

Vergaderjaar 1990-1991

22 014

Algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat (Algemene wet gelijke behandeling)

B

ADVIES RAAD VAN STATE

NADER RAPPORT

Aan de Koningin

Aan de Koningin

's-Gravenhage, 23 oktober 1990

's-Gravenhage, 20 februari 1991

Bij Kabinetsmissive van 25 juli 1990, no. 90 017060, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken, mede namens de Minister van Justitie, de Minister van Onderwijs en Wetenschappen, de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt een voorstel van wet met memorie van toelichting, houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, hetero- en homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat (Algemene wet gelijke behandeling).

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 25 juli 1990, nr. 90 017060, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 23 oktober 1990, nr. W04.90 0329, bied ik U hierbij aan, mede namens de Minister van Justitie, de Minister van Onderwijs en Wetenschappen, de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

Algemeen

1. Blijkens de toelichting beoogt het wetsvoorstel gedeeltelijk te vervangen het in 1988 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal aanhangig gemaakte, doch inmiddels ingetrokken, wetsvoorstel voor een Algemene wet gelijke behandeling (Kamerstukken II, 20 501). Hernieuwde beoordeling van met name de onderlinge verhouding van de relevante grondrechten heeft weliswaar, voor wat hoofdstuk 1 betreft, geleid tot enkele wijzigingen

1. De Raad stelt onder verwijzing naar zijn advies over het inmiddels ingetrokken voorstel voor een Algemene wet gelijke behandeling (Kamerstukken II, 20 501) allereerst aan de orde de noodzaak van wetgeving in de voorgestelde vorm. In het nader rapport inzake het advies van de Raad over het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel 20 501 is destijds uitvoerig ingegaan op de noodzaak van de voorgestelde wetgeving. Het huidige kabinet is

ten opzichte van het eerdere wetsvoorstel, maar voor een groot aantal onderdelen is dat niet het geval. De Raad van State moge voor wat betreft zijn oordeel over de noodzaak van regelgeving ter zake, de structuur van het wetsvoorstel en de voorgestelde artikelen, voor zover ze ongewijzigd zijn gebleven, verwijzen naar zijn – tot een kritisch dictum concluderende – advies, uitgebracht op 28 december 1987, no. W04.87 0487, en als bijlage bij dit advies gevoegd, betreffende het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel. Alleen wanneer dit voor een goed begrip van het betoog nodig is, zal de Raad zich veroorloven in herhaling te vervallen.

ervan overtuigd dat wetgeving als voorgesteld voor een goede bestrijding van discriminatie niet gemist kan worden. Daarover zijn ook afspraken gemaakt in het regeerakkoord. In de bijlage bij het regeerakkoord van dit kabinet zijn de bouwstenen voor het huidige wetsvoorstel neergelegd (Kamerstukken II, 1989–1990, 21 132 nr. 7, blz. 72–75).

De argumenten van het kabinet voor de noodzaak van wetgeving ter zake verschillen niet van die van het vorige kabinet. Het betoog in het nader rapport bij wetsvoorstel 20 501 wordt door ons in hoofdlijnen onderschreven. Dit betekent dat wij evenals het vorige kabinet van mening zijn, dat over de doorwerking van het grondrecht op gelijke behandeling in horizontale verhoudingen nog onvoldoende duidelijkheid bestaat. Over deze doorwerking wordt binnen de rechtswetenschap en blijkens de rechtspraktijk verschillend gedacht. Het wetsvoorstel beoogt expliciet vast te leggen dat artikel 1 van de Grondwet op de door het voorstel bestreken terreinen doorwerkt, derhalve ook horizontaal. Het geheel aan de jurisprudentie overlaten van het antwoord op de vraag of er horizontale werking bestaat en zo ja, welke reikwijdte die horizontale werking heeft, zou nog gedurende lange tijd rechtsonzekerheid meebrengen. Het wetsvoorstel beoogt aldus in dit opzicht meer en sneller duidelijkheid en zekerheid te bieden voor justitiabelen. Daarnaast concretiseert het de betekenis van het algemene discriminatieverbod van de Grondwet voor de overheid in verticale rechtsverhoudingen op een aantal belangrijke terreinen. Het voorstel beoogt voorts de onderlinge verhouding van grondrechten, de relatie tussen het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten, uit te werken. In ons staatsbestel is het primair aan de wetgever om dat te doen, uiteraard met inachtneming van de Grondwet en dus zonder daarbij aan het ene grondrecht meer gewicht toe te kennen dan aan het andere. Concrete uitwerking door de formele wetgever is derhalve wenselijk met het oog op de rechtsonzekerheid. Ook in dit opzicht biedt het wetsvoorstel derhalve meer duidelijkheid voor justitiabelen.

Voor het overige volstaan wij hier met een verwijzing naar het nader rapport over wetsvoorstel 20 501.

De Raad stelt vervolgens, eveneens onder verwijzing naar zijn advies over wetsvoorstel 20 501, aan de orde de structuur van het wetsvoorstel. De Raad doet hiermee op de opmerking dat de gesloten structuur van het wetsvoorstel met zich brengt dat ook verboden is direct onderscheid waarvoor een rechtvaardiging te vinden zou zijn, maar die niet stoelt op een in het wetsvoorstel aangegeven uitzondering.

Een open systeem zoals de Raad kennelijk bepleit, zou minder houvast geven aan justitiabelen, de Commissie en de rechter voor de beoordeling of onderscheid in concreto toelaatbaar is. In het regeringsvoorstel is derhalve gekozen voor een gesloten systeem van uitzonderingen op het verbod van onderscheid. Het systeem op zichzelf wijkt niet af van dat van wetsvoorstel 20 501 en van de wetgeving inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid. Een gesloten systeem van verbodsbepalingen en uitzonderingen is uit het oogpunt van rechtszekerheid van groot belang. Het is juist een van de hoofddoelen van het wetsvoorstel om te komen tot meer rechtszekerheid op het onderhavige terrein. Het gekozen systeem hangt dan ook nauw samen met het hiervoor gestelde over de noodzaak van de voorgestelde wetgeving. De keuze voor een open systeem zou het oordeel over de vraag of een bepaalde vorm van onderscheid rechtmatig is, uitsluitend bij de rechter leggen.

Voor wat betreft indirect onderscheid bleek het noodzakelijk om een betrekkelijk algemeen geformuleerde uitzondering op te nemen in artikel 2, eerste lid. De verschijningsvormen kunnen bij indirect onderscheid zo verschillend zijn en zijn zo moeilijk in beeld te brengen, dat het niet mogelijk is om in dit wetsvoorstel een uitgewerkt en gesloten systeem van uitzonderingen op het verbod van indirect onderscheid op te nemen. In een dergelijke situatie kan de wetgever niet anders doen dan het stellen van een algemeen geformuleerde norm.

De Raad is blijkens zijn advies over wetsvoorstel 20 501 van mening dat naast de in het wetsvoorstel vervatte rechtvaardigingsgronden (uitzonderingen) andere te vinden zijn, die in een concrete situatie tot gevolg kunnen hebben dat onderscheid

geen discriminatie in de zin van artikel 1 van de Grondwet oplevert. De Raad meende dat uit wetsvoorstel 20 501 niet duidelijk blijkt of in zo'n geval het maken van onderscheid verboden is. Naar onze mening is het systeem van het wetsvoorstel duidelijk. Voor direct onderscheid gelden de uitdrukkelijk in het wetsvoorstel opgenomen verbodsbepalingen met de in het wetsvoorstel geformuleerde uitzonderingen. Een handelen of nalaten dat een in dit wetsvoorstel verboden vorm van direct onderscheid oplevert en dat niet valt onder een in deze wet uitdrukkelijk opgenomen uitzondering, is niet toegestaan.

In zijn advies over dit wetsvoorstel verwijst de Raad tevens naar zijn in zijn advies over wetsvoorstel 20 501 vervatte oordeel over de voorgestelde artikelen, voor zover deze in het onderhavige wetsvoorstel ongewijzigd zijn overgenomen. De Raad doelt hiermee kennelijk op punt 8 van zijn advies over wetsvoorstel 20 501, alsmede op zijn oordeel over de artikelen 3, 4, onderdeel c, 8, 9 en 10 van het huidige wetsvoorstel.

