

Vergaderjaar 2008–2009

**28 481**

**Evaluatie Algemene wet gelijke behandeling**

**Nr. 5**

**BRIEF VAN DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES**

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 19 december 2008

Mede namens de minister van Justitie, de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de minister voor Wonen, Wijken en Integratie zend ik u hierbij het eerste deel van het in artikel 33 van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) voorgescreven periodiek verslag aan de Staten-Generaal over de werking van deze wet en aanverwante wetgeving. Dit verslag is geformuleerd in een kabinetsstandpunt.

*Verplichte vijfjaarlijkse evaluatie*

Op grond van artikel 33 van de Awgb zendt de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de minister van Justitie, de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de minister voor Wonen, Wijken en Integratie, iedere vijf jaar een verslag aan de Staten-Generaal over de werking in de praktijk van de Awgb, de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en artikel 7:646 Burgerlijk Wetboek, na ontvangst van het door de Commissie gelijke behandeling (Cgb) opgestelde rapport van bevindingen.

*De evaluatierapporten*

De Cgb heeft conform artikel 20, tweede lid, van de Awgb een rapport van bevindingen opgesteld: «Het verschil gemaakt. Evaluatie Awgb en werkzaamheden Cgb 1999–2004», Utrecht, 2005 (hierna: evaluatierapport Cgb). Het kabinet heeft daarnaast door de Universiteit van Tilburg en de Rijksuniversiteit Groningen onderzoek laten verrichten dat uitmondde in het rapport «Gelijke behandeling: principes en praktijken, Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling», onder redactie van M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjens, Nijmegen 2006 (hierna: evaluatierapport universiteiten).

### *De ingebrekestelling en het ad hoc advies van de Cgb naar aanleiding daarvan*

In het kabinetsstandpunt wordt niet alleen ingegaan op deze twee rapporten, maar ook op het «met redenen omkleed advies» (verder: de ingebrekestelling) van de Europese Commissie van 30 januari 2008, aangezien het ook in dit advies gaat om de vraag of de Awgb dient te worden aangepast. In de brief van het kabinet aan de Europese Commissie van 18 maart 2008 (in reactie op de ingebrekestelling) zijn de evaluatie en de ingebrekestelling aan elkaar gekoppeld, omdat daarin is medegedeeld dat voor een deel van de ingebrekestelling in elk geval tegemoet zal worden gekomen aan de wensen van de Europese Commissie en dat de overige onderdelen van de ingebrekestelling aan de orde zullen komen in het kabinetsstandpunt over de evaluatie van de Awgb. Dit betekent dat in de reactie van het kabinet op de evaluatie van de Awgb ook de ingebrekestelling aan de orde moet komen.

Ten slotte wordt in het kabinetsstandpunt ook ingegaan op het advies van de Cgb van maart 2008 (verder: het ad hoc Cgb-advies) in verband met de ingebrekestelling van 30 januari 2008.

### *Korte samenvatting van de adviezen*

- Volgens het Evaluatierapport Cgb functioneert de Awgb op vele fronten goed. Op enkele onderdelen ziet de Cgb ruimte voor een uitbreiding van de wet met het oog op intensivering van bescherming tegen discriminatie.
- De voornaamste conclusie van de evaluatie door de universiteiten is dat de Awgb grotendeels voldoet aan hetgeen de wetgever voor ogen stond bij de totstandkoming van deze wet.
- De Europese Commissie stelt zich op het standpunt dat de Kaderrichtlijn op een aantal punten niet correct is geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. Dat geldt ook voor overeenkomstige artikelen uit de Richtlijn houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (de Anti-rassendiscriminatie-richtlijn).
- In haar ad hoc advies van maart 2008 heeft de Cgb zich aangesloten bij het standpunt van de Europese Commissie.

