

De herhaalde adviezen van de Raad van State om de richtlijnterminologie over te nemen, hebben wel aanleiding gegeven voor het principebesluit dat de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in overleg met de betrokken bewindspersonen zal bezien of en zo ja, wanneer nader onderzoek wordt gedaan naar de opportuniteit van een andere terminologie. Daarbij dient te worden bedacht dat een eventuele wijziging van de terminologie zich dient uit te strekken tot de gehele gelijkebehandelingswetgeving en op dezelfde datum in werking zal moeten treden. Een andere aanpak zou grote bezwaren ontmoeten vanuit een oogpunt van consistentie, transparantie en inzichtelijkheid van de wetgeving.

### 3. Werkingssfeer

*In dit punt komt aan de orde hoe de maatschappelijke gebieden waarvoor de richtlijnen gelden worden geïmplementeerd in het wetsvoorstel.*

*a. De richtlijnen verbieden discriminatie «bij de toegang tot beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding en omscholing, met inbegrip van praktijkervaring».<sup>1</sup> Volgens de bij de toelichting gevoegde transponeringstabel wordt dit verbod al gedekt door de geldende tekst van de Awgb: deze wet verbiedt onderscheid bij «het laten volgen van onderwijs, scholing en vorming tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding».<sup>2</sup>*

*De bewoordingen in de Awgb wijken tekstueel af van de richtlijnbeplating en wekken ten minste twijfel of de richtlijn volledig wordt gedekt, al is het maar omdat de bepaling vooral geschreven lijkt te zijn om discriminatie door de werkgever te voorkomen. Het verdient de voorkeur zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de formulering van de richtlijn. De Raad adviseert daartoe.*

*b. In het nieuwe artikel 7a Awgb wordt onderscheid op grond van ras verboden bij «sociale bescherming, daaronder begrepen de uitvoering van regelingen op het gebied van de sociale zekerheid, en sociale voordelen». De bepaling strekt tot uitvoering van bepalingen in de anti-rassendiscriminatie-richtlijn.<sup>3</sup> De termen sociale bescherming, sociale zekerheid en sociale voordelen worden letterlijk ontleend aan de richtlijn. Het wetsvoorstel werkt deze begrippen niet uit, maar bepaalt wel dat zij nader kunnen worden omschreven bij algemene maatregel van bestuur.*

*De regering heeft de Raad op dit punt twee vragen voorgelegd:*

- Welke ruimte is er voor de Nederlandse wetgever om deze begrippen nader in te vullen?*
- Moet invulling plaatsvinden in de Awgb of kan dit op het niveau van een algemene maatregel van bestuur?*

*Wat betreft de eerste vraag wijst de Raad op de vaste rechtspraak van het HvJ EG dat de wijze van implementatie van een richtlijn zo moet worden gekozen dat de richtlijn binnen de nationale rechtsorde haar volle werking zal hebben. De implementatie dient voorts te voldoen aan de eis van rechtszekerheid en derhalve te worden vervat in interne bepalingen met een dwingend karakter. Om deze redenen is er niet alleen ruimte om begrippen van een te implementeren richtlijn nader in te vullen, maar bestaat er zelfs een verplichting om dat te doen, voorzover dat noodzakelijk is om de volle werking van de richtlijn binnen de nationale rechtsorde te verzekeren. De Raad meent dat dit het geval is bij de termen «sociale bescherming», «regelingen op het gebied van de sociale zekerheid» en «sociale voordelen». Bij de nadere invulling van deze begrippen dient de wetgever doel en strekking van de richtlijn en relevante jurisprudentie van het HvJ EG steeds nauwkeurig in acht te nemen. Op de tweede vraag is het antwoord dat het gemeenschapsrecht geen eisen stelt aan het niveau waarop regels worden vastgesteld, zolang maar de volle werking van de richtlijn wordt verzekerd. Wel is de status en rechtskracht van*

<sup>1</sup> In beide richtlijnen artikel 3, eerste lid, onderdeel b.

<sup>2</sup> Artikel 5, eerste lid, onderdeel e, Awgb, verletterd van e tot f. Het element «beroepskeuzevoorlichting» valt onder artikel 7, eerste lid, aanhef, Awgb.

<sup>3</sup> Artikel 3, eerste lid, onderdelen e en f. Het verbod tot discriminatie in de gezondheidszorg wordt geïmplementeerd in het reeds bestaande artikel 7, eerste lid, Awgb.

een formeelwettelijke regeling groter dan die van een algemene maatregel van bestuur, vooral in verhouding tot bestaande of toekomstige regelgeving. Juist omdat het in het onderhavige geval gaat om richtlijnen die beogen rechten aan particulieren te verlenen, is het van belang de implementatie zoveel mogelijk in de vorm van de formele wet te gieten. Een en ander komt er volgens het college op neer dat de invulling van de begrippen in hoofdzaak in de Awgb zelf dient te geschieden; gelet op het algemene karakter van de wet zou in dit geval de nadere uitwerking – de toepassing van de aldus opgenomen nadere invulling op de verschillende casusposities – ook krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur kunnen geschieden.

In de toelichting wordt een en ander gezegd over de inhoud van de drie vage termen.<sup>1</sup> Opmerking verdient dat bij de passage over het begrip sociale zekerheid geen melding wordt gemaakt van de loondoorbetalingsplicht van de werkgever bij ziekte van de werknemer.<sup>2</sup> Het past in het systeem van de richtlijn om deze verplichting onder «sociale zekerheid» te rekenen, nu de richtlijn niet beperkt is tot sociale uitkeringen die door de overheid worden verstrekt.

Overigens valt het op dat de richtlijn discriminatie verbiedt met betrekking tot sociale zekerheid; artikel 7a Awgb verbiedt alleen onderscheid bij de uitvoering van regelingen op het gebied van sociale zekerheid. Dat is te beperkt. De Raad adviseert het wetsvoorstel op deze punten aan te passen.

c. De anti-rassendiscriminatie-richtlijn verbiedt discriminatie op grond van ras, zowel in de overheidssector als in de particuliere sector door alle personen, met betrekking tot gezondheidszorg en onderwijs.<sup>3</sup> Volgens de transponeringstabel strekt het nu geldende artikel 7, eerste lid, Awgb tot implementatie van deze bepalingen.

Artikel 7 schiet echter op twee punten tekort:

- artikel 7 verbiedt, anders dan de richtlijn, alleen het maken van onderscheid bij – kort gezegd – het aanbieden van goederen of diensten, het sluiten van overeenkomsten terzake, en beroepskeuzevoorlichting;
- artikel 7 verbiedt alleen het maken van onderscheid door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van gezondheidszorg of onderwijs. Dat betekent bijvoorbeeld dat de zelfstandig gevestigde arts of leraar niet onder het verbod valt.

De Raad adviseert op beide punten zoveel mogelijk aan te sluiten bij de formulering van de richtlijn.

d. De anti-rassendiscriminatie-richtlijn verbiedt discriminatie bij «de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, met inbegrip van huisvesting».<sup>4</sup> Volgens de toelichting op het wetsvoorstel kan worden gedacht aan de activiteiten van intermediaire bedrijven en (overheids-) organisaties, die bemiddelen en informeren terzake van het aanbod van dergelijke goederen en diensten.<sup>5</sup> Deze omschrijving is naar het oordeel van de Raad te beperkt. Het gaat immers om alle goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, waarmee alleen een beperking geldt voor goederen en diensten die niet publiekelijk beschikbaar zijn. De Raad adviseert de toelichting aan te passen op dit punt.