Voor wat betreft deze artikelen met uitzondering van artikel 8, onderschrijven wij de reactie op het advies van de Raad zoals vervat in het nader rapport bij wetsvoorstel 20 501.

Voor wat betreft artikel 8 zijn wij met de Raad van mening, dat het maken van onderscheid bij de advisering of voorlichting over school- of beroepskeuze in de besloten sfeer (bijvoorbeeld in het gezinsverband) niet onder de werking van deze verbodsbepaling zou moeten vallen. Voor een dergelijke interventie van de wetgever in de privésfeer achten wij geen rechtvaardiging aanwezig. Een afbakening kan in deze gevonden worden in het criterium zoals vervat in artikel 7, eerste lid. Die afbakening heeft hetzelfde doel als beoogd voor artikel 8, namelijk de reikwijdte van de bepaling uit te sluiten voor de privésfeer. De reikwijdte van het verbod van onderscheid bij de advisering of voorlichting bij de school- en beroepskeuze wordt daarmee beperkt tot onderscheid in de uitoefening van een beroep of bedrijf en door de openbare dienst alsmede door instellingen die werkzaam zijn op het gebied van volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur en onderwijs en

door particulieren indien het in het openbaar plaatsvindt. Onderscheid in de priv esfeer valt derhalve in de nieuwe redactie buiten het verbod. De tekst van artikel 7, eerste lid, en de toelichting daarop zijn met het oog op het vorenstaande aangepast, met henummering van de artikelen 9 en verder.

Ten einde het verbod van onderscheid bij het geven van beroepskeuzevoorlichting binnen   en wettelijke regeling te concentreren, is ervoor gekozen de specifieke wetsbepaling in artikel 4, eerste lid, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen te laten vervallen. Dit is opgenomen in het thans voorgestelde artikel 22, houdende enkele wijzigingen van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

Voor wat betreft artikel 9 (thans artikel 8) kan ter aanvulling op het gestelde in het nader rapport bij wetsvoorstel 20 501 nog worden opgemerkt, dat voorgesteld wordt om bij de Aanpassingswet Algemene wet bestuursrecht eerste tranche, artikel 60 van de Ambtenarenwet 1929 te laten vervallen, zodat na inwerkingtreding daarvan de termijn van zes weken van artikel 6.2.1. van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing zal zijn.

2. Het wetsvoorstel geeft een gedeeltelijke uitwerking aan het discriminatieverbod op een aantal belangrijke terreinen van het maatschappelijke leven. Hierbij dient de regelgever uiteraard de waarborgen te respecteren, welke de Grondwet en de voor Nederland verbindende verdragen ter zake bevatten. Hieruit vloeit onder meer voort dat een ongelijke behandeling alleen dan geen verboden vorm van discriminatie vormt, indien deze behandeling een objectief en redelijk doel dient en evenredig is aan dat doel. De Raad is van oordeel dat het wetsvoorstel op   en punt, te weten in artikel 5, tweede lid, onder c, bij het beperken van grondrechten verder is gegaan dan het desbetreffende grondrecht toelaat en het hiervoor genoemde algemene toetsingskader vereist. Artikel 23 van de Grondwet garandeert expliciet in het zesde lid de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende «de aanstelling der onderwijzers». Weliswaar biedt artikel 23 van de Grondwet de mogelijkheid die vrijheid in bepaalde gevallen en ten behoeve van bepaalde belangen te

2. De Raad is van oordeel dat het wetsvoorstel de waarborgen van Grondwet en verdragen respecteert, doch op   en punt, te weten in artikel 5, tweede lid, onderdeel c, bij het beperken van grondrechten verder is gegaan dan het desbetreffende grondrecht toelaat. De Raad wijst daarbij op de in artikel 23, zesde lid, van de Grondwet opgenomen vrijheid van het bijzonder onderwijs met betrekking tot de aanstelling van de onderwijzers. De Raad acht de essentie van de grondwettelijk gegarandeerde aanstellingsvrijheid, dat het oordeel over de vraag welke factoren voor het functioneren en voor het realiseren van de grondslag relevant zijn, aan het bevoegd gezag wordt overgelaten en dat de wetgever noch de rechter zijn oordeel ter zake aan het bevoegd gezag mag opleggen. De Raad stelt dat, wanneer het noodzakelijk wordt geacht de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de benoeming van onderwijsgevenden te beperken, een grondwetsherziening nodig is. De Raad beveelt aan artikel 5, tweede lid, onderdeel c, van het wetsvoorstel te heroverwegen.

beperken, maar artikel 5 van het wetsvoorstel kan niet worden beschouwd als een (uitwerking van een) in artikel 23 van de Grondwet genoemde of bedoelde beperking. Een algemeen wetsvoorbehoud, zoals bijvoorbeeld vervat in artikel 7, eerste lid, van de Grondwet, is in artikel 23 van de Grondwet ten aanzien van de hier aan de orde zijnde vrijheid niet te vinden. Ook moet het standpunt worden verworpen dat artikel 1 van de Grondwet zelf reeds de beperking op de bedoelde aanstellingsvrijheid bevat. Zoals immers de memorie van toelichting terecht opmerkt, werkt artikel 1 van de Grondwet slechts direct in de verhouding tussen overheid en burger. De doorwerking van het artikel in andere verhoudingen dient nader inhoud te worden gegeven door wetgever en rechter. Hierbij moeten – zoals in paragraaf 2 van de memorie van toelichting wordt erkend – de beperkingsclausules van de grondrechten in acht worden genomen, evenals dat bijvoorbeeld dient te geschieden bij de uitwerking van sociale grondrechten. De uitwerking van een grondrecht in de wet heeft niet dezelfde rang als een grondwetsbepaling en moet derhalve met grondwettelijke voorschriften in overeenstemming zijn.

In de memorie van toelichting wordt in paragraaf 5.4 het standpunt ingenomen dat bijzondere onderwijsinstellingen aan het personeel in verband met hun functioneren eisen kunnen stellen die bijdragen tot het verwezenlijken van de grondslag van de instelling. Het enkele feit van een gerichtheid is voor het functioneren irrelevant, en mag derhalve – aldus de memorie van toelichting – geen grondslag voor weigering van een leraar zijn. De essentie van de grondwettelijk gegarandeerde benoemingsvrijheid is nu juist dat het oordeel over de vraag welke factoren voor het functioneren ten dienste van de realisering van de grondslag relevant zijn aan het bevoegd gezag wordt overgelaten en dat de wetgever noch de rechter zijn oordeel ter zake aan het bevoegd gezag mag opleggen. Waarop de in de memorie van toelichting verkondigde stelling berust dat artikel 23 van de Grondwet meebrengt dat de beoordeling van deze relevantie slechts in beginsel en niet ten volle een zaak van het bevoegd gezag is, ontgaat het college. Wanneer het

Met het onderhavige wetsvoorstel wordt beoogd een algemene regeling te geven waarin het verbod van discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat wordt uitgewerkt op een aantal terreinen die voor de mogelijkheden van het individu om deel te nemen aan het maatschappelijk leven van groot belang zijn. Het verbod van onderscheid in artikel 5, eerste lid, is op dezelfde wijze geformuleerd als het verbod van onderscheid op grond van geslacht in artikel 1637j van het Burgerlijk Wetboek en in de wetgeving gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid. Deze verboden behoren tot het arbeidsrecht en gelden, zoals het gehele arbeidsrecht, ook voor arbeidsverhoudingen binnen het onderwijs. Een aantal malen heeft de wetgever dit uitdrukkelijk vastgesteld.

Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Wet van 6 mei 1976 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met een ontslagverbod bij huwelijk, zwangerschap en bevalling (Stb. 1975, 295) en van de Wet van 25 mei 1979, houdende tijdelijke voorziening met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en van gehuwden en ongehuwden in geval van beëindiging van de dienstbetrekking (Stb. 1979, 278) heeft de wetgever met deze wettelijke regelingen uitdrukkelijk de bedoeling gehad om ook de aanstellingsvrijheid van het bijzonder onderwijs te normeren. Bij de parlementaire behandeling van het voorstel voor eerstgenoemde wet is uitdrukkelijk de relatie met artikel 23 van de Grondwet (artikel 208 oud) aan de orde gesteld. Daarbij werd gesteld, dat het niet de bedoeling van deze grondwettelijke bepaling kan zijn om in de weg te staan aan het arbeidsrecht, bestemd voor alle werknemers in ons land (Hand. I 1975/76, blz. 976).

