

Vergaderjaar 2008–2009

**31 832**

## **Wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling, het Burgerlijk Wetboek, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (aanpassing definities van direct en indirect onderscheid aan richtlijnterminologie)**

**4**

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

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 14 augustus 2008 en het nader rapport d.d. 22 december 2008, aangeboden aan de Koningin door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de ministers van Justitie, van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de minister voor Wonen, Wijken en Integratie. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 17 juli 2008, no. 08 002 159, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling, het Burgerlijk Wetboek, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (aanpassing definities van direct en indirect onderscheid aan richtlijnterminologie), met memorie van toelichting.*

*Het wetsvoorstel voert aanpassingen door in de definitie van de begrippen direct onderscheid en indirect onderscheid zoals opgenomen in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) en de overige gelijkebehandelingswetgeving. Het wetsvoorstel strekt tot aansluiting van deze terminologie in de gelijke-behandelingswetgeving bij die van richtlijn nr. 2000/78/EG van de Raad van de Europese Unie van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PbEG L 303), de zogenoemde kaderrichtlijn (hierna: kaderrichtlijn).*

*De Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen over de wijze waarop aansluiting wordt gezocht bij de kaderrichtlijn. Hij is van oordeel dat in verband daarmee het wetsvoorstel nader dient te worden overwogen.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 17 juli 2008, nr. 08 002 159, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermeld voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 14 augustus 2008, nr. W04.08 0284/I, bied ik U hierbij aan. Naar aanleiding van het advies wordt het volgende opgemerkt.

<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.

*Noodzaak van correcte implementatie*

*Aanleiding voor dit wetsvoorstel is het met redenen omkleed advies van de*

Europese Commissie d.d. 31 januari 2008 betreffende de implementatie van de kaderrichtlijn.<sup>1</sup> In dat advies drong de Europese Commissie aan op nauwkeurige aansluiting bij de tekst van de kaderrichtlijn. Het advies richt zich op de wijze waarop het richtlijnbegrip «discriminatie» is omgezet in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving en op de in deze wetgeving gemaakte uitzondering op het discriminatieverbod voor particuliere werkverhoudingen en voor rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt.

In haar antwoord aan de Commissie bestrijdt de regering dat sprake is van onvolledige implementatie.<sup>2</sup> De bestaande Nederlandse wetgeving voldoet materieel aan de eisen van de richtlijn, aldus de regering. Met betrekking tot de hiervoor bedoelde uitzonderingen op het discriminatieverbod motiveert de regering haar standpunt mede door te verwijzen naar oordelen van de Commissie gelijke behandeling en rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

De Raad heeft, zoals in de memorie van toelichting wordt opgemerkt, er in zijn eerdere advisering over de implementatie van de zogenoemde antirassen-discriminatie-richtlijn<sup>3</sup> en de kaderrichtlijn<sup>4</sup> steeds op aangedrongen zo nauwkeurig mogelijk aan te sluiten bij de richtlijnterminologie.<sup>5</sup> Hij plaatste daarbij zijn opmerkingen mede tegen de achtergrond van de eigen aard en eigen dynamiek van de Europese rechtsorde. Dat gezichtspunt komt ook tot uitdrukking in een recent arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.<sup>6</sup> Het Hof overweegt hierin met betrekking tot de doelstelling van de kaderrichtlijn dat deze «met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader beoogt te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van een van de in artikel 1 ervan genoemde gronden (...), teneinde in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling ten uitvoer te leggen. Volgens de zeventendertigste overweging van de considerans ervan heeft deze richtlijn tevens tot doel, binnen de Gemeenschap gelijke voorwaarden met betrekking tot gelijke behandeling in arbeid en beroep te scheppen.»<sup>7</sup>