### 3. Werkingssfeer

a. Het kabinet acht het verbod om onderscheid te maken bij de toegang tot het beroepsonderwijs met name gedekt door onderdeel c van artikel 7, eerste lid, van de Awgb en niet alleen door artikel 5, eerste lid, onderdeel e, waarnaar de Raad verwijst. Volgens artikel 7 is onderscheid verboden «bij het aanbieden van goederen of diensten..., alsmede bij het geven van advies of voorlichting over school- of beroepskeuze, indien dit geschiedt door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van ...onderwijs». Met het in artikel 7 bedoelde aanbieden van onderwijs wordt ook de toegang tot het onderwijs in ruime zin bedoeld. Het ruime begrip onderwijs omvat bijvoorbeeld beroepsopleiding, scholing en vorming. Dit betekent dat onder het aanbieden van onderwijs de in artikel 3, onderdeel b, van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn bedoelde toegang tot alle vormen en alle niveaus van beroepsopleiding, voortgezette beroepsopleiding en omscholing, met inbegrip van praktijkervaring, valt. In het huidige artikel 5 van de Awgb worden de begrippen scholing en vorming naast het begrip onderwijs genoemd om onduidelijkheden te

<sup>1</sup> Toelichting op artikel I, onderdeel L.

<sup>2</sup> Artikel 629 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>3</sup> Artikel 3, eerste lid, onderdelen e en g.

<sup>4</sup> Artikel 3, eerste lid, onderdeel h.

<sup>5</sup> Toelichting op artikel I, onderdeel K.

voorkomen. Met de voorgenomen aanscherping van artikel 7 in het kader van artikel 3, eerste lid, onderdeel h, van de anti-rassendiscriminatie richtlijn, waarbij het verlenen van toegang expliciet onder het eerste lid van artikel 7 wordt gebracht, zal hierover in het geheel geen misverstand meer kunnen bestaan (artikel 1, onderdeel K).

De Raad stelt dat de formulering van artikel 5 Awgb vooral lijkt te wijzen op het voorkomen van de discriminatie door de werkgever. Het gaat echter om de samenhang tussen artikel 5 en 7 van de Awgb. Artikel 7 richt zich tot degene die het onderwijs verleent, terwijl artikel 5 bepaalt dat onderscheid bij het laten volgen van onderwijs (door bijvoorbeeld een werkgever of de Centra voor Werk en Inkomen) verboden is. Beide bepalingen richten zich derhalve tot verschillende normadressaten (zie ook Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, blz. 38 en Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 3, blz. 23) en beogen een non-discriminatoire toegang tot het (beroeps)onderwijs, scholing en vorming te garanderen. De Awgb behoeft op dit punt naar de mening van het kabinet dan ook geen aanpassing om de volledige werking van de richtlijn bepalingen op dit punt te verzekeren.

b. Zoals de regering in de memorie van toelichting heeft aangegeven, biedt de richtlijn op het punt van de betekenis van de begrippen «sociale bescherming», «sociale zekerheid» en «sociale voordelen» voor de rechtspraktijk slechts een relatief beperkte duidelijkheid. De begrippen zijn niet nader gedefinieerd in de richtlijn of in andere Europese regelgeving. Ze worden wel gehanteerd in diverse Europese documenten en ingevuld door de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. In de memorie van toelichting zijn voor zover dit op dit moment mogelijk is, de begrippen «sociale bescherming», «sociale zekerheid» en «sociale voordelen» omschreven. De huidige omschrijvingen lenen zich echter niet voor omzetting in een wettelijke definitie. Aangezien voor de verzekering van een volle werking van de richtlijn, de mogelijkheid van invulling van de genoemde begrippen wenselijk en op grond van EG-jurisprudentie ook nodig kan zijn, wordt de in het tweede lid van artikel 7a voorgestelde delegatiebepaling gehandhaafd. Afhankelijk van de verdere rechtsontwikkeling en de behoeften van de praktijk zal van de voorgestelde omschrijvingsbevoegdheid gebruik kunnen worden gemaakt. Bij algemene maatregel van bestuur zullen de bovengenoemde begrippen dan worden omschreven. Daarmee zal voldoende ruimte bestaan om aan te kunnen sluiten bij de interpretatie die het Hof van Justitie eventueel aan deze begrippen gaat geven.

De Raad merkt op dat in de memorie van toelichting bij de passage over het begrip sociale zekerheid geen melding wordt gemaakt van de loondoorbetalingsplicht van de werkgever bij ziekte van de werknemer. Vanuit de internationale optiek valt de loondoorbetalingsplicht bij ziekte onder het begrip sociale zekerheid. In Nederland ziet men dit als een onderdeel van de arbeidsvoorwaarden. De verplichting is immers opgenomen in het Burgerlijk Wetboek en niet in een sociale zekerheidswet. Het gaat hier om een bepaling van dwingend recht die werkgevers geen ruimte laat voor het maken van onderscheid. Daarnaast valt loondoorbetaling bij ziekte onder het verbod van onderscheid bij de arbeidsvoorwaarden zoals opgenomen onder artikel 5, lid 1 sub d Awgb. Dit laatste leidt ertoe dat het verbod van onderscheid met betrekking tot de loondoorbetalingsplicht reeds voor alle gronden, die in de Awgb zijn opgenomen, geldt. Gelet op het voorgaande is het niet nodig in de memorie van toelichting expliciet in te gaan op de loondoorbetalingsplicht.

De Raad merkt op dat de richtlijn discriminatie verbiedt met betrekking tot sociale zekerheid en dat het voorgestelde artikel 7 Awgb alleen onderscheid bij de uitvoering van sociale zekerheid verbiedt. De Raad adviseert het wetsvoorstel op dit punt aan te passen. Dit advies wordt gevolgd.

c. Uit de memorie van toelichting van de Awgb blijkt dat artikel 7 geen beperkingen bevat met betrekking tot de aard van de aan te bieden goederen en diensten en daarmee uiteenlopende terreinen van het maatschappelijk leven beslaat en dus op zeer verschillende situaties van toepassing kan zijn (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 20). Voorwaarde is wel dat in concreto sprake is van handelingen door één van de omschreven

normadressaten. Het kabinet is van mening dat de Awgb door deze omschrijving het hele terrein van de gezondheidszorg en het onderwijs zoals bedoeld in de anti-rassendiscriminatie-richtlijn omvat. Temeer omdat de «gezondheidszorg» mede valt onder het begrip «sociale bescherming». Nu artikel 7 en artikel 7a op dit punt overlappen, is het kabinet ervan overtuigd dat de Awgb de onderdelen e en g van artikel 3, eerste lid, van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn volledig implementeert.

Daarnaast is de Raad van mening dat artikel 7 van de Awgb tekortschiet, omdat bijvoorbeeld de zelfstandig gevestigde leraar en arts niet onder het verbod vallen. In de implementatienotitie is aangegeven dat het begrip «instellingen» in deze bepaling een ruime betekenis heeft (Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 1, blz. 10). Volgens de memorie van toelichting op de Awgb wordt met dit begrip bedoeld op organisatorische verbanden die in de samenleving als eenheid optreden (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3). 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 zijn (Kamerstukken I, 1992/93, 22 014, nr. 212 c). Daarnaast vallen natuurlijke personen die activiteiten verrichten, die als hoofd- of neven-doel hebben het verwerven van inkomsten of het maken van winst, onder onderdeel a van het eerste lid van artikel 7 (Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 90). Een zelfstandig gevestigd leraar of arts valt daarmee eveneens onder onderdeel a.

d. De Raad adviseert de toelichting op artikel I, onderdeel K aan te passen. Dit advies wordt gevolgd.

