

Vergaderjaar 2004–2005

30 237

Wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Richtlijn 2002/73/EG

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 28 juni 2005 en het nader rapport d.d. 7 september 2005, aangeboden aan de Koningin door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de ministers voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties en van Justitie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 20 april 2005, no.05.001514, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Minister van Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties en de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Richtlijn 2002/73/EG, met memorie van toelichting.

Met het voorstel wordt uitvoering gegeven aan Richtlijn 2002/73/EG voor gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de arbeidssfeer (hierna: de richtlijn).² Met de richtlijn wordt voornamelijk uitbreiding gegeven aan de oorspronkelijke richtlijn (hierna: de basisrichtlijn).³ Het wetsvoorstel leidt tot uitbreiding en wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgbm/v) en van titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. De Raad van State maakt naar aanleiding van het voorstel opmerkingen over onder meer de verhouding tussen de Wgbm/v en de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Hij is van oordeel dat het voorstel in verband daarmee deels nader dient te worden overwogen.

¹ 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.

² Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, PbEG L 269.

³ Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, PbEG L 039.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 20 april 2005, no. 05.001514, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermeld voorstel van wet direct aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd op 28 juni 2005, no. W12.05 0142/IV, bied ik u hierbij aan.

De Raad van State heeft in overweging gegeven het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, dan nadat met het advies rekening is gehouden. De opmerkingen van de Raad zijn als volgt verwerkt.

1. Verhouding Wgbm/v – Awgb

a. Aparte wetten of integratie
In paragraaf I.1. Inleiding van de memorie van toelichting wordt er op gewezen dat de Wgbm/v een lex specialis is ten opzichte van de Awgb. Implementatie van de richtlijn in de Wgbm/v heeft enige overlapping van deze wet met de Awgb tot gevolg. «Overigens wordt momenteel onderzocht of en in welke

vorm integratie van de Wgbm/v in de Awgb zou kunnen plaatsvinden, zodat de genoemde overlap in de toekomst kan vervallen». De mogelijke integratie van de Wgbm/v in de Awgb is eerder door de Raad bepleit, en daarom niet pas recent voor het eerst aan de orde gekomen.¹ In dat licht gezien, biedt de mededeling dat «momenteel» onderzoek plaatsvindt weinig houvast. De Raad adviseert in de toelichting uiteen te zetten of het voornemen bestaat te bevorderen dat nieuwe gelijke behandeling-richtlijnen (in beginsel) altijd zullen worden geïmplementeerd in de Awgb, en dat al bestaande sectorale wetten met implementatie op dit terrein zullen worden geïntegreerd in de Awgb, en voorts om specifieke informatie te geven over de richting en de stand van het onderzoek zoals dat momenteel plaats vindt, alsmede over de datum waarop dit zal zijn voltooid en de basis zal kunnen zijn voor conclusies. Hij acht het gewenst dat daarover een duidelijk perspectief wordt getekend. Voorkomen moet worden dat als implementatie aan de orde is, uit tijdsgebrek weer wordt overgegaan tot sectorale implementatie, met als gevolg dat het steeds moeilijker wordt om alsnog terug te keren naar de weg van implementatie van alle gelijke behandeling-richtlijnen in één algemene wet, de Awgb.

b. Terminologie

In eerdere advisering over implementatie van gelijke behandeling-richtlijnen heeft de Raad er herhaald en met klem op aangedrongen daarbij niet voort te gaan met een eigen terminologie – in de vorm van het begrip «onderscheid» – maar om aan te sluiten bij de richtlijnterminologie, waarin vast het begrip «discriminatie» wordt gebruikt. De regering heeft in reactie daarop laten weten dat «zal worden gezien of en zo ja, wanneer nader onderzoek wordt gedaan naar de opportuniteit van een andere terminologie»². In het onderhavige voorstel wordt voortgegaan op de weg van de eigen terminologie: waar de richtlijn de begrippen directe en indirecte discriminatie gebruikt en definieert, hanteert het voorstel de begrippen direct en indirect onderscheid. Deze begrippen zijn normatief neutraal, terwijl de begrippen in de richtlijn wel de normatieve lading hebben die past bij de onderhavige materie. Evenzo heeft de Raad in eerdere advisering er op aangedrongen om in de omschrijving van «intimidatie» het element «ongewenst» toe te voegen, eveneens om aldus een directe aansluiting te verzekeren met de richtlijn. De regering heeft dit afgewezen «omdat het niet overnemen van dit element uit de richtlijndefinitie bijdraagt tot betere rechtsbescherming van de geïntimideerden»³. In de artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel B (artikel 1a Wgbm/v wordt dit standpunt opnieuw ingenomen. De Raad acht de hiervoor weergegeven keuzen van de regering niet overtuigend, en opnieuw doorgaan op de weg van het hanteren van een afwijkende terminologie ongewenst. Hij adviseert het voorstel in dat licht gezien nader te overwegen.