Voorts kan worden genoemd de Wet van 28 april 1989 (Stb. 1989, 168) tot herziening van de wetgeving inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Ook hiervan kan worden gezegd dat de wetgever deze kennelijk in overeenstemming met de Grondwet heeft geacht.

Evenals die wetten achten wij het onderhavige wetsvoorstel in overeenstemming met de Grondwet.

noodzakelijk wordt geacht de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de benoeming van onderwijsgenenden te beperken teneinde ook op dat terrein het maken van onderscheid op grond van de enkele feiten als bedoeld in artikel 5, tweede lid, onder c, te verbieden, is daartoe grondwetsherziening nodig; de wetgever is daartoe niet bevoegd. De Raad kan op grond van het vorenstaande tot geen andere conclusie komen dan dat in de memorie van toelichting niet is aangetoond dat artikel 23 van de Grondwet thans ruimte laat voor de in het geding zijnde beperking van de benoemingsvrijheid. Evenmin is aannemelijk gemaakt, dat verdragsbepalingen dwingen tot het in casu voorbijgaan aan de uit artikel 23 van de Grondwet voortvloeiende beperking. Het college beveelt dan ook aan artikel 5, tweede lid, onder c, te heroverwegen.

3. Bij de vastlegging van de doorwerking van het discriminatieverbod in particuliere verhoudingen is rekening gehouden – aldus de memorie van toelichting – met de andere grondrechten. Dit heeft ertoe geleid dat op het verbod onderscheid te maken uitzonderingen zijn geformuleerd, welke beogen bepaalde instellingen de vrijheid te geven eisen te stellen die gelet op het doel van de instelling «nodig zijn» voor de vervulling van een functie, c.q. voor de verwezenlijking van haar grondslag. De Raad is van oordeel dat het primair aan de betrokken instelling toekomt te bepalen welke eisen ter zake gesteld behoren te worden. De wetgever past hier terughoudendheid. De formulering «nodig zijn» doet aan dit uitgangspunt onvoldoende recht, aangezien ze de indruk wekt dat objectief kan worden vastgesteld wat ter zake nodig is. Het college beveelt dan ook aan de terminologie aan te passen, bijvoorbeeld door de formu-

Een redelijke uitleg van de in artikel 23 van de Grondwet gegarandeerde aanstellingsvrijheid brengt immers met zich dat algemeen geldende eisen van het arbeidsrecht daarmee in beginsel verenigbaar zijn. Zo is het huidige artikel 23 – dat buiten de algehele grondwetsherziening van 1983 is gebleven – evenals het oude artikel 208 van de Grondwet steeds opgevat. Conclusie uit het voorgaande is dat de wetgever in het verleden – met name op het terrein van het arbeidsrecht – wetgeving tot stand heeft gebracht die geldt voor het algemeen rechtsverkeer en derhalve ook voor het onderwijs. Die wetgeving is steeds in overeenstemming met artikel 23 Grondwet geacht.

Naar ons oordeel is juist door de gekozen opzet van artikel 5 van het wetsvoorstel een conflict met de grondwettelijke onderwijsvrijheid voorkomen. Artikel 5, tweede lid, onder c, en artikel 7, tweede lid, van het wetsvoorstel verzekeren immers voor instellingen van bijzonder onderwijs de vrijheid om die eisen te stellen bij de aanstelling en toelating die nodig zijn in verband met de verwezenlijking van de grondslag. Die grondwettelijke vrijheid brengt niet met zich dat het zou zijn toegestaan om leraren of leerlingen af te wijzen op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

3. Voorop moet worden gesteld dat de bepalingen waarop de Raad hier doelt, te weten artikel 5, tweede lid, en artikel 7, tweede lid, niet beogen de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, de vrijheid van politieke overtuiging en de vrijheid van onderwijs te beperken. De desbetreffende bepalingen beogen onder meer juist uitdrukkelijk vast te leggen dat het verbod van onderscheid niet afdoet aan de vrijheid van de instellingen om met het oog op de verwezenlijking van het doel casu quo de grondslag van die instelling eisen te stellen. Een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag kan derhalve eisen stellen die onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging tot gevolg hebben. De eerbiediging van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging brengt dit mee. Op overeenkomstige wijze is – in verband met hun grondslag – een uitzondering gemaakt voor instellingen op

lering: die zij redelijkerwijs nodig kan achten. De rechter staat het uiteraard vrij aan deze norm te toetsen.

politieke grondslag en instellingen van bijzonder onderwijs.

Met het oog op de rechtszekerheid van de betrokken instellingen is het wenselijk om uitdrukkelijk te bepalen dat het stellen van die eisen door die instellingen, is toegestaan.

Wij zijn het met de Raad eens dat het primair aan de betrokken instelling toekomt om te bepalen welke eisen behoren te worden gesteld met het oog op de verwezenlijking van de grondslag van de betrokken instelling. De in het wetsvoorstel gebruikte formulering «nodig zijn» zou volgens de Raad aan dit uitgangspunt onvoldoende recht doen. Hierover dient te worden opgemerkt dat de Raad de bepaling in artikel 5, tweede lid, respectievelijk in artikel 7, tweede lid, naar ons oordeel te beperkt uitlegt. De formulering «nodig zijn» impliceert dat de desbetreffende instelling zelf vaststelt of de eisen nodig zijn. In de memorie van toelichting is niet nader ingegaan op deze eisen omdat zij aan de ene kant afhangen van het concrete doel respectievelijk de grondslag van de instelling; de verscheidenheid van instellingen voor wat betreft hun doel dan wel grondslag is zo groot dat een nadere afbakening van dit begrip niet mogelijk is. Aan de andere kant brengt ook juist de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, de vrijheid van vereniging en de vrijheid van onderwijs met zich dat de beoordeling bij de betrokken instelling zelf wordt gelegd. Uiteraard zal de instelling de gestelde eisen moeten kunnen motiveren. De formulering «nodig zijn» impliceert dat de instelling – waar primair de beslissingsbevoegdheid wordt gelaten – nauwkeurig zal moeten nagaan welke betekenis voor die situaties toekomt aan grondslag en doel van de instelling.

Het uiteindelijke antwoord op de vraag of de in het concrete geval gestelde eisen nodig zijn voor de verwezenlijking van de grondslag of het doel van de desbetreffende instelling, is – zoals de Raad terecht stelt – ter toetsing aan de rechter. Dit neemt – zoals gezegd – niet weg dat de vaststelling daarvan primair aan de desbetreffende instelling wordt gelaten. Overigens is het ook nu zo, dat de rechter in voorkomende gevallen aan de hand van overeenkomstige maatstaven beoordeelt of de gestelde eisen nodig zijn met het oog op het doel of

4. Het wetsvoorstel geeft aan wanneer sprake kan zijn van een objectieve rechtvaardiging van een onderscheidende behandeling. Het discriminatieverbod vindt daarin zijn grens. De Raad gaat ervan uit – mede gelet op de toelichting bij artikel 1 – dat bedoeld is een limitatieve opsomming te geven van de gevallen waarin van een gerechtvaardigd onderscheid sprake kan zijn. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat het wetsvoorstel niet beoogt een uitputtende uitwerking te geven aan artikel 1 van de Grondwet. Voor wat betreft de terreinen die het wetsvoorstel bestrijkt, lijkt dit dus anders te zijn. In de memorie van toelichting ware duidelijkheid op dit punt te verschaffen. Daarbij ware ook de indruk weg te nemen dat met de voorgestelde regeling duidelijkheid en voorspelbaarheid bereikt zijn. De rechter zal immers in alle gevallen aan rechtstreeks werkende bepalingen en verdragen en gemeenschapsrecht moeten toetsen, onder andere aan de criteria «objectief en redelijk doel» en «evenredigheid»; de wetgever kan die verplichting niet beperken. Het staat niet bij voorbaat vast dat het resultaat van de rechterlijke toetsing aan genoemde bepalingen hetzelfde resultaat oplevert als in het wetsvoorstel omtrent de objectieve rechtvaardiging van een onderscheid wordt vastgelegd.

de grondslag van de instelling. De toelichting bij artikel 5 is op dit punt verduidelijkt.