#### *4. Uitzonderingen op het verbod van discriminatie*

*De kaderrichtlijn en de anti-rassendiscriminatie-richtlijn kennen een systeem, waarbij het beginsel van gelijke behandeling wordt uitgewerkt, gevolgd door een aantal uitzonderingen op dat beginsel. De Awgb zoals die nu luidt, kent een vergelijkbaar systeem, zij het dat de uitzonderingen anders zijn opgezet. Door het wetsvoorstel worden de uitzonderingen in de richtlijnen, voorzover nodig, geïmplementeerd, maar de bestaande uitzonderingen in de Awgb worden bovendien gehandhaafd.*

*Dit roept de vraag op of de richtlijnen inderdaad ruimte laten voor deze bestaande uitzonderingen. Om deze vraag te beantwoorden is het van belang om eerst de uitzonderingen in de richtlijnen te bezien.*

*De kaderrichtlijn en de anti-rassendiscriminatie-richtlijn kennen de volgende algemene uitzonderingen.<sup>1</sup>*

- a. *Nationaliteit: beide richtlijnen zijn «niet van toepassing op verschillen in behandeling, gebaseerd op nationaliteit en doe(n) geen afbreuk aan voorwaarden voor toegang en verblijf van onderdanen van derde landen en staatlozen tot c.q. op het grondgebied van de lidstaten, noch aan enige behandeling die het gevolg is van de juridische status van de betrokken onderdanen van derde landen en staatlozen».<sup>2</sup>*
- b. *Openbare orde e.d.: de kaderrichtlijn «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».<sup>3</sup> De anti-rassendiscriminatie-richtlijn kent deze uitzondering niet.*
- c. *Legitiem doel: bij beide richtlijnen geldt dat er geen sprake is van indirecte discriminatie als de ongelijke behandeling «objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn».<sup>4</sup>*
- d. *Wezenlijke beroepsvereisten: de lidstaten kunnen volgens beide richtlijnen «bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met één van de gronden van de richtlijn berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is».<sup>5</sup> In de kaderrichtlijn wordt deze uitzondering nader uitgewerkt voor «kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of*

<sup>1</sup> Uitzonderingen die alleen betrekking hebben op leeftijd en handicap blijven hier buiten beschouwing, omdat die betrekking hebben op de twee afzonderlijke wetsvoorstellen, genoemd in punt 1 van dit advies.

<sup>2</sup> Artikel 3, tweede lid, van de kaderrichtlijn en de anti-rassendiscriminatie-richtlijn.

<sup>3</sup> Artikel 2, vijfde lid, van de kaderrichtlijn.

<sup>4</sup> Artikel 2, tweede lid, onderdeel b, onder i, van de kaderrichtlijn. Artikel 2, tweede lid, onderdeel b, van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn.

<sup>5</sup> Artikel 4, eerste lid, van de kaderrichtlijn.

Artikel 4 van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn.



*overtuiging is gebaseerd».<sup>1</sup> In de anti-rassendiscriminatie-richtlijn is zo'n uitwerking niet opgenomen.*

*De uitzondering in verband met legitiem doel (d) wordt nu opgenomen in artikel 2, eerste lid, Awgb. De drie andere uitzonderingen hoeven, zo staat in de transponeringstabellen, niet geïmplementeerd te worden. De openbare orde-uitzondering (b) en de uitzondering in verband met wezenlijke beroepsvereisten (d) laten volgens de transponeringstabel ruimte voor de algemene en specifieke uitzonderingen in de Awgb.*

*De Raad zal hierna de bestaande uitzonderingen in de Awgb die niet worden gewijzigd, maar waarvan de verenigbaarheid met de richtlijnen naar zijn oordeel problematisch is, bespreken.*

*a. Artikel 2, vierde lid, Awgb bepaalt dat het verbod van onderscheid op grond van ras niet geldt in die gevallen waarin «uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn».<sup>2</sup> In het Besluit gelijke behandeling wordt een limitatieve opsomming gegeven van de gevallen die onder dit criterium vallen. Het gaat, kort gezegd, om acteurs en dansers die een bepaalde rol spelen, mannequins en modellen, schoonheidswedstrijden, en diensten die uitsluitend kunnen worden verleend aan personen met bepaalde uiterlijke kenmerken.<sup>3</sup>*

*In de implementatienotitie is voorgesteld, de omschrijving van wezenlijke beroepsvereisten in de anti-rassendiscriminatie-richtlijn over te nemen in artikel 2, vierde lid, Awgb, al zag de regering op dit punt geen strijd tussen de richtlijn en de bestaande tekst van de Awgb.<sup>4</sup> Nu wordt daarvan alsnog afgezien: door het overnemen van de uitzondering zou die ten onrechte worden beperkt tot beroepsactiviteiten.<sup>5</sup>*

*Tekstueel en naar haar strekking is de uitzondering in artikel 2, vierde lid, Awgb ruimer dan die in de richtlijn-bepaling: de richtlijn verlangt niet alleen dat het onderscheid naar ras bepalend is, maar ook dat dit een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgevoerd. De Awgb laat dus ruimte voor beperkingen die verdergaand zijn dan de richtlijn toestaat.*

*Artikel 2, vierde lid, Awgb dient dan ook beter te worden afgestemd op artikel 4 van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn. De Raad adviseert daartoe.*

*b. Artikel 3 Awgb bepaalt dat deze wet niet van toepassing is op «rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag», en op het geestelijk ambt.*

*In de implementatienotitie is gesteld dat deze uitzondering voldoende wordt afgedekt door de uitzonderingsbepalingen in de kaderrichtlijn: de uitzondering voor wezenlijke beroepsvereisten (d) en de openbare orde-uitzondering (b).<sup>6</sup> Er zijn echter twee knelpunten:*

- de kaderrichtlijn geeft kerkgenootschappen de ruimte om onder bepaalde voorwaarden onderscheid te maken op grond van godsdienst of overtuiging, maar dat laat onverlet dat het handelen van kerkgenootschappen aan die voorwaarden getoetst moet worden. Categorisch uitsluiten is niet toegestaan. Voor het geestelijk ambt geldt hetzelfde;*
- artikel 3 Awgb heeft betrekking op alle vormen van onderscheid en dus ook op onderscheid op grond van ras. De anti-rassendiscriminatie-richtlijn kent echter niet de openbare orde-uitzondering (b) zoals die in de kaderrichtlijn staat. De uitzondering in verband met wezenlijke beroepsvereisten (d) is in de anti-rassendiscriminatie-richtlijn niet nader uitgewerkt voor kerkgenootschappen, zodat kerkgenootschappen bij onderscheid op grond van ras geen bijzondere positie innemen.*

*De conclusie is dat artikel 3 Awgb beter dient te worden afgestemd op artikel 4, tweede lid, van de kaderrichtlijn, en dat het artikel geen betrekking dient te hebben op onderscheid op grond van ras. De Raad adviseert tot deze aanpassingen.*

*c. Artikel 4 Awgb bepaalt dat de Awgb onverlet laat onderscheid dat wordt gemaakt bij of krachtens een wet die voorafgaand aan de Awgb in werking is getreden. In het wetsvoorstel wordt deze bepaling geschrapt, omdat deze ongeclausuleerde uitsluiting niet in overeenstemming met de richtlijnen is.<sup>7</sup> Deze conclusie is juist. Wel rijst de vraag of er nu wetof regelgeving is, ouder dan de Awgb, die niet met de richtlijnen in overeenstemming is. Zulke regelgeving, als die er is, dient te worden aangepast. In de toelichting dient te*

<sup>1</sup> Artikel 4, tweede lid, van de kaderrichtlijn.