1. Verhouding Wgbm/v – Awgb

a. De Raad van State adviseert in de memorie van toelichting uiteen te zetten of het voornemen bestaat te bevorderen dat nieuwe gelijke behandelings-richtlijnen (in beginsel) altijd zullen worden geïmplementeerd in de Awgb, en dat al bestaande sectorale wetten met implementatie op dit terrein zullen worden geïntegreerd in de Awgb, en voorts om specifieke informatie te geven over de richting en de stand van het onderzoek over de integratie van de Wgbm/v in de Awgb zoals dat momenteel plaats vindt, alsmede over de datum waarop dit zal zijn voltooid en de basis zal kunnen zijn voor conclusies.

De inleiding van de memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.

b. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State om de keuze voor een van de richtlijn afwijkende terminologie nader te overwegen, wordt het volgende opgemerkt.

Sedert de totstandkoming van de Wgbm/v in 1980 is het beginsel van gelijke behandeling uitgewerkt in het begrip onderscheid. Daarbij verplicht het communautaire recht niet tot het overnemen van de Europeesrechtelijke bewoordingen bij implementatie van de richtlijnen, mits de volledige toepassing van de richtlijn daadwerkelijk is verzekerd. Gekozen is daarom voor de neutralere term onderscheid.

¹ Zie bijvoorbeeld het Nader rapport van 20 januari 2003 op het advies van de Raad over de EG-implementatiewet Awgb, kamerstukken II, 2002/03, 28 770, A.

² Kamerstukken II, 2002/03, A, blz. 5

³ Kamerstukken II, 2002/03, A, blz. 15.

Naar aanleiding van eerdere opmerkingen van de Raad van State is gekeken naar de mogelijkheid voor nader onderzoek naar de opportuniteit van een andere terminologie. Dit onderwerp wordt meegenomen in het tweede evaluatieonderzoek naar de Awgb. Een deel van dit onderzoek zal gaan over de vraag of aanpassing van de terminologie in de Awgb wenselijk is. Nader onderzocht wordt daarbij wat de verschillen tussen deze begrippen zijn en welke invloed uitgaat van de terminologie op de wettelijk geregelde uitzonderingen.

Nadere overweging heeft ertoe geleid de keuze te handhaven om in de definities van intimidatie en seksuele intimidatie het element «ongewenst», dat wel in de definities in de richtlijn staat, niet op te nemen, in de Wgbm/v. Hiermee wordt aangesloten bij de definitie van intimidatie zoals opgenomen in de Awgb, de Wgbh/cz en de Wgbl. Kortheidshalve verwijs ik hier naar het nader rapport bij de EG-implementatiewet Awgb, waarin eerder is uiteengezet waarom niet is gekozen voor opname van het begrip «ongewenst» in de definitie van intimidatie (Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A., p. 14–15).

2. Positie wederpartij

In de artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel B (artikel 1a Wgbm/v) wordt opgemerkt dat intimidatie en seksuele intimidatie vallen onder het verbod van direct onderscheid, zodat daarvoor een verschuiving van bewijslast geldt. Daarmee wordt kennelijk bedoeld op artikel 6a van de Wgbm/v.¹ De Raad wijst er allereerst op dat de genoemde bepaling een meer neutrale terminologie bevat dan de toelichting bij het onderhavige voorstel. Artikel 6a spreekt over degene die meent dat te zijnen nadeel een onderscheid is of wordt gemaakt respectievelijk de wederpartij, terwijl de toelichting spreekt over de geïntimideerde respectievelijk de intimiderende persoon. Volgens de toelichting moet de geïntimideerde stellen en toelichten dat er sprake was van (seksuele) intimidatie. Op de wederpartij, als verweerder, rust dan de plicht te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. Deze verplichting kan in het geval van gestelde intimidatie, en in het bijzonder seksuele intimidatie, de wederpartij in een kwetsbare positie brengen. Dit vloeit allereerst al voort uit de aard van het desbetreffende verwijt. Dat is bij het verbod van (seksuele) intimidatie tot op zekere hoogte onvermijdelijk, en moet in zoverre worden aanvaard. Daar komt echter bij dat, gegeven de aangehaalde bewijsregel, op de verweerder de plicht rust zijn «onschuld» te bewijzen, door het aanvoeren van overtuigend bewijs dat de gestelde gedraging niet heeft plaatsgevonden. Bij een verwijt van intimidatie, en zeker ook van seksuele intimidatie, zal dit nogal eens een onmogelijke opgave kunnen (blijken te) zijn. Eén en ander heeft dan ook gevolgen voor de instantie die is geroepen om een oordeel te geven over de vraag of het gestelde verwijt gegrond is. Het belang van het bieden van toereikende en hopelijk effectieve bescherming tegen discriminatie als in dit voorstel aan de orde neemt dan ook niet weg dat ook de vraag naar mogelijke bescherming van de wederpartij tegen een lichtvaardige, laat staan ongefundeerde beschuldiging passende aandacht verdient. Die bescherming zal althans voor een deel moeten worden gevonden in de stelplicht die rust op de benadeelde. Artikel 6a van de Wgbm/v legt degene die meent benadeeld te zijn de plicht op in rechte feiten aan te voeren die het gestelde onterecht gemaakte onderscheid kunnen doen vermoeden. Het aanvoeren van «feiten» die het gemaakte onderscheid «kunnen doen vermoeden» betekent dat het gestelde onderscheid een minimale aannemelijkheid dient te hebben om te kunnen worden aanvaard als toereikende grondslag in een te voeren procedure, van welke aard ook. De toelichting gaat niet nader in op de positie van partijen tegenover elkaar, en op de positie van de wederpartij in dat verband. De Raad adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen, en daarbij uiteen te zetten hoe redelijkerwijs zo veel mogelijk zou kunnen worden voorkomen dat zonder toereikende grond gebruik wordt gemaakt van de bescherming die de voorgestelde regeling gaat bieden.

¹ Die bepaling vormt de implementatie van artikel 4 van richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 (PbEG L 14/6) inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht.

2. Positie wederpartij

De Raad constateert dat de memorie van toelichting niet ingaat op de positie van partijen tegenover elkaar en op de positie van de wederpartij in dat verband. De verplichting om te bewijzen dat het beginsel van gelijke behan-

deling niet werd geschonden kan in het geval van intimidatie, en in het bijzonder seksuele intimidatie, de wederpartij in een kwetsbare positie brengen. Daarbij wijst de Raad onder meer op de aard van het desbetreffende verwijt. De Raad adviseert de toelichting in dat licht aan te vullen en daarbij uiteen te zetten hoe redelijkerwijs zo veel mogelijk zou kunnen worden voorkomen dat zonder toereikende grond gebruik wordt gemaakt van de bescherming die de voorgestelde regeling gaat bieden.

Naar aanleiding van deze opmerkingen is in paragraaf 2 van de memorie van toelichting een passage over de bewijslastverdeling opgenomen waarin op dit punt wordt ingegaan.

3. Artikel 3, tweede lid, onder b, van de basisrichtlijn

Artikel 1, derde lid, van de richtlijn bevat onder meer een nieuwe tekst voor artikel 3, tweede lid, onder b, van de basisrichtlijn. Dit onderdeel brengt mee dat alle met het beginsel van gelijke behandeling in strijd zijnde bepalingen in contracten, collectieve overeenkomsten, interne reglementen van ondernemingen en regels waaraan de vrije beroepen en werkgevers- en werknemersorganisaties onderworpen zijn, nietig worden of kunnen worden verklaard of worden gewijzigd.

De toelichting tekent hierbij aan dat deze bepaling niet hoeft te worden geïmplementeerd in de wet en dat door middel van onder meer gerichte voorlichting aan CAO-onderhandelaars hieraan gevolg wordt gegeven.¹ De Raad merkt op dat met de voorlichting niet ten volle zeker is gesteld dat bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling niet (meer) zullen voorkomen in contracten, collectieve overeenkomsten en dergelijke. Hij adviseert daarom alsnog over te gaan tot implementatie van de bedoelde bepaling.

3. Artikel 3, tweede lid, onder b, van de basisrichtlijn

De Raad van State adviseert over te gaan tot implementatie van artikel 3, tweede lid, onder b, van de basisrichtlijn.

Naar aanleiding hiervan wordt opgemerkt dat de memorie van toelichting er abusievelijk aan voorbijgaat dat deze bepaling reeds is geïmplementeerd in de artikelen 1b (nieuw), zesde lid, 2, derde lid, 4, derde lid, en artikel 12e Wgbm/v en 7:646, elfde lid (nieuw) BW.

Wel dient artikel 3, tweede lid, onder b, van de basisrichtlijn nog te worden geïmplementeerd voor zover het betreft de uitbreiding van de werkingssfeer van de richtlijn met het lidmaatschap van en de betrokkenheid bij een werknemers- of werkgeversorganisatie of enige organisatie waarvan de leden een bepaald beroep uitoefenen, waaronder de voordelen die deze organisaties bieden.

Artikel 4a van de Wgbm/v is aangevuld met een tweede lid op grond waarvan iedere bepaling die strijdig is met het verbod van onderscheid op dit terrein nietig is. De memorie van toelichting is aangepast en verwijst naar de huidige artikelen en het voorgestelde artikel 4a, tweede lid, waarin artikel 3, tweede lid, onder b, van de basisrichtlijn wordt geïmplementeerd.

4. Arbeidsomstandighedenwet 1998

Artikel 1, eerste lid, onder e, van de Arbeidsomstandighedenwet 1998 (Arbowet 1998) bevat een definitie van het begrip «seksuele intimidatie».² De inhoud van deze definitie verschilt, onder meer door het benoemen van concrete, intimiderende handelingen, aanzienlijk van de thans voorgestelde definitie in de Wgbm/v.

De Raad adviseert om toe te lichten of is beoogd dit verschil in stand te laten, en om zo nodig de Arbowet 1998 aan te passen.

4. Arbeidsomstandighedenwet 1998

De Raad van State adviseert toe te lichten of is beoogd het verschil tussen de definitie van seksuele intimidatie, zoals opgenomen in artikel 1, derde lid, onder e, van de Arbeidsomstandighedenwet 1998 (Arbowet 1998) en in het wetsvoorstel in stand te laten, en om zo nodig de Arbowet 1998 aan te passen.

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 2. Inhoud van de richtlijn, toelichting op artikel 1, derde lid; derde alinea.

² Arbowet 1998, artikel 1, derde lid, onderdeel e.

De Arbowet 1998 zal binnen afzienbare tijd worden herzien en vereenvoudigd. Daarbij zal het advies van de Raad worden meegenomen met als uitgangspunt gelijke begripsbepalingen in de Arbowet en de gelijke behandelingswetgeving.

5. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

5. Redactionele kanttekeningen

Het voorstel om artikel I, onder A, aan te vullen met de definitie van het begrip «indirect onderscheid» is niet overgenomen. In de huidige derde (nieuwe vierde) zin van artikel 1 van de Wgbm/v is dit begrip immers reeds gedefinieerd.

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*

De redactionele kanttekening met betrekking tot de transponeringstabel is niet gevolgd. Overeenkomstig de toelichting op aanwijzing 344 van de Aanwijzingen voor de regelgeving is de transponeringstabel in een afzonderlijke paragraaf in het algemeen deel van de memorie van toelichting opgenomen.

De andere redactionele kanttekeningen zijn overgenomen.

Ik moge U mede namens mijn ambtgenoot voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties en mijn ambtgenoot van Justitie 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 Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
A. J. de Geus

Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende no. W12.05.0142/IV met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

Voorstel van wet

- Artikel I, onder A, aanvullen met de definitie van het begrip «indirect onderscheid».
- In nieuw artikel 1b en verder van de Wgbm/v na het begrip «onderscheid» de toevoeging «tussen mannen en vrouwen» telkens laten vervallen, in navolging van de in nieuwe definitie van «onderscheid» in Artikel I, onder A, artikel 1, eerste zin, Wgbm/v.
- In artikel I, onder C, aanhef, «Artikel 1b» ter wille van de duidelijkheid wijzigen in: Het tot artikel 1b vernummerde artikel 1a.
- In artikel I, onder J, «vervangen door» wijzigen in: telkens vervangen door.

Memorie van toelichting

- De transponeringstabel plaatsen achter de artikelsgewijze toelichting.