### *Splitsing kabinetsstandpunt in twee delen*

Het kabinetsstandpunt wordt gesplitst in twee delen omdat het kabinet besloten heeft advies te vragen aan de Raad van State over de enkele-feitconstructie. De enkele-feitconstructie is destijds in de Awgb gekomen om een goede balans tussen de grondrechten te bewerkstelligen. Om die reden, gevoegd bij het feit dat het een ingewikkelde juridische aangelegenheid betreft, heeft het kabinet besloten de Raad van State – als hoogste adviserende orgaan van de regering – om advies te vragen.

Aan de Raad van State is de volgende vraag voorgelegd: «Zijn er mogelijkheden, en zo ja welke, om de artikelen van de Awgb waarin de zogenoemde enkele-feitconstructie voorkomt, zodanig aan te passen aan de terminologie en/of de strekking van de Europese richtlijn 2000/78/EG dat de enkele-feitconstructie geschrapt wordt, terwijl de destijds in de Awgb neergelegde balans tussen grondrechten – in het bijzonder de balans tussen het nondiscriminatiebeginsel en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs – behouden blijft.»

Na ontvangst van het advies van de Raad van State zal het kabinet een standpunt bepalen inzake de uitzonderingen voor instellingen op gods-

dienstige grondslag, tegen de achtergrond van de Europese richtlijnen. Dat betekent dat de huidige uitzonderingen in de Awgb die daarop betrekking hebben (het tweede lid van de artikelen 5, 6a en 7, alsmede artikel 3) pas aan bod zullen komen in het tweede deel van het kabinetsstandpunt.

*Het eerste deel van het kabinetsstandpunt*

De volgende onderdelen komen aan de orde in dit eerste deel van het kabinetsstandpunt:

Artikel 1 sub a: De term «onderscheid» vervangen door «discriminatie».

Artikel 1 sub b en c: De definities van «direct» en «indirect» onderscheid aanpassen.

Artikel 2: «Volksgezondheid» opnemen als uitzonderingsgrond in de Awgb.

Artikel 2, 3e lid: De mogelijkheden voor voorkeursbeleid niet uitbreiden.

Artikel 5/7, 3e lid: De uitzondering voor werkverhoudingen met privé-karakter aanpassen aan de richtlijnterminologie.

Artikel 7a: Het verbod van onderscheid wegens ras op het gebied van de sociale zekerheid niet uitbreiden met de andere discriminatiegronden.

(Geen nieuw artikel): De AWGB niet zodanig aanpassen dat ook eenzijdig overheidshandelen er onder valt.

*Artikel 1 sub a: De term «onderscheid» vervangen door «discriminatie»*

De Raad van State heeft herhaaldelijk aanbevolen het Europeesrechtelijk begrip «discriminatie» over te nemen en niet de term «onderscheid» te handhaven.

De onderzoekers van de betrokken universiteiten concludeerden dat de begrippen onderscheid en discriminatie juridisch niet wezenlijk uiteenlopen. De betekenisverschillen spitsen zich toe op de gevoelslading van het begrip en de juridische context waarin de begrippen functioneren. Indien de term «discriminatie» wordt ingevoerd, zal de juridische systematiek van de Awgb volgens de onderzoekers niet veranderen. Het overgaan op de term discriminatie heeft wel tot gevolg dat enkele bepalingen in de Awgb – waaronder de uitzonderingsgronden op discriminatieverboden – anders zullen moeten worden geformuleerd.

Het kabinet sluit zich aan bij het oordeel van de universiteiten dat op juridische gronden geen eenduidige keuze voor «onderscheid» of «discriminatie» geïndiceerd is. Mede naar aanleiding van adviezen van de Raad van State heeft het kabinet niettemin besloten over te gaan tot de term discriminatie. De term discriminatie sluit één op één aan bij de terminologie van de Europese richtlijnen en verzekert op ondubbelzinnige wijze de rechtsbescherming zoals de richtlijnen die beogen te bieden. De term sluit ook beter aan bij de terminologie van artikel 1 van de Grondwet. Met de term «discriminatie» wenst het kabinet bovendien de ernst van het fenomeen te benadrukken. Daarnaast acht het kabinet het wenselijk om aan te sluiten bij de overige internationaalrechtelijke bepalingen zoals neergelegd in artikel 26 van het Internationaal Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR), artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het bijbehorende Protocol 12. Het kabinet is van oordeel dat door deze nieuwe terminologie geen koerswijziging in de oordelenlijn van de Cgb zal plaatsvinden, aangezien de

Cgb ten aanzien van het begrip «onderscheid» ook reeds de Europees-rechtelijke interpretatie van het begrip «discriminatie» volgde.