Nederland heeft zich gebonden aan de inhoud van de richtlijn en de daarin opgenomen criteria. Dat houdt onder meer in dat die richtlijn correct en tijdig wordt geïmplementeerd in de nationale rechtsorde. Daar komt nog bij dat de Europese rechtsorde op het terrein van de gelijke behandeling zich steeds verder ontwikkelt. Recent heeft de Europese Commissie een nieuw voorstel voor een richtlijn uitgebracht inzake gelijke behandeling op grond van geloof of levensovertuiging, handicap, leeftijd en seksuele gerichtheid buiten het terrein van de arbeid.<sup>8</sup> De Nederlandse rechtsorde heeft zich aan te passen aan die van de uitbreidende Europese rechtsorde op dit terrein. Tot nu toe vinden die aanpassingen aan de Europese rechtsorde plaats door inpassing in het bestaande nationale rechtssysteem. Al in zijn eerdere adviezen over voorstellen tot implementatie op het terrein van de gelijke behandeling heeft de Raad erop gewezen dat die methode van aanpassing leidt tot moeizame constructies binnen het systeem van de gelijkebehandelingswetgeving, omdat de Europese en Nederlandse rechtsorde niet goed op elkaar aansluiten. Het nieuwe richtlijnvoorstel van de Europese Commissie maakt dit vraagstuk van aansluiting tussen de Nederlandse en de Europese rechtsorde voor de toekomst alleen maar klemmender.

Tegen deze achtergrond merkt de Raad met betrekking tot de voorgestelde wijzigingen het volgende op.

#### a. Definitie van discriminatie

De Europese Commissie is in de ingebrekestelling en in het met redenen omkleed advies allereerst ingegaan op het punt van de definitie van «discriminatie». Zij heeft daarbij opgemerkt dat deze definitie in de richtlijn belangrijk is omdat ze precies zo is geformuleerd dat het doel van de richtlijn kan worden verwezenlijkt: de bestrijding van discriminatie zodat het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden.

Naar aanleiding van het advies wordt nu een aanpassing van de definitie van de begrippen «direct onderscheid» en «indirect onderscheid» voorgesteld die de tekst van deze definitie dichter doet aansluiten bij de formulering in artikel 2, tweede lid, onder a respectievelijk b van de richtlijn.

<sup>1</sup> Na de ingebrekestelling bij brief van 18 december 2006.

<sup>2</sup> Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties d.d. 18 maart 2008 (Kamerstukken II 2007/08, 27 017, nr. 40).

<sup>3</sup> Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstemming; PbEG L 180.

<sup>4</sup> Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep; PbEG L 303.

<sup>5</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 169 B, blz. 5 en 6, Kamerstukken II 2001/02, 28 187 A, blz. 4 en 5 en Kamerstukken II 2006/07, 30 967, nr. 4, blz. 2. Ook het advies van de Raad van 7 augustus 2006 over het voorstel van wet tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling ter integratie van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid in de Algemene wet gelijke behandeling, alsmede ter herstel van enige onvolkomenheden (Integratiewet Awgb) (nog niet gepubliceerd) past in deze lijn.

<sup>6</sup> Arrest van 17 juli 2008 in zaak C-303/06, Coleman-Attridge Law/Steve Law, n.n.g.

<sup>7</sup> R.o. 47.

<sup>8</sup> Proposal for a council directive on implementing the principle of equal treatment between irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation d.d. 2 juli 2008, COM(2008) 426 final.

Ook met de nieuwe definitie zal de gelijkebehandelingswetgeving echter nog steeds niet aansluiten bij de terminologie van de richtlijn in die zin dat het begrip «onderscheid» gehandhaafd blijft, en niet wordt vervangen door het in de richtlijn gebruikte begrip «discriminatie». De toelichting stelt dat vervanging van het begrip «onderscheid» door het begrip «discriminatie» aan de orde zal komen in het kabinetsstandpunt over de tweede evaluatie van de Awgb. Blijkens het antwoord van de regering aan de Europese Commissie wordt de besluitvorming met betrekking tot deze evaluatie uiterlijk in juni 2008 afgerond. Gelet daarop had mogen worden verwacht dat in het onderhavige voorstel, aanhangig gemaakt op 17 juli 2008, althans in de toelichting ook zou zijn ingegaan op de uitkomst van deze besluitvorming.