<sup>2</sup> Artikel 2, vierde lid, Awgb.

<sup>3</sup> Artikel 2 van het Besluit gelijke behandeling.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr.1, blz. 13.

<sup>5</sup> Toelichting op artikel I, onderdeel E.

<sup>6</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 1, blz. 13.

<sup>7</sup> Toelichting op artikel I, onderdeel F.

worden ingegaan op de noodzaak van aanpassingswet of regelgeving. De Raad adviseert daartoe.

d. De Awgb regelt op verschillende plaatsen een afbakening tussen de vrijheid van instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag en het verbod om op bepaalde discriminatiegronden onderscheid te maken. De constructie is dat onderscheid is toegestaan, mits dat niet leidt tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat (de opsomming van gronden is niet steeds dezelfde).<sup>1</sup> In het wetsvoorstel wordt deze «enkele feit»-constructie ook gebruikt in het nieuwe artikel 6a (verbod van onderscheid bij lidmaatschap van werkgevers- en werknemersorganisaties en organisaties van beroepsgenoten).

In de implementatienotitie wordt betoogd dat de «enkele feit»-constructie wordt afgedekt door artikel 4, tweede lid, van de kaderrichtlijn, de bepaling waarin de uitzondering voor wezenlijke beroepsvereisten (d) wordt uitgewerkt voor kerken en andere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd. De notitie verwijst naar overweging 24 in de preambule van de kaderrichtlijn, die op haar beurt verwijst naar Verklaring 11 bij de Slotakte van het Verdrag van Amsterdam. Verklaring 11 luidt:

«De Europese Unie eerbiedigt en doet geen afbreuk aan de status die kerken en religieuze verenigingen en gemeenschappen volgens het nationale recht in de lidstaten hebben. De Europese Unie eerbiedigt evenzeer de status van levensbeschouwelijke en niet-confessionele organisaties.»<sup>2</sup>

De Raad kan de conclusie dat de «enkele feit»-constructie in de Awgb niet hoeft te worden aangepast, niet delen, om twee redenen.

Ten eerste merkt hij op, dat de in Nederland totstandgekomen «enkele feit»-constructie zo specifiek is dat het niet goed is te zeggen of alle gevallen waarin iemand zich met succes op die constructie kan beroepen, ook in overeenstemming zijn met de richtlijn. Het volgen van een eigen, nationale systematiek is niet per definitie in strijd met de richtlijn, maar maakt, zoals in punt 2 van dit advies al is aangegeven, de nationale regeling wel kwetsbaar. De «enkele feit»-constructie is in ieder geval kwetsbaar omdat zij afbakening tussen grondrechten op een hoog, abstract niveau betekent. De gevolgen daarvan in het concrete geval zijn niet volledig te overzien.

Overweging 24 bij de kaderrichtlijn en Verklaring 11 zijn niet zonder betekenis, maar zij hebben alleen betekenis voor het interpreteren van bepalingen uit het lichaam van de richtlijn. Die interpretatie kan niet zover gaan dat bepalingen van de richtlijn geen enkele betekenis hebben voor de lidstaten. Bovendien, overweging 23 bij de kaderrichtlijn benadrukt dat een verschil in behandeling alleen in een «zeer beperkt aantal omstandigheden» gerechtvaardigd is wanneer een bepaald kenmerk een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt. Dit onderstreept het algemene uitgangspunt dat uitzonderingen op een hoofdregel beperkt moeten worden geïnterpreteerd.

Ten tweede wijst de Raad erop dat de «enkele feit»-constructie telkens ook betrekking heeft op onderscheid op grond van ras. Hiervoor werd al opgemerkt dat een met artikel 4, tweede lid, van de kaderrichtlijn vergelijkbare bepaling ontbreekt in de anti-rassendiscriminatie-richtlijn. Daar kan aan worden toegevoegd dat in de overwegingen bij de anti-rassendiscriminatie-richtlijn ook geen verwijzing staat naar Verklaring 11 bij de Slotakte van het Verdrag van Amsterdam.

Gezien het voorgaande adviseert de Raad het gebruik van de «enkele feit»-constructie nader te overwegen. Daarbij dient in ieder geval te worden overwogen, onderscheid op grond van ras te schrappen.

#### 4. Uitzonderingen op het verbod van discriminatie

De Raad bespreekt de bestaande uitzonderingen in de Awgb voor zover deze niet worden gewijzigd, terwijl hun verenigbaarheid met de richtlijn naar zijn oordeel problematisch is.

a. Artikel 2, vierde lid, Awgb, 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». In de implementatienotitie is voorgesteld de omschrijving van wezenlijke beroepsvereisten in de anti-rassendiscriminatie-richtlijn over te nemen in deze bepaling. Daarvan is in het bij de Raad ter advisering aanhangig gemaakte wetsvoorstel afgezien, omdat de uitzondering aldus geheel zou beperkt worden tot beroeps-

<sup>1</sup> Artikel 5, tweede lid, onderdelen a, b en c, en artikel 7, tweede lid.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 187, nr. 1, blz. 14.

activiteiten. Het wetsvoorstel is thans naar aanleiding van 's Raad advies aldus gewijzigd, dat het nieuwe onderdeel b van artikel 2, vierde lid, Awgb ten aanzien van beroepsactiviteiten de richtlijn volledig implementeert. De Awgb gaat zelfs verder, omdat deze vereist dat het zal moeten gaan om «uiterlijke kenmerken». Ten aanzien van onderscheid op grond van ras buiten het terrein van de arbeid blijft het huidige artikel 2, vierde lid, Awgb echter gehandhaafd. De richtlijn voorziet niet in een uitzondering terzake, maar het kabinet is van mening dat ook buiten de sfeer van de arbeid een grondslag moet worden geboden voor uitzonderingen in het zeer beperkte aantal gevallen, waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras, bepalend kunnen zijn. Artikel 2 van het Besluit gelijke behandeling noemt deze onder c en d: de deelname aan schoonheidswedstrijden voor zover met het ras van een persoon samenhangende kenmerken van belang zijn in verband met het doel van de wedstrijd, alsmede: het verlenen van diensten die uitsluitend kunnen worden verleend aan personen met bepaalde uiterlijke kenmerken. Voorbeelden van dit laatste zijn kappersdiensten voor personen met kroeshaar of huidverzorging voor personen met een bepaald huidtype. Ook deze uitzonderingen komen in de nieuwe formulering van artikel 2, vierde lid, onder a, Awgb onder het beslag te liggen van het vereiste dat hun doel legitiem moet zijn en het vereiste evenredig is aan dat doel.

b. Artikel 3 Awgb bepaalt dat deze wet niet van toepassing is op «rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag» en op het geestelijk ambt. De Raad ziet twee knelpunten.