*Artikel 1 sub b en c: De definities van «direct» en «indirect» onderscheid aanpassen*

Naar het oordeel van de Europese Commissie stroken de definities van «direct» en «indirect» onderscheid niet met de richtlijnvereisten zoals vastgelegd in de Kaderrichtlijn. Daarnaast bleek volgens de Europese Commissie onvoldoende uit de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd dat ook indirecte discriminatie is verboden.

Het kabinet heeft aan de Europese Commissie in de brief van 18 maart 2008 medegedeeld dat de definities van «direct» en «indirect» onderscheid zodanig worden aangepast dat qua terminologie wordt aangesloten bij de EU-richtlijnbepalingen.

*Artikel 2: «Volksgezondheid» opnemen als uitzonderingsgrond in de Awgb*

Uit recente oordelen en een aanbeveling van de Cgb is gebleken dat behoefte bestaat aan uitbreiding van de Awgb met de uitzonderingsgrond «volksgezondheid». Het kabinet sluit zich in dezen aan bij het advies van de Cgb en is van mening dat de oordelen en het advies van de Cgb voldoende aantonen dat maatschappelijk behoefte bestaat aan het opnemen van een uitzonderingsgrond ter bescherming van de volksgezondheid. Het is wenselijk deze uitzonderingsgrond op te nemen omdat de Awgb een gesloten systeem van uitzonderingen kent. Alleen indien een uitzonderingsgrond van de Awgb van toepassing is, kan het onderscheid gerechtvaardigd worden. Dat betekent dat wanneer een groep gediscrimineerd wordt vanwege motieven die verband houden met de volksgezondheid, het systeem van de Awgb niet toelaat dat die discriminatie gerechtvaardigd kan worden met een beroep daarop, zo lang de uitzonderingsgrond «volksgezondheid» niet is opgenomen. Deze uitzonderingsgrond kan nodig zijn indien een ernstige ziekte met besmettingsgevaar vooral mensen met een bepaald persoonskenmerk treft. De Kaderrichtlijn biedt expliciet ruimte voor de grond «volksgezondheid». Door deze uitzonderingsgrond toe te voegen wordt dus aangesloten bij de Kaderrichtlijn.

*Artikel 2, derde lid De mogelijkheden voor voorkeursbeleid niet uitbreiden*

De Cgb beveelt het kabinet in haar evaluatierapport uit 2005 aan om artikel 2, derde lid, van de Awgb zodanig te wijzigen dat voorkeursbehandeling wordt toegestaan voor alle gronden waarop gelijkebehandelingswetgeving betrekking heeft, mits er sprake is van een structurele achterstelling. Het huidige voorkeursbeleid is uitsluitend gericht op vrouwen, etnische minderheden, gehandicapten en chronisch zieken. De Cgb deed in haar evaluatie van 2005 de aanbeveling het voorkeursbeleid uit te breiden naar de discriminatiegronden geloof of levensovertuiging, leeftijd en seksuele gerichtheid.

In 2005 heeft het vorige kabinet de nota Voorkeursbeleid uitgebracht. Omdat uit onderzoek was gebleken dat van structurele achterstelling ten aanzien van andere dan de in artikel 2, lid 3, van de Awgb genoemde gronden geen sprake was, werd uitbreiding van het aantal gronden ten behoeve van het voeren van voorkeursbeleid niet nodig gevonden. Het huidige kabinet sluit zich daarbij aan. Het kabinet is van mening dat zolang zich geen tekenen voordoen van structurele achterstelling op andere dan de huidige gronden, er geen reden is voor uitbreiding van de gronden voor voorkeursbeleid.

*Artikel 5/7, 3e lid: De uitzondering voor werkverhoudingen met privé-karakter aanpassen aan de richtlijnterminologie*

In artikel 5, derde lid, (op het terrein van de arbeid) en artikel 7, derde lid, (op het terrein van de goederen en diensten) van de Awgb is bepaald dat de wet niet van toepassing is op eisen die, gelet op het privé-karakter van de werkverhouding (respectievelijk het privé-karakter van de situatie waarop de rechtsverhouding ziet) in redelijkheid kunnen worden gesteld. Volgens de Europese Commissie is daardoor in de Awgb onvoldoende gewaarborgd dat het doel van het onderscheid legitiem dient te zijn en dat het onderscheid evenredig dient te zijn aan dat doel. De term «in redelijkheid» laat volgens de Europese Commissie te veel ruimte voor discriminatie. Met betrekking tot de uitzondering ten behoeve van de persoonlijke levenssfeer bij het aanbod van goederen en diensten in de Awgb heeft de Europese Commissie in een ingebrekestelling opgemerkt dat de Antirassendiscriminatie richtlijn in het geheel geen uitzonderingen in de privé-sfeer toelaat voor een verschil in behandeling.

Naar het oordeel van het kabinet doen zich in de rechtspraak met de toepassing van artikel 5, derde lid, en artikel 7, derde lid, van de Awgb, geen problemen voor. Het kabinet sluit zich aan bij de conclusie van de onderzoekers van de UvT en de RuG dat de Awgb ter zake van de uitzonderingen vanwege de persoonlijke levenssfeer materieel in overeenstemming is met de richtlijnvereisten. Aan de Europese Commissie is in de brief van het kabinet van 18 maart 2008 uitgelegd dat in de Awgb geen sprake is van een norm die algemeen en uniform de aard van de uitzonderingen vooraf bepaalt. De Cgb legt de bepalingen geheel richtlijnconform uit, waardoor in de praktijk geen sprake is van een te ruime uitzondering. Niettemin heeft het kabinet besloten dat het overnemen van de exacte richtlijnterminologie de meest eenduidige waarborg biedt tegen discriminatie. Dat is hier extra van belang, aangezien het gaat om rechten waaraan individuen direct waarborgen kunnen ontlenen. De Awgb zal daarom op dit punt worden aangepast aan de terminologie van de Europese richtlijnen. Dat betekent dat de termen «legitimiteit» en «evenredigheid» zullen worden opgenomen in de wet en dat de onderhavige uitzondering zich niet exclusief zal richten op omstandigheden in de persoonlijke levenssfeer maar zal zien op alle situaties waarin een uitzondering onder de in de richtlijn genoemde condities gerechtvaardigd is.

De artikelen 5, derde lid, en 7, derde lid, van de Awgb zullen derhalve conform de terminologie van de Europese richtlijnen worden gewijzigd. «In redelijkheid» zal komen te vervallen en in de wettekst zullen de termen «legitimiteit» en «evenredigheid» worden opgenomen. De uitzondering zal zich conform de Europese richtlijnen richten op omstandigheden waarin een uitzondering gerechtvaardigd is.

*Artikel 7a: Het verbod van onderscheid wegens ras op het gebied van de sociale zekerheid niet uitbreiden met de andere discriminatiegronden*

De Cgb deed de aanbeveling om het verbod om te discrimineren op grond van ras op het gebied van sociale bescherming, uit te breiden naar alle discriminatiegronden van de Awgb (dus naar godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat) en om daarnaast meer soorten overheids-handelen eronder te laten vallen. De Cgb deed tevens de aanbeveling onderzoek te laten doen naar wat moet worden verstaan onder «sociale bescherming» als bedoeld in artikel 7a Awgb.

Het kabinet vindt uitbreiding van het begrip «sociale bescherming» naar de andere verboden discriminatiegronden thans niet noodzakelijk omdat

artikel 1 van de Grondwet, de internationale verdragen, de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voldoende waarborgen bieden tegen discriminatie door de overheid ten aanzien van de andere gronden op het terrein van «sociale bescherming». De sociale zekerheidsrechter stelt zich daarnaast actief op bij de toetsing aan internationale gelijkheidsnormen zoals artikel 14 EVRM en het bijbehorende Protocol 12 van de Raad van Europa, en artikel 26 IVBPR.

Voorts acht het kabinet onderzoek naar de definitie van «sociale bescherming» niet noodzakelijk. Uit artikel 7a Awgb blijkt dat onder «sociale bescherming» sociale zekerheid en sociale voordelen vallen. Volgens de memorie van toelichting moeten hieronder in ieder geval alle aspecten van gezondheidszorg, welzijn en sociale zekerheid worden begrepen, alsmede de algemene en bijzondere bijstandsregelingen, de Wet sociale werkvoorziening, de wettelijke sociale verzekeringen, de kinderbijslag, de studiefinanciering, korting op reizen per openbaar vervoer en gereduceerde toegangsprijzen voor culturele of andere evenementen. Zodra Europeesrechtelijke ontwikkelingen ertoe nopen om dit begrip anders af te bakenen, zal een algemene maatregel van bestuur worden voorbereid.

*De AWGB niet zodanig aanpassen dat ook eenzijdig overheidshandelen eronder valt*

Het vorige kabinet heeft door de UvT/RuG laten onderzoeken of het noodzakelijk is eenzijdig overheidshandelen binnen de reikwijdte van de Awgb te brengen, welke soorten overheidshandelen daarvoor in aanmerking zouden kunnen komen en welke gevolgen verbonden zijn aan uitbreiding naar eenzijdig overheidshandelen. Daarbij stond de vraag centraal of artikel 1 Grondwet, artikel 26 Internationaal Verdrag ter bescherming van Burgerlijke en Politieke Rechten, artikel 14 Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) en Protocol 12 bij het EVRM, de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voldoende bescherming bieden, of dat problemen in de relatie tussen overheid en burger ook binnen de Awgb zouden moeten worden opgelost.

Volgens de onderzoekers van de UvT en de RuG wordt eenzijdig overheidshandelen voldoende genormeerd door de hiervoor genoemde bepalingen. Uit de bevindingen van de UvT en de RuG komt verder naar voren dat indien uitbreiding wordt gewenst, dit alleen op selectieve basis onder voorwaarden mogelijk is. Het kabinet sluit zich aan bij het standpunt van de UvT/RuG dat alle eenzijdig overheidshandelen, voor zover het niet wordt bestreken door de Awgb, voldoende wordt genormeerd. Om deze reden ziet het kabinet geen noodzaak de werkingssfeer van de Awgb uit te breiden naar andere terreinen van eenzijdig overheidshandelen. Een tweede argument om niet uit te breiden is dat de Awgb niet primair de rechtsverhouding tussen burger en overheid regelt, maar het privaatrechtelijke rechtsverkeer tussen burgers onderling of tussen burgers en de overheid. Normering van eenzijdig overheidshandelen past niet goed binnen dit kader, omdat eenzijdig overheidshandelen een andere afwijking vergt dan handelen in een civiele rechtsverhouding. Bij eenzijdig overheidshandelen dient rekening te worden gehouden met het algemeen belang. Dit algemeen belang is niet in de afwegingskaders van de Awgb opgenomen.

Het kabinet besluit naar aanleiding van deze bevindingen de toepasselijkheid van de Awgb niet uit te breiden naar eenzijdig overheidshandelen. Er zijn al voldoende bepalingen waarop een beroep kan worden gedaan indien sprake is van discriminatie bij eenzijdig overheidshandelen (o.a. in

de Grondwet, de Algemene wet bestuursrecht, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in verschillende internationale verdragen).

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,  
G. ter Horst