4. Het onderhavige wetsvoorstel geeft een uitwerking van artikel 1 van de Grondwet voor wat betreft discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat op een aantal terreinen die voor de mogelijkheden van het individu om deel te nemen aan het maatschappelijk leven van groot belang zijn. Het discriminatieverbod wordt voor wat betreft onderscheid op grond van deze kenmerken op deze terreinen van het maatschappelijk leven uitputtend geregeld. Dit betekent uiteraard niet dat het verbod van discriminatie buiten de werkingssfeer van het wetsvoorstel geen betekenis zou hebben. Buiten de werkingssfeer van deze wet wordt de doorwerking van het discriminatieverbod overgelaten aan de rechter. De verdere rechtsontwikkeling met betrekking tot de werking van het discriminatieverbod buiten de werkingssfeer van het wetsvoorstel, wordt dan ook onverlet gelaten.

Op de terreinen die het voorstel bestrijkt en voor wat betreft de uitdrukkelijk genoemde discriminatiegronden geeft de wet een uitputtende regeling en biedt zij ook de nodige duidelijkheid. Natuurlijk dienen individuele gevallen aan de wet te worden getoetst. De vraag of een bepaald geval al dan niet in strijd is met het in het wetsvoorstel vervatte verbod van onderscheid is een kwestie van rechtsvinding, waarbij de wet in de eerste plaats door de betrokkenen zelf dient te worden uitgelegd. Bij geschillen kan interpretatie plaatsvinden door de Commissie en door de rechter. Wij hebben met het oog op de rechtszekerheid de normstelling zo helder als mogelijk geformuleerd.

De Raad betwijfelt blijkens zijn advies kennelijk of dit wetsvoorstel duidelijkheid en voorspelbaarheid geeft. Bij de formulering van het wetsvoorstel is de duidelijkheid van de normstelling nadrukkelijk in het oog gehouden.

Voor wat betreft de stelling van de Raad over de toetsing door de rechter aan rechtstreeks werkende verdragsbepalingen en gemeenschapsrecht kan het volgende worden opgemerkt. Uiteraard blijft de rechter gehouden bij de

toepassing van wetgeving te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Voor wat betreft het Europees gemeenschapsrecht zijn in dit verband van belang artikel 119 van het EEG-verdrag en de EG-richtlijnen inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De in EG-richtlijnen vervatte normstelling heeft tot nu toe uitwerking gekregen in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen alsmede in de artikelen 1637ij, 1639e en 1639h van het Burgerlijk Wetboek. Deze bepalingen worden ingevolge artikel 4 van het wetsvoorstel onverlet gelaten en blijven dan ook onverkort van toepassing. Andere internationale normen blijven – indien en voor zover daaraan rechtstreekse werking moet worden toegekend – eveneens van toepassing. In dit verband relevante bepalingen, bijvoorbeeld artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de artikelen 25 en 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten hebben evenwel betrekking op de relatie tussen overheid en burger. Het verbod van onderscheid geldt in die relatie volgens het wetsvoorstel niet ten aanzien van indirect onderscheid dat objectief gerechtvaardigd is en voor onderscheid in enkele specifiek (in de artikelen 2, 5 en 7) genoemde gevallen. Deze uitzonderingen op het verbod van onderscheid worden in het wetsvoorstel niet als ongerechtvaardigd onderscheid aangemerkt. Het is echter niet geheel uit te sluiten dat de rechter tot de slotsom komt dat in een concreet geval het gemaakte onderscheid wel discriminerend is en tevens in strijd is met een rechtstreeks werkende verdragsbepaling.

5. De norm van gelijke behandeling en non-discriminatie, zoals verwoord onder andere in artikel 1 van de Grondwet en artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (Bupo-verdrag), vindt slechts voor een aantal kenmerken in het wetsvoorstel een nadere uitwerking. Niet ten onrechte stelt de memorie van toelichting in paragraaf 1.2 dat geleidelijk de overtuiging is gegroeid dat het niet juist zou zijn algemene normering als de onderhavige toe te

5. Naar aanleiding van deze opmerking van de Raad is in paragraaf 4 van de memorie van toelichting een uiteenzetting gegeven over de redenen die hebben geleid tot de beperking van het verbod van onderscheid tot de in het wetsvoorstel genoemde discriminatiegronden.

spitsen op slechts enkele discriminatiegronden. Het had dan ook niet misstaan wanneer in de memorie van toelichting was aangegeven waarom de regeling zich tot de aangegeven discriminatiegronden beperkt en niet tevens betrekking heeft op discriminatiegronden als leeftijd en de in artikel 26 van het Bupo-verdrag genoemde kenmerken: taal, nationale of maatschappelijke afkomst, geboorte of andere status.

6. In artikel 2, tweede lid, onder a, en derde lid, is bepaald dat het maken van onderscheid op grond van geslacht of ras niet verboden is, indien daarmee beoogd wordt bepaalde groepen in een bevoorrechte positie te brengen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen. De Raad is van oordeel dat het maken van dergelijk onderscheid 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.

6. In het wetsvoorstel geldt het verbod van onderscheid op grond van geslacht niet indien het onderscheid ten doel heeft vrouwen een bevoorrechte positie toe te kennen teneinde feitelijke ongelijkheden op te heffen. Een overeenkomstige uitzondering is gemaakt voor onderscheid naar ras. De vraag of terecht een beroep op deze uitzonderingsgrond wordt gedaan, moet worden beantwoord aan de hand van het concrete geval. Een bepaalde vorm van voorkeursbehandeling kan eerst plaatsvinden indien in concreto uit feiten en omstandigheden blijkt dat er sprake is van achterstanden die met behulp van een dergelijke maatregel kunnen worden weggenomen. Is er geen sprake van een achterstandssituatie dan bestaat er ook geen aanleiding voor voorkeursbehandeling. De mate van achterstand zal bepalend moeten zijn voor de mate van voorkeursbehandeling. Aldus wordt ruimte gelaten voor een ongelijke behandeling van mensen die overigens geen rechtens relevante verschillen vertonen, doch waarvan een groep verkeert in een achterstandssituatie. Aan groepen die significant in een dergelijke achterstandspositie verkeren, kan voorrang worden gegeven, ten einde hun achterstand op te heffen of te verminderen. Ook in internationale regelingen is expliciet bepaald dat voorkeursbehandeling van vrouwen en van etnische minderheden is toegestaan, bijvoorbeeld in artikel 2, vierde lid, van de tweede EG-richtlijn inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (76/207/EEG) en artikel 4, eerste lid, van het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen en artikel 1, eerste lid, van het Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie. Daarbij heeft geen nadere normering van deze uitzonderingsgrond plaatsgevonden.

Het is aan de rechtspraak en de uitvoeringspraktijk overgelaten om hieraan nadere invulling te geven. In de Nederlandse wetgeving is expliciet de mogelijkheid van voorkeursbehandeling toegestaan in het huidige artikel 429quater van het Wetboek van Strafrecht en artikel 5, eerste lid, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Ook daarbij is deze uitzondering op het verbod van onderscheid, niet nader genormeerd, anders dan dat bij de toepassing daarvan algemene rechtsbeginselen, zoals het evenredigheidsvereiste, in acht moeten worden genomen. Op grond van de strekking van de mogelijkheid tot voorkeursbehandeling, zal deze alleen toepassing kunnen vinden wanneer sprake is van een achterstandssituatie.

Ten einde de hiervoor weergegeven afbakening van deze uitzonderingen op het verbod van onderscheid uitdrukkelijk in de wet vast te leggen is artikel 2 aangepast. Daarbij is door het gebruik van het begrip «redelijke verhouding» enerzijds een heldere, nadere afbakening van de mogelijkheid van voorkeursbehandeling gegeven waarmee naar onze mening de uitvoeringspraktijk gebaat is, terwijl door het open karakter van deze begrippen verdere rechtsontwikkeling op dit punt mogelijk blijft.

In verband met deze aanpassing van het wetsvoorstel acht het kabinet het wenselijk de bepalingen inzake voorkeursbehandeling die zijn vervat in artikel 1637ij, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek en in artikel 5, eerste lid, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, te harmoniseren met de onderhavige bepaling. Daartoe wordt in de thans voorgestelde artikelen 21 en 22 voorzien in wijziging van artikel 1637ij van het Burgerlijk Wetboek en van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De artikelsgewijze toelichting is dienovereenkomstig aangepast.

7. In de artikelen 5 en 7 is bepaald dat het enkele feit van de aanwezigheid van een bepaald kenmerk geen grond mag zijn voor het maken van onderscheid. Er kunnen echter – aldus de memorie van toelichting in paragraaf 5.4 – bijkomende omstandigheden blijken die met een bepaald kenmerk verband houden, die wel relevant zijn voor het functioneren binnen een instelling op

7. In de artikelen 5 en 7 is uitdrukkelijk bepaald dat de vrijheid van instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de vervulling van een functie dan wel voor de verwezenlijking van haar grondslag, er niet toe mag leiden dat onderscheid wordt gemaakt op grond van het enkele feit van

godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag en derhalve bij de beoordeling mogen worden betrokken.

De Raad begrijpt dit aldus dat alleen die eisen mogelijkerwijs gerechtvaardigd zijn, die uitsluitend op die bijkomstige omstandigheden betrekking hebben. Allereerst wordt opgemerkt dat, indien juist is wat de toelichting in paragraaf 5.4 stelt, namelijk dat de persoonskenmerken als zodanig niet in redelijkheid kunnen worden beschouwd als een criterium dat bij arbeid in de bedoelde instellingen op zichzelf relevant is, de behoefte aan de bepaling te verwaarlozen is. Voorts is niet steeds duidelijk waar de grens ligt tussen het persoonskenmerk als zodanig en de bijkomende omstandigheden. Volgens de toelichting bij artikel 1 ziet seksuele gerichtheid op de gerichtheid van een persoon in seksuele en liefdesgevoelens, -uitingen en relaties. De vraag rijst of bijvoorbeeld samenwoning c.q. het bestaan van een vaste relatie van twee homoseksuelen, waarin de gerichtheid van de betrokkene direct tot uiting komt, toegerekend moet worden aan het enkele feit van de gerichtheid, of dat dat element te beschouwen is als een bijkomende omstandigheid die met die gerichtheid verband houdt. In het laatste geval zou een scheiding worden aangebracht tussen de seksuele gerichtheid en de daaruit direct voortvloeiende sociale gevolgen die als te kunstmatig en – gelet op de huidige maatschappelijke verhoudingen – weinig realistisch moet worden aangemerkt. Moeilijk valt in te zien dat het maken van onderscheid tussen samenwoning van enerzijds heteroseksuelen en anderzijds homoseksuelen niet neerkomt op het maken van onderscheid op grond van het enkele feit van de seksuele gerichtheid. Bovendien rijst de vraag of, wanneer het maken van onderscheid op grond van bijkomende omstandigheden die verband houden met een persoonskenmerk niet te herleiden valt tot het maken van een onderscheid op grond van een in artikel 1 van het wetsvoorstel genoemd persoonskenmerk, het regelen van eerstgenoemd onderscheid wel binnen de reikwijdte van het wetsvoorstel valt.

Alles bijeengenomen acht de Raad voldoende aanleiding aanwezig te adviseren de «enkele feit» constructie te heroverwegen.

politieke gezindheid, ras, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. De reden van deze «enkele feit-constructie» is om in de wet zelf er geen misverstand over te laten bestaan dat de eisen die deze instellingen mogen stellen hun begrenzing vinden in het verbod van discriminatie wegens persoonskenmerken. Dit betekent dat eisen die een onderscheid uitsluitend op grond van een van die persoonskenmerken inhouden, verboden zijn. De wetgever is met andere woorden van oordeel dat geen objectieve rechtvaardiging voor zulke eisen aanwezig is. In de memorie van toelichting is aangegeven dat het bij de eisen die een instelling kan stellen, kan gaan om bijkomende omstandigheden die verband houden met een van de genoemde persoonskenmerken en die relevant zijn voor het functioneren binnen een dergelijke instelling. Onderscheid wegens een van de genoemde kenmerken zelf (het enkele feit) is niet toegestaan. Het is een kwestie van casuïstiek wanneer sprake is van bijkomende omstandigheden dan wel van omstandigheden die inherent zijn aan een persoonlijk kenmerk. De grens is naar onze mening niet op voorhand exact aan te geven. Van belang is in ieder geval dat alleen met dergelijke omstandigheden rekening mag worden gehouden voor zover ze relevant zijn voor het functioneren binnen de instelling gelet op het doel van die instelling.

Ten aanzien van het door de Raad gegeven voorbeeld merken wij op dat het begrip seksuele gerichtheid inderdaad ziet op iemands gerichtheid in seksuele en liefdesgevoelens, -uitingen en relaties. Eisen die deze enkele grond van de seksuele gerichtheid betreffen zijn ongeoorloofd, evenals eisen die op de enkele grond van burgerlijke staat betrekking hebben. Daarmee is echter nog niets gezegd over eisen die verband houden met bijkomende omstandigheden, zoals de leef- en woonsituatie in samenhang met de door een instelling gehuldigde seksuele moraal.

Indien echter een instelling eisen stelt ter zake van de leef- en woonsituatie en deze – gemotiveerd – relevant oordeelt voor het functioneren binnen die instelling, gelet op het doel van die instelling en de verwezenlijking van haar grondslag, staat de wet daar niet aan in de weg. Daarbij zal wel duidelijk moeten zijn

dat de desbetreffende instelling eisen die verband houden met leef- en woonsituatie relevant acht ten opzichte van ieder van haar medewerkers c.q. leerlingen; anders zou zich immers een situatie kunnen voordoen waarin toch het «enkele feit» van het geslacht of de hetero- dan wel homoseksuele gerichtheid reeds tot onderscheid leidt. Het uiteindelijke oordeel komt aan de rechter toe.

Het gegeven dat niet haarscherp is aan te geven wanneer sprake is van bijkomende omstandigheden dan wel van omstandigheden die inherent zijn aan een persoonlijk kenmerk (het enkele feit), rechtvaardigt naar onze mening echter nog niet de conclusie dat de «enkele feit-constructie» overbodig is en moet worden heroverwogen. In dit verband wijzen wij op de kritiek op het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel terzake. Deze kritiek hield in dat het wetsvoorstel niet duidelijk genoeg bepaalde dat de vrijheid van instellingen op godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen eveneens werd begrensd door het verbod van onderscheid op de in de wet genoemde gronden, hoewel zulks wel de strekking van de wet was. Volgens deze kritiek was het ontbreken van een expliciete bepaling in de wet zelf een ernstige omissie. Dit punt is onder andere naar voren gebracht door het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten en het Landelijk Bureau Racismebestrijding. Het op grond van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie ingestelde Comité, heeft naar aanleiding daarvan aan Nederland ter zake kritische vragen gesteld in het kader van de tweejaarlijkse rapportageplicht. Deze kritiek sterkt ons in onze opvatting dat het noodzakelijk is om uitdrukkelijk in de wet te bepalen dat de te stellen eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het «enkele feit». Aldus wordt aan de rechter een uitdrukkelijke bepaling geboden waaraan hij de door instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag gestelde eisen kan toetsen. Wij zijn van mening dat dit mede in het belang van de rechtszekerheid is.

8. De voorgestelde Commissie gelijke behandeling heeft de bevoegdheid uit eigen beweging te onderzoeken of bij de openbare

8. Het is niet de bedoeling dat deze beperking van de eigen bevoegdheid van de Commissie om eigen beweging onderzoek te

dienst of binnen een of meer sectoren van het maatschappelijk leven structureel onderscheid wordt gemaakt. Voor het maatschappelijk leven vloeit uit de in artikel 13 gehanteerde term sector een beperking voort in die zin dat het onderzoek zich niet zal kunnen richten op één bepaald bedrijf. Uit de toelichting bij artikel 13 lijkt te kunnen worden afgeleid dat deze beperking ook geldt voor onderzoek bij de openbare dienst. In de tekst van artikel 13 komt deze bedoeling niet tot uitdrukking. Hierin ware te voorzien.

9. Terecht stelt de memorie van toelichting dat de onafhankelijkheid en deskundigheid van de leden van de Commissie gewaarborgd dienen te zijn. Het is de Raad in dit verband niet duidelijk geworden welke deskundigheid de memorie van toelichting in paragraaf 6.4 op het oog heeft als gewag wordt gemaakt van «specifieke deskundigheid met betrekking tot de uiteenlopende verschijningsvormen van discriminatie op de door het wetsvoorstel bestreken terreinen». Ter zake ware duidelijkheid te verschaffen. Voorts acht de Raad het wenselijk dat de Commissie ook maatschappelijk evenwichtig is samengesteld. In de memorie van toelichting ware ook op dit aspect in te gaan. Het is de Raad opgevallen dat ingevolge artikel 14 niet van toepassing is artikel 12, eerste lid, onder e, van de Wet op de rechterlijke organisatie. De vraag rijst of dit betekent dat het Nederlandschap geen voorwaarde voor benoeming is. Indien ook niet-Nederlanders tot lid van de Commissie kunnen worden benoemd, zou dit naar het oordeel van de Raad uitdrukkelijk moeten worden geregeld.

doen, ook geldt voor de openbare dienst. De beperking strekt ertoe afzonderlijke bedrijven en instellingen te beschermen tegen onderzoek dat speciaal op hen gericht is. De eigen onderzoeksbevoegdheid van de Commissie is juist bedoeld voor onderscheid dat in een breder kader plaatsvindt. Voor een dergelijke bescherming van de openbare dienst is geen reden. In de tekst van artikel 13 (thans artikel 12) is hierin voorzien door de formulering van de tweede zin van het eerste lid te wijzigen, zodanig dat duidelijk is dat de bedoelde beperking niet geldt voor de openbare dienst.

9. De Raad vraagt zich af op welke deskundigheid de memorie van toelichting in paragraaf 6.4. het oog heeft als gewag wordt gemaakt van specifieke deskundigheid met betrekking tot de uiteenlopende verschijningsvormen van discriminatie op de door het wetsvoorstel bestreken terreinen. Het kan zijn dat door deze formulering de indruk wordt gewekt dat elk der leden deze specifieke deskundigheid op elk terrein moet hebben. Dit nu is niet de bedoeling. De Commissie moet zo zijn samengesteld dat er een gespreide deskundigheid is waardoor binnen de Commissie naast de juridische deskundigheid voldoende deskundigheid is ten aanzien van alle in de wet genoemde discriminatiegronden en op alle terreinen van het maatschappelijk leven die door de wet worden bestreken. Hierdoor zal ook de door de Raad wenselijk geachte evenwichtige samenstelling worden bereikt. De memorie van toelichting is op dit punt verduidelijkt.

Het Nederlandschap is geen voorwaarde voor benoeming als lid van de Commissie. Wij wijzen erop dat naar onze mening het bezit van het Nederlandschap geen relevant vereiste is voor de functie van lid van de Commissie. Vreemdelingen zijn slechts van benoembaarheid in de openbare dienst uitgesloten voor zover het functies betreft waarin rechtstreeks publiek gezag over burgers wordt uitgeoefend alsmede functies die verband houden met de nationale belangen van met name de interne en externe veiligheid van de staat. Het gaat concreet om functies binnen de rechterlijke macht en andere functies op het gebied van de rechtspraak, functies binnen de krijgsmacht, bij de politie, bij de

buitenlandse dienst en om vertrouwensfuncties. De functie van lid van de Commissie past in geen van deze categorieën. De taak van de Commissie is vooral een adviserende en uitdrukkelijk geen rechtsprekende. Om die reden wordt in artikel 14 (thans artikel 13) van het wetsvoorstel artikel 12, eerste lid, onderdeel e, van de Wet op de rechterlijke organisatie niet genoemd.

10. De Commissie krijgt in artikel 13, zevende lid, de ongeclausuleerde bevoegdheid zich tot de rechter te wenden voor een oordeel over de strijdigheid van een gedraging met de wet. Als reden hiervoor wordt opgegeven de omstandigheid dat het oordeel van de Commissie geen rechtskracht heeft en zij niet voorziet in een vorm van definitieve geschillenbeslechting.

De Raad acht hiermee de toekenning van de bevoegdheid onvoldoende gemotiveerd. Niet valt in te zien waarom, in het geval één van de betrokken partijen aan een rechterlijk oordeel behoefte heeft, die partij niet zelf zich tot de rechter kan wenden, mede gelet op de mogelijkheid van groepsactie. Bovendien bestaat de mogelijkheid dat geprocedeerd wordt, terwijl degene op wiens schriftelijk verzoek het onderzoek is verricht daaraan geen behoefte heeft of daartegen zelfs bezwaar maakt. Voorts acht het college het ongewenst dat de Commissie haar gezag en deskundigheid op het spel zet door als procespartij op te treden. De Raad acht gelet op het vorenstaande heroverweging van deze bepaling wenselijk.

11. In de dereguleringsparagraaf wordt de verwachting uitgesproken dat de werklast van de rechterlijke macht niet aanzienlijk zal toenemen. De Raad is van de juistheid van deze verwachting geenszins overtuigd en zulks te minder wanneer de bevoegdheid van de Commissie om de rechterlijke macht te adiëren wordt gehandhaafd.

10. Artikel 13 (thans artikel 12), zevende lid, van het wetsvoorstel geeft de Commissie de zelfstandige bevoegdheid om een rechtsvordering ter zake van een in dat artikel bedoelde gedraging in te stellen. Deze bevoegdheid wordt in het wetsvoorstel niet nader genormeerd. Het is aan de Commissie overgelaten om te beoordelen of een rechtsvordering als hier bedoeld, opportuun is. In de memorie van toelichting is daarover gesteld, dat de redenen gelegen kunnen zijn in de ernst van het onderscheid, de verwachte precedentwerking of de aard van afweging van de in het geding zijnde belangen. Zo zal het wenselijk kunnen zijn om een zaak voor te leggen aan de rechter ten einde op een bepaald punt zekerheid te verkrijgen over de wetsinterpretatie door de Commissie. Duidelijkheid over wat de juiste interpretatie is, is in het belang van een goede wetstoepassing. De in artikel 13 (thans artikel 12), zevende lid, neergelegde bevoegdheid kan in zoverre worden vergeleken met de bevoegdheid van het openbaar ministerie tot gebruik van het rechtsmiddel van cassatie «in het belang der wet». Ook daarbij gaat het immers om het verkrijgen van een rechterlijk oordeel met het oog op het vaststellen van de juiste interpretatie van de wet. Wij zijn van mening dat de bevoegdheid van de Commissie om zelfstandig een rechtsvordering in te stellen een belangrijk instrument kan zijn met het oog op de rechtsvormende taak van de Commissie.

11. Het is altijd moeilijk te voorzien, hoe groot de verzwaring van de werklast van de rechterlijke macht zal zijn ten gevolge van de invoering van nieuwe wetgeving. In de memorie van toelichting is gesteld dat mag worden verwacht dat deze niet aanzienlijk zal zijn. De Raad trekt dit in twiifel. Wij baseren onze stelling op de volgende overwe-

gingen. Ook thans kan in geval van discriminatie een beroep op de rechter worden gedaan. Bij discriminatie op grond van ras werd in een aantal gevallen een actie uit onrechtmatige daad ingesteld. Verwacht mag worden dat een deel daarvan zal worden opgevangen door de Commissie gelijke behandeling. Ook bij de andere discriminatiegronden zullen naar verwachting veel zaken aan de Commissie worden voorgelegd. In veel gevallen zal men er dan geen behoefte meer aan hebben de zaak nog aan de rechter voor te leggen. Dit is ook de ervaring met de huidige Commissie gelijke behandeling mannen en vrouwen. Ook de bevoegdheid van de Commissie om de rechter te adieren lijkt niet zo'n omvang te zullen aannemen dat de rechterlijke macht daardoor aanzienlijk wordt belast. Zoals bij punt 10 gesteld, zal de Commissie voornamelijk in gevallen, waar zij behoefte heeft aan de vaststelling van de juiste interpretatie van de wet zich tot de rechter wenden.

12. In zijn advies van 28 december 1987 heeft de Raad in overweging gegeven het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden. Dit oordeel was mede gebaseerd op de overweging dat de bescherming die dat wetsvoorstel bood niets toevoegde aan de reeds bestaande bescherming tegen discriminatie. Ook achtte de Raad het onwenselijk de gevallen waarin het maken van onderscheid gerechtvaardigd is limitatief in de wet vast te leggen. Nu hoofdstuk 1 van het wetsvoorstel op deze punten geen relevante wijzigingen bevat, de Raad door hetgeen in de memorie van toelichting is opgemerkt niet tot andere gedachten is gekomen, en bovendien op een onderdeel strijd met de Grondwet is geconstateerd, kan hij al met al ten aanzien van hoofdstuk 1 niet tot een ander oordeel komen dan in het advies van 28 december 1987 was vervat.

