

Vergaderjaar 2006–2007

30 967

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

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 28 augustus 2006 en het nader rapport d.d. 8 februari 2007, aangeboden aan de Koningin door de minister voor Bestuurlijke vernieuwing en Koninkrijksrelaties, mede namens de ministers van Justitie, van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 26 juli 2006, no.06 002695, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties, mede namens de Ministers van Justitie, van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, en van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt 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, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt tot implementatie 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 (hierna: de richtlijn) in de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: Awgb). Het omvat het opnemen van het verbod van seksuele intimidatie in artikel 1a Awgb en het opnemen in artikel 8a Awgb van een bepaling ter bescherming van degene die intimidatie dan wel seksuele intimidatie afwijst of lijdzaam ondergaat. Het wetsvoorstel strekt er niet toe dat de Awgb zo wordt gewijzigd dat de daarin gehanteerde terminologie volledig aansluit bij de terminologie van de richtlijn. De Raad van State maakt naar aanleiding daarvan een aantal opmerkingen. Hij is van oordeel dat het voorstel in verband daarmee deels nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 26 juli 2006, nr. 06.002695, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermeld voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 28 augustus 2006, nr. W04.06 0337/l, bied ik U hierbij aan.

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.

1. Onvolkomen aansluiting bij de richtlijnterminologie

In de eerdere advisering over implementatie van de zogenaamde anti-rassendiscriminatie-richtlijn¹ en de kaderrichtlijn² heeft de Raad erop aangedrongen daarbij niet voort te gaan met een eigen terminologie, maar aan te sluiten bij de richtlijnterminologie³. Het ging daarbij in het bijzonder om het voortzetten van het gebruik van «onderscheid» in plaats van het in de richtlijnterminologie gebruikte begrip «discriminatie». Het advies van de Raad van 7 augustus 2006 inzake het voorstel Integratiewet Awgb (no. W04.06.0160/1)⁴ past in de lijn van deze eerdere advisering. In dat advies is de Raad, onder verwijzing naar de eerdere advisering, onder meer ingegaan op het blijven voortbestaan in de Awgb van het begrip «onderscheid». Deze en ook de andere in dat advies geconstateerde discrepanties ten opzichte van de richtlijnterminologie komen in overwegende mate overeen met discrepanties die er zijn tussen de in de richtlijn gebezigde terminologie en die van de Awgb, zoals deze zou komen te luiden na de in het nu voorliggende voorstel voorgenomen wijziging. Daarnaast leidt het voorstel ook op enkele andere punten niet tot een implementatie van de richtlijn die in overeenstemming is met de daarin gebezigde terminologie.

De Raad handhaaft zijn oordeel dat op dit terrein gelijkheid van terminologie van groot belang is. In dat verband heeft hij er ook al eerder op gewezen dat, gelet op de rol van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bij de uitleg van deze terminologie, afwijking van de terminologie van de richtlijn risicovol is te achten⁵. Daarbij komt dat het in geval van eventuele toekomstige Europese richtlijnen op dit terrein voor Nederland steeds moeilijker zal worden om met een eigen afwijkende terminologie goed te blijven aansluiten bij de Europese regelgeving. Voorzover van de terminologie van de richtlijn wordt afgeweken om daarmee een betere rechtsbescherming te kunnen bieden aan degenen die de richtlijn beoogt te beschermen, blijkt uit geen van de gevallen waarin van de richtlijn wordt afgeweken op ondubbelzinnige wijze dat hiervan ook daadwerkelijk sprake is. Het is bovendien niet zonder meer noodzakelijk om met het oog daarop af te wijken van de richtlijnterminologie. 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 aanvullende gunstiger bepalingen. Derhalve meent de Raad, mede gezien zijn advies van 7 augustus 2006 (no. W04.06.0160/1) en zijn eerdere advisering inzake de implementatie van gelijke behandelingrichtlijnen, dat de door de regering bij herhaling gevolgde aanpak niet doelmatig is, en dat het niet wenselijk is dat ten aanzien van de navolgende punten wordt afgeweken van de terminologie van de richtlijn. Hij adviseert gelet op het vorenstaande het voorstel ten aanzien van deze punten te wijzigen, zodat nauwkeuriger wordt aangesloten bij de richtlijn.

1. 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 kabinet besloten hierop ten gronde in te gaan in het kader van de tweede evaluatie van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). De toenmalige minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties heeft aan een consortium van de Universiteit van Tilburg en de Universiteit van Groningen de opdracht gegeven een evaluatieonderzoek in te stellen naar de werking van de Awgb. Daarbij is een aantal specifieke onderzoeksvragen gesteld, waarvan de eerste luidt: «Kan de terminologie onderscheid (versus discriminatie) met het oog op de huidige EG-regelgeving worden gehandhaafd? Wat zijn de verschillen en welke invloed gaat er uit van de terminologie op de uitzonderingen?» Het onderzoeksrapport is eind 2006 verschenen. Naar aanleiding van de conclusies van de onderzoekers zal een kabinetsstandpunt worden opgesteld. Daarbij zullen alle door de Raad gesignaleerde discrepanties tussen de richtlijnterminologie en de nationale terminologie beschouwd worden.

Het gevoelen van het kabinet is dat zo spoedig mogelijk in de onderhavige wetgeving dient te worden aangesloten bij de terminologie van de Europese richtlijnen. Het ligt voor de hand deze aansluiting, met de overige wijzigingen die voortvloeien uit de evaluatie, mee te nemen bij de Integratiewet. Het beperkte kader van het onderhavige wetsvoorstel leent zich niet voor deze totale heroverweging. De wijze waarop richtlijn 2004/113/EG wordt geïmplementeerd in dit wetsvoorstel, sluit aan bij de wijze van implementatie van

¹ 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.

² 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.

³ Kamerstukken II 2001/02, 28 169 B, blz. 5 en 6 en Kamerstukken II 2001/02, 28 187 A, blz. 4 en 5.

⁴ 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.

⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28 187 A, blz. 4.

eerdere gelijkebehandelingsrichtlijnen¹. In verband met de voortgang die noodzakelijk is om aan de implementatietermijn te kunnen voldoen, is dit wetsvoorstel niet de juiste gelegenheid voor een fundamentele heroverweging van de eerder gemaakte keuzes. Een dergelijke heroverweging kan tot ingrijpende wijzigingen leiden van de Awgb en de andere gelijkebehandelingswetgeving, hetgeen een omvangrijke wetgevingsoperatie zou betekenen. Het risico van overschrijding van de implementatietermijn, die afloopt op 21 december 2007, zou daardoor te groot worden.

Hieronder zal op ieder afzonderlijk aspect van het onderhavige wetsvoorstel kort worden ingegaan.

2. Artikel 1

a. Het voorstel behelst geen wijziging van de in artikel 1 Awgb neergelegde definities van direct en indirect onderscheid.

De Raad adviseert het voorstel zo aan te passen, dat daar waar in de Awgb de term «onderscheid» staat, dit alsnog wordt vervangen door «discriminatie».

b. Het voorstel strekt niet tot het invoegen in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, Awgb van de daarin ten opzichte van de richtlijn ontbrekende terminologie «ongunstiger wordt of zou worden behandeld». In afwijking van artikel 2, aanhef en onder a, van de richtlijn staan, in plaats van deze terminologie, de gronden opgesomd die «direct onderscheid» genereren.

De Raad adviseert de terminologie «ongunstiger wordt of zou worden behandeld» alsnog in artikel 1, eerste lid, aanhef en onder b, Awgb op te nemen en de terminologie van deze bepaling daarop af te stemmen.

c. Artikel 1, aanhef en onder c, Awgb wijkt, afgezien van het daarin opgenomen begrip «onderscheid», ook overigens af van de in artikel 2, aanhef en onder b, van de richtlijn opgenomen definitie van indirecte discriminatie. Het onderhavige voorstel behelst geen wijziging van artikel 1, aanhef en onder c, Awgb. Deze bepaling bevat de definitie van het begrip «indirect onderscheid». De regering heeft er voor gekozen om deze definitie te wijzigen langs de weg van het voorstel voor de Integratiewet Awgb, waardoor voor het gehele «gelijkebehandelingsveld», dat nu nog over verschillende wettelijke regelingen is verdeeld, één definitie wordt gehanteerd, aldus de toelichting op het onderhavige voorstel². Zoals daarin wordt verondersteld, zal deze wijziging de definitie beter doen aansluiten bij de terminologie van artikel 2, aanhef en onder b, van de richtlijn. Anders dan de huidige tekst van artikel 1, aanhef en onder c, Awgb, zijn in de in het voorstel Integratiewet Awgb opgenomen definitie van het begrip indirect onderscheid wel, overeenkomstig artikel 2, onder b, van de richtlijn, de woorden «een ogenschijnlijk neutrale bepaling» opgenomen.

In de toelichting op het onderhavige voorstel wordt geen overtuigende argumentatie gegeven waarom het wenselijk is om de méér richtlijnconforme definitie van «indirecte discriminatie» niet op te nemen in dit voorstel, maar dat te doen in het voorstel voor de Integratiewet Awgb. Zoals de Raad in het advies van 7 augustus 2006 (no. W04.06.0160/I) heeft opgemerkt, wordt met het desbetreffende voorstel een louter technische integratie van de wetgeving op het terrein van de gelijke behandeling beoogd. De Raad heeft bovendien in dat advies tegen, onder meer, de achtergrond van de nieuwe wetgeving die de richtlijn vereist, tot uitdrukking gebracht dat de voorgenomen «technische» integratie hem ondoelmatig voorkomt. De Raad acht het mede in dit licht bezien meer aangewezen om de onderhavige implementatie van de richtlijn te gebruiken om de Awgb beter te doen aansluiten bij de in de richtlijn gehanteerde definitie van «indirecte discriminatie». Hierbij tekent de Raad overigens wel aan dat, zoals in het eerdergenoemde advies van 7 augustus 2006 naar voren is gebracht, ook het opnemen in de Awgb van de definitie uit het voorgestelde artikel 1, aanhef en onder c, van het wetsvoorstel Integratiewet Awgb, nog niet in een volkomen implementatie van artikel 2, aanhef en onder b, van de richtlijn resulteert. In voormeld advies heeft de Raad ten aanzien van deze definitie erop gewezen dat daarin, in afwijking van artikel 2, tweede lid, onderdeel b, van de anti-rassendiscriminatie richtlijn³ en artikel 2, tweede lid, onder b, van de kaderrichtlijn⁴, niet de woorden «bijzonder benadeelt» worden gebruikt, maar «in het bijzonder personen treft». Ook in artikel 2, aanhef en

¹ 2000/78/EG, 2000/43/EG, 2002/73/EG.

² Toelichting, algemeen deel, paragraaf 2, vierde kolom.

³ 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.

⁴ 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.

onder b, van de richtlijn zijn de woorden «bijzonder benadeelt» opgenomen, in plaats van «in het bijzonder personen treft».

De Raad adviseert, met inachtneming van hetgeen over de definitie van het begrip «indirecte discriminatie» in het advies van 7 augustus 2006 is overwogen, het nu voorliggende voorstel te gebruiken om te voorzien in een implementatie in de Awgb van artikel 2, aanhef en onder b, van de richtlijn die meer nauwkeurig aansluit bij de in deze richtlijn gebezigde terminologie.

Artikel 1

2. a. De regering volgt, vanwege de verplichting tijdig te implementeren, de wijze van implementatie van eerdere gelijke behandelingsrichtlijnen. Onder 1 is aangegeven dat de door de Raad gesignaleerde discrepantie in het kader van de evaluatie van de Awgb aan de orde zal komen.

b. De definitie van direct onderscheid wordt in dit wetsvoorstel niet aangepast aan Richtlijn 2004/113/EG. De regering zal ook op dit punt een nadere afweging maken in het kader van de kabinetsreactie op de evaluatie van de Awgb.

c. De regering heeft in het kabinetsstandpunt op de eerste evaluatie van de Awgb (Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1, blz. 16) aangegeven de definitie van indirect onderscheid te willen wijzigen en meer aansluiting te zoeken bij de richtlijnterminologie. In de memorie van toelichting bij de Evaluatiewet Awgb (Kamerstukken II 2003/04, 29 311, nr. 3, blz. 2) is aangekondigd dat dit zal gebeuren bij de Integratiewet Awgb. Zoals hiervoor is opgemerkt leent de beperkte reikwijdte van het onderhavige wetsvoorstel zich niet voor een aanpassing die ook andere gelijke behandelingsdossiers aangaat.

3. Artikel 1a

Het voorstel strekt er niet toe dat het tweede en derde lid van artikel 1a Awgb aansluiten bij respectievelijk de onderdelen c en d van artikel 2 van de richtlijn voorzover daarin de term «ongewenst» is opgenomen.

De Raad adviseert deze term overeenkomstig de richtlijn alsnog in het tweede en het derde lid van artikel 1a Awgb op te nemen.

Artikel 1a

3. De Raad adviseert in de definitie van intimidatie en seksuele intimidatie de term «ongewenst», die in de richtlijndefinities voorkomt, op te nemen. De regering is van mening dat, naast de bij eerdere gelegenheid aangevoerde argumenten, het weglaten van «ongewenst» geen inhoudelijk verschil teweegbrengt ten aanzien van de richtlijnterminologie. Uit de formulering van deze definities kan worden afgeleid dat het hier alleen maar kan gaan om ongewenst gedrag¹.

4. Artikel 2

Het voorstel strekt niet tot wijziging van artikel 2, derde lid, Awgb voorzover daarin, in afwijking van artikel 6 van de richtlijn, een evenredigheidsvereiste is opgenomen.

De Raad adviseert ook in zoverre de Awgb nauwkeuriger te doen aansluiten bij de richtlijn.

Artikel 2

4. De constatering van de Raad dat in artikel 2, derde lid, Awgb, het evenredigheidsvereiste is opgenomen in afwijking van artikel 6 van de richtlijn is correct. Deze terminologische afwijking creëert naar het oordeel van de regering geen inhoudelijk verschil. Immers, een onderscheid dat wordt gemaakt in het kader van voorkeursbehandeling is niet objectief gerechtvaardigd, als het evenredigheidsbeginsel niet in acht is genomen. Onevenredige voorkeursbehandeling is dan ook niet toegestaan². In het kader van het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie van de Awgb zal worden bezien of er aanleiding is deze discrepantie, die in de praktijk geen problemen geeft, op te heffen.

5. Artikel 8a

Het voorstel houdt een implementatie in van de tweede zinsnede van artikel 4, derde lid, van de richtlijn in het voorgestelde artikel 8a, tweede lid, Awgb die

¹ Zie ook Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A, blz. 14–15; Kamerstukken II 2004/05, 30 237, nr. 4, blz. 3 en Handelingen I 2006/07, blz. 24–30 en 38–47.

² Zie ook de Nota voorkeursbehandeling (Kamerstukken II 2004/05, 28 770, nr. 11, blz. 27–28).

ten dele niet in overeenstemming is met artikel 4, derde lid, van de richtlijn. Voorzover hier van belang, staat in artikel 4, derde lid, van de richtlijn: «Het feit dat een persoon zulk gedrag afwijst of lijdzaam ondergaat, mag niet ten grondslag liggen aan een beslissing die die persoon treft».

Het voorstel strekt tot implementatie daarvan in het voorgestelde artikel 8a, tweede lid, Awgb. Anders dan in artikel 4, derde lid, van de richtlijn, is in dat artikel echter de term «benadelen» opgenomen. In de toelichting op het voorstel wordt hierop niet ingegaan.

De Raad wijst erop dat het gebruik van de term «benadelen» in plaats van de woorden «een beslissing die een persoon treft», een inperking betekent van de categorie van gedragingen die onder de werking van deze verbodsbepaling vallen. Het gebruik van de term «benadelen» in het voorgestelde artikel 8a, tweede lid, Awgb doet derhalve een bepaling ontstaan die minder bescherming biedt tegen «victimisatie» dan die welke de richtlijn beoogt.

De Raad adviseert het voorgestelde artikel 8a, tweede lid, Awgb nauwkeuriger te doen aansluiten bij de terminologie van de richtlijn en daarbij niet het woord «benadelen» te gebruiken.

Artikel 8a

5. De opmerking van de Raad heeft geleid tot aanpassing van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting. Om te voorkomen dat een verschil ontstaat met de formulering van artikel 1a, vierde lid, van de Wgb m/v, wordt dat artikel eveneens aangepas

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 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 voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties,
A. Nicolai