Met betrekking tot het eerste knelpunt is het kabinet van mening dat het bepaalde in artikel 4, tweede lid, van de kaderrichtlijn als een nadere uitwerking van de hoofdregel in artikel 4, eerste lid, moet worden beschouwd. Dat betekent dat uitgangspunt is dat de lidstaten vrij zijn te bepalen «dat een verschil in behandeling op grond van godsdienst, overtuiging, leeftijd of seksuele geaardheid geen discriminatie vormt indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is». Het kabinet ziet artikel 4, tweede lid, van de kaderrichtlijn als een explicitering dat deze regelingsvrijheid gebruikt kan worden om bepaalde beroepsactiviteiten van kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, als uitzondering op het discriminatieverbod te benoemen. Dat dekt volledig het bepaalde in artikel 3 Awgb. Dit sluit kerkgenootschappen niet categorisch uit. Alleen het geestelijk ambt en de interne rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen worden uitgezonderd. Bij de parlementaire behandeling van het voorstel voor de latere Awgb is aan deze materie uitvoerig aandacht geschonken.<sup>1</sup> Daarbij is onder meer uitgesproken dat het van de concrete omstandigheden zal afhangen of de rechtsverhouding *van* een kerkgenootschap en een werknemer kan worden aangemerkt als een rechtsverhouding *binnen* het genootschap. Niet elke rechtsverhouding met een kerkgenootschap is immers een rechtsverhouding binnen dat genootschap. Per functie zal dat kunnen verschillen, waarbij de grens niet in algemene termen kan worden aangegeven. Een schoonmaker of tuinman die af en toe werkzaamheden voor het kerkgenootschap verricht is ten slotte een andere functionaris dan een koster of een zendingswerker. Van belang is voorts dat met artikel 3 Awgb uiting wordt gegeven aan het beginsel van de scheiding van kerk en staat, dat waarborgt dat overheden zich niet mengen in de interne (rechts)verhoudingen van kerkgenootschappen en zich mede op die grond onthouden van bemoeienis met de toegang tot en de vervulling van het geestelijk ambt.

Met betrekking tot het tweede knelpunt dat de Raad signaleert, acht het kabinet het volgende van belang. In artikel 6, tweede lid, van het EU-Verdrag is vastgelegd dat de Unie de grondrechten eerbiedigt, zoals die worden gewaarborgd door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lid-Staten voortvloeien, als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht. Het EVRM is aldus het belangrijkste interpretatiekader, wanneer zich bij de uitleg van richtlijnen vraagstukken van grondrechtelijke en mensenrechtelijke aard

---

<sup>1</sup> Zie onder meer Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 4, p. 15; idem, nr. 4, pp. 49–50; Kamerstukken II 1991/92, nr. 5, pp. 75–77; idem, nr. 10, pp. 29–30.

voordoen. Het in de anti-rassendiscriminatie-richtlijn ontbreken van wat de Raad korthedshalve aanduidt als «de openbare orde-uitzondering» betekent dus niet dat aan de in het EVRM gewaarborgde rechten geen betekenis zou toekomen. Ook hier geldt dat de nationale wetgever een eigen verantwoordelijkheid houdt om de implementatie van de richtlijn zodanig in te richten, dat de door artikel 6 EU-Verdrag gewaarborgde rechten en vrijheden ook daadwerkelijk beschermd blijven. Artikel 3 Awgb is een nationale wettelijke bepaling die de Nederlandse wetgever noodzakelijk heeft geacht voor de bescherming van de godsdienstvrijheid. De uitzondering van wezenlijke beroepsvereisten in artikel 4 dient teleologisch – dus naar haar bedoeling – te worden uitgelegd. De anti-rassendiscriminatie-richtlijn en de kaderrichtlijn hanteren hetzelfde uitgangspunt (elk in het eerste lid van hun artikel 4). Omdat de kaderrichtlijn onder meer betrekking heeft op godsdienst en overtuiging ligt het in de rede dat in deze richtlijn nadrukkelijk wordt geëxpliciteerd dat dit uitgangspunt ook kan worden toegepast op organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd. Uit het ontbreken van een dergelijke explicitering in de anti-rassendiscriminatie-richtlijn kan zeker niet worden afgeleid dat de hoofdregel van artikel 4 geen toepassing zou kunnen vinden op kerkgenootschappen.

c. De Raad stemt in met de voorgestelde schrapping van artikel 4 Awgb, dat alle onderscheid onverlet laat dat wordt gemaakt bij of krachtens een wet die voorafgaand aan de Awgb in werking is getreden. Deze ongeclausuleerde uitsluiting is niet in overeenstemming met de richtlijnen. De Raad adviseert in de memorie van toelichting in te gaan op de mogelijke noodzaak van aanpassingswet- of regelgeving. Dit advies is gevolgd; de artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel F is in verband hiermee aangevuld.

d. Het kabinet wil de grote waarde van de enkele feit-constructie benadrukken. Daarin is, als resultaat van een langdurige en intensieve politieke, maatschappelijke en juridische discussie, een zorgvuldige balans gevonden tussen enerzijds het discriminatieverbod en anderzijds een aantal andere grondrechten en mensenrechten, in casu de vrijheden van godsdienst en levensovertuiging, de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van vereniging en vergadering. Daarbij is in de wet het discriminatieverbod als uitgangspunt genomen. De «enkele feit»-constructie beperkt die andere vrijheden in vergaande mate<sup>1</sup>, maar respecteert wel hun kern. De evaluatie van het functioneren van de Awgb in de periode 1994–2000 geeft geen aanleiding tot andere conclusies. Bovendien bepalen de artikelen 149, eerste lid, en 150, eerste lid, van het EG-verdrag dat de Europese Gemeenschap de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de inhoud en de opzet van het onderwijs volledig dient te eerbiedigen. Dit betekent dat de Europese Gemeenschap de vrijheid van onderwijs zoals die is gewaarborgd in artikel 23 van de Grondwet dient te eerbiedigen. In onderdeel b van deze paragraaf werd reeds gewezen op de noodzaak, de richtlijnen te interpreteren in het licht van artikel 6 EU-Verdrag, dat stipuleert dat de Europese Unie de in het EVRM gewaarborgde rechten en vrijheden eerbiedigt. De bestaande enkele feit-constructies in de Awgb worden naar de mening van het kabinet volledig gedekt door het Europese recht. Mutatis mutandis geldt dit ook voor de enkele feit-constructie in het nieuwe artikel 6a.

In onderdeel b is reeds aangegeven dat in de zienswijze van het kabinet geen bijzondere betekenis behoeft te worden toegekend aan het in de anti-rassendiscriminatie-richtlijn ontbreken van een met artikel 4, tweede lid, van de kaderrichtlijn vergelijkbare bepaling. Een heroverweging van de «enkele feit»-constructie ten aanzien van ras is niet noodzakelijk. Deze constructie laat weliswaar – onder zeer nauw omschreven voorwaarden – enige ruimte voor onderscheid op grond van godsdienst, levensbeschouwing of politieke overtuiging, maar voor onderscheid op grond van ras is die ruimte niet aanwezig.

##### **5. Intimidatie**

*In de richtlijnen wordt het begrip «discriminatie» uitgebreid met het nieuwe begrip «intimidatie». Intimidatie wordt in de richtlijnen omschreven als «ongewenst gedrag dat met (één van de gronden voor discriminatie) verband houdt, en tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van een persoon wordt*

<sup>1</sup> Over de «enkele feit»-constructie merkte de Raad in zijn advies van 23 oktober 1990 over het voorstel voor de Algemene wet gelijke behandeling op, van oordeel te zijn «dat het primair aan de betrokken instelling toekomt te bepalen welke eisen ter zake gesteld behoren te worden. De wetgever past hier terughoudendheid» (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, B, p. 7.)

*aangetast en een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd».<sup>1</sup>*

*In het wetsvoorstel wordt het verbod van intimidatie onderdeel van het verbod op het maken van onderscheid; daardoor worden de uitzonderingsbepalingen op het verbod van onderscheid in de Awgb ook van toepassing op het verbod van intimidatie. Dit leidt er, gegeven het systeem van de Awgb, toe dat bijvoorbeeld instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag, de vrijheid hebben om eisen te stellen die, gelet op de doelstelling van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie, ook als die eisen zouden neerkomen op intimidatie.*

*De regering heeft in de aanbiedingsbrief bij het wetsvoorstel aandacht gevraagd voor de uitwerking van dit nieuwe begrip in het wetsvoorstel.*

*a. De eerste vraag die de regering aan de Raad heeft voorgelegd is, of de bepalingen in de richtlijnen waarin het begrip «intimidatie» wordt omschreven, een toereikende rechtsbasis vormen voor de hiervoor beschreven plaats van dit begrip in de Awgb, en voor de belangenafweging die daarvan het gevolg kan zijn.*

*Het antwoord op deze vraag is dat richtlijnen nooit zo'n rechtsbasis opleveren: zij verplichten tot implementatie, en vervolgens moet de nationale implementatiewetgeving haar grondslag vinden in het nationale rechtstelsel.*

*Waarschijnlijk is met deze vraag bedoeld welke ruimte de in de aanbiedingsbrief aangehaalde bepalingen uit de richtlijnen de Nederlandse wetgever laten. Daarmee lost deze vraag zich op in de tweede vraag die de regering aan de Raad heeft voorgelegd.*

*b. De tweede vraag van de regering is of het, gezien het karakter van intimidatie, passend is dat de algemene en specifieke uitzonderingsbepalingen op het verbod van onderscheid in de Awgb ook van toepassing zijn op het verbod van intimidatie.*

*Het gaat hier, zo meent de Raad, om de vraag wat het karakter van het begrip «intimidatie» zoals gedefinieerd in de richtlijnen is: is het denkbaar dat gedrag dat gekwalificeerd moet worden als intimidatie te rechtvaardigen is, bijvoorbeeld omdat dit gedrag is ingegeven door een bepaalde godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging, of is intimiderend gedrag van dien aard dat het nooit te rechtvaardigen is?*

*De Raad is van oordeel dat het laatste het geval is, om de volgende redenen.*

- intimidatie wordt in de richtlijnen omschreven als ongewenst gedrag. Voor ongewenst gedrag geldt per definitie dat een rechtvaardiging niet goed voorstelbaar is. Overigens trok het de aandacht van de Raad dat het woord «ongewenst» in het wetsvoorstel niet is overgenomen;*
- de richtlijnen spreken er niet over dat iemand zich in zijn waardigheid voelt aangetast (subjectief), maar dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast (objectief);*
- de Engelse en Franse term (harassment respectievelijk harcèlement) kunnen vertaald worden met: teisteringen, kwellingen en pesterij. Dit zijn geen begrippen waarbij men, vanuit welke overtuiging ook, oprechte bedoelingen kan veronderstellen.*

*Het antwoord op de vraag van de regering is dan ook dat de algemene en specifieke uitzonderingsbepalingen op het verbod van onderscheid in de Awgb naar het oordeel van de Raad niet kunnen dienen als rechtvaardiging voor intimidatie in de zin van de richtlijnen. Intimidatie in de zin van de richtlijnen is een gekwalificeerde en zware vorm van discriminatie, die nooit kan worden gerechtvaardigd.*

*De Raad merkt nog op dat de keus die de Nederlandse wetgever destijds en tot dusverre heeft gemaakt om niet te kiezen voor de term «discriminatie», maar voor «onderscheid», met de introductie van «intimidatie» als een onderdeel van het verbod op het maken van onderscheid een nog groter probleem vormt. Het begrip «onderscheid» is immers, anders dan «discriminatie», een neutraal begrip; «intimidatie», een bijzondere vorm van discriminatie, is daarentegen geenszins neutraal.*

*De Raad adviseert om, zeker indien zou worden vastgehouden aan het begrip «onderscheid», het wetsvoorstel zo aan te passen dat de uitzonderingen op het verbod om onderscheid te maken niet ook van toepassing zijn op het verbod van intimidatie. Dit zou kunnen worden vormgegeven door het verbod van*

---

<sup>1</sup> In beide richtlijnen artikel 2, derde lid.

*intimidatie te construeren als een zelfstandig verbod, en niet als een uitbreiding van het verbod om onderscheid te maken. Voorts adviseert de Raad om in de omschrijving van intimidatie het element «ongewenst» toe te voegen, om aldus een directe aansluiting bij de richtlijn te verzekeren.*

*De regering heeft de Raad gevraagd om bij de beantwoording van de gestelde vragen ook aandacht te besteden aan de implementatie van het begrip «intimidatie» in het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (zoals gewijzigd in het voorliggende wetsvoorstel) en in het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.<sup>1</sup> In deze twee wetsvoorstellen wordt het verbod van intimidatie op dezelfde wijze geregeld als hiervoor besproken ten aanzien van de Awgb. De hiervoor, onder b, gegeven aanbevelingen gelden dus ook voor de twee andere wetsvoorstellen.*

*Overigens heeft het kabinet op 2 juli 2002 een onderzoek aangekondigd waarin vanuit constitutioneel perspectief wordt ingegaan op het spanningsveld tussen vrijheid van godsdienst, vrijheid van meningsuiting en het non-discriminatiebeginsel en op de wijze waarop (vooral) wetgever en bestuur hiermee kunnen omgaan of dienen om te gaan.<sup>2</sup> De Raad adviseert ook het begrip «intimidatie» zoals dat voorkomt in de twee richtlijnen in dat onderzoek te betrekken.*

## 5. Intimidatie

De regering heeft bij de aanbieding van het wetsvoorstel de aandacht van de Raad gevraagd voor een tweetal vragen met betrekking tot het verbod van intimidatie.

Het kabinet deelt de opvatting van de Raad dat intimidatie in de zin van de richtlijnen een gekwalificeerde en zware vorm van discriminatie is, die nooit kan worden gerechtvaardigd. De probleemstelling in de aanbiedingsbrief aan de Raad had dan ook vooral betrekking op de opportuniteit van een eventuele toepasselijkheid van de specifieke uitzondering van de «enkele feit-construc-tie» in de artikelen 5 en 7 van de Awgb op intimidatie.

Het kabinet volgt het advies van de Raad op. Het wetsvoorstel wordt daarom aldus gewijzigd dat de in de Awgb vervatte uitzonderingen op het verbod van onderscheid niet van toepassing zullen zijn op het verbod van intimidatie. Dit laat onverlet dat genoemde instellingen hun eigen, identiteitsgebonden, opvattingen over bijvoorbeeld de gelijkwaardigheid van man en vrouw of over homoseksualiteit kunnen blijven uitdragen. Ook voor hen geldt de norm, dat hun gedragingen niet tot doel of tot gevolg mogen hebben dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast en dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd.

De Raad adviseert de wetsvoorstellen gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte overeenkomstig aan te passen. Bij het eerstgenoemde voorstel is dat niet nodig; daar is een bepaling opgenomen die uitzonderingen op het verbod van onderscheid buiten toepassing verklaart in het geval van intimidatie (Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nr. 2, artikel 7, tweede lid). Bij het tweede wetsvoorstel, dat inzake gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, is thans wel een aanpassing gedaan in het onderhavige wetsvoorstel artikel II, onderdeel B.

De Raad adviseert voorts, in de omschrijving van intimidatie het element «ongewenst» toe te voegen, om aldus een directe aansluiting bij de richtlijn te verzekeren.

Het kabinet heeft dit vraagstuk opnieuw bezien en daarbij het volgende overwogen. De Raad wijst er in zijn advies al op, dat de richtlijnen er niet over spreken dat iemand zich in zijn waardigheid voelt aangetast (subjectief), maar dat de waardigheid van een persoon wordt aangetast (objectief). Het kabinet onderschrijft die analyse. De analyse is niet te verenigen met het toevoegen van het begrip «ongewenst», aangezien dit begrip in het Nederlandse spraakgebruik – zeker in deze context – ook een subjectieve lading heeft.

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nrs. 1–2, zoals gewijzigd in artikel II, onderdeel B, van het voorliggende wetsvoorstel; Kamerstukken II 2001/02, 28 170, nrs. 1–2.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 006, nr. 11, blz. 5.

Bovendien leidt de toevoeging van «ongewenst» ertoe dat de bewijslast voor de geïntimideerde persoon wordt verzaamd. Deze moet immers aantonen dat er sprake is van *ongewenst* gedrag.

Tenslotte verdient overweging dat toevoeging van het element «ongewenst» het risico in zich draagt dat aan bepaald handelen van of nalaten door de geïntimideerde persoon – niet protesteren, lijdzaam ondergaan of meewerken in de hoop aldus erger te voorkomen – de conclusie wordt verbonden dat de intimidatie dus niet manifest «ongewenst» was. Ook dit behoort te worden vermeden.

Het kabinet concludeert dat het niet overnemen van dit element uit de richtlijndefinitie bijdraagt tot betere rechtsbescherming van geïntimideerden.

Het kabinet is verheugd dat ook de Raad het van belang acht dat de discussie over grondrechtelijke en mensenrechtelijke implicaties van het verbod van intimidatie wordt voortgezet. Het kabinet zal graag bezien in hoeverre het zinvol is deze materie te betrekken in het aangekondigde onderzoek, waarin vanuit constitutioneel perspectief wordt ingegaan op het spanningsveld tussen de vrijheid van godsdienst, de vrijheid van meningsuiting en het non-discriminatiebeginsel en op de wijze waarop (vooral) wetgever en bestuur hiermee kunnen omgaan of dienen om te gaan.

#### *6. Positieve actie*

*De richtlijnen bepalen dat het beginsel van gelijke behandeling niet belet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen verband houdend met één van de gronden voor discriminatie te voorkomen of te compenseren – de zogeheten positieve actie.<sup>1</sup> Deze formulering wijkt af van het bestaande artikel 2, derde lid, Awgb. De Awgb stelt namelijk, anders dan de richtlijn, als eis dat het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het doel, het zogenaamde evenredigheidsvereiste.*

*De regering gaf in de implementatienotitie aan, de formulering in de Awgb te willen vervangen door die in de richtlijnen. In het wetsvoorstel wordt daarop teruggekomen, omdat de regering bij nader inzien hecht aan het handhaven van het evenredigheidsvereiste.<sup>2</sup> De randvoorwaarden van de richtlijnen worden nu aan artikel 2, derde lid, Awgb toegevoegd.*

*De omschrijving van positieve actie in de richtlijnen komt in sterke mate overeen met die in artikel 141, vierde lid, van het EG-Verdrag, dat het beginsel van gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen regelt bij de beloning. De jurisprudentie betreffende positieve actie, zoals die zich voor de inwerking-treding van het Verdrag van Amsterdam onder het toenmalige artikel 119 van het EG-Verdrag had ontwikkeld, lijkt – gelet op het arrest Abrahamsson<sup>3</sup> – onder het nieuwe artikel 141, vierde lid, van het EG-Verdrag, niet te worden gewijzigd. Uit die jurisprudentie komt naar voren dat in een aantal gevallen, in het bijzonder bij sollicitaties, een algemeen en onvoorwaardelijk voorkeurs-beleid niet is toegestaan: in het individuele geval dient de noodzaak van positieve actie vast te staan aan de hand van een objectieve beoordeling. De formulering van artikel 2, derde lid, Awgb wijkt af van die van de richtlijnen en de hiervoor besproken jurisprudentielijn. De Raad adviseert artikel 2, derde lid, in overeenstemming te brengen met de richtlijnen en in de toelichting nader in te gaan op de praktische gevolgen van de jurisprudentie van het HvJ EG voor het tot nu toe gevolgde voorkeursbeleid.*

#### *6. Positieve actie*

Op de verhouding tussen artikel 2, derde lid, Awgb en de door de Raad genoemde jurisprudentie zal in de loop van 2003 nader worden ingegaan in een aparte nota aan de Tweede Kamer. Daarin zal nauwkeurig worden aangegeven welke vormen van voorkeursbehandeling voor de onderscheiden doelgroepen zich verdragen met artikel 141, vierde lid, EG-Verdrag, de genoemde richtlijnbepalingen en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Daarnaast zullen in de nota ook worden betrokken relevante mensenrechtenverdragen, waaronder het VN-Vrouwen-verdrag, en de jurisprudentie van de betrokken verdragsorganen. De nota zal aangeven welke conclusies daaruit getrokken worden voor een eventuele herziening van positieve actie-bepalingen in de Nederlandse wetgeving.

<sup>1</sup> Artikel 7, eerste lid, van de kaderrichtlijn, artikel 5 van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn.

<sup>2</sup> Toelichting op artikel I, onderdeel E, onder 2.

<sup>3</sup> Zaak C-407/98, Jurispr. 2000, blz. I-5539.

Het kabinet meent dat er vooralsnog, totdat in deze nota eventueel een andere conclusie wordt bereikt, termen aanwezig zijn om vast te houden aan het evenredigheidsvereiste. Dat vereiste is indertijd in de Awgb opgenomen op advies van de Raad. In dat advies was de Raad van oordeel dat het maken van onderscheid waarmee beoogd wordt bepaalde groepen in een bevoorrechte positie te brengen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen, «niet objectief gerechtvaardigd kan worden geacht, wanneer daarbij het evenredigheidsbeginsel niet in acht is genomen». Het evenredigheidsvereiste is ook terug te vinden in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens aangaande artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Voor de bedoelde bepalingen dient derhalve een formulering te worden gekozen waarin de evenredigheidseis tot uitdrukking wordt gebracht» (Kamerstukken II, 1990/91, 22 014, B, p. 11).

*7. Voor redactionele kanttekeningen verwijst het college naar de bij het advies behorende bijlage.*

#### 7. Redactionele kanttekeningen

De redactionele kanttekening met betrekking tot artikel 2, eerste lid, is gedeeltelijk overgenomen. Het voorstel tot redactionele wijziging van artikel III is niet gevolgd. De Raad stelt voor de woorden «op te heffen of te vermindere» te wijzigen in: te voorkomen of te compenseren. Artikel III betreft een technische aanpassing van de Wet bescherming persoonsgegevens. In artikel 18 van de Wet bescherming persoonsgegevens zijn voorschriften gegeven voor het verwerken van rasgegevens in het kader van het voeren van een voorkeursbeleid voor bepaalde minderheidsgroeperingen. Die bepaling is ontleend aan artikel 2, derde lid, van de Awgb. Nu die bepaling ingevolge het desbetreffende onderdeel van artikel I wordt aangepast, behoeft artikel 18 van de Wet bescherming persoonsgegevens overeenkomstige aanpassing. Bij de aanpassing van artikel 2, derde lid, van de Awgb, heeft de regering ervoor gekozen geen gebruik te maken van de mogelijkheid om een uitzondering te maken voor een maatregel «die ertoe strekt de nadelen die verband houden met één van de in de richtlijnen genoemde non-discriminatie gronden te voorkomen». Het voorkomen van nadelen, waar thans nog geen nadelen (achterstanden) bestaan als nieuwe basis voor voorkeursbeleid, acht de regering niet wenselijk. Dit argument geldt ook voor artikel 18 van de Wet bescherming persoonsgegevens.

De andere redactionele suggesties zijn overgenomen.

#### 8. Aanvullende opmerkingen

Van de gelegenheid dat het wetsvoorstel naar aanleiding van het advies van de Raad van State wordt gewijzigd, is gebruik gemaakt voor het aanbrengen van twee verbeteringen.