Het handhaven van het begrip «onderscheid» leidt ertoe dat de definitie in de gelijkebehandelingswetgeving, niettegenstaande de nu gemaakte tekstuele toenadering, nog steeds niet ten volle spoort met de tekst van de richtlijn. Het begrip «onderscheid» is immers een neutrale term. Gebruik van die term als kernbegrip in de definitie leidt ertoe dat gesproken wordt van een «andere wijze» van behandeling, daar waar de richtlijn spreekt van een «ongunstiger» behandeling.<sup>1</sup> In de voorgestelde definitie van «indirect onderscheid» is een vergelijkbare afwijking van de richtlijntekst opgenomen. De richtlijnbevestigingen spreken van een bepaling, maatstaf of handelwijze die bepaalde personen in vergelijking met andere personen »bijzonder benadeelt».<sup>2</sup> Het neutrale karakter van het begrip onderscheid leidt er daarentegen toe dat het wetsvoorstel spreekt van een bepaling, maatstaf of handelwijze die bepaalde personen in vergelijking met andere personen «bijzonder treft».

De Raad wijst erop dat, voor zover van de terminologie van de richtlijn wordt afgeweken om daarmee betere rechtsbescherming te kunnen bieden aan degenen die de richtlijn beoogt te beschermen, afwijking niet zonder meer noodzakelijk is. De richtlijn stelt minimumvereisten vast. Zolang aan de minimumvereisten van implementatie van de richtlijn wordt voldaan, blijft er bij deze implementatie ruimte voor het stellen van bepalingen die het geboden beschermingsniveau aanvullen en verhogen.<sup>3</sup> Een dergelijke aanvulling en verhoging van het beschermingsniveau mag echter niet het bereik van de richtlijn uitbreiden via een afwijkende definitiebepaling.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen inzake de interpretatie van richtlijn nr. 2000/78/EG kan worden afgeleid dat rechtsbescherming op basis van deze richtlijn bijzondere betekenis heeft voor slachtoffers van discriminatie die niet beschikken over bijzondere juridische kennis, en die te maken krijgen met werkgevers die direct of indirect wél over de nodige juridische kennis beschikken. In de zaak *Chacón Navas*<sup>4</sup> ging het in Spanje om een medewerker van een multinationaal cateringbedrijf; in de zaak *Coleman*<sup>5</sup> ging het in het Verenigd Koninkrijk om een secretaresse bij een advocatenkantoor. Juist in dit soort situaties is het van groot belang dat zij die als slachtoffer opkomen tegen discriminatie zich kunnen baseren op duidelijke verbodsbepalingen. Indien zaken vergelijkbaar met die in de beide genoemde arresten zich in Nederland zouden voordoen, worden de eventuele slachtoffers geconfronteerd met Nederlandse omzettingswetgeving van richtlijn 2000/78/EG die qua terminologie niet aansluit bij die in deze richtlijn. Deze discrepantie kan ertoe leiden dat de betrokken slachtoffers de rechtspraak van het Hof van Justitie niet goed kunnen begrijpen, omdat het Hof in de Nederlandse vertaling van arresten zoals die in de vorengenoemde zaken *Chacón Navas* en *Coleman*, met als procestenal respectievelijk Castiliaans en Engels, consequent en herhaaldelijk de woorden «(in)directe discriminatie» gebruikt, en nooit de woorden «(in)direct onderscheid». Eventuele slachtoffers uit andere EG-landen die in Nederland een beroep zouden willen doen op gelijkheid van behandeling in arbeid en beroep, zouden aldus in de Nederlandse wetgeving geconfronteerd worden met een voor hen vreemd begrip,<sup>6</sup> dat hun onvoldoende houvast geeft in de soms precaire situatie waarin zij verkeren. Overigens wordt in artikel 13 van het EG-Verdrag, dat de rechtsbasis is voor richtlijn 2000/78/EG, in alle talen de term «discriminatie» (of het equivalent ervan) gebruikt. De Raad is van oordeel dat de ingebrekestelling door en het advies van de Europese Commissie moeten leiden tot een zodanige aanpassing van de bedoelde definitie dat deze – ten langen leste – volledig spoort met die in de

<sup>1</sup> Artikel 2, tweede lid, onder a, van de kaderrichtlijn.

<sup>2</sup> Artikel 2, tweede lid, onder b, van de kaderrichtlijn.

<sup>3</sup> Zie ook het advies van 28 augustus 2006 over het voorstel van wet tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling ter uitvoering van Richtlijn nr. 2004/113/EG van de Raad van de Europese Unie van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (Kamerstukken II 2006/07, 30 967, nr. 4, blz. 2).

<sup>4</sup> Arrest van 11 juli 2006, in zaak C-13/05.

<sup>5</sup> Zie voetnoot 4 op blz. 2.

<sup>6</sup> Ten opzichte van de terminologie die in wetgeving en rechtspraak wordt gebruikt in het Frans en Engels, het Duits, het Italiaans en het Spaans, respectievelijk: «Discrimination», «Diskriminierung», «Discriminazione» en «Discriminación».

*richtlijn en in de rechtspraak van het Hof van Justitie, niet alleen in het Nederlands maar ook in de andere Gemeenschapstalen. Ook uit een oogpunt van wetgevingseconomie is niet goed in te zien waarom voor deze aanpassing nu nog meer dan één stap gebruikt zou moeten worden. De Raad adviseert daarom de definitiebepalingen alsnog volledig te laten aansluiten bij de bewoordingen van de richtlijn.*

*b. Uitzonderingen op het discriminatieverbod*

*In het met redenen omkleed advies geeft de Europese Commissie aan waarom zij van oordeel is dat door het toestaan van een algemene uitzondering op het discriminatieverbod voor particuliere werkverhoudingen en voor rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt de kaderrichtlijn onvoldoende is geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. In haar advies van maart 2008 onderschrijft de Commissie gelijke behandeling dit oordeel van de Europese Commissie, en concludeert zij dat aanpassing van de Nederlandse wetgeving geboden is.*

*In haar antwoord aan de Europese Commissie stelt de regering zich op het standpunt dat een juiste uitvoering is gegeven aan de desbetreffende richtlijnbevestigingen, mede gelet op de inmiddels ontstane rechtspraak. Zij tekent daarbij aan dat dit onverlet laat dat in het kader van besluitvorming naar aanleiding van de evaluatie van de Awgb heroverweging kan plaatsvinden, waarbij de gebruikte terminologie zal worden betrokken. Meegedeeld wordt dat deze besluitvorming uiterlijk juni 2008 wordt afgerond.*

*Ook voor dit onderdeel van het advies van de Europese Commissie trok het de aandacht van de Raad dat de toelichting bij het voorstel niet ingaat op de uitkomst van deze besluitvorming. Hij heeft zich afgevraagd of daaruit moet worden afgeleid dat de regering persisteert bij haar reactie aan de Europese Commissie. Als dat het geval zou zijn, dient er rekening mee te worden gehouden dat de Europese Commissie en na haar het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen haar standpunt niet delen, zodat alsnog aanpassing nodig is. Ook uit een oogpunt van wetgevingseconomie dient zo'n situatie te worden voorkomen.*

*In dezen is van belang dat de regering aan de Europese Commissie heeft laten weten van oordeel te zijn dat al een juiste uitvoering aan de richtlijn is gegeven. Dat zo zijnde, behoeft er, naar het de Raad voorkomt, geen inhoudelijk bezwaar te zijn tegen een zodanige aanpassing van de tekst van de Nederlandse wetgeving op de desbetreffende punten dat deze tekst niet langer aanleiding kan geven tot vragen over de correctheid van de implementatie, of tot kritiek dienaangaande.*

*Noodzaak van correcte implementatie*

Met de Raad van State acht het kabinet correcte implementatie van groot belang. Uitgangspunt van het kabinet is daarbij, dat aangesloten zal worden bij de terminologie van de Europese richtlijnen. Mede naar aanleiding van de in eerdere adviezen van de Raad van State gesignaleerde discrepantie tussen de richtlijnterminologie en de terminologie in de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving, heeft het vorige kabinet besloten hierop ten gronde nader in te gaan in het kader van de tweede evaluatie van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Dit kabinet heeft dit voornemen overgenomen. Dat neemt niet weg dat de Nederlandse wetgeving naar de mening van het kabinet materieel voldoet aan de eisen die de kaderrichtlijn stelt. Over de omschrijvingen van «direct» en «indirect onderscheid» had het kabinet reeds eerder besloten dat deze zouden worden aangepast. Het met redenen omkleed advies van de Europese Commissie leidde tot het voornemen, deze aanpassingen versneld door te voeren. Daarbij speelde een belangrijke rol, dat deze aanpassingen eenvoudig zijn aan te brengen en geen (inhoudelijke) gevolgen hebben voor de inhoud en de samenhang van de gelijkebehandelingswetten. Het kabinet is van mening dat het, mede tegen de achtergrond van de ingebrekestelling niet wenselijk is deze aanpassingen te laten wachten tot er een omvangrijker wijziging kan worden doorgevoerd, waarvan de voorbereiding gecompliceerder is. De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.

#### *a. Definitie van discriminatie*

De Raad van State constateert terecht dat dit wetsvoorstel geen volledige aansluiting bij de richtlijnterminologie bewerkstelligt. Een volledige aansluiting bij de richtlijnterminologie raakt aan de structuur en de inhoud van de gelijkebehandelingswetgeving, ook voor zover het de overgang van «onderscheid» naar «discriminatie» betreft. Dat heeft te maken met het neutrale karakter van het begrip onderscheid, terwijl «discriminatie» in de Nederlandse taal een pejoratieve connotatie heeft. Een en ander heeft noodzakelijkerwijs gevolgen voor de formulering van het onderhavige wetsvoorstel. Zoals opgemerkt, hebben de thans voorgestelde wijzigingen van de definities van indirect onderscheid geen materieelrechtelijke gevolgen. In de tekst is zo veel mogelijk aangesloten bij de definitie van indirect onderscheid zoals deze voorkomt in de Europese richtlijnen over gelijke behandeling (zoals Richtlijn 2000/43/EG, PbEG 2000 L 180). Verschil met de Europese definitie, naast het verschil tussen de begrippen «onderscheid» en «discriminatie», is dat in de Europese definitie sprake is van indirect onderscheid als personen van – bijvoorbeeld – een bepaald ras «bijzonder worden benadeeld in vergelijking met andere personen». Omdat het systeem van de Nederlandse gelijkebehandelingswetgeving is opgezet rond het centrale begrip «onderscheid», ontbreekt het benadelingsvereiste. Zoals in het kabinetsstandpunt bij de eerste evaluatie van de Awgb is aangegeven (Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1, p. 16) is het, gelet op het neutrale karakter van het begrip onderscheid in de Awgb, niet wenselijk dit vereiste op te nemen in de definitie van indirect onderscheid. Er is in dit wetsvoorstel gekozen voor de formulering «indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling [etc.], personen met een bepaald [kenmerk] in vergelijking met andere personen bijzonder treft». Met deze formulering vallen alle rechtens relevante verschillen die, indirect, zowel een benadelend als een bevoordelend effect hebben op groepen met bepaalde persoonskenmerken onder de definitie van het neutrale begrip indirect onderscheid.

#### *b. Uitzonderingen op het discriminatieverbod*

In het kabinetsstandpunt betreffende de tweede evaluatie van de Awgb wordt ingegaan op de door de Raad genoemde uitzonderingen op het discriminatieverbod.

Het met redenen omkleed advies van de Europese Commissie en de kanttekeningen van de Raad van State raken overigens voor een belangrijk deel aan de in de Awgb gekozen balans tussen de grondrechten. Daarom heeft het kabinet besloten aan de Raad van State advies te vragen over de mogelijkheden 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.

*De Raad adviseert het voorstel in het licht van het voorgaande nogmaals te bezien en er daarbij naar te streven de Nederlandse wetgeving zo nauwkeurig mogelijk te laten aansluiten bij de in de richtlijnen opgenomen criteria.*

*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 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 verzoeken het hierbij gevoegde 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,  
G. ter Horst