

MEMORIE VAN TOELICHTING

Algemeen deel

1. Inleiding

Dit wetsvoorstel strekt er in de eerste plaats toe, de belangrijkste wetgeving op het terrein van gelijke behandeling samen te voegen in één wet. Het betreft de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgbm/v), de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz), de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (Wgbl) en de artikelen 7:646 en 7:647 Burgerlijk Wetboek. De drie laatstgenoemde wetten en de twee bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek (BW) worden door middel van dit wetsvoorstel opgenomen in de Awgb.

Met de integratie wordt beoogd de toegankelijkheid van de gelijkebehandelingswetgeving aanzienlijk te verbeteren. Tot op heden is de regelgeving op het terrein van de gelijke behandeling verspreid over diverse wetten en algemene maatregelen van bestuur. Naast artikel 1 van de Grondwet en de discriminatiebepalingen in het Wetboek van Strafrecht zijn er vier specifieke gelijkebehandelingswetten (de Awgb, de Wgbm/v, de Wgbh/cz en de Wgbl) en een aantal gelijkebehandelingsartikelen in het BW (Boek 7, titel 10, afdeling 4). Een aantal algemene maatregelen van bestuur bevat nadere regels over gelijke behandeling: het Besluit gelijke behandeling (gebaseerd op de Awgb), het Besluit beroepsactiviteiten waarbij het geslacht bepalend kan zijn (gebaseerd op de Wgbm/v), het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling (mede gebaseerd op de Wgbm/v), het Besluit rechtspositie leden Commissie gelijke behandeling (gebaseerd op de Awgb) en het Besluit werkwijze Commissie gelijke behandeling (gebaseerd op de Awgb). Aan deze opsomming zal in de loop van 2010 nog worden toegevoegd het Besluit toegankelijkheid van het openbaar vervoer (gebaseerd op de Wgbh/cz).

Aan een dergelijke versnippering van regelgeving over verschillende wetten zijn diverse nadelen verbonden zoals een verminderde toegankelijkheid van de wetgeving, discussies over de verhouding van de diverse wetten en de diverse gronden en het risico van onbedoelde verschillen in rechtsbescherming. Met integratie van wetgeving kunnen deze nadelen worden voorkomen of verminderd. Met name gelet op het belang van een voor burgers goed toegankelijke gelijkebehandelingswetgeving zijn wij van mening dat integratie van de diverse gelijkebehandelingswetten in één brede gelijkebehandelingswet wenselijk is. Ook de twee eerstgenoemde algemene maatregelen van bestuur zullen worden samengevoegd. Deze integratie past in het algemene kabinetsbeleid van vermindering en vereenvoudiging van regelgeving.

De integratie van de gelijkebehandelingswetten wordt voorts aangegrepen om de terminologie van de gelijkebehandelingswetgeving beter te laten aansluiten bij die van de Europese richtlijnen ter zake van gelijke behandeling. Ten slotte beoogt het wetsvoorstel de realisatie van een aantal voornemens naar aanleiding van de tweede evaluatie van de Awgb. De meest in het oog springende wijziging die hieruit voortkomt, is de vervanging van 'onderscheid' als centraal begrip in de gelijkebehandelingswetgeving door het begrip 'discriminatie'.

2. Aanleiding tot de integratie

De regelgeving op het terrein van gelijke behandeling is reeds gedurende een ruim aantal jaren verspreid over verschillende wetten. Enerzijds zijn dat (sinds 1980) de Wgbm/v en de artikelen 7:646 en 7:647 BW (voorheen artikel 1637ij BW) met specifieke regelgeving voor gelijke behandeling op grond van geslacht op het terrein van de arbeid en anderzijds (sinds 1994) de Awgb, een algemene wet op het terrein van de gelijke behandeling met regelgeving voor meerdere gronden en voor meerdere terreinen.

Bij de latere totstandkoming van de Wgbh/cz en de Wgbl ontstond de discussie of het wenselijk was deze specifieke gelijkebehandelingswetten naast de Awgb tot stand te brengen of dat de gronden handicap of chronische ziekte en leeftijd in de Awgb dienden te worden opgenomen. Vooral de Raad van State toonde zich een voorstander van een opname van de twee gronden in de Awgb¹. Om diverse redenen, zoals de voorgeschiedenis van beide wetsvoorstellen, de afspraken uit het regeerakkoord, alsmede het belang dat door zowel regering als parlement werd gehecht aan de spoedige totstandkoming van wetgeving met betrekking tot gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte en leeftijd, werd ervoor gekozen om de Wgbh/cz en de Wgbl afzonderlijk tot stand te brengen. Wel werd bij de behandeling van de wetsvoorstellen aan de Tweede Kamer de toezegging gedaan om na de totstandkoming van deze wetten de integratie van deze wetten in de Awgb ter hand te nemen (zie de brieven van 11 december 2002 van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport² en van 12 december 2002 van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, K.L. Phoa³. Na de inwerkingtreding van de Wgbh/cz en de Wgbl met ingang van 1 december 2003 respectievelijk 1 mei 2004, werd begonnen met de interdepartementale voorbereiding van een wetsvoorstel voor de integratie van deze wetten in de Awgb.

3. Totstandkoming van het voorstel van wet

De voorbereiding van het onderhavige wetsvoorstel heeft uiteindelijk veel langer geduurd dan werd voorzien. Daarvoor is een aantal oorzaken aan te wijzen.

In eerste instantie werd bij het opstellen van het integratiewetsvoorstel uitgegaan van de gedachte dat de Wgbm/v voorsnog als zelfstandige wet zou voortbestaan. Bij de behandeling in de Tweede Kamer van de EG-implementatiewet Awgb gaf de toenmalige Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties aan, dat de vraag over de integratie van de Wgbm/v bij de tweede evaluatie van de Awgb aan de orde zou kunnen komen⁴. Tijdens de behandeling van de Evaluatiewet Awgb (de aanpassingswetgeving naar aanleiding van de eerste evaluatie van de Awgb)⁵ werd door de Tweede Kamer opnieuw gevraagd naar de mogelijkheid om de integratie van de Wgbm/v alsnog mee te nemen in de Integratiewet waarmee ook de gronden leeftijd en handicap in de Awgb opgenomen zouden worden⁶.

¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, Kamerstukken II 2001/02, 28 169, B, Kamerstukken II 2001/02, 28 170, B.

² Kamerstukken II 2002/03, 28 169, nr. 30.

³ Kamerstukken II 2002/03, 28 170, nr. 12.

⁴ Kamerstukken II 2003/04, 28 770, nr. 10, p. 10.

⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 311, nrs. 1-2.

⁶ Handelingen II 2004/05, p. 3017.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

Bij de interdepartementale voorbereiding van de tweede evaluatie van de Awgb werd bezien of het conform de wens van de Kamer mogelijk zou zijn de integratie van de Wgbm/v te versnellen en mee te nemen met de integratie van leeftijd en handicap. Nadat interdepartementaal onderzoek door de ministeries van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties had uitgewezen dat ook integratie van de Wgbm/v op korte termijn mogelijk zou kunnen zijn, besloot het toenmalige kabinet tot een brede integratie waarbij ook de Wgbm/v en de artikelen 7:646 en 7:647 BW zouden worden opgenomen in de Awgb. De Tweede Kamer werd hierover geïnformeerd bij brief van 28 april 2005⁷ en bij brief van 20 september 2005⁸. Deze verbreding leidde reeds tot enige vertraging in het eerder aan de Tweede Kamer toegezegde tijdsplan voor de totstandkoming van de Integratiewet.

Intussen werd de implementatie van een nieuwe Europese richtlijn zoals te doen gebruikelijk door middel van een afzonderlijk wetgevingstraject doorgevoerd⁹.

In mei 2006 werd een voorstel van wet, waarin ook de integratie van de Wgbm/v was opgenomen, voor advies aan de Raad van State voorgelegd. In zijn advies, dat in augustus van dat jaar werd vastgesteld, wees de Raad van State er vooral op, dat het wetsvoorstel de door de Raad reeds eerder bepleite aansluiting bij de Europese terminologie ontbeerde, vooral – maar niet alleen – door het handhaven van het begrip ‘onderscheid’. Dit advies van de Raad van State vormde de aanleiding, het integratiewetsvoorstel opnieuw te bezien. De vraag naar de vervanging van ‘onderscheid’ als centraal begrip in de gelijkebehandelingswetten door ‘discriminatie’ maakte intussen tevens deel uit van de onderzoeksopdracht van het externe wetenschappelijk onderzoek ten behoeve van de tweede evaluatie van de Awgb. De vraag of al dan niet nader zou moeten worden aangesloten bij de terminologie van de Europese gelijkebehandelingsrichtlijnen kreeg een nog grotere betekenis door een drietal inbreukprocedures, die door de Europese Commissie werden gestart. De inbreukprocedures hadden betrekking op de omzetting van Richtlijn nr. 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (PbEG L 180) (hierna: anti-rassendiscriminatie-richtlijn), Richtlijn nr. 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) (hierna: kaderrichtlijn) en Richtlijn nr. 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PbEG L 269)¹⁰. Deze inbreukprocedures maakten duidelijk dat weliswaar op goede gronden verdedigd kan worden dat de Nederlandse

⁷ Kamerstukken II 2004/05, 29 311, nr. 8.

⁸ Kamerstukken II 2005/06, 29 362, nr. 57.

⁹ Wet van 5 oktober 2006 tot wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Richtlijn 2002/73/EG (Stb. 469) en Wet van 21 juli 2007 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 (Stb. 321).

¹⁰ Laatstgenoemde richtlijn is inmiddels ingetrokken en vervangen door Richtlijn nr. 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (PbEG L 204) (herschikkingsrichtlijn).

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

gelijkebehandelingswetgeving (materieel) in overeenstemming is met de genoemde richtlijnen, maar dat de in het verleden gemaakte keuze om de richtlijnterminologie niet één-op-één over te nemen, in het licht van de toenemende Europese invloed op het terrein van de gelijke behandeling steeds moeilijker is te handhaven.

Een en ander leidde ertoe, dat het vorige kabinet het gevoelen uitte dat zo spoedig mogelijk in de gelijkebehandelingswetgeving diende te worden aangesloten bij de terminologie van de Europese richtlijnen. Dat zou geschieden door middel van het integratiewetsvoorstel¹¹. De beslissing of daarbij tevens zou worden overgestapt van 'onderscheid' op 'discriminatie', zou worden genomen bij gelegenheid van het kabinetsstandpunt over de tweede evaluatie van de Awgb. Het met redenen omkleed advies van de Europese Commissie over de implementatie van de kaderrichtlijn leidde tot een principiële discussie met de Tweede Kamer over de zogenoemde enkele-feitconstructie in de Awgb (zie de artikelsgewijze toelichting bij artikel 25). Het kabinetsstandpunt over de tweede evaluatie werd, om verdere vertraging te voorkomen, vervolgens gesplitst in twee delen. Het eerste deel, dat op 19 december 2008 werd uitgebracht¹², omvatte onder meer de volgende besluiten:

- a. De term 'onderscheid' wordt vervangen door 'discriminatie'.
- b. De definities van 'direct onderscheid' en 'indirect onderscheid' zullen versneld worden aangepast naar aanleiding van het met redenen omkleed advies van de Europese Commissie over de implementatie van de kaderrichtlijn (zonder daarbij al over stappen van 'onderscheid' op 'discriminatie')¹³.
- c. 'Volksgezondheid' wordt als uitzonderingsgrond opgenomen in de Awgb, als gevolg van de aanbeveling daartoe van de Commissie gelijke behandeling (Cgb).
- d. De uitzondering voor werkverhoudingen met een privé-karakter wordt, naar aanleiding van het met redenen omkleed advies, aangepast aan de richtlijnterminologie.

Het kabinet besloot advies te vragen aan de Raad van State over de enkele-feitconstructie, en het standpunt daarover in het tweede deel van het kabinetsstandpunt neer te leggen. In het tweede deel van het kabinetsstandpunt, dat na ontvangst van het advies van de Raad van State op 29 september 2009 verscheen¹⁴, maakte het kabinet kenbaar de enkele-feitconstructie te willen vervangen door een bij de terminologie van de kaderrichtlijn aansluitende tekst en deze en andere wijzigingen die uit het kabinetsstandpunt voortvloeien (behalve die onder b), op te nemen in het integratiewetsvoorstel.

Een en ander heeft ertoe geleid dat het onderhavige voorstel van wet geheel opnieuw is gezien, waarbij het oorspronkelijke uitgangspunt (technische integratie van de gelijkebehandelingswetten, dus geen materiële wijzigingen) zo veel mogelijk is gehandhaafd.

4. Adviezen en internetconsultatie

Een concept van dit wetsvoorstel werd voorafgaand aan de advisering door de Raad van State, in 2006, in een consultatieronde voorgelegd aan een aantal organisaties, te weten de Cgb, de Chronisch zieken en Gehandicapten Raad Nederland (CG-Raad), het Expertisecentrum LEEFtijd en E-Quality, kenniscentrum voor emancipatie in de multiculturele

¹¹ Kamerstukken II 2006/07, 30 967, nr. 4, p. 2.

¹² Kamerstukken II 2008/09, 28 481, nr. 5.

¹³ Kamerstukken II 2008/09, 31 832, nrs. 1-4.

¹⁴ Kamerstukken 2009/10, 28 481, nr. 6.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

samenleving. Deze instellingen brachten alle een advies uit. Naar aanleiding van de adviezen werd op een aantal plaatsen de memorie van toelichting uitgebreid of gewijzigd. In sommige gevallen is dat ook expliciet zo aangegeven. Omwille van de leesbaarheid van de toelichting is ervoor gekozen niet bij alle wijzigingen expliciet te verwijzen naar het advies van de betrokken organisatie. Voorts werd het voorstel van wet, zoals dat naar aanleiding van de consultatieronde, het advies van de Raad van State en het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de tweede evaluatie van de Awgb is gewijzigd, door middel van internetconsultatie aan doelgroepen, organisaties en belangstellenden voorgelegd. *[PM: resultaten internetconsultatie].*

In alle adviezen die over het oorspronkelijke conceptwetsvoorstel werden uitgebracht, werd nadrukkelijk aandacht gevraagd voor de keuze van het toenmalige kabinet om de integratie te beperken tot een technische operatie. Naar aanleiding van deze opmerkingen werd paragraaf 5 van deze toelichting aangepast. Ook in de artikelsgewijze toelichting werd op verschillende punten een nadere toelichting van de keuze voor technische integratie opgenomen. De aanbevelingen uit de adviezen die de doelstellingen van dit wetsvoorstel te buiten gaan, werden niet overgenomen. Wij hechten eraan een duidelijk onderscheid te maken tussen technische integratie en een operatie waarin het beschermingsniveau tussen de verschillende antidiscriminatiegronden wordt gelijkgetrokken. Wel werden in het wetsvoorstel de wijzigingen meegenomen die voortvloeien uit het hierboven genoemde kabinetsstandpunt naar aanleiding van de tweede evaluatie van de Awgb.