Artikelen

13. Artikel 1

De Raad beveelt aan in de considerans en de wettekst te spreken van seksuele gerichtheid en in de toelichting te vermelden dat

12. De Raad komt op grond van zijn oordeel over de noodzaak van de voorgestelde wetgeving en op grond van zijn oordeel over het in het wetsvoorstel vervatte gesloten stelsel (punt 1 van het advies van de Raad) alsmede op grond van het oordeel over de grondwettigheid tot dezelfde slotsom als in het advies over wetsvoorstel 20 501. In het vorenstaande is ingegaan op deze drie fundamentele punten van kritiek in het advies van de Raad. Deze kritiek van de Raad heeft het huidige kabinet niet overtuigd. Evenals het vorige kabinet is het huidige kabinet van oordeel dat wetgeving op het onderhavige terrein noodzakelijk is en dat het gesloten systeem wenselijk is. De opvatting van de Raad met betrekking tot de relatie met artikel 23 van de Grondwet deelt het kabinet niet. De voorgestelde regeling als zodanig wordt dan ook op grond daarvan niet heroverwogen.

Artikelen

13. Indien aan de aanbeveling van de Raad over het gebruik van het begrip seksuele gerichtheid gevolg zou worden gegeven zou het begrip ruimer zijn dan is bedoeld, namelijk:

hieronder, naast de meer tot discriminatie aanleiding gevende homoseksuele gerichtheid, ook andere vormen van de seksuele gerichtheid vallen, zoals heteroseksuele gerichtheid.

14. *Artikel 2, eerste lid*

De Raad beveelt aan duidelijk aan te geven dat deze bepaling betrekking heeft op het in dit wetsvoorstel geregelde verbod, bijvoorbeeld door de woorden «Het verbod» te wijzigen in: Het in deze wet neergelegde verbod.

15. *Artikel 5, tweede lid*

In de toelichting wordt gesteld dat de grondslag slechts van belang is, voor zover deze in het licht van het doel van de instelling van essentiële betekenis is voor de uitoefening van bepaalde functies. De Raad meent dat de woorden «essentiële betekenis» moeten worden vervangen, aangezien hiermee een verdergaande eis lijkt te worden gesteld dan met de in de tekst van de wet gebruikte term «nodig» wordt aangegeven. Voorts geeft de Raad in overweging in het algemeen gedeelte van de toelichting op onder andere artikel 5 in paragraaf 5.3, waar gesproken wordt over het overdragen van kennis etc. door bijzondere onderwijsinstellingen overeenkomstig de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, de woorden «de godsdienstige of levensbeschouwelijke» te schrappen. Onder bijzondere onderwijsinstellingen vallen immers ook

hetero- of homoseksuele gerichtheid. Ter zake kan worden verwezen naar de discussie hierover die is gevoerd in de Tweede Kamer naar aanleiding van de bij nota van wijzigingen aangebrachte wijziging van de artikelen 137c, 137d, 137e, 137f en 429ter in wetsvoorstel tot aanvulling van het Wetboek van Strafrecht met enkele bepalingen tot het tegengaan van discriminatie op grond van ras, geslacht of seksuele gerichtheid (Kamerstukken II, 1988-1989, 20 239, nr. 6). Bij het onderhavige wetsvoorstel wordt voor wat betreft de gebruikte terminologie aangesloten bij de tekst van het wetsvoorstel 20 239 zoals het is aanvaard door de Tweede Kamer (Kamerstukken I, 1989-1990, 20 239, nr. 276).

14. De tekst van artikel 2, eerste lid, komt overeen met de aanhef van het tweede en derde lid van artikel 2. Wij gaan ervan uit, dat de aanbeveling van de Raad ook betrekking heeft op deze bepalingen. Met de Raad zijn wij van mening dat het wetsvoorstel hier verbetering behoeft.

Het in artikel 2 telkens bedoelde verbod van onderscheid heeft uitsluitend betrekking op het in dit wetsvoorstel bedoelde verbod van onderscheid. Artikel 2 is overeenkomstig de aanbeveling van de Raad aangepast, waarbij de tekstsuggestie van de Raad is overgenomen.

15. De Raad meent dat in de toelichting op artikel 5, tweede lid, een verdergaande eis wordt gesteld dan in de tekst van deze bepaling is vervat. Wij zijn na heroverweging van de desbetreffende passage in de memorie van toelichting van mening, dat met het gebruik van de term «essentiële betekenis» verwarring kan ontstaan omdat de indruk kan worden gewekt dat alleen minimale eisen mogen worden gesteld. Dat is niet de bedoeling van de desbetreffende passage. De desbetreffende zin in de memorie van toelichting is op grond van deze opmerking van de Raad in zijn geheel geschrapt.

De Raad geeft voorts in overweging in het algemeen gedeelte van de toelichting, op onder andere in artikel 5 in paragraaf 5.3 (bedoeld wordt 5.4), de woorden «de godsdienstige of levensbeschouwelijke» te schrappen. De Raad merkt daarbij op dat onder bijzondere onderwijsinstellingen immers ook

niet-openbare instellingen die niet direct op basis van godsdienst of levensbeschouwing onderwijs verzorgen.

16. Artikel 7, eerste lid

De Raad neemt aan dat onder de onder c genoemde instellingen ook vallen sportinstellingen en -organisaties. In de memorie van toelichting ware uitsluitel te verschaffen.

17. Artikel 7, tweede lid

In de toelichting op het in de laatste zin van dit artikel voorkomende begrip «gelijkwaardige voorzieningen» is toegevoegd: «bij de onderwijsinstelling». In de wettekst ontbreken deze woorden. De tekst van de wet en de toelichting ware met elkaar in overeenstemming te brengen.

18. Artikel 7, derde lid

De woorden «het privé-karakter van de omstandigheden waarop de rechtsverhouding ziet» munten niet uit in helderheid. Wellicht kan beter aansluiting worden gezocht bij de terminologie van artikel 10 van de Grondwet en geschreven worden: eisen die ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De strekking van de bepaling wordt – zo meent de Raad – hierdoor niet aangetast.

19. Artikel 10

Een nietig beding leidt – aldus de toelichting – tot partiële nietigheid van de overeenkomst die derhalve voor het overige blijft bestaan. Denkbaar is echter dat een beding een zo wezenlijk onderdeel van de overeenkomst uitmaakt, dat deze

niet-openbare instellingen vallen die niet direct op basis van godsdienst of levensbeschouwing onderwijs verzorgen. Wij zijn met de Raad van mening, dat onder bijzondere onderwijsinstellingen ook de instellingen vallen die op een andere basis dan een godsdienstige of levensbeschouwelijke onderwijs verzorgen. Wij hebben paragraaf 5.4 van de memorie van toelichting overeenkomstig het advies van de Raad aangepast.

16. De veronderstelling van de Raad, dat onder de in onderdeel c genoemde instellingen ook sportinstellingen en -organisaties vallen, is juist. Deze instellingen vallen onder het ruime begrip instellingen die werkzaam zijn op het gebied van welzijn. In de memorie van toelichting is de desbetreffende passage overeenkomstig het advies van de Raad aangepast.

17. Aan het advies van de Raad is gevolg geven door de toelichting ter zake te verduidelijken.

18. Een formulering waarbij wordt aangesloten bij de terminologie van artikel 10 van de Grondwet, zoals door de Raad in overweging is gegeven, is ruimer en onbestemder. Wij geven de voorkeur aan de huidige formulering die in haar betrekkelijke eenvoud voldoende begrijpelijk moet zijn. Een constructie waarbij gebruik gemaakt wordt van de grondwettelijke terminologie achten wij hier niet wenselijk. Daarbij komt dat de bepaling redactioneel zou gaan afwijken van het derde lid van artikel 5, welke bepaling een vergelijkbare strekking heeft als de onderhavige. Aan de opmerking van de Raad over deze bepaling is derhalve geen gevolg gegeven.

19. De Raad stelt terecht dat in het geval dat een nietig beding een zo wezenlijk onderdeel van de overeenkomst uitmaakt dat deze zonder het beding geen betekenis meer heeft, de gehele overeenkomst nietig is. De toelichting is dienovereenkomstig aangepast.

zonder het beding geen betekenis meer heeft. Aangenomen moet worden dat in zulk een geval de gehele overeenkomst als nietig moet worden beschouwd. In de toelichting ware hierop in te gaan.

20. Artikel 11, tweede lid

Volgens de toelichting veronderstelt deze bepaling dat de benadeelde persoon op de hoogte wordt gesteld van de voorgenomen vordering. Het lijkt het college nuttig in de wet zelf deze eis op te nemen. De toelichting noemt als voorbeeld van een bezwaar van een benadeelde persoon bij het achterwege laten van een vordering vrees voor verstoring van bestaande relaties. De Raad meent dat dit bezwaar ook kan gelden bij het afleggen van een getuigenis. In de toelichting ware aan te geven waarom het afleggen van getuigenis niet afhankelijk behoeft te zijn van de instemming van betrokkene.

20. Het is niet noodzakelijk te bepalen dat een rechtspersoon die voornemens is een vordering als bedoeld in artikel 11 (thans artikel 10) in te stellen, de desbetreffende individuele persoon in kennis stelt van de voorgenomen vordering, zodat deze de gelegenheid heeft daartegen bezwaar te maken.

Het tweede lid van het artikel veronderstelt immers dat de door een bepaalde gedraging benadeelde persoon op de hoogte is gesteld van de voorgenomen vordering. Immers aan een vordering, als in het eerste lid van artikel 11 omschreven, kan een met het wetsvoorstel strijdige gedraging niet ten grondslag worden gelegd indien de door deze gedraging benadeelde persoon daartegen bezwaar maakt. Het vorenstaande betekent dat een belangenorganisatie betrokkenen zal moeten informeren over een voorgenomen procedure en hun toestemming zal moeten vragen. Een uitdrukkelijke wetsbepaling als door de Raad verzocht is derhalve niet nodig. De onderhavige bepaling is overigens gelijk aan artikel 20a van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Dat artikel is tijdens de parlementaire behandeling van de reparatiewet ingevoegd bij tweede nota van wijzigingen (Kamerstukken II, 1987-1988, 19 908, nr. 15).

De Raad meent dat voor het afleggen van een getuigenis ook het bezwaar geldt dat bestaande relaties kunnen worden verstoord. Het gaat hier echter om een algemeen vraagstuk dat iemand ten behoeve van een gerechtelijke procedure die op een ander betrekking heeft, verplicht wordt te getuigen. De rechter zal overeenkomstig het ter zake in het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering bepaalde, beoordelen of de te bewijzen feiten betwist zijn en tot de beslissing in de desbetreffende zaak kunnen leiden. Wij achten het niet nodig om specifiek voor vorderingen die op de onderhavige problematiek betrekking hebben een specifieke uitzondering op de verplichting om te getuigen op te nemen. Omdat dit niet tot een verduidelijking van het wetsvoorstel

21. *Artikel 12, tweede lid*

In de toelichting wordt met betrekking tot de kamers onder andere opgemerkt dat zij de taak van de Commissie vervullen en dat zij een klacht kunnen verwijzen naar een andere kamer. Te overwegen ware deze bevoegdheden van de kamers in de wet te vermelden.

22. Voor enkele redactionele kanttekeningen moge het college verwijzen naar de bij het advies behorende bijlage.

zou kunnen leiden, is een nadere uiteenzetting hierover in de memorie van toelichting, zoals door de Raad geadviseerd, achterwege gelaten.

21. De delegatiebepaling van artikel 19 (thans artikel 18), eerste lid, van het wetsvoorstel biedt de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen over de werkwijze van de Commissie, waaronder in ieder geval regels over de wijze van behandeling van zaken. Aangezien de door de Raad genoemde bevoegdheid om een klacht te verwijzen naar een andere kamer in deze algemene maatregel van bestuur kan worden geregeld – en naar onze mening ook behoort te worden geregeld – is het opnemen daarvan in de wet niet noodzakelijk en niet wenselijk.

Voor wat betreft de vraag of de kamers de bevoegdheden van de Commissie hebben, moet worden vastgesteld dat de tekst van het wetsvoorstel zoals aan de Raad voorgelegd daarover niet duidelijk was. Naar aanleiding van het advies van de Raad over dit punt hebben wij het tweede lid van het artikel 11 aangevuld met de bepaling dat de Commissie de kamers kan vormen voor het vervullen van haar taak.

22. De door de Raad gemaakte redactionele kanttekeningen zijn door ons verwerkt in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting, met uitzondering van de door de Raad gemaakte redactionele kanttekening over het opschrift van hoofdstuk I. Naar onze mening dient hier het uitgangspunt, te weten het beginsel van gelijke behandeling, voorop te staan. Dit dient naar onze mening ook in het opschrift van het hoofdstuk tot uitdrukking te komen. Hoofdstuk I van het wetsvoorstel heeft immers niet ten doel onderscheid mogelijk te maken maar om het gelijkheidsbeginsel uit te werken. Voorts is de vierde redactionele kanttekening niet overgenomen met het oog op de afstemming met artikel 10 van het wetsvoorstel, artikel 20a van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het voorontwerp van wet voorde- ringsrecht belangenorganisaties. Naar aanleiding van de derde redactionele kanttekening van de Raad is in het voorlaatste onderdeel van de bedoelde opsommingen de punt-komma vervangen door het woord «en».

Tevens zijn enkele tekstuele verduidelijkingen aangebracht in de tweede alinea van paragraaf 6.2 van de toelichting, in de toelichting op artikel 18 (voorheen artikel 19), is de toelichting op artikel 6 verbeterd en is de toelichting op artikel 8 (voorheen artikel 9) aangevuld.

Ten slotte is van de gelegenheid gebruik gemaakt om het verbod van onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden in de wetgeving inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid onder de werkings sfeer van dit wetsvoorstel te brengen. Aangezien het wetsvoorstel een verbod van onderscheid op grond van burgerlijke staat bevat, bestaat geen behoefte aan de afzonderlijke bepalingen in artikel 1637ij, zevende lid, van het Burgerlijk Wetboek en artikel 1a, zesde lid, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. In de thans voorgestelde artikelen 21 en 22 van het wetsvoorstel is opgenomen dat deze bepalingen vervallen. In deze artikelen is tevens opgenomen een wijziging van artikel 1 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen alsmede van artikel 1637ij, vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek waarmee de definitie van het begrip «indirect onderscheid» in de wetgeving inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid wordt aangepast aan de definitie in dit wetsvoorstel.

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 waarnemend Vice-President van de Raad van State,
G. H. Veringa

Ik moge U mede namens de Minister van Justitie, de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de Minister van Onderwijs en Wetenschappen en de Minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur 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,
C. I. Dales

Lijst van redactionele kanttekeningen, behorende bij het advies no. W04.90 0329 van de Raad van State van 23 oktober 1990

– Omdat artikel 1 van de Grondwet geen opdracht tot nadere regelgeving bevat en dat artikel ook niet beschouwd kan worden als hogere regeling waarop de regelge-

vende bevoegdheid berust (punt 47 van de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek (AWT)), ware in de considerans «mede gelet op» te wijzigen in: mede in verband met.

– Het begrip «gelijke behandeling» komt in het lichaam van het wetsvoorstel alleen voor in de citeertitel (artikel 26) en in de benaming van de commissie, bedoeld in artikel 12, eerste lid. Om die reden en omdat hoofdstuk 1 ook betrekking heeft op (objectief gerechtvaardigde) ongelijke behandeling, ware in het opschrift van hoofdstuk 1 «Gelijke behandeling van personen ongeacht» te wijzigen in: Onderscheid van personen op grond van.

– In de artikelen 2, tweede lid, 5, eerste en tweede lid, 7, eerste lid, en 13, tweede lid, ware het limitatieve of enuntiatieve karakter van de opsomming tot uitdrukking te brengen (punt 29 AWT).

– In artikel 13, eerste lid, tweede volzin, ware «structureel» bij voorkeur te wijzigen in: stelselmatig.

– In artikel 13, tweede lid, onder e, ware bij voorkeur een redactie te kiezen die overeenkomt met artikel 14, tweede lid, onder e, van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Stb.1989, 169).

– De aanhef van de zevende alinea van de toelichting op artikel 7 ware te wijzigen in: Artikel 7, tweede en derde lid, bevat een tweetal uitzonderingen.