In de enkele feit-constructie in het tweede lid van het voorgestelde artikel 6a is een redactionele verbetering aangebracht, waardoor het aanvankelijk gekozen begrip «instelling» thans vervangen is door «organisatie of vereniging».

In artikel 7, eerste lid is aan het begrip «het geven van advies of voorlichting over school- of beroepskeuze» het begrip «loopbaanoriëntatie» toegevoegd. Voor deze verruiming was al gekozen in het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte en het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.

*De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

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

Ik moge U, mede namens de Minister van Justitie, de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, K. L. Phoa, de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen en de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet



en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,  
J. W. Remkes

Verhouding tussen de richtlijnen en de Awgb

In deze bijlage wordt de reikwijdte van de twee richtlijnen en de Awgb vergeleken. Het gaat dan om:

- 1°. de discriminatiegronden;
- 2°. de maatschappelijke gebieden.

*Ad 1°. Discriminatiegronden*

De kaderrichtlijn heeft betrekking op de discriminatiegronden godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. De anti-rassendiscriminatie-richtlijn heeft betrekking op onderscheid op grond van ras of etnische afstamming.

De Awgb zoals die nu luidt heeft betrekking op de meeste gronden die in de twee richtlijnen worden geregeld, zij het dat de omschrijving van de gronden in enkele gevallen iets ruimer is.<sup>1</sup> De Awgb geldt daarnaast ook voor de discriminatiegronden politieke gezindheid, geslacht, nationaliteit en burgerlijke staat. Twee van de discriminatiegronden van de kaderrichtlijn – handicap en leeftijd – worden, althans voorlopig, niet opgenomen in de Awgb. Voor die twee gronden zijn afzonderlijke wetsvoorstellen in behandeling.

Schematisch ziet dit er als volgt uit. De regels a tot en met e van tabel A geven de discriminatiegronden weer die in de richtlijnen worden geregeld – en dus aanleiding geven tot implementatie -, terwijl de regels f tot en met i een aantal andere discriminatiegronden geven die nu al in de Awgb zijn geregeld.

**Tabel A**

discriminatiegrond	richtlijn	geldende wetgeving	implementatie
a. godsdienst of overtuiging	kaderrichtlijn	Awgb	voorliggend wetsvoorstel
b. handicap	kaderrichtlijn	–	wetsvoorstel 28 169 en voorliggend wetsvoorstel
c. leeftijd	kaderrichtlijn	–	wetsvoorstel 28 170
d. seksuele geaardheid	kaderrichtlijn	Awgb	voorliggend wetsvoorstel
e. ras of etnische afstamming	anti-rassendiscriminatie-richtlijn	Awgb	voorliggend wetsvoorstel
f. politieke gezindheid	–	Awgb	
g. geslacht	richtlijn 76/207 <sup>1</sup>	Awgb en Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen	
h. nationaliteit	–	Awgb	
i. burgerlijke staat	–	Awgb	

<sup>1</sup> Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen 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 arbeidsvoorwaarden, PbEG L 039.

*Ad 2°. Maatschappelijke gebieden*

De kaderrichtlijn heeft, kort gezegd, betrekking op:

- a. toegang tot de arbeid;
- b. beroepskeuzevoorlichting;
- c. werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden;
- d. lidmaatschap van organisatie van beroepsgenoten, zoals vakbonden.

De anti-rassendiscriminatie-richtlijn heeft betrekking op dezelfde gebieden en daarnaast op:

- e. sociale bescherming, inclusief sociale zekerheid en gezondheidszorg;
- f. sociale voordelen;
- g. onderwijs ;
- h. de toegang tot goederen en diensten die publiek beschikbaar zijn.<sup>2</sup>

De Awgb heeft nu voor een groot deel al betrekking op dezelfde gebieden als de anti-rassendiscriminatie-richtlijn. In het wetsvoorstel worden de gebieden min of meer afgestemd op de formuleringen in de richtlijnen (voor het «min of meer», zie hiervoor, punt 3 van het advies). De regering heeft ervoor gekozen om de elementen die de kaderrichtlijn toevoegt aan het wettelijk systeem tegen discriminatie ook in te voeren voor de gronden die niet door de

<sup>1</sup> Paragraaf 3 (Wijze van implementatie in de Awgb), vierde tekstblok, van de toelichting.

<sup>2</sup> In beide richtlijnen geregeld in artikel 3. De letters a tot en met h corresponderen met de opsommingen in de richtlijnen.

kaderrichtlijn worden bestreken. De bezwaren die doorgaans bestaan tegen het meenemen van nationaal beleid bij implementatie spelen hier niet.<sup>1</sup> De Awgb wordt daardoor op enkele punten ruimer dan de richtlijnen verlangen:

- de gebieden, genoemd onder a tot en met d, zullen gelden voor alle discriminatiegronden die door de Awgb worden bestreken;
- hetzelfde geldt voor de gebieden onder g en h, en voor het gebied onder e voorzover het de gezondheidszorg betreft;
- de gebieden onder e (met uitzondering van de gezondheidszorg) en f worden alleen voor de discriminatiegrond ras geïmplementeerd.

Ook dit kan schematisch worden weergegeven, zie tabel B. (In dit overzicht zijn de gronden handicap en leeftijd weggelaten, omdat de implementatie van de kaderrichtlijn voor die gronden in aparte wetsvoorstellen plaatsvindt.)

**Tabel B**

	gebied	ras of etnische afstamming	godsdienst/ overtuiging
– seksuele geaardheid	politieke gezindheid		
– geslacht			
– nationaliteit			
– burgerlijke staat			
a. toegang tot de arbeid	R A	K A	A
b. beroepskeuzevoorlichting	R A	K A	A
c. werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden	R A	K A	A
d. lidmaatschap van vakbonden en dergelijke	R A	K A	A
e. gezondheidszorg	R A	A	A
sociale bescherming met uitzondering van gezondheidszorg	R A		
f. sociale voordelen	R A		
g. onderwijs	R A	A	A
h. toegang tot goederen en diensten	R A	A	A

R = valt onder de werking van de anti-rassendiscriminatieplicht

K = valt onder de werking van de kaderrichtlijn

A = valt onder de werking van de Awgb of wordt daaronder gebracht in het wetsvoorstel

**Bijlage II bij het advies van de Raad van State van 16 augustus 2002, no.W04.02.0209/I, met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.**

- In de nieuwe tekst van artikel 2, eerste lid, van de Algemene wet gelijke behandeling de woorden «verbod van onderscheid geldt niet ten aanzien van indirect onderscheid» vervangen door: verbod van indirect onderscheid geldt niet.
- In artikel III de woorden «op te heffen of te verminderen» wijzigen in: te voorkomen of te compenseren (artikel 5 van de kaderrichtlijn). Voorts na «compenseren» het woord «en» invoegen, zodat de volzin grammaticaal correct loopt.
- In de transponeringstabel verwijzen naar artikelonderdelen zoals die in het wetsvoorstel worden vernummerd en gericht verwijzen naar de wetsvoorstellen inzake onderscheid op grond van leeftijd en handicap.
- Nu het wetsvoorstel uitvoering geeft aan twee richtlijnen verdient het aanbeveling ook een omgekeerde transponeringstabel op te nemen, waarin voor elk van de te wijzigen wettelijke bepalingen wordt aangegeven uit welke richtlijn bepaling de wijziging voortvloeit.

<sup>1</sup> Paragraaf 3 (Wijze van implementatie in de Awgb), vierde en vijfde tekstblok, van de toelichting.