Aan de Cgb werd in de adviesaanvraag expliciet gevraagd aandacht te besteden aan de uitzondering op het verbod van onderscheid voor eisen die verband houden met het privé-karakter van een rechtsverhouding. In reactie daarop gaf de Cgb in haar advies aan dat het gelijkheidsbeginsel ook geldt in horizontale relaties en dat het gelijkheidsbeginsel een dusdanig belangrijke rechtsnorm belichaamt dat daaraan in privaatrechtelijke verhoudingen niet kan worden voorbijgegaan. De Cgb gaf evenwel ook duidelijk aan dat subjectieve preferenties in beginsel altijd een rol mogen spelen in privé-verhoudingen, voor zover dit niet in de weg staat aan het recht van anderen om op voet van gelijkheid deel te nemen aan het maatschappelijk leven. Met dit laatste criterium gaf de Cgb een invulling aan de redelijkheidstoets die de uitzondering op het verbod van onderscheid voor eisen die verband houden met het privé-karakter van de rechtsverhouding bevat. Het kabinet sluit zich aan bij het uitgangspunt, zoals verwoord door de Cgb. De uitzondering op het verbod van onderscheid voor eisen die verband houden met het privé-karakter van de rechtsverhouding moet dan ook in dit licht gezien worden. Naar aanleiding van het met redenen omkleed advies van de Europese Commissie is de formulering van deze uitzondering in overeenstemming gebracht met de richtlijnterminologie. Dat ook de gronden leeftijd en handicap of chronische ziekte onder de werking van deze uitzondering worden gebracht, is in lijn met het advies van de Cgb en betekent geen inbreuk op het beschermingsniveau van deze gronden. In de context van de bijzondere wetten voor de afzonderlijke gronden is het verklaarbaar dat een dergelijke uitzondering niet benoemd is. Gelet op het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het gesloten systeem van de Awgb is het nodig een belangenafweging ook voor deze gronden expliciet mogelijk te maken.

5. Technisch karakter van de integratie

Van meet af aan is aangegeven dat de integratie van de Wgbh/cz en de Wgbl in de Awgb een technisch karakter zal hebben, waarbij geen inhoudelijke wijzigingen zijn beoogd¹⁵. In de eerdergenoemde brief van 28 april 2005 aan de Tweede Kamer¹⁶ is meegedeeld dat ook de integratie van de Wgbm/v een technisch karakter zal hebben, waarmee geen inhoudelijke wijzigingen zijn beoogd. De latere beslissing om meer aan te sluiten bij de formuleringen uit de Europese richtlijnen en (mede in verband daarmee) het begrip 'onderscheid' te vervangen door 'discriminatie', doet geen afbreuk aan dit oorspronkelijke uitgangspunt.

Wat betreft de grond handicap of chronische ziekte gaf de toenmalige Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport voorts in haar brief aan dat voorop staat dat de integratie van de Wgbh/cz in de Awgb uitbreiding van de rechtsbescherming met andere maatschappelijke sectoren voor de grond handicap of chronische ziekte niet in de weg zal staan. Daarnaast werd een aantal punten genoemd waarmee bij de integratie rekening gehouden moest worden. Voor de Wgbh/cz betrof dat artikel 2 van de Wgbh/cz (de verplichting om desgevraagd doeltreffende aanpassingen te treffen), de specifieke uitzonderingen in de Wgbh/cz voor de grond handicap of chronische ziekte, die niet in de Awgb voorkomen, en de verschillen in materiële reikwijdte tussen de Wgbh/cz en de Awgb. Voor de Wgbl betrof dat de systematiek van de wet (het half open stelsel van uitzonderingsgronden) en de reikwijdte. Met inachtneming van bovenstaande voorwaarden en aandachtspunten werd dit wetsvoorstel opgesteld. Hieronder zal nader worden ingegaan op de keuzes waartoe dit heeft geleid. Daarna wordt, in de volgende paragraaf, nader ingegaan op de overstap van 'onderscheid' naar 'discriminatie', waarmee overigens evenmin materiële wijzigingen zijn beoogd.

Integratie met een technisch karakter leidt er in beginsel toe dat de inhoudelijke verschillen in de materiële reikwijdte en de uitzonderingsgronden tussen de verschillende wetten, samenhangend met het karakter van de gronden, zullen blijven bestaan. Voor de integratie is dit geen onoverkomelijk bezwaar. Ook in de huidige Awgb bestaan verschillen in reikwijdte en uitzonderingen tussen de gronden (bijvoorbeeld in artikel 7a en in artikel 2). In enkele gevallen brengt een dergelijke technische integratie verschillen tussen gronden aan het licht die de wetgever niet expliciet als zodanig bedoeld heeft en die leiden tot onwenselijke ongelijkheden binnen de Awgb. In die gevallen, die in de artikelsgewijze toelichting worden benoemd, is ervoor gekozen om voor de verschillende gronden de bepalingen gelijk te trekken.

Volledige integratie, waarbij ook de materiële reikwijdte en de uitzonderingsgronden gelijk worden getrokken zal, voor zover al mogelijk, pas op langere termijn gerealiseerd kunnen worden. In de adviezen die door de verschillende organisaties werden uitgebracht over een concept van het onderhavige wetsvoorstel werd verzocht om verdergaande gelijktrekking van het beschermingsniveau van de verschillende gronden. Deze wens strookt niet met de uitgangspunten van het wetsvoorstel en de opmerkingen uit de betreffende adviezen zijn op dit punt dan ook niet overgenomen. Wij achten het niet wenselijk om dit wetsvoorstel, dat een aanzienlijke verbetering van de toegankelijkheid van de wet bewerkstelligt, uit te stellen tot het moment waarop de discussies over gelijktrekking van het beschermingsniveau zijn

¹⁵ Zie onder meer de in paragraaf 2 genoemde brieven van 11 en 12 december 2002, Kamerstukken II 2002/03, 28 169, nr. 30 en Kamerstukken II 2002/03, 28 170, nr. 12.

¹⁶ Kamerstukken II 2004/05, 29 311, nr. 8; zie hierboven, paragraaf 3.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

uitgekristalliseerd. Daarbij is van belang dat ook op Europees niveau nader gestudeerd wordt op gelijktrekking van het beschermingsniveau. Op dit moment varieert het beschermingsniveau op grond van de Europese richtlijnen voor diverse gronden en terreinen, terwijl tevens een nieuwe brede richtlijn voor gelijke behandeling buiten de arbeid in voorbereiding is. Met een eventuele harmonisatie op Europees niveau zal niet worden aangevangen vóór die nieuwe richtlijn is vastgesteld en geïmplementeerd. Wij vinden het niet wenselijk, op deze Europese ontwikkelingen vooruit te lopen. In het verleden heeft een dergelijk vooruitlopen op Europa ertoe geleid dat er een volledig nieuw wetsvoorstel voor gelijke behandeling op grond van leeftijd moest worden ontworpen, nadat de EU daarover een richtlijn vaststelde. Gelijktrekking van het beschermingsniveau zou voorts de integratie-operatie onnodig belasten en verder vertragen. Aan het inhoudelijk gelijktrekken van de rechtsbescherming voor de diverse gronden kan stapsgewijs verder worden gewerkt. In de toekomst kunnen desbetreffende wijzigingen worden aangebracht in de vernieuwde Awgb.

Het technische karakter van deze wijzigingswet heeft ook tot gevolg dat in de artikelsgewijze toelichting slechts beperkt wordt ingegaan op de inhoudelijke achtergrond van de bepalingen uit de verschillende wetten. Een belangrijk deel van de bepalingen wordt slechts verplaatst en de destijds bij de bepalingen gegeven toelichting blijft ongewijzigd. Hiervoor wordt in algemene zin verwezen naar de totstandkomingsgeschiedenis van de diverse wetten. Het is niet gebruikelijk en praktisch ondoenlijk om bij een nieuw wetsvoorstel de hele parlementaire geschiedenis opnieuw de revue te laten passeren. Integrale herhaling brengt bovendien het risico met zich dat er verschillen ontstaan in de afzonderlijke toelichtingen en is om die reden ook onwenselijk. Voor de parlementaire geschiedenis van bepalingen die (materieel) niet worden gewijzigd, wordt verwezen naar de eerder gepubliceerde parlementaire stukken.

6. Van 'onderscheid' naar 'discriminatie'

De Raad van State heeft herhaaldelijk geadviseerd, het Europeesrechtelijk begrip 'discriminatie' over te nemen en niet de term 'onderscheid' te handhaven¹⁷. Het vorige kabinet heeft hiernaar in het kader van de tweede evaluatie van de Awgb onderzoek laten verrichten door de Universiteit van Tilburg en de Rijksuniversiteit Groningen, dat uitmondde in het rapport 'Gelijke behandeling: principes en praktijken, Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling'¹⁸. De onderzoekers van de betrokken universiteiten concludeerden dat de begrippen 'onderscheid' en 'discriminatie' juridisch niet wezenlijk uiteenlopen. De betekenisverschillen spitsen zich toe op de gevoelslading van het begrip en de juridische context waarin de begrippen functioneren. Indien de term 'discriminatie' wordt ingevoerd, zal de juridische systematiek van de Awgb volgens de onderzoekers niet veranderen. Het overgaan op de term discriminatie heeft wel tot gevolg dat enkele bepalingen in de Awgb – waaronder de uitzonderingsgronden op discriminatieverboden – anders zullen moeten worden geformuleerd.

In het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de tweede evaluatie van de Awgb sluit het kabinet zich aan bij het oordeel van de universiteiten dat op juridische gronden geen eenduidige keuze voor 'onderscheid' of 'discriminatie' geïndiceerd is. Mede naar aanleiding

¹⁷ Zie onder meer Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, p. 4, Kamerstukken II 2008/09, 31 832, nr. 4, p. 3 en het advies van 7 augustus 2006 bij het onderhavige wetsvoorstel.

¹⁸ Onder redactie van M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjens, Nijmegen 2006.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

van de adviezen van de Raad van State heeft het kabinet niettemin besloten over te gaan op de term 'discriminatie': "Deze term sluit één-op-één aan bij de terminologie van de Europese richtlijnen en verzekert op ondubbelzinnige wijze de rechtsbescherming zoals de richtlijnen die beogen te bieden. De term sluit ook beter aan bij de terminologie van artikel 1 van de Grondwet. Met de term 'discriminatie' wenst het kabinet bovendien de ernst van het fenomeen te benadrukken. Daarnaast acht het kabinet het wenselijk om aan te sluiten bij de overige internationaalrechtelijke bepalingen zoals neergelegd in artikel 26 van het Internationaal Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR), artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het bij dat verdrag behorende Protocol nr. 12.

Wij zijn van oordeel dat door deze nieuwe terminologie geen koerswijziging in de oordelenlijn van de Cgb zal plaatsvinden, aangezien de Cgb ten aanzien van het begrip 'onderscheid' ook reeds de Europeesrechtelijke interpretatie van het begrip 'discriminatie' volgde." ¹⁹. Met dit wetsvoorstel wordt mede beoogd, de overgang van 'onderscheid' naar 'discriminatie' te effectueren. Daartoe wordt onder meer voorgesteld, in artikel 1 van de Awgb de definities van discriminatie, directe discriminatie en indirecte discriminatie uit de Europese richtlijnen over te nemen. Met het overnemen van deze Europese begripsomschrijvingen wordt overigens geaccentueerd, dat het hier niet (tevens) hoeft te gaan om discriminatie in de strafrechtelijke betekenis (artikel 90 quater Wetboek van Strafrecht²⁰).

7. Achtergrond Wgbm/v

Zoals in paragraaf 2 al is aangegeven, is er jarenlang sprake geweest van twee belangrijke gelijkebehandelingswetten naast elkaar, de Awgb en de Wgbm/v. De Wgbm/v dateert van 1 maart 1980 en diende ter implementatie van Europese gelijkebehandelingswetgeving voor de grond geslacht. In 1980 betrof dat Richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PbEG L 39)²¹. Eerder was Richtlijn nr. 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PbEG L 45) al geïmplementeerd in de Wet gelijk loon, die later ook in de Wgbm/v is opgenomen. Daarna zijn ook andere gelijkebehandelingsrichtlijnen voor de grond geslacht op het terrein van de arbeid in de Wgbm/v geïmplementeerd. Het gaat dan om Richtlijn nr. 86/378/EEG van de Raad van 24 juli

¹⁹ Kamerstukken II 2008/09, 28 481, nr. 5, p. 3-4.

²⁰ Artikel 90quater Wetboek van Strafrecht luidt: Onder discriminatie of discrimineren wordt verstaan elke vorm van onderscheid, elke uitsluiting, beperking of voorkeur, die ten doel heeft of ten gevolge kan hebben dat de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel terrein of op andere terreinen van het maatschappelijk leven, wordt teniet gedaan of aangetast.

²¹ Deze richtlijn werd in 2002 gewijzigd door middel van Richtlijn nr. 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PbEG L 269).

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid (PbEG L 225)²² en Richtlijn nr. 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht (PbEG 1998 L 14). Inmiddels zijn deze richtlijnen samengevoegd in Richtlijn nr. 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (PbEG L 204), hierna: herschikkingsrichtlijn.

Naast de Wgbm/v zijn ter implementatie van deze richtlijnen ook enkele anti-discriminatiebepalingen in Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek opgenomen (de artikelen 7:646 en 7:647), waarmee het specifieke verbod van onderscheid op grond van geslacht in de arbeidsovereenkomst werd geregeld.

Deze Europeesrechtelijke achtergrond was de reden om de Wgbm/v en de BW-artikelen te laten voortbestaan, ondanks het van kracht worden van de Awgb. In de Awgb werd daartoe een artikel opgenomen (artikel 4) waarin wordt bepaald dat de Wgbm/v en de artikelen 7:646 en 7:647 onverlet worden gelaten. De memorie van toelichting bij de Awgb bevatte ter toelichting de volgende passage: "Aangezien bovengenoemde wetgeving een uitputtende regeling bevat in overeenstemming met de eerste en tweede EG-richtlijn gelijke behandeling van mannen en vrouwen (75/117 EEG en 76/207/EEG), is in artikel 4 neergelegd dat deze wet de betreffende regels onverlet laat."²³ In feite betekende dit dat de Awgb voor de grond geslacht met name op het terrein van goederen en diensten betekenis kreeg.

Deze Europese achtergrond maakt dat bij de integratie van de Wgbm/v in de Awgb specifieke aandacht nodig is om te bewaken dat de adequate implementatie van richtlijnen verzekerd blijft. In paragraaf 5 is opgemerkt dat sprake is van een technische integratie waarmee geen inhoudelijke wijzigingen zijn beoogd. Dit geldt te meer bij bepalingen uit de Wgbm/v die voortvloeien uit Europese regelgeving. Zeker bij de integratie van deze bepalingen moet vaststaan dat het beschermingsniveau na integratie gehandhaafd blijft. De in deze wet voorgestelde bepalingen voorzien daarin.

De Wgbm/v bevat een specifieke paragraaf (§ 3) met regels voor het verbod van onderscheid tussen mannen en vrouwen op het terrein van de pensioenen. Deze paragraaf strekt ter uitvoering van de hierboven genoemde Richtlijn nr. 86/378/EEG van de Raad van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid (PbEG L 225), inmiddels vervangen door de herschikkingsrichtlijn.

Van deze paragraaf maakt thans artikel 12b Wgbm/v deel uit. Dit artikel bepaalt dat het ook aan anderen dan de werkgever, bedoeld in artikel 7:646 van het BW, of het bevoegd gezag, bedoeld in artikel 1b van de Wgbm/v, niet is toegestaan onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen wat betreft de kring van personen voor wie een pensioenvoorziening tot stand wordt gebracht, wat betreft de bepaling van de inhoud van een pensioenvoorziening of wat betreft de wijze van uitvoering daarvan. Voor werkgevers en het bevoegde gezag vloeit het verbod van onderscheid met betrekking tot pensioenen niet voort uit artikel 12b Wgbm/v maar uit het algemene verbod dat de werkgever casu quo het bevoegd gezag geen onderscheid mag maken in de arbeidsvoorwaarden (artikelen 7:647 BW en 1b Wgbm/v).

²² Gewijzigd bij Richtlijn 96/97/EG van de Raad van 20 december 1996 tot wijziging van Richtlijn 86/378/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid (PbEG 1997 L 46), de zogenoemde Barber-richtlijn.

²³ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 16.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

In het voorgestelde artikel 7 van de Awgb, waar het verbod van onderscheid op de diverse terreinen van de arbeid is geregeld, is sprake van een open normadressaat. Dit betekent dat het artikel zich niet specifiek richt tot de werkgever maar tot een ieder die onderscheid maakt op het terrein van de arbeid dat onder het bereik van het artikel valt. Pensioenen vallen onder artikel 7 (onderdeel d, arbeidsvoorwaarden). Het verbod van onderscheid richt zich derhalve tot een ieder die onderscheid maakt op het terrein van de pensioenen. Door de Cgb is ook uitgesproken dat pensioenfondsen gelden als normadressaat. Uit het voorgaande volgt dat na de integratie van de Wgbm/v in de Awgb een afzonderlijke regeling voor pensioenen, zoals eerder was opgenomen in paragraaf 3 van de Wgbm/v, niet langer nodig is. Door het gebruik van een open normadressaat in artikel 7 is een specifiek verbod voor anderen dan werkgevers overbodig geworden. Ook de overige bepalingen uit paragraaf 3 van de Wgbm/v kunnen opgaan in de reguliere bepalingen van de Awgb zonder dat dit een verlies aan rechtsbescherming betekent, met uitzondering van artikel 12c, dat een plaats heeft gekregen in het voorgestelde artikel 31.

Daarnaast is nog een aantal specifieke bepalingen op het pensioenterrein opgenomen in artikel 8 (het vrije beroep), de artikelen 30, 31 en 32 (uitzonderingen op het pensioenterrein) en artikel 56 (overgangsrecht).

8. Achtergrond Wgbh/cz en Wgbl

Ook de Wgbh/cz en de Wgbl hebben een Europeesrechtelijke achtergrond. Beide wetten dienen ter implementatie van de kaderrichtlijn. In beginsel geldt derhalve voor de integratie van de gronden handicap of chronische ziekte en leeftijd hetzelfde als in paragraaf 7 is opgemerkt voor de grond geslacht, namelijk de noodzaak van specifieke aandacht voor garantie van het beschermingsniveau. Het feit dat de Awgb al dient ter implementatie van enkele andere gronden uit de kaderrichtlijn (godsdienst of overtuiging en seksuele geaardheid) (zie de EG-Implementatiewet Awgb) maakt dit echter relatief eenvoudig.

9. Structuur van de wet

De structuur van Hoofdstuk 1 van de Awgb wordt door dit wetsvoorstel ingrijpend gewijzigd. De aanpassingen zijn erop gericht de wet toegankelijker te maken. Inhoudelijk sluiten de nieuwe bepalingen zo veel mogelijk aan bij de bestaande bepalingen in de Awgb. Het gaat immers om technische integratie die de reikwijdte van het beschermingsniveau van de wetgeving niet aantast.

De voorgestelde nieuwe structuur van het eerste hoofdstuk van de Awgb is als volgt. Paragraaf 1 bevat de algemene bepalingen, zoals definities. Paragraaf 2 geeft de terreinen aan waarop het verbod van discriminatie van toepassing is. Paragraaf 3 bevat de uitzonderingen op (het verbod van) discriminatie. Achtereenvolgens de algemene uitzonderingen (voor de verschillende gronden en alle terreinen die de wet bestrijkt), de uitzonderingen die voor de afzonderlijke gronden verschillen en de uitzonderingen die specifiek gelden voor bepaalde terreinen. Paragraaf 4 bevat enkele bijzondere voorschriften voor het terrein van de arbeid en het vrije beroep, zoals bepalingen over het aanbieden van een functie en bepalingen over loon. Paragraaf 5 bevat de bepalingen over bescherming en handhaving.

Hieronder zullen de paragrafen achtereenvolgens worden toegelicht. Ook de keuzes voor de plaats van de uit de Wgbm/v, de Wgbh/cz en de Wgbl afkomstige artikelen worden toegelicht. Bij deze memorie van toelichting is tevens een transponeringstabel opgenomen, waarin de

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

herkomst van de nieuwe artikelen van de Awgb is terug te vinden. Een tweede transponeringstabel laat zien op welke plaatsen de diverse Europese richtlijnen ter zake van gelijke behandeling zijn geïmplementeerd. De bijlage bevat ten slotte ook verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van, en de belangrijkste wijzigingen in, de verschillende gelijkebehandelingswetten die in de Awgb geïntegreerd worden.

Naast een nieuwe structuur is de toegankelijkheid en het gebruikersgemak vergroot door de introductie van kopjes bij ieder wetsartikel die de gebruiker een vlugge indicatie geven van de inhoud van het artikel.

9.1. Algemene bepalingen

De wet opent, net als op dit moment, met enkele algemene bepalingen. Artikel 1 bevat de definitiebepalingen. In dit artikel zijn alle definities die voorkomen in de wet opgenomen. Naast de definities van discriminatie, directe discriminatie, indirecte discriminatie en intimidatie, is een nieuwe definitie opgenomen van het begrip arbeidsverhouding. Het begrip wordt in de artikelsgewijze toelichting inhoudelijk toegelicht. De definities van loon, pensioenvoorziening, woonruimte en openbaar vervoer zijn afkomstig uit de Wgbm/v, de Wgbh/cz en de Wgbl. In die wetten staan de definities in het artikel of de paragraaf waar de begrippen aan de orde zijn. Voor de duidelijkheid is er in dit wetsvoorstel voor gekozen alle definities in artikel 1 op te nemen.

De tekst van het voorgestelde artikel 3 (betreffende intimidatie) is een verduidelijking van het huidige artikel 1a, eerste en vierde lid, Awgb. In de nieuwe formulering is het een nadere specificatie van het begrip discriminatie. De bepaling over redelijke aanpassingen voor personen met een handicap of chronische ziekte (artikel 4, thans artikel 2 Wgbh/cz) is kort na artikel 1 geplaatst omdat deze bepaling een nadere specificatie van discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte inhoudt.

De voorgestelde artikelen 5 en 6 zijn in de huidige Awgb opgenomen in de paragraaf met algemene uitzonderingen (de huidige artikelen 3 en 4 Awgb, betreffende kerkgenootschappen en de verhouding met het BW). Goed beschouwd bevatten de artikelen bepalingen die de reikwijdte van de wet afbakenen. Ze zijn daarom beter op hun plaats in paragraaf 1.

9.2. Discriminatieverboden

De belangrijkste wijziging die de structuur van de wet heeft ondergaan ten opzichte van de huidige structuur van de Awgb, is dat de verbodsnormen bijeen zijn geplaatst aan het begin van de wet, direct na de algemene bepalingen. Het werd over het algemeen als lastig ervaren dat de algemene uitzonderingen op het verbod van onderscheid (nu: discriminatie) in de Awgb nog vóór het verbod zelf waren geplaatst. In de nieuwe structuur komt het verbod eerst. Bovendien zijn alle verboden direct na elkaar geplaatst. Alle uitzonderingen, algemeen en specifiek, zijn ondergebracht in paragraaf 3.

Paragraaf 2 begint met het verbod van discriminatie voor het terrein van de arbeid en het vrije beroep, met inbegrip van het verbod van discriminatie bij het lidmaatschap van, of de betrokkenheid bij, werkgevers- en werknemersorganisaties en beroepsverenigingen. Vervolgens komt het verbod van discriminatie voor andere terreinen, voor enkele gronden nader gespecificeerd in de daaropvolgende artikelen. Daar zijn ook de bijzondere artikelen over het terrein van de goederen en diensten uit de Wgbh/cz en de Wgbl geplaatst.

9.3 Uitzonderingen

Alle uitzonderingen op (het verbod van) discriminatie zijn in dezelfde paragraaf geplaatst. In paragraaf 3.1 van hoofdstuk 1 staan de algemene uitzonderingen die voor verschillende gronden gelden en die op alle terreinen van de Awgb van toepassing zijn. Dat is allereerst de uitzondering voor objectief gerechtvaardigde indirecte discriminatie (artikel 16). Voorts is een uitzondering opgenomen die verband houdt met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 17) en een uitzondering die onder voorwaarden voorkeursbehandeling mogelijk maakt (artikel 18). De laatstgenoemde uitzondering geldt voor de gronden ras, handicap of chronische ziekte en geslacht. Ten slotte is een nieuwe uitzondering toegevoegd voor gevallen die betrekking hebben op de volksgezondheid (artikel 19).

In paragraaf 3.2 zijn de uitzonderingen opgenomen die telkens voor een afzonderlijke grond gelden, maar wel betrekking hebben op verschillende terreinen die door de wet worden bestreken. Paragraaf 3.3 bevat de uitzonderingen die alleen voor een bepaald terrein gelden. De uitzonderingen van de paragrafen 3.1 en 3.2 zijn in de huidige Awgb ondergebracht in artikel 2, met uitzondering van de voorgestelde artikelen 23 en 24, die uit de Wgbh/cz en de Wgbl afkomstig zijn. Een aantal van de uitzonderingen van paragraaf 4.3. staat in de huidige Awgb direct na het verbod van onderscheid op het terrein van de arbeid, respectievelijk het verbod van onderscheid op het terrein van goederen en diensten. Enkele andere zijn afkomstig uit de Wgbm/v of de Wgbl.

9.4 Bijzondere voorschriften voor het terrein arbeid en het vrije beroep

De bepalingen in paragraaf 4 zijn voorschriften over de wijze waarop moet worden gehandeld op het terrein van de arbeid en het vrije beroep. Ze vormen een nadere uitwerking van de toepassing van het op dat terrein geldende verbod van discriminatie uit artikel 7. Het zijn extra waarborgen om ongelijke behandeling te voorkomen. Het is dan ook het meest logisch om deze bepalingen kort na de verbodsnormen op te nemen. De bepalingen zijn met name afkomstig uit de Wgbm/v.

9.5 Bescherming en handhaving

Hoofdstuk 1, paragraaf 5 is niet ingrijpend gewijzigd ten opzichte van paragraaf 5 in de huidige Awgb. Wel zijn de huidige artikelen 8 en 8a in omgekeerde volgorde teruggekeerd als de artikelen 38 en 37. Daardoor komt het algemene victimisatieartikel vóór het specifieke victimisatieartikel te staan. Deze volgorde (eerst de algemene bepaling, daarna de meer specifieke bepaling) bestaat ook in de Wgbl (artikelen 10 en 11) en is beter dan de volgorde in de Awgb, die om wetgevingstechnische redenen tot stand was gekomen.

9.6 Adviezen belangenorganisaties over structuur wet

Een aantal belangenorganisaties plaatste naar aanleiding van het oorspronkelijke conceptwetsvoorstel kanttekeningen bij de voorgestelde structuur van de wet. De CG-Raad meende dat de diversiteit van de bepalingen in paragraaf 2 de duidelijkheid niet ten goede komt. De CG-Raad stelde voor om paragraaf 3 (inmiddels: paragraaf 4) direct achter de desbetreffende verbodsbepalingen te plaatsen. De Cgb deed de aanbeveling om de arbeidsbepalingen zoveel mogelijk te clusteren. Deze aanbevelingen zijn niet overgenomen, omdat ervoor gekozen is de gebodsnormen los van de instructies en de uitzonderingen in de wet op te nemen. Clustering van alle arbeidsbepalingen zou er namelijk toe leiden dat de uitzonderingen die ook voor het terrein van goederen en diensten gelden, tweemaal opgenomen moeten worden, hetgeen de wet langer en daarmee niet gebruiksvriendelijker maakt.

10. Wijzigingen naar aanleiding van de Evaluatiewet Awgb en de tweede evaluatie van de Awgb

Het toenmalige kabinet heeft in de memorie van toelichting bij de Evaluatiewet Awgb²⁴ aangegeven dat toezeggingen die voortvloeien uit de evaluatie waardoor zowel de Awgb als de Wgbh/cz en de Wgbl zouden moeten worden gewijzigd, met dit wetsvoorstel worden meegenomen. Hierdoor wordt verzekerd dat bepalingen parallel blijven lopen en worden elkaar snel opvolgende wetswijzigingen voorkomen. In de artikelsgewijze toelichting is de achtergrond van de desbetreffende wijzigingen vermeld. Ook de wijzigingen die voortvloeien uit de tweede evaluatie van de Awgb, zoals de toevoeging van de uitzonderingsgrond voor volksgezondheid en de richtlijnconforme vervanging van de enkele-feitconstructie wordt bij de desbetreffende artikelen toegelicht.

11. Samenhang met andere wetstrajecten

Op dit moment is een voorstel van wet bij de Tweede Kamer aanhangig 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)²⁵. De wijzigingen die in dat wetsvoorstel worden voorgesteld, zijn mutatis mutandis reeds in het onderhavige wetsvoorstel verwerkt.

Voorts is in voorbereiding een voorstel van wet houdende omvorming van de Commissie gelijke behandeling tot het College voor mensenrechten en gelijke behandeling (Wet College voor mensenrechten en gelijke behandeling). De Wet College voor mensenrechten en gelijke behandeling zal invloed hebben op de huidige bepalingen over de Cgb (hoofdstuk 2 van de Awgb). In het onderhavige integratiewetsvoorstel wordt de wijziging van hoofdstuk 2 van de Awgb nog weergegeven ten opzichte van de huidige Awgb-tekst. Om wetgevingstechnische redenen zullen de in dit wetsvoorstel opgenomen wijzigingen van hoofdstuk 2 van de Awgb, alsmede de daaruit voortvloeiende aanpassingen in andere wetten, pas in een later stadium mutatis mutandis in het wetsvoorstel College voor mensenrechten en gelijke behandeling worden aangebracht. Dan zal tevens de samenloop van beide wetsvoorstellen worden uitgewerkt in de wetteksten.

²⁴ Kamerstukken II 2003/04, 29 311, nr. 3, p. 2.

²⁵ Kamerstukken II 2008/09, 31 832, nrs. 1-3.

Artikelsgewijs

Artikel 1, onderdeel A

§ 1. Algemene bepalingen

Artikel 1 Definities

Artikel 1 bevat de definitiebepalingen van de Awgb.

De meest in het oog springende wijziging ten opzichte van de huidige Awgb is de vervanging van 'onderscheid', 'direct onderscheid' en 'indirect onderscheid' door 'discriminatie', 'directe discriminatie' en 'indirecte discriminatie'. In algemene zin is deze overstap reeds toegelicht in paragraaf 7 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

De integratie van Wgbh/cz en Wgbl heeft tot gevolg dat de nieuwe definities van directe en indirecte discriminatie (onderdelen b en c) ook discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte en discriminatie op grond van leeftijd omvatten.

Onderdelen a, b en c

De introductie van het begrip 'discriminatie' maakt het onder meer mogelijk, nauwer aan te sluiten bij de in de Europese richtlijnen gebruikte begrippen en begripsomschrijvingen. In materiële zin is er met het vervangen van 'onderscheid' door 'discriminatie' geen wijziging beoogd. Zoals de onderzoekers van de Universiteit van Tilburg en de Rijksuniversiteit Groningen in hun rapport constateren, is er begripsmatig weinig of geen verschil tussen het verbod op onderscheid in de huidige Awgb en het verbod op discriminatie in de Europese context ('Gelijke behandeling: principes en praktijken, Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling', onder redactie van M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjens, Nijmegen 2006, p. 62-63).

Zowel het (huidige) Awgb-begrip 'onderscheid' als het Europese begrip 'discriminatie' wordt toegepast in een gesloten systeem van rechtvaardigingsgronden. Het gesloten systeem wordt in dit wetsvoorstel dan ook gehandhaafd. De wijzigingen hebben ook geen gevolgen voor de toetsingssystematiek en de bewijslastverdeling.

Onderdeel b

In artikel 1 van de Wgbh/cz wordt direct onderscheid gedefinieerd als onderscheid tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte. Uit de memorie van toelichting blijkt dat met de toevoeging 'werkelijk of vermeend' is beoogd, niet alleen bescherming te bieden tegen het maken van ongerechtvaardigd onderscheid op grond van het bestaan van een handicap of chronische ziekte, maar ook in gevallen wanneer het bestaan van die handicap of chronische ziekte ten onrechte wordt aangenomen. Als voorbeeld is onder andere genoemd onderscheid op grond van de veronderstelling dat een rolstoeler ook verstandelijke beperkingen zou hebben²⁶. In het huidige artikel 1 van de Awgb komt in onderdeel b, waarin direct onderscheid gedefinieerd wordt, niet de toevoeging 'werkelijk of vermeend' voor. In de definitie van de Awgb ligt echter impliciet besloten dat ook onderscheid op grond van bijvoorbeeld een vermeend ras of een vermeende homoseksuele gerichtheid onder de reikwijdte van de wet valt. Zoals ook de Cgb opmerkte in haar advies, hoeft een persoon jegens wie onderscheid wordt gemaakt omdat al dan niet terecht wordt aangenomen dat hij bijvoorbeeld 'buitenlander', 'moslim' of 'homo' is, niet te bewijzen dat hij

²⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 24.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

daadwerkelijk aan deze criteria voldoet. De huidige Awgb biedt ook bescherming tegen zowel werkelijk als vermeend onderscheid en is niet beperkter dan de bescherming tegen onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte in de Wgbh/cz. Nu de grond handicap of chronische ziekte in de Awgb wordt opgenomen, is er vanuit het oogpunt van uniformiteit voor gekozen de woorden 'werkelijk of vermeend' ook voor de grond handicap of chronische ziekte niet meer expliciet te benoemen. De Cgb wees erop dat de woorden 'werkelijk of vermeend' ook ontbreken in de internationale teksten, waaronder de Europese richtlijnen. Het kabinet is het met de Cgb eens dat consistentie ten opzichte van internationale documenten meeweegt in het niet opnemen van de woorden 'werkelijk of vermeend'. Nogmaals wordt benadrukt dat daarmee geen inhoudelijke wijziging in de omvang van de bescherming tegen het maken van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte wordt beoogd.

Onderdeel c

Bij de eerste evaluatie van de Awgb werd geconstateerd dat het begrip indirect onderscheid verduidelijking behoeft. De verwijzing naar direct onderscheid in de definitie van indirect onderscheid kan tot onbegrip leiden (Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1, p.16). Er werd bij de Evaluatiewet Awgb voor gekozen deze wijziging door te voeren bij de integratie van de gelijkebehandelingswetten, omdat ook in de Wgbh/cz de definitie van indirect onderscheid voorkomt²⁷. Naar aanleiding van een inbreukprocedure van de Europese Commissie is een voorstel van wet ingediend dat ertoe strekt, deze wijziging (en enkele andere wijzigingen) versneld aan te brengen. Dit betreft 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)²⁸.

De in dat wetvoorstel opgenomen aanpassing van de definitie van indirect onderscheid wordt in de definitie van indirecte discriminatie mutatis mutandis overgenomen. Daarmee wordt aangesloten bij de definitie van indirecte discriminatie zoals deze voorkomt in de Europese richtlijnen over gelijke behandeling. Nu in het onderhavige wetsvoorstel tevens het richtlijnbegrip 'discriminatie' ter vervanging van 'onderscheid' wordt ingevoerd, kan de zinsnede 'in het bijzonder treft' zonder bezwaren worden vervangen door de richtlijnconforme formulering 'in het bijzonder benadeelt'.

Het Expertisecentrum leeftijd wees erop dat in de definitie van indirect onderscheid (inmiddels: indirecte discriminatie) een nieuw criterium (het 'ogenschijnlijk neutraal' criterium) wordt geïntroduceerd. Dat leidt er echter niet toe dat de bewijslast voor de klager wordt verzwaard. Indien een bepaling niet ogenschijnlijk neutraal is, is er sprake van directe discriminatie en daartegen bestaat nu juist een uitgebreidere bescherming. Dit element komt uit de Europese richtlijnen. Er zijn geen materieelrechtelijke consequenties verbonden aan het toevoegen van dit nieuwe element.

Naar aanleiding van het advies van de CG-Raad is ervoor gekozen het woord 'bepaalde' voor de gronden 'hetero- of homoseksuele gerichtheid en handicap of chronische ziekte' weg te laten. Het woord komt voor in de Europese richtlijnen en is ook van belang voor de overige gronden, omdat dat gronden betreft die zonder de toevoeging van 'bepaalde' ieder mens

²⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29 311, nr. 3, p. 2.

²⁸ Kamerstukken II 2008/09, 31 832, nrs. 1-3

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

zullen treffen en daarom geen onderscheidend vermogen meer hebben. Bij hetero- of homoseksuele gerichtheid leidt het woord 'bepaalde' tot een taaltechnische onjuistheid en bij de grond handicap of chronische ziekte kan het gebruik van het woord 'bepaalde' aanleiding geven tot de gedachte dat de aard van de beperking relevant is voor de mate waarin bescherming wordt geboden tegen discriminatie. Dat is nu bij uitstek niet bedoeld. De wet biedt bescherming tegen discriminatie op grond van elke handicap of chronische ziekte.

De definitie van indirect onderscheid in artikel 1, derde zin, van de Wgbm/v bevat twee voorbeelden van indirect onderscheid op grond van geslacht, namelijk onderscheid op grond van echtelijke staat en onderscheid op grond van gezinsomstandigheden. Omdat het noemen van voorbeelden juridisch gezien niet noodzakelijk is, is er voor gekozen deze niet in de tekst van de wettelijke definitie van indirecte discriminatie op te nemen. Ook onder de werking van de voorgestelde definitie kan een verschil in behandeling op grond van burgerlijke staat of gezinsomstandigheden discriminatie op grond van geslacht opleveren. De tekstuele wijziging heeft geen materiële gevolgen tot doel.

Onderdeel d

In onderdeel d is een kleine wijziging aangebracht in de definitie van intimidatie ten opzichte van het huidige artikel 1a van de Awgb. Het betreft een taaltechnische aanpassing die de formulering beter doet aansluiten bij de bepalingen in de anti-rassendiscriminatie richtlijn en de kaderrichtlijn, waarop dit artikel is gebaseerd. Bovendien sluit de formulering beter aan bij de definities in artikel 1a Wgbh/cz en artikel 2 Wgbl. De nieuwe formulering is geen achteruitgang van het beschermingsniveau ten opzichte van de huidige Awgb-definitie, waarin gesproken wordt van 'hoedanigheden of gedragingen'. De huidige gronden zijn te omschrijven als gedragingen en hoedanigheden. Aangezien bij de verschillende implementatiewetten voor de Europese richtlijnen voor verschillende definities is gekozen, moet in dit wetsvoorstel een keuze worden gemaakt. Wij kiezen ervoor zo veel mogelijk aan te sluiten bij de richtlijn bepalingen. Er is geen inhoudelijke wijziging beoogd. In verband hiermee is dan ook afgeweken van het herhaalde advies van de Raad van State, in de definitie van intimidatie het woord 'ongewenst' op te nemen. Naar onze mening spreekt uit de omschrijving van het begrip 'intimidatie' voor het overige reeds voldoende, dat het om *ongewenst* gedrag gaat. De toevoeging 'ongewenst' in de richtlijntekst heeft dan ook geen toegevoegde waarde en zou zelfs averechts kunnen werken, omdat deze toevoeging ertoe kan leiden dat aan een bepaald handelen of nalaten van een geïntimideerde persoon de conclusie wordt verbonden dat er, hoewel de gedraging op zich intimiderend was, deze niet als manifest 'ongewenst' kan worden beschouwd. Daarmee zou de rechtsbescherming van geïntimideerden worden aangetast.²⁹

Onderdeel e

Zie hetgeen bij onderdeel d is opgemerkt over het niet overnemen van de toevoeging 'ongewenst' uit de richtlijndefinitie.

Onderdeel f

Het begrip arbeidsverhouding krijgt door middel van deze nieuwe definitie een ruimere betekenis dan bij de totstandkoming van de Awgb. Het begrip zal nu zowel de

²⁹ Zie hierover reeds eerder het nader rapport bij het wetsvoorstel EG-implementatiewet Awgb, Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A, p. 14/15.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, de ambtelijke aanstelling en andere arbeidsrelaties waarbij sprake is van een gezagsrelatie omvatten.

Hierbij moet worden opgemerkt dat een gezagsrelatie niet noodzakelijkerwijs aanwezig hoeft te zijn bij het dienstverband van een ambtenaar. Ook functies in bestuurs- en adviesorganen (artikel 28) waar het gezagscriterium meestal niet aan de orde is, vallen onder het begrip ambtenaar en dus onder het begrip arbeidsverhouding. Ook de huidige Awgb ziet op deze categorie (zie artikel 5, eerste lid, onderdeel d, juncto artikel 5, vierde lid).

De nieuwe definitie heeft tot gevolg dat de onduidelijkheden over de betekenis van het begrip 'arbeidsverhouding' worden weggenomen. Dit begrip komt voor in artikel 7, onderdeel e, (het huidige artikel 5, eerste lid, onderdeel f, Awgb) en artikel 38 (het huidige artikel 8 Awgb). Onder 'arbeidsverhouding' in de zin van de Awgb wordt tot nu toe ook de ambtelijke aanstelling begrepen. In de eerste evaluatie van de Awgb is de onduidelijkheid over de reikwijdte van het begrip naar voren gekomen. Echter: in de Wgbh/cz en de Wgbl valt de aanstelling als ambtenaar er niet onder. In de Wgbm/v wordt het begrip arbeidsverhouding niet gebruikt, maar worden aanstelling tot ambtenaar en indienstneming op basis van arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht van elkaar onderscheiden. Door de nieuwe definitie heeft het begrip arbeidsverhouding nu voor alle gronden dezelfde – ruime – betekenis.

De Cgb heeft verzocht om duidelijk te maken in hoeverre het begrip arbeidsverhouding van toepassing is op arbeidsverhoudingen met een onderwijs/leerelement, uitgaande van de ruime uitleg van het begrip arbeidsverhouding. De arbeidsverhouding is in het wetsvoorstel gedefinieerd als de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, het dienstverband van een ambtenaar of een andere arbeidsrelatie waarin een natuurlijk persoon, rechtspersoon of bevoegd gezag een ander onder zijn gezag arbeid laat verrichten. Het begrip arbeidsverhouding is ook van toepassing op de relatie tussen werkgever en stagiair indien de stagiair, student of leerling binnen deze relatie arbeid onder gezag verricht.

Onderdelen g tot en met k

Omwille van de toegankelijkheid van de wet zijn alle definitiebepalingen opgenomen in artikel 1. De definitie van loon in onderdeel g is afkomstig uit artikel 7, tweede lid, van de Wgbm/v. De in deze definitie gehanteerde begrippen 'werkgever' en 'werknemer' worden in ruime zin gebruikt. Het begrip loon slaat derhalve niet alleen op hetgeen betaald wordt in een arbeidsovereenkomst in de zin van het BW maar ook op hetgeen betaald wordt indien sprake is van een ambtelijke aanstelling of een andere arbeidsrelatie waarin onder gezag arbeid wordt verricht. De definitie van pensioenvoorziening in onderdeel h komt uit artikel 12a van de Wgbm/v en uit artikel 8, eerste lid, van de Wgbl. De definities van woonruimte, openbaar vervoer en reisinformatie in de onderdelen i, j en k komen uit de artikelen 6a en 7 van de Wgbh/cz.

Artikel 2 Zwangerschap, bevalling, moederschap

Artikel 2 is, afgezien van een redactionele correctie, overgenomen uit het tweede lid van artikel 1 van de Awgb.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

Artikel 3 Intimidatie

Artikel 3 bepaalt dat onder discriminatie ook intimidatie en seksuele intimidatie wordt verstaan. Een verbod van intimidatie is thans opgenomen in de artikelen 1a Awgb, 1a Wgbm/v, 1a Wgbh/cz en 2 Wgbl. De artikelen 1a Awgb en 1a Wgbm/v bepalen voorts dat het verbod van onderscheid tevens het verbod van seksuele intimidatie inhoudt. De redactie van het voorgestelde artikel 3 is in overeenstemming gebracht met die van artikel 2, waardoor (seksuele) intimidatie onder discriminatie valt, en daarmee tevens onder het verbod van discriminatie. De systematiek van de bepaling is daardoor iets gewijzigd, maar inhoudelijk verandert er door de nieuwe redactie niets.

Tweede lid

Het tweede lid verklaart de uitzonderingen van de Awgb niet van toepassing op intimidatie en seksuele intimidatie. Het artikel stemt overeen met artikel 1a, vierde lid, van de huidige Awgb, aangevuld met uitzonderingen die door de integratie van Wgbm/v, Wgbh/cz en Wgbl aan de Awgb zijn toegevoegd.

Artikel 4 Redelijke aanpassingen

Artikel 4 van onderhavig wetsvoorstel komt materieel overeen met artikel 2 Wgbh/cz. Artikel 2 Wgbh/cz is een implementatie van artikel 5 van de kaderrichtlijn, maar sluit daar redactioneel niet nauw bij aan. Bij het nu voorgestelde artikel 4 Awgb is dit wel het geval.

Met de voorgestelde tekst is uitdrukkelijk niet bedoeld een inhoudelijke wijziging aan te brengen ten opzichte van artikel 2 Wgbh/cz. Het is echter van belang het begrip 'redelijke aanpassingen' in de wet op te nemen. Het begrip staat namelijk niet alleen in artikel 5 van de kaderrichtlijn, maar wordt inmiddels vaker in internationale documenten gebruikt (zie met name het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, artikel 2).

Artikel 5 Kerkgenootschappen en geestelijk ambt

Dit artikel is gelijklopend aan het huidige artikel 3 Awgb, dat is opgenomen in verband met de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de scheiding van kerk en staat, dat waarborgt dat overheden zich niet mengen in de interne (rechts)verhoudingen van kerkgenootschappen en zich mede op die grond onthouden van bemoeienis met de toegang tot het geestelijk ambt.

Artikel 3 Awgb bevat geen generieke, categorische uitzondering op het discriminatieverbod voor kerkgenootschappen en aanverwante organisaties. De uitzondering heeft slechts betrekking op het geestelijk ambt en rechtsverhoudingen binnen het kerkgenootschap. De Europese Unie eerbiedigt de grondrechten zoals die worden gewaarborgd door het Handvest voor de grondrechten, het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien. (Zie hierover onder meer artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie). Het discriminatieverbod, de godsdienstvrijheid en mede daaruit voortvloeiend het beginsel van scheiding van kerk en staat behoren daartoe. Bij de implementatie van Europese regelgeving in de Nederlandse wetgeving dient rekening te worden gehouden met deze constitutionele uitgangspunten. Zo ook bij de implementatie van de kaderrichtlijn voor zover deze betrekking heeft op het geestelijk ambt en de

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen. Het huidige artikel 3, zoals overgenomen in het voorgestelde artikel 5 Awgb weerspiegelt naar onze mening deze uitgangspunten voor wat betreft het geestelijk ambt en de rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen.

Het voornemen tot handhaving van artikel 3 Awgb werd in december 2008 door het kabinet aan de Raad van State voorgelegd. De Raad van State bevestigt in zijn advies van 18 mei 2009, dat de staat zich omwille van de vrijheid van godsdienst en de scheiding van kerk en staat afzijdig moet houden van het kerkelijk 'personeels- en cliëntenbeleid' en andere intern-kerkgenootschappelijke aangelegenheden. "Dat beleid betreft immers een kernaspect van de organisatorische vrijheid van godsdienst (als gewaarborgd in artikel 6 Grondwet en 9 EVRM), die bovendien veelal nauw verbonden is met de vrijheid bepaalde inhoudelijk-theologische opvattingen te huldigen en aan de interne organisatie ten grondslag te leggen", aldus de Raad van State in zijn advies³⁰.

Wij volgen hierin de Raad. Met de Raad zijn wij van oordeel dat de scheiding van kerk en staat en de vrijheid van godsdienst met zich brengen dat de overheid geen rol heeft bij het bepalen van criteria voor de benoeming tot het geestelijk ambt, alsmede de toelating tot een opleiding daartoe.

De situatie is anders wanneer een kerkgenootschap zich in het maatschappelijk veld begeeft. In dat geval is namelijk niet langer sprake van rechtsverhoudingen binnen een kerkgenootschap. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een kerkgenootschap huishoudelijk personeel aanneemt. Te denken valt ook aan de accountant en de hovenier. De in artikel 3 van de Awgb neergelegde uitzondering is dan niet van toepassing.

In de Wgbm/v is een dergelijke bepaling die de reikwijdte van de wet beperkt, niet opgenomen; De Wgbm/v bevat echter een uitzondering op het verbod van onderscheid op grond van geslacht voor beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend is. Vervolgens is bepaald dat geestelijke ambten beroepsactiviteiten zijn waarvoor het geslacht bepalend kan zijn (artikel 5, tweede en derde lid, Wgbm/v). Deze uitzondering is niet meer opgenomen in de Awgb. Het buiten toepassing verklaren van de Awgb op het geestelijk ambt bereikt hetzelfde doel.

Ook de Wgbh/cz en de Wgbl kennen geen met dit artikel vergelijkbare bepaling. Tijdens de totstandkoming van de Wgbh/cz en de Wgbl is deze mogelijkheid van een grondrechtenbotsing niet expliciet aan de orde gekomen. Een technische integratie waarbij deze bepaling niet zou gelden voor de gronden handicap of chronische ziekte en leeftijd, kan echter leiden tot onwenselijke a-contrarioredeneringen over de betekenis van de bepaling voor de andere gronden. Zoals hierboven opgemerkt, is de bepaling de uiting van het beginsel van scheiding van kerk en staat, een beginsel dat niet voor bepaalde gronden te beperken is. Er is derhalve voor gekozen op dit specifieke punt de bepalingen voor de gronden handicap of chronische ziekte en leeftijd aan te passen aan de overige Awgb-gronden, zonder dat daarmee een verlaging van het beschermingsniveau beoogd is. Het betreft immers een bepaling die de explicitering is van voorschriften uit de Grondwet en het EVRM en als zodanig, ook ten opzichte van de gronden handicap of chronische ziekte en leeftijd, ook nu al geldend recht is.

³⁰ Kamerstukken II 2009/10, 28 481, nr. 7, p. 20.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

Artikel 6 Verhouding tot Burgerlijk Wetboek

Dit artikel regelt – evenals het huidige artikel 4 Awgb – de relatie tussen Awgb en Burgerlijk Wetboek. Omdat de Wgbm/v en de artikelen 646 en 647 van Boek 7 van het BW vervallen na de integratie van die bepalingen in de Awgb, vervalt ook de verwijzing naar die artikelen. Blijft over een bepaling die de verhouding met de artikelen 667 en 670 van Boek 7 van het BW weergeeft. Laatstgenoemde bepalingen betreffen de beëindiging en opzegging van een arbeidsovereenkomst en bevatten specifieke bepalingen betreffende zwangerschap.

§ 2. Discriminatieverboden

Artikel 7 Arbeid

Voor het terrein van de arbeid, uitgezonderd het vrije beroep waarop artikel 8 betrekking heeft, is het verbod van discriminatie neergelegd in artikel 7. Deze bepaling bevat de uitwerking van het verbod van discriminatie in het kader van de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke arbeidsverhouding. Het artikel geeft een opsomming van de verschillende onderdelen van het terrein van de arbeid waarvoor het verbod geldt. Het artikel kent een open normadressaat en richt zich tot een ieder die zich in het kader van een arbeidsverhouding op de in artikel 7 genoemde terreinen beweegt.

Dit verbod is op dit moment opgenomen in artikel 5, eerste lid, Awgb, artikel 4 Wgbh/cz, artikel 3, eerste lid, Wgbl, de artikelen 1a, 1b en 3, eerste lid, van de Wgbm/v en artikel 7: 646 BW. Afgezien van de wijziging van 'onderscheid' in 'discriminatie' is ten opzichte van deze artikelen in artikel 7 geen inhoudelijke wijziging aangebracht. Wel is een vereenvoudiging aangebracht door in het artikel geen afzonderlijke bepalingen meer op te nemen voor de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke arbeidsverhouding. In plaats daarvan is in onderdeel c het algemene begrip 'arbeidsverhouding' gehanteerd en is in de definitiebepalingen (artikel 1, eerste lid, onderdeel f) aangegeven, dat hieronder zowel de arbeidsovereenkomst en de ambtelijke aanstelling vallen als een andere arbeidsrelatie waarbij sprake is van gezag.

Verder is in dit artikel, net als in de rest van onderhavig wetsvoorstel, het begrip 'betrekking' vervangen door 'functie'. Dit is gebeurd in het kader van een uniform gebruik van begrippen.

Artikel 8 Het vrije beroep

Artikel 8 bevat het verbod van discriminatie op het terrein van arbeid als zelfstandige, alsmede het vrije beroep. Het eerste lid ziet op de voorwaarden voor en de toegang tot het vrije beroep en de mogelijkheden tot uitoefening van en ontplooiing binnen het vrije beroep. Deze bepaling komt overeen met de huidige artikelen 6 Awgb, 5 Wgbh/cz, 4 Wgbl en 2, eerste lid, Wgbm/v.

Uit het tweede lid vloeit voort dat het verbod van discriminatie voor de grond geslacht ook regelingen tussen beroepsgenoten omvat inzake sociale zekerheid en inzake pensioenvoorzieningen. Het gaat hierbij om krachtens collectieve besluitvorming tot stand gekomen voorzieningen op het terrein van de bovenwettelijk sociale zekerheid. Deze bepaling komt thans uitsluitend voor in de Wgbm/v (artikel 2, eerste lid) en vloeit voort uit de herschikkingsrichtlijn. De zinsnede 'en inzake pensioenvoorzieningen' komt niet voor in artikel 2 Wgbm/v. In de Wgbm/v is namelijk een specifieke pensioenparagraaf (§ 3) opgenomen waarin het verbod van discriminatie bij pensioenen is opgenomen. Nu deze specifieke

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

pensioenparagraaf uit de Wgbm/v niet wordt overgenomen in de Awgb, is deze toevoeging aan artikel 8 noodzakelijk om te regelen dat ook voor het vrije beroep onderscheid op grond van geslacht bij pensioenen verboden is.

De inhoud van artikel 2, tweede lid, Wgbm/v is niet in artikel 8 overgenomen. Dit tweede lid werd in artikel 2 Wgbm/v ingevoegd bij de Wet van 12 maart 1998 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het terrein van de bovenwettelijke sociale zekerheid) (Stb. 187)³¹. Hierin wordt bepaald dat indien een regeling tussen beroepsgenoten betrekking heeft op ziekte of arbeidsongeschiktheid, hierin geen uitzondering mag worden gemaakt voor zwangerschap en bevalling. Wij achten het overnemen van deze bepaling in de Awgb overbodig. Dat de bedoelde uitzondering niet mag worden gemaakt, vloeit immers reeds voort uit het voorgestelde artikel 1, tweede lid, Awgb (vgl. artikel 1, derde zin, Wgbm/v), op grond waarvan in het algemeen is bepaald dat onder discriminatie op grond van geslacht mede wordt verstaan discriminatie op grond van zwangerschap, bevalling of moederschap. Artikel 2, tweede lid, Wgbm/v biedt in dat kader voorts de mogelijkheid om bepalingen op te nemen ter voorkoming van misbruik of oneigenlijk gebruik. In de bij artikel 2, tweede lid, Wgbm/v behorende memorie van toelichting is daarover opgemerkt dat deze bepaling is opgenomen om misbruik en oneigenlijk gebruik in geval van een bij de aanvang van deelneming aan de regeling bestaande zwangerschap te voorkomen.³² Wij zijn evenwel van oordeel dat het expliciet regelen van deze mogelijkheid evenmin nodig is. Het is immers niet goed voorstelbaar dat bepalingen ter voorkoming van misbruik en oneigenlijk gebruik, zoals in het destijds genoemde voorbeeld van een reeds bij de aanvang van deelneming aan de regeling bestaande zwangerschap, discriminatie in de zin van deze wet opleveren.

Artikel 9 Werkgevers- en werknemersorganisaties, beroepsverenigingen

Dit artikel bevat het verbod van discriminatie bij het lidmaatschap van werkgevers- en werknemersorganisaties en verenigingen van beroepsgenoten. Deze bepaling komt overeen met het huidige artikel 6a, eerste lid, Awgb, artikel 4a Wgbm/v, artikel 5a Wgbh/cz en artikel 6 Wgbl.

Artikel 10 Goederen en diensten

Dit artikel bevat het verbod van onderscheid zoals dat voor het gehele terrein van goederen en diensten geldt, maar niet voor alle gronden. Het is op dit moment opgenomen in artikel 7, eerste lid, Awgb. Het verbod van discriminatie op de gronden handicap of chronische ziekte en leeftijd geldt niet voor alle goederen en diensten als bedoeld in dit artikel. Daarom is het verbod voor die gronden niet in artikel 10 opgenomen, maar in enkele specifieke bepalingen (artikelen 11 tot en met 14).

³¹ Een overgangsregeling is opgenomen in de Wet van 12 maart 1998 tot wijziging van de wet van 12 maart 1998 Stb. 187, houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek en van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (implementatie Barber-richtlijn) (Stb. 188).

³² Kamerstukken II 1988/89, 20 890, nr. 3, p. 7 en 8.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

Artikel 11 Handicap en chronische ziekte: basisonderwijs en voortgezet onderwijs

Dit artikel bevat een verbod van discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte op het terrein van het basisonderwijs en het voortgezet onderwijs. De inhoud van dit artikel is afkomstig van artikel 5b van de Wgbh/cz.

Artikel 12 Handicap, chronische ziekte en leeftijd: beroepsonderwijs

Artikel 12 bevat de inhoud van artikel 6 van de Wgbh/cz en artikel 5 van de Wgbl. Deze artikelen bestrijken het beroepsonderwijs: een gedeelte van het terrein van het voorgestelde artikel 10. Omdat artikel 10 een ruimere reikwijdte heeft, is ervoor gekozen de bepalingen over beroepsonderwijs, loopbaanoriëntatie en beroepskeuzevoorlichting voor de gronden handicap of chronische ziekte en leeftijd in een apart artikel op te nemen.

Artikel 13 Handicap en chronische ziekte: wonen

Dit artikel bevat een verbod van discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte op het terrein van het wonen. Afgezien van de wijziging van 'onderscheid' in 'discriminatie' is het eerste lid van onderhavig artikel gelijkloidend aan artikel 6b van de Wgbh/cz. Artikel 6c van de Wgbh/cz is opgenomen in het tweede lid. De verwijzing naar artikel 2 Wgbh/cz is gewijzigd in een verwijzing naar artikel 4 van de Awgb.

Artikel 14 Handicap en chronische ziekte: openbaar vervoer

Artikel 14 bevat een verbod van discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte voor het openbaar vervoer. De inhoud van de bepaling komt overeen met artikel 8 Wgbh/cz. Artikel 8 Wgbh/cz is nog niet in werking getreden. Wij verwachten dat het op grond van artikel 8, tweede lid, Wgbh/cz tot stand te komen Besluit toegankelijkheid van het openbaar vervoer in de loop van 2010 gereed is. Zodra het besluit gereed is, kan ook artikel 8 Wgbh/cz in werking treden.

Artikel 15 Ras: sociale bescherming

Artikel 15 is gelijk aan het eerste lid van het huidige artikel 7a Awgb. Dat artikel is opgenomen ter implementatie van de anti-rassendiscriminatie richtlijn bij de EG-implementatiewet Awgb. Het artikel breidt de reikwijdte van het verbod van onderscheid voor de grond ras uit met de terreinen sociale bescherming, daaronder begrepen sociale zekerheid, en sociale voordelen. Deze bepaling is niet opgenomen voor de andere non-discriminatiegronden, omdat dat de implementatie van Europese richtlijnen te buiten ging. Het tweede lid van het huidige artikel 7a Awgb is niet overgenomen in het voorgestelde artikel 15; tot dusver is van de daar geboden mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur een aantal begrippen nader te omschrijven, geen gebruik gemaakt.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

§ 3. Uitzonderingen

§ 3.1. Algemene uitzonderingen

Artikel 16 Indirecte discriminatie

Dit artikel bevat de algemene uitzondering voor objectief gerechtvaardigde indirecte discriminatie. De bepaling is ontleend aan artikel 2, eerste lid, Awgb, waarin thans een uitzondering voor objectief gerechtvaardigd indirect onderscheid is opgenomen, en aangepast aan de formulering die in de Europese richtlijnen wordt gehanteerd. Ook de Wgbh/cz (artikel 3, tweede lid), de Wgbl (artikel 7, eerste lid, onderdeel c) en de Wgbm/v (artikel 6) kennen een dergelijke uitzondering voor indirect onderscheid.

Artikel 17 Persoonlijke levenssfeer

In het huidige artikel 5, derde lid, Awgb is met betrekking tot alle in de Awgb genoemde gronden een uitzondering vastgelegd op het verbod van onderscheid voor eisen die, gelet op het privé-karakter van de werkverhouding, in redelijkheid kunnen worden gesteld. Voorts is in het huidige artikel 7, derde lid, Awgb een vergelijkbare uitzondering opgenomen voor het aanbod en de levering van goederen en diensten in privé-omstandigheden. Bij de totstandkoming van de Awgb is hiervan het volgende voorbeeld in de memorie van toelichting opgenomen: "Een dergelijke situatie zou zich kunnen voordoen, indien een alleenstaande vrouw in een advertentie een kamer in haar huis te huur aanbiedt en daarbij te kennen geeft dat alleen vrouwen als huurder in aanmerking komen. Voor de verhuurster vormt in deze situatie de woning een belangrijk onderdeel van haar persoonlijke levenssfeer."³³

De genoemde bepalingen zijn een weerslag van de afweging die is gemaakt tussen het recht op gelijke behandeling en het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, dat onder andere is verankerd in artikel 10 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM. Bij de totstandkoming van de Awgb heeft de wetgever de bewuste keuze gemaakt een beperkt gedeelte van de privésfeer buiten de werkingssfeer van het discriminatieverbod te houden. Bij de wijziging van de Awgb in verband met de implementatie van de anti-rassendiscriminatie-richtlijn en de kaderrichtlijn (EG-implementatiewet Awgb) heeft het toenmalige kabinet aangegeven dat deze uitzondering voor de gronden ras, godsdienst, levensovertuiging en hetero- of homoseksuele gerichtheid noodzakelijk was voor de waarborging van het grondrecht van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In de brief van van 19 december 2008³⁴ kondigde de toenmalige Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan dat de Awgb op dit punt, gelet op de bezwaren van de Europese Commissie tegen laatstgenoemde bepaling, zou worden aangepast aan de terminologie van de Europese richtlijnen.

Bij de implementatie van de kaderrichtlijn werd een dergelijke uitzondering voor de gronden handicap of chronische ziekte en leeftijd niet expliciet in de Wgbh/cz en de Wgbl opgenomen. Nu de gronden handicap of chronische ziekte en leeftijd in de geïntegreerde Awgb worden opgenomen, is het echter onvermijdelijk dat ook voor deze gronden de afweging tussen de verschillende grondrechten expliciet wordt gemaakt.

Onder de werking van de Wgbl is onderscheid op grond van leeftijd vanwege het privé-karakter van de werkverhouding in bepaalde gevallen wel mogelijk, ook al is daarover geen expliciete bepaling in de wet opgenomen. De uitzondering van artikel 7, eerste lid,

³³ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 23.

³⁴ Kamerstukken II 2008/09, 28 481, nr. 5.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

onderdeel c, Wgbl voor objectief gerechtvaardigd onderscheid biedt ruimte voor onderscheid vanwege het privékarakter van de werkverhouding indien dat onderscheid objectief te rechtvaardigen is. Voor de grond handicap of chronische ziekte ligt dat anders. Onder de Wgbh/cz is een uitzondering op het verbod van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte vanwege het privékarakter van de werkverhouding niet mogelijk. Toch zijn wij, conform het eerder weergegeven standpunt, van mening dat er aanleiding is tot het opnemen van een algemene uitzondering voor gevallen waarin het de bescherming van persoonlijke levenssfeer betreft. Die uitzondering is opgenomen in het voorgestelde artikel 17. Artikel 17 biedt de grondslag voor het maken van een uitzondering in die gevallen, waarin naar objectieve maatstaven de bescherming van de persoonlijke levenssfeer op grond van artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVRM behoort te prevaleren boven het grondrecht van gelijke behandeling. Voor al deze gevallen geldt, dat de rechter of de Commissie gelijke behandeling op basis van de omstandigheden van een concreet geval aan de hand van de Awgb kan beoordelen of naar de maatstaven, neergelegd in deze bepalingen, het gelijkheidsbeginsel dan wel de bescherming van de persoonlijke levenssfeer prevaleert. Omdat een situatie waarin een dergelijk onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte objectief gerechtvaardigd zou zijn met een beroep op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer niet goed denkbaar is, wordt het beschermingsniveau ten opzichte van de huidige tekst van de Wgbh/cz niet verlaagd.

Artikel 17, eerste lid, ziet zowel op het terrein arbeid en het vrije beroep (onderdeel a) als op het terrein goederen en diensten (onderdeel b). Het tweede lid is opgenomen omdat de anti-rassendiscriminatie richtlijn geen uitzondering op het verbod van directe discriminatie toelaat voor het terrein goederen en diensten.

Artikel 18 Voorkeursbehandeling

Het voorgestelde artikel 18 komt grotendeels overeen met het huidige artikel 2, derde lid, Awgb en bevat de bepaling over voorkeursbehandeling. Bepalingen over voorkeursbeleid komen ook voor in artikel 5, eerste lid, van de Wgbm/v en artikel 3, eerste lid, onderdeel c, van de Wgbh/cz. In verband met de laatstgenoemde bepaling is aan artikel 18 de grond handicap of chronische ziekte toegevoegd. De Wgbl kent de mogelijkheid van voorkeursbehandeling niet.

Bij de implementatie van de kaderrichtlijn en de anti-rassendiscriminatie richtlijn door middel van de EG-implementatiewet Awgb werd er niet voor gekozen om de wettelijke bepalingen over voorkeursbehandeling te vervangen door de formulering in de richtlijnen. Zwaarwegend argument daarvoor was dat in de richtlijnen niet expliciet het evenredigheidsvereiste wordt gesteld. In de nota 'Voorkeursbeleid'³⁵ wordt naar voren gebracht dat de bepalingen inzake de voorkeursbehandeling in de richtlijnen adequaat zijn geïmplementeerd en dat nadere bestudering van de diverse relevante artikelen geen aanleiding heeft gegeven om tot (verdere) aanpassing van de bepalingen in de gelijke behandelingswetten over te gaan. Daarbij is aangegeven dat de zinsnede destijds op advies van de Raad van State in artikel 2 van de Awgb is opgenomen (bij gelegenheid van de EG-implementatiewet Awgb). De raad verwees daarbij naar jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie, waarin het evenredigheidsbeginsel ook een rol speelt. Het toenmalige kabinet stelde zich in de nota 'Voorkeursbeleid' ook op het standpunt dat de Nederlandse bepalingen over voorkeursbehandeling eveneens in lijn zijn met artikel 2,

³⁵ Kamerstukken II 2004/05, 28 770, nr. 11.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

achtste lid, van de (op grond van Richtlijn 2002/73/EG³⁶) gewijzigde Richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PbEG L 39), (inmiddels vervangen door artikel 3 van de herschikkingsrichtlijn) en met artikel 141, vierde lid van het EG-Verdrag waarop Richtlijn 2002/73/EG is gebaseerd en waarnaar artikel 2, achtste lid, van Richtlijn 76/207/EEG verwijst.

Ook in het kader van het voorgestelde artikel 18 wordt bij het in de nota Voorkeursbeleid ingenomen standpunt aangesloten en wordt er voor gekozen het evenredigheidsvereiste expliciet te vermelden.

De Cgb is voorstander van een symmetrische formulering van de bepaling over voorkeursbehandeling. Zowel de Cgb als de CG-Raad zijn tegen de beperking van de personele reikwijdte tot enkele gronden. Wij benadrukken dat voorkeursbehandeling een uitzondering vormt op het verbod van discriminatie. Dit noodzaakt tot het beperkt toekennen van de mogelijkheid tot voorkeursbehandeling. Wij zijn van mening dat voor uitbreiding naar andere gronden en andere groepen alleen aanleiding is indien dit ten goede zou komen aan groepen die verkeren in een structurele achterstandspositie. Voor andere groepen dan vrouwen, etnische minderheden en personen met een handicap of chronische ziekte is tot nu niet gebleken dat zij in een dergelijke positie verkeren. Indien door wijziging van de omstandigheden in de toekomst bepaalde groepen waarvoor nu nog geen voorkeursbeleid mogelijk is toch in een situatie komen waarbij sprake is van een structurele achterstandspositie, zal wetswijziging overwogen moeten worden.

Het opnemen in de wet van de mogelijkheid tot voorkeursbeleid voor alle gronden lijkt ook de uitvoerbaarheid niet ten goede te komen. Voor werkgevers is dan niet op voorhand duidelijk voor welke gronden voorkeursbeleid is toegestaan. Bovendien achten wij voorkeursbehandeling op basis van gronden zoals godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, nationaliteit en burgerlijke staat niet goed denkbaar.

Tot slot zij opgemerkt dat de door de Cgb voorgestelde symmetrische invulling ook vanuit Europeesrechtelijk oogpunt voor bepaalde gronden problematisch is. Dat geldt bijvoorbeeld voor de grond handicap of chronische ziekte. Artikel 7, eerste lid, van de kaderrichtlijn bepaalt namelijk dat het beginsel van gelijke behandeling niet belet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen verband houdende met een van de gronden te voorkomen of te compenseren. Er wordt hierbij bedoeld op nadelen in verband met het hebben van een handicap. Het gaat echter niet om nadelen die verbonden zouden zijn aan het ontbreken hiervan.

Voor de grond geslacht is een symmetrische invulling wel denkbaar; niettemin is er tot nu toe voor gekozen om alleen de mogelijkheid van voorkeursbehandeling van vrouwen open te stellen. Zoals in de reactie van de Nederlandse regering van 27 maart 2009 op de aanvullende aanmaningsbrief van de Europese Commissie van 29 januari 2009, zaak 2006/2539, is gesteld, is deze keuze ingegeven door het feit dat niet is gebleken dat

³⁶ Richtlijn nr. 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PbEG L 269).

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

mannen in een structurele achterstandspositie verkeren en dat de positie van vrouwen weliswaar is verbeterd, maar de achterstand nog niet is verdwenen. De Nederlandse regering heeft in dat verband ook gewezen op de veertiende overweging bij Richtlijn nr. 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PbEG L 269) (inmiddels vervangen door de herschikkingsrichtlijn), waaruit blijkt dat bij de totstandkoming met name is gedacht aan maatregelen om de situatie van vrouwen in het beroepsleven te verbeteren.

Artikel 19 Volksgezondheid

Het onderhavige wetsvoorstel kent evenals de Awgb een gesloten systeem van uitzonderingen. Uit oordelen en een aanbeveling³⁷ van de Cgb is gebleken dat strikte toepassing van dit gesloten systeem in een aantal gevallen tot ongewenste uitkomsten leidt. Daarom heeft de Cgb aangedrongen op het opnemen van de uitzonderingsgrond 'volksgezondheid'. De oordelen van de Cgb betreffen de uitsluiting als bloeddonor van mannen die seksuele contacten hebben (gehad) met mannen, en het aanbieden en verstrekken aan homoseksuelen van een goedkopere vaccinatie tegen hepatitis A en een gratis vaccinatie tegen hepatitis B. In beide gevallen oordeelde de Cgb dat er sprake is van het maken van direct onderscheid, waarbij strikte toepassing van de Awgb naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Vanwege deze behoefte aan een uitzondering wordt voorgesteld een bepaling op te nemen die erin voorziet dat een verschil in behandeling dat berust op kenmerken die samenhangen met de hetero- of homoseksuele gerichtheid of de handicap of chronische ziekte van een persoon geen discriminatie vormt indien die kenmerken bepalend zijn voor de bescherming van de volksgezondheid, mits de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. De uitzondering richt zich op de gronden hetero- of homoseksuele gerichtheid en handicap of chronische ziekte en valt binnen de kaders van de Europese gelijkebehandelingsrichtlijnen. Artikel 2, vijfde lid, van de kaderrichtlijn biedt voor de gronden hetero- of homoseksuele gerichtheid en handicap of chronische ziekte wat betreft de terreinen arbeid en beroepsonderwijs expliciet ruimte voor de uitzonderingsgrond volksgezondheid. Voor het terrein goederen of diensten is er voor deze gronden nog geen Europeesrechtelijk kader.

De uitzondering wordt om verschillende redenen niet van toepassing op de andere gronden uit de Awgb. Ten eerste valt niet goed voor te stellen hoe de godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, burgerlijke staat of nationaliteit van een persoon bepalend zou kunnen zijn voor de bescherming van de volksgezondheid. Een uitzonderingsmogelijkheid voor (directe³⁸) discriminatie in het belang van de bescherming van de volksgezondheid op deze gronden is dus niet nodig. Ten tweede staat de anti-rassendiscriminatie-richtlijn een dergelijke uitzondering voor de grond ras niet toe. Dit geldt zowel voor het terrein van de arbeid als het terrein van de goederen en diensten. Ten derde staat de herschikkingsrichtlijn (Richtlijn 2006/54/EG) deze uitzondering voor de

³⁷ Oordeel 2006-20, oordeel 2007-85 en advies 2006/08.

³⁸ Voor indirecte discriminatie geldt voor alle gronden de uitzondering, bedoeld in artikel 16 van dit wetsvoorstel. Daaronder kunnen ook maatregelen ter bescherming van de volksgezondheid vallen.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

grond geslacht voor het terrein van de arbeid en het vrije beroep niet toe. Richtlijn 2004/113/EG schept voor de grond geslacht echter wel ruimte voor het terrein van goederen en diensten. In dit wetsvoorstel is deze ruimte verwoord in artikel 20, eerste lid, sub b. In die bepaling staat dat een verschil in behandeling op grond van geslacht geen discriminatie vormt indien er sprake is van een legitiem doel en de middelen voor dat doel passend en noodzakelijk zijn. Er is derhalve geen noodzaak om de specifieke uitzondering voor de volksgezondheid op de grond geslacht van toepassing te laten zijn. Ten vierde is voor de grond leeftijd de uitzondering evenmin nodig aangezien direct onderscheid op grond van leeftijd objectief gerechtvaardigd kan worden (voor leeftijd geldt een zogenaamd open systeem, artikel 24).

Artikel 19 vormt een uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling. Deze uitzondering dient goed te worden geclausuleerd. Ten eerste moet er sprake zijn van een legitiem doel. De bescherming van de volksgezondheid is hier het legitieme doel, zoals het ook in de kaderrichtlijn als legitiem doel is opgenomen. Vervolgens moet er sprake zijn van bepalende kenmerken. Met andere woorden, er moet sprake zijn van een direct verband tussen kenmerken en de noodzakelijke bescherming van de volksgezondheid. Daarnaast moeten de middelen die worden ingezet passend en noodzakelijk zijn. Passende maatregelen moeten nauwkeurig zijn in verhouding tot het doel. Wordt de juiste doelgroep getroffen met de maatregel? Treft de maatregel onnodig veel personen, juist te weinig of niet de juiste personen? Passende maatregelen moeten ook geschikt zijn om het doel te bereiken. Noodzakelijke maatregelen voldoen aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Het moet vaststaan dat het doel niet met andere middelen kan worden bereikt en er moet sprake zijn van evenredigheid tussen het nagestreefde doel en de aangetaste belangen.

§ 3.2. Uitzonderingen voor afzonderlijke gronden

Artikel 20 Geslacht

Artikel 20 bevat de specifieke uitzonderingen voor de grond geslacht. Deze uitzonderingen gelden in beginsel voor alle in § 2 van de wet opgenomen terreinen. Het eerste lid geeft drie uitzonderingen op het verbod van discriminatie op grond van geslacht. In onderdeel a gaat het om toegang tot beroepsactiviteiten of de daarvoor noodzakelijke opleidingen, waarbij het verschil in behandeling gebaseerd dient te zijn op een met het geslacht verband houdend kenmerk en dat kenmerk een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste is. Deze uitzondering is thans opgenomen in artikel 5, tweede lid, Wgbm/v. De formulering ervan is afkomstig van artikel 2, zesde lid, van Richtlijn 76/207/EEG³⁹, zoals herzien in Richtlijn 2002/73/EG⁴⁰ en dat een plaats heeft gekregen in artikel 14, tweede lid van de herschikkingsrichtlijn.

³⁹ Richtlijn nr. 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PbEG L 39).

⁴⁰ Richtlijn nr. 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

In artikel 20, eerste lid, onderdeel b, gaat het om de levering van goederen en diensten aan leden van een bepaald geslacht. Deze uitzondering is gebaseerd op artikel 4, vijfde lid van Richtlijn nr. 2004/113/EG van de Raad 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 (PbEG L 373).

De onderdelen a en b van het eerste lid maken de huidige, in artikel 2, tweede lid, onder, a, Awgb opgenomen uitzondering voor gevallen waarin het geslacht bepalend is, overbodig. Onderdeel c van het eerste lid ziet op gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, met name in verband met zwangerschap en moederschap. De bepaling komt overeen met de huidige artikelen 2, tweede lid, onderdeel b, Awgb, artikel 1b, derde lid, Wgbm/v en 7:646, derde lid, BW.

Het tweede lid van artikel 20 geeft de mogelijkheid om de in dit artikel bedoelde gevallen nader te omschrijven. Ook het huidige artikel 2, zesde lid, Awgb en artikel 5, derde lid, van de Wgbm/v kennen een delegatiebepaling. De op deze bepalingen gebaseerde besluiten (het Besluit gelijke behandeling en het Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn) zullen gecombineerd worden en gebaseerd worden op (onder andere) het nieuwe artikel 20.

Tot slot kan worden opgemerkt dat waar artikel 5, derde lid, Wgbm/v het geestelijk ambt expliciet uitzondert (als zijnde een geslachtsbepaalde beroepsactiviteit) dit in het nieuwe artikel 20 Awgb niet noodzakelijk is, aangezien artikel 5 al bepaalt dat de wet niet van toepassing is op het geestelijk ambt.

Artikel 21 Ras

Artikel 21 bevat de algemene uitzondering op het verbod van discriminatie voor de grond ras. Die uitzondering is op dit moment opgenomen in artikel 2, vierde lid, onderdeel b Awgb. De in onderdeel a van artikel 2, vierde lid, Awgb geregelde uitzondering voor gevallen waarin de uiterlijke, fysieke, kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon naar algemene maatstaven bepalend zijn, is hier niet meer opgenomen, omdat deze uitzondering geen grondslag vindt in de anti-rassendiscriminatie richtlijn. Onderdeel b van het eerste lid is toegespitst op uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon en die een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormen. Deze specifieke bepaling is bij de EG-implematiewet Awgb opgenomen in de Awgb en sluit in bewoording nauw aan bij de anti-rassendiscriminatie richtlijn.

Artikel 22 Nationaliteit

Artikel 22 bevat de algemene uitzondering op het verbod van discriminatie voor de grond nationaliteit en is ontleend aan het huidige artikel 2, vijfde lid, Awgb. De uitzondering is opgenomen voor gevallen waarin nationaliteit bepalend is, zoals bij de samenstelling van teams voor sport of spel bij competitie tussen landen. Ook is verschil in behandeling dat is gebaseerd op algemeen verbindende voorschriften of internationaal recht uitgezonderd van het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Algemeen verbindende voorschriften

arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PbEG L 269).

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

moeten natuurlijk wel in overeenstemming zijn met artikel 1 Grondwet, dat ook een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit bevat.

Op grond van het tweede lid kunnen de gevallen waarin nationaliteit bepalend is bij algemene maatregel van bestuur nader worden omschreven. Op dit moment is die uitwerking te vinden in artikel 3 van het Besluit gelijke behandeling.

Artikel 23 Handicap en chronische ziekte

Artikel 23 bevat de algemene uitzonderingen voor de grond handicap of chronische ziekte. De onderdelen a en b komen in dezelfde bewoordingen voor in artikel 3, eerste lid, onderdelen a en b, van de Wgbh/cz. Onderdeel c is nieuw. Het betreft hier de uitzondering voor – kort weergegeven – wezenlijke en bepalende beroepsvereisten. Artikel 4, eerste lid, van de kaderrichtlijn biedt de ruimte voor het maken van deze uitzondering.

Bij het tot stand komen van de Wgbh/cz heeft de toenmalige Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mede naar aanleiding van een opmerking in het advies van de Raad van State over het wetsvoorstel Wgbh/cz, het standpunt ingenomen dat er aan het opnemen van de uitzondering betreffende een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste geen behoefte is⁴¹. De staatssecretaris stelde geen functies voor ogen te hebben waarbij het hebben van een handicap of chronische ziekte dusdanig bepalend is, dat het opnemen van een dergelijke uitzonderingsbepaling gewenst is. Voorts merkte de staatssecretaris op dat men zich niet schuldig maakt aan discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte, indien men eisen stelt, die wezenlijk zijn voor het kunnen uitvoeren van de functie⁴².

Omdat wij het wenselijk achten dat over de gelding van deze (feitelijk reeds bestaande) uitzondering geen twijfel kan bestaan, stellen wij voor, deze thans uitdrukkelijk in de wet op te nemen.

Artikel 24 Leeftijd

Artikel 24 bevat twee algemene uitzonderingen voor de grond leeftijd. Het betreft ten eerste de uitzondering voor verschil in behandeling dat gebaseerd is op werkgelegenheids- of arbeidsmarktbeleid ter bevordering van arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, voor zover dit beleid is vastgelegd bij of krachtens wet. Ten tweede bevat het artikel de uitzondering voor verschil in behandeling dat objectief te rechtvaardigen is. Deze uitzonderingen zijn nu opgenomen in artikel 7, eerste lid, onderdelen a en c, van de Wgbl.

§ 3.3. Uitzonderingen voor afzonderlijke terreinen

Artikel 25 Arbeid: instellingen op godsdienstige grondslag

Voor het terrein van de arbeid bevat artikel 25 de balans tussen het beginsel van gelijke behandeling (het verbod van discriminatie) enerzijds en andere grondrechten anderzijds. Vergelijkbare bepalingen zijn opgenomen in artikel 26 (voor het lidmaatschap van

⁴¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 169, B, p. 6/7 en nr. 3, p. 34/35.

⁴² Kamerstukken II 2001/02, 28 169, B, p. 7.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

werkgevers-, werknemers- en beroepsorganisaties) en artikel 27 (voor de toegang tot bijzonder onderwijs).

Het is vaak moeilijk een goede balans te vinden tussen grondrechten, vooral wanneer deze op gespannen voet staan met elkaar. Ieder grondrecht is immers van belang, maar tegelijkertijd niet onbegrensd. De meningen over de vraag waar die grenzen nu precies zouden moeten liggen, staan vaak lijnrecht tegenover elkaar. Waar het gaat om het verbod van discriminatie enerzijds en de vrijheid van godsdienst, van onderwijs en van vereniging anderzijds, is dit ook het geval. Aan de ene kant van het spectrum wordt het standpunt ingenomen dat het verbod van discriminatie boven alles moet gaan en aan de andere kant het standpunt dat instellingen op godsdienstige grondslag de vrijheid moeten hebben hun godsdienstige grondslag te verwezenlijken zonder bemoeienis van de overheid. Zoals zo vaak ligt de waarheid in het midden.

De vrijheden van godsdienst, onderwijs en vereniging zijn niet onbeperkt. Instellingen op godsdienstige grondslag hebben een grote vrijheid om hun eigen grondslag vast te stellen en om van hun personeel loyaliteit aan die grondslag te verlangen. Die vrijheid gaat echter niet zo ver dat zij daarbij personeelsleden *daadwerkelijk* zouden mogen uitsluiten vanwege een beschermd persoonskenmerk. In concreto betekent dit dat een instelling wel van een personeelslid kan verlangen dat deze loyaal is aan de grondslag en dat deze de grondslag ook uitdraagt, maar niet dat de instelling dat personeelslid mag uitsluiten, louter omdat hij – bijvoorbeeld – ongehuwd samenwoont.

Aan de andere kant zijn ook de discriminatieverboden niet onbeperkt. Dat blijkt uit de verschillende soorten uitzonderingen op die verboden, die zijn opgenomen in internationale verdragen, de Europese richtlijnen en de gelijkebehandelingswetgeving. Die uitzonderingen hebben tot gevolg dat het recht op gelijke behandeling soms moet wijken voor een ander belang.

Het is aan de wetgever om in de gelijkebehandelingswetgeving normen op te nemen, waaruit blijkt waar de grens ligt tussen de betrokken grondrechten en het is aan de rechter of de Commissie gelijke behandeling om vervolgens in een concreet geval te beoordelen of een norm is overschreden. De rechter kan zo nodig gevolgen verbinden aan overschrijding van die norm.

De huidige balans tussen grondrechten, zoals opgenomen in de artikelen met de zogenoemde enkele-feitconstructie (artikelen 5, 6a en 7 Awgb), bestaat erin dat de vrijheid van godsdienst en onderwijs groot is, maar niet zo ver gaat dat met een beroep daarop iemand *daadwerkelijk* mag worden uitgesloten, vanwege 'het enkele feit van' een bepaald persoonskenmerk. De grens is hier gelegd omdat een belangrijk doel van antidiscrimatiebepalingen is dat wordt voorkomen dat iemand wordt benadeeld, enkel en alleen vanwege een persoonskenmerk. De vrijheid van godsdienst, de vrijheid van vereniging en de vrijheid van onderwijs moeten hiervoor wijken.

Een instelling op godsdienstige grondslag mag – onder strikte voorwaarden – eisen stellen aan iemands godsdienst of levensovertuiging. Zo kan een instelling op katholieke grondslag eisen dat medewerkers katholiek zijn, onder voorwaarde dat dit noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de grondslag van de instelling. In deze voorwaarde zit ook de eis besloten dat hierin consequent gehandeld wordt: Indien zo'n toelatingseis bij de ene persoon strikt zou worden gehanteerd maar niet bij een ander, dan gaat het kennelijk niet om een eis die noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de grondslag⁴³.

⁴³ Zie ter illustratie Cgb-oordeel 2008-112.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

Een belangrijk aandachtspunt in dit verband is de redenering dat een verschil in behandeling op grond van (met name) seksuele gerichtheid, burgerlijke staat of geslacht wel toelaatbaar zou zijn wanneer die terug te voeren is op de godsdienstige grondslag van de instelling. Volgens deze redenering gaat het in dat geval niet om een (ontoelaatbaar) verschil in behandeling op grond van bij voorbeeld seksuele gerichtheid, maar om een (toelaatbaar) verschil in behandeling op grond van godsdienst. Deze redenering is echter onjuist. Juist om te voorkomen dat met een beroep op de vrijheid van godsdienst en/of de vrijheid van onderwijs onbelemmerd onderscheid zou worden gemaakt op andere gronden dan godsdienst of levensbeschouwing, is destijds de enkele-feitconstructie in de wet opgenomen en wordt thans voorgesteld om in de bepaling ter vervanging daarvan toe te voegen dat het verschil in behandeling, waarbij de grondwettelijke bepalingen worden toegepast, geen op een andere grond gebaseerde discriminatie mag rechtvaardigen. Beide toevoegingen zijn bedoeld om een zekere begrenzing te stellen aan de vrijheid van instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen met het oog op hun grondslag.

De huidige balans houdt tevens in dat een verschil in behandeling op grond van godsdienst of levensbeschouwing *in theorie* zou kunnen leiden tot (toelaatbaar) onderscheid vanwege omstandigheden die samenhangen met het enkele feit van zo'n andere grond, waarbij dan uitdrukkelijk méér aan de hand moet zijn dan het enkele feit van een van de andere gronden. 'In theorie', aangezien – voor zover bekend – tot op heden geen enkel geval is voorgelegd aan de rechter of aan de Cgb waarin een beroep is gedaan op dergelijke 'bijkomende omstandigheden'. Bij gebrek aan concrete voorbeelden blijft het derhalve een theoretische discussie.

Over de strekking van de enkele-feitconstructie blijken nogal wat misverstanden te bestaan. Het bekendste misverstand is dat volgens artikel 5 van de Awgb een instelling op godsdienstige grondslag een sollicitant zou mogen afwijzen, *uitsluitend* vanwege het hebben van een homoseksuele relatie. De enkele-feitconstructie laat dit echter niet toe aangezien geen onderscheid mag worden gemaakt op grond van 'het enkele feit van' homoseksueel zijn en daaronder valt ook het hebben van een homoseksuele relatie en het samenwonen met iemand van hetzelfde geslacht. Bij de parlementaire behandeling van de Awgb in 1993 is het voorbeeld van de homoseksuele docent die solliciteert bij een christelijke school uitgebreid besproken. Citaat: "*Concreet gaat het om de vraag of een homoseksuele leraar, die niet mag worden afgewezen louter vanwege zijn homoseksualiteit, wel zou mogen worden afgewezen omdat hij een relatie heeft of met die relatie samenleeft. Ik wil hier geen misverstand over laten bestaan: dat mag dus niet. Het enkele feit van de seksuele gerichtheid ziet op de gerichtheid van een persoon in seksuele gevoelens, liefdesgevoelens, liefdesuitingen en -relaties*"⁴⁴.

Van de sollicitant mag uiteraard wel een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling worden verlangd. In dat kader mag de instelling rekening houden met omstandigheden die relevant zijn voor de vervulling van een functie. Deze omstandigheden mogen niet het enkele feit van een van de discriminatieverboden betreffen, maar kunnen daar wel mee samenhangen. De instelling mag verlangen "*dat de wijze waarop iemand zich gedraagt en in welke persoonlijke omstandigheden hij zich bevindt, ook al hangen die gedragingen en omstandigheden samen met de homo- of heteroseksuele gerichtheid of met de burgerlijke staat van de betrokkene, niet strijdig zijn met de in verband*

⁴⁴ Handelingen II 1992/93, 3508, 3510.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

met de grondslag van de instelling aan de vervulling van zijn functie te stellen eisen die nodig zijn voor de verwezenlijking van de grondslag van de instelling. Het enkele feit van hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, daaronder begrepen het enkele feit dat iemand ongehuwd samenwoont met iemand van hetzelfde of van het andere geslacht, is echter geen rechtvaardiging voor het uitsluiten van betrokkene⁴⁵.”

De huidige grondrechtenbalans houdt dus in dat een instelling op godsdienstige grondslag eisen mag stellen aan personeelsleden die nodig zijn voor de verwezenlijking van de grondslag van de instelling, maar dat deze eisen niet zo ver mogen gaan dat iemand wordt afgewezen, louter vanwege het enkele feit van (onder meer) homo- of heteroseksuele gerichtheid of burgerlijke staat (waaronder ook ongehuwd samenwonen valt). De eisen die een instelling stelt, kunnen ook betrekking hebben op gedragingen van een personeelslid buiten de werksfeer, indien die gedragingen het goede functioneren van de instelling zouden aantasten. Dat kan het geval zijn wanneer iemand zich in het openbaar zodanig gedraagt dat hij daarmee de grondslag van de instelling belachelijk maakt. Zoals gezegd is het enkele feit van het hebben van een homoseksuele relatie daarvoor onvoldoende. Verder is van belang dat het moet gaan om openlijke gedragingen die relevant zijn voor de functievervulling.⁴⁶

Nadat de Europese Commissie begin 2008 een met redenen omkleed advies (MROA) had uitgebracht over de volgens haar onvoldoende implementatie van de kaderrichtlijn, bleek voor het eerst dat veel mensen een verkeerde perceptie hadden van de reikwijdte van de enkele-feitconstructie. Daarnaast bleek dat sommigen er ten onrechte vanuit gingen dat dit MROA betrekking had op die verkeerde uitleg van de enkele-feitconstructie. De Europese Commissie merkte echter over artikel 5 Awgb alleen op dat de uitzondering van het tweede lid onvoldoende duidelijk maakt dat aan de ‘dubbele test’ moet worden voldaan dat het doel legitiem moet zijn en het vereiste evenredig aan dat doel (de legitimizeits- en de proportionaliteits-eis). Hoewel ons standpunt is dat deze dubbele eis besloten zit in de voorwaarden dat het moet gaan om functie-eisen die *nodig* zijn voor de vervulling van een functie, gezien het doel van de instelling, leek er in beginsel niets op tegen om deze eisen meer expliciet op te nemen en daarmee tegemoet te komen aan de wens van de Europese Commissie. Gezien de hardnekkige misvattingen over de reikwijdte van de enkele-feitconstructie werd tevens overwogen de enkele-feitconstructie uit de Awgb te schrappen. Een punt van zorg was of het mogelijk is de enkele-feitconstructie uit de Awgb te schrappen en tevens de legitimizeits- en de proportionaliteits-eis expliciet op te nemen in een nieuwe bepaling, met behoud van de bestaande balans tussen grondrechten. Om die reden is eind 2008 advies gevraagd aan de Raad van State over dit vraagstuk.

In de thans voorgestelde artikelen, ter vervanging van de bepalingen met de enkele-feitconstructie, hebben wij aangesloten bij de terminologie en systematiek van artikel 4, tweede lid, van de kaderrichtlijn⁴⁷. De nieuwe tekst komt ook overeen met een tekstvariant die de Raad van State in zijn advies aandraagt, zij het dat wij het wenselijk achten in de nieuwe tekst expliciet een begrenzing op te nemen. Een dergelijke begrenzing komt immers ook voor in artikel 4, tweede lid, van de kaderrichtlijn en wordt thans ook door de enkele-feitconstructie geboden. Indien niet expliciet zou worden bepaald dat een verschil in behandeling op grond van godsdienst of levensovertuiging, waarbij de grondwettelijke bepalingen worden toegepast, geen discriminatie op een andere (in de Awgb geregelde) grond mag

⁴⁵ Kamerstukken I 1992/93, 22 014, nr. 212c, p.10-11.

⁴⁶ Zie Handelingen I 1993/94, p. 1083.

⁴⁷ Zie ook Kamerstukken II 2009/10, 28 481, nr. 6, p. 3.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

rechtvaardigen, zou daarover onduidelijkheid kunnen blijven bestaan. Om te voorkomen dat gedacht wordt dat discriminatie op een andere grond dan godsdienst of levensbeschouwing toelaatbaar is, indien het terug te voeren is op de godsdienstige grondslag van de instelling, wil het kabinet deze verhelderende zin toevoegen.

Eerste lid

Het eerste lid van het voorgestelde artikel 25 (het huidige artikel 5, tweede lid, Awgb) garandeert de grondwettelijk vereiste ruimte voor grondrechten zoals de vrijheid van godsdienst, de vrijheid van onderwijs en de vrijheid van vereniging, maar voorkomt dat een beroep op deze fundamentele rechten kan leiden tot discriminatie.

Tweede lid

De uitzonderingen die verband houden met politieke gezindheid, godsdienst of levensovertuiging, die kunnen worden gesteld door instellingen op politieke grondslag, zijn in overeenstemming met het eerste lid geformuleerd.

Artikel 26 Werkgeversorganisaties, werknemersorganisaties en beroepsverenigingen op godsdienstige of politieke grondslag

Artikel 26 bevat twee uitzonderingen op het verbod van discriminatie bij het lidmaatschap van en de betrokkenheid bij werkgevers-, werknemers- en beroepsorganisaties (opgenomen in artikel 8). Deze uitzonderingen zijn ontleend aan artikel 6a, tweede lid, Awgb. De formulering ter vervanging van de enkele-feitconstructie van het huidige artikel 6a Awgb, komt overeen met die in artikel 25.

Artikel 27 Toegang tot bijzonder onderwijs

Artikel 27 bevat de balans tussen het recht op gelijke behandeling en enkele andere grondrechten voor de toegang tot bijzonder onderwijs. Dit artikel bevat een uitzondering op het discriminatieverbod van de artikelen 10, 11 en 12. In de huidige Awgb is deze uitzondering geregeld in artikel 7, tweede lid.

De formulering ter vervanging van de enkele-feitconstructie in artikel 7, tweede lid van de huidige Awgb, komt overeen met die in artikel 25. In de toelichting bij artikel 25 is uiteengezet waarom voor deze balans is gekozen.

In de huidige gelijkebehandelingswetten, in de laatste zin van het tweede lid van artikel 7 Awgb, alsmede in het tweede lid van artikel 4 van de Wgbm/v, is een uitzondering geregeld op het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen voor instellingen voor bijzonder onderwijs. Deze uitzondering houdt in dat onderscheid op grond van geslacht toelaatbaar is – behoudens voor wat betreft het afnemen van het examen – indien de eigen aard van de instelling dit eist en voor leerlingen van beide geslachten gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn. Een dergelijke uitzondering is niet opgenomen in dit wetsvoorstel aangezien dit niet meer nodig is geacht door de overstap naar het begrip discriminatie. Met de huidige eis dat voor leerlingen van beide geslachten gelijkwaardige voorzieningen aanwezig moeten zijn, is beoogd te voorkomen dat leerlingen op grond van hun geslacht ongunstiger worden behandeld dan leerlingen van het andere geslacht. Volgens de definities, zoals opgenomen in het eerste lid van artikel 1, kan echter alleen sprake zijn van discriminatie op grond van geslacht indien iemand op grond van geslacht ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

behandeld. Daarom is geoordeeld dat deze uitzondering kan worden gemist, met behoud van het huidige beschermingsniveau.

Artikel 28 Bestuursorganen, adviesorganen en vertrouwensfuncties

De uitzonderingen voor eisen met betrekking tot de politieke gezindheid bij de benoeming in bestuursorganen, adviesorganen en vertrouwensfuncties zijn overgenomen uit het huidige artikel 5, vierde en vijfde lid, Awgb. Hoewel de grond 'politieke gezindheid' niet door Europese richtlijnen wordt bestreken, wordt omwille van de eenheid in terminologie toch zo veel mogelijk aangesloten bij de formulering zoals die voor vergelijkbare uitzonderingen voor andere gronden in de kaderrichtlijn worden gehanteerd.

Artikel 29 AOW-leeftijd

Artikel 29 bevat een specifieke uitzondering voor de grond leeftijd op het terrein van de arbeid. Het verbod van discriminatie op grond van leeftijd geldt niet voor onderscheid dat betrekking heeft op het beëindigen van een arbeidsverhouding in verband met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Deze uitzondering is ontleend aan artikel 7, eerste lid, onderdeel b, van de Wgbl.

Artikel 30 Pensioenen: leeftijd

In dit artikel is een aantal uitzonderingen op het verbod van discriminatie op grond van leeftijd op het terrein van pensioenen opgenomen. Deze uitzonderingen zijn thans opgenomen in artikel 8, tweede en derde lid, Wgbl. Het derde lid van artikel 8 Wgbl regelt dat het verbod van onderscheid niet van toepassing is bij actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. Bij de berekening van premies en koopsommen die nodig zijn om pensioenen te financieren wordt gebruik gemaakt van actuariële berekeningen. Leeftijd vormt daarbij een belangrijke grondslag in relatie tot levens- en sterftkansen en de gemiddelde levensduur. De kosten van een pensioenvoorziening zijn mede afhankelijk van de leeftijd van de deelnemer. De opbouw van pensioen is duurder naarmate men ouder is, want hoe ouder men is hoe korter de ingelegde premies kunnen renderen, dus hoe hoger de premies moeten zijn om toch tot eenzelfde uitkomst voor alle deelnemers te kunnen komen. Ten aanzien van de reikwijdte van dit artikellid is onduidelijkheid ontstaan, omdat in de parlementaire geschiedenis van de Wgbl niet expliciet is aangegeven hoe met de werknemersbijdrage zou moeten worden omgegaan.

De Cgb heeft vervolgens geoordeeld⁴⁸ dat een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage bij een beschikbare premiereregeling niet onder de uitzondering van dit artikellid valt. De Cgb heeft in haar oordeel over dit onderwerp de lijn gevolgd conform de discriminatiegrond geslacht, zoals dit geregeld is in artikel 12c van de Wgbm/v. Hieruit volgt dat de werknemersbijdrage voor elke werknemer (ongeacht geslacht) gelijk moet zijn. Volgens de Cgb geldt deze lijn ook voor de Wgbl, waardoor de werknemersbijdrage niet naar leeftijd gedifferentieerd mag worden. De Cgb heeft op 10 september 2009⁴⁹ opnieuw geoordeeld dat een naar leeftijd gedifferentieerde werknemersbijdrage in een premiereregeling niet onder de uitzondering voor actuariële berekeningen valt. Dit oordeel

⁴⁸ Oordeel 2004-51.

⁴⁹ Oordeel 2009-89.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

sluit niet aan bij de ruimte die de kaderrichtlijn biedt, zoals is uiteengezet in de brief van de toenmalige Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 april 2005⁵⁰. De kaderrichtlijn regelt in algemene zin dat het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen bij pensioenregelingen door de lidstaten kan worden toegestaan. De gelijke behandeling op grond van geslacht, waar de Cgb aan refereert, is geregeld in de herschikkingsrichtlijn, die wat dit onderwerp betreft in de plaats is gekomen van Richtlijn 86/378 (gewijzigd door Richtlijn 96/97). In de herschikkingsrichtlijn is, in tegenstelling tot de kaderrichtlijn, wel heel specifiek een verbod van differentiatie in werknemersbijdragen geregeld. Daar komt bij dat in het algemeen het verschil in premie juist het gevolg is van de actuariële berekeningen. Wij achten het niet wenselijk dat het gebruik van leeftijdscriteria in actuariële berekeningen geen discriminatie oplevert, maar het gevolg van deze actuariële berekeningen, namelijk verschillende werknemersbijdragen, wel. Zowel bij de parlementaire behandeling van de Pensioenwet⁵¹ als in de kabinetsreactie van 11 juni 2009⁵² is dit standpunt door achtereenvolgende kabinetten herhaald.

Artikel 31 Pensioenen: geslacht

In het eerste tot en met vierde lid van dit artikel zijn de uitzonderingen opgenomen, die zien op de grond geslacht. Deze uitzonderingen zijn afkomstig uit artikel 12c, eerste tot en met vierde lid, Wgbm/v.. Het vijfde lid bevat een opdracht om nadere regels te stellen. Deze bepaling is overgenomen uit het vijfde lid van artikel 12c Wgbm/v. In het mede op dit vijfde lid van artikel 12c Wgbm/v gebaseerde Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling zal de grondslag worden aangepast.

Artikel 32 Nabestaandenpensioenen: burgerlijke staat

Dit artikel bevat een uitzondering voor onderscheid op grond van burgerlijke staat, die thans is opgenomen in artikel 5, zesde lid, Awgb.

§ 4. Bijzondere voorschriften voor het terrein arbeid en het vrije beroep

§ 4.1. Bepalingen over het aanbieden van een functie

Artikel 33 Vormvereisten aanbieden functie

Artikel 33 geeft enkele nadere vormvoorschriften voor het aanbieden van een functie en ziet specifiek op discriminatie op grond van geslacht. Bij het aanbieden van een functie moet uit de tekst en vormgeving van de advertentie blijken dat zowel vrouwen als mannen in aanmerking komen. Bovendien dient een neutrale functienaam gebruikt te worden of moet uitdrukkelijk worden vermeld dat zowel vrouwen als mannen in aanmerking komen. Deze voorschriften zijn overgenomen uit artikel 3, derde en vierde lid, van de Wgbm/v. Het vijfde lid van dat artikel (de rectificatievordering) is opgenomen in het voorgestelde artikel 39.

⁵⁰ Kamerstukken II 2004/05, 29 800 XV, nr. 82.

⁵¹ Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 17.

⁵² Kamerstukken II 2008/09, 30 347, nr. 2.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

Artikel 34 Vermelden reden verschil in behandeling

Artikel 34 bepaalt voor twee verschillende situaties dat, indien bij de openlijke aanbidding van een functie verschil in behandeling plaatsvindt, de reden daarvan moet worden vermeld in de advertentietekst. Het moet daarbij uiteraard wel gaan om een verschil in behandeling dat op grond van de Awgb is toegestaan. Dit wordt in het eerste lid tot uitdrukking gebracht door te verwijzen naar paragraaf 3: het gaat daarbij om situaties waarin bij een openbare aanbidding expliciet verschil in behandeling plaatsvindt in de in die paragraaf bedoelde gevallen. In het tweede lid wordt verwezen naar artikel 18, met inachtneming waarvan het verschil in behandeling in het kader van voorkeursbehandeling plaatsvindt.

Het eerste lid ziet op de gronden leeftijd en geslacht. In zowel de Wgbm/v (artikel 3, tweede lid) als de Wgbl (artikel 9) is de verplichting opgenomen om bij de openlijke aanbidding van een functie, indien verschil in behandeling plaatsvindt op grond van geslacht respectievelijk leeftijd, de grond daarvan uitdrukkelijk te vermelden. Deze bepalingen zijn overgenomen in dit eerste lid.

Daarnaast heeft het toenmalige kabinet naar aanleiding van de eerste evaluatie van de Awgb toegezegd om deze motiveringsplicht tevens op te nemen in de Awgb in het kader van stroomlijning met de Wgbm/v⁵³. Destijds is niet aangegeven voor welke gronden deze motiveringsplicht ook in de Awgb zou moeten worden opgenomen. Aangezien een dergelijke verplichting een administratieve belasting voor potentiële werkgevers vormt, zijn ook wij terughoudend met het uitbreiden van deze verplichtingen. De toezegging uit de evaluatie is thans geconcretiseerd door in artikel 34, tweede lid, het motiveringsvereiste ook op te nemen voor de gevallen waarin gebruik wordt gemaakt van voorkeursbehandeling. Voorkeursbeleid is op grond van artikel 18 mogelijk voor de gronden ras, handicap of chronische ziekte en geslacht. De motiveringsplicht in geval van voorkeursbehandeling die verband houdt met de grond geslacht vloeit reeds voort uit het eerste lid. Daar waar het gaat om voorkeursbehandeling die verband houdt met ras, handicap of chronische ziekte geldt het tweede lid.

Voorkeursbehandeling is een uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling die werkgevers alleen onder door de wet gestelde voorwaarden mogen gebruiken. Het is voor werkgevers die gebruik maken van de mogelijkheid om voorkeursbeleid te hanteren relatief weinig belastend om bij de openlijke aanbidding van de functie potentiële sollicitanten op het gebruik van voorkeursbehandeling te wijzen en de reden daarvoor (ondervetegenwoordiging van een bepaalde groep) aan te geven, zodat daarover vooraf duidelijkheid wordt geboden.

§ 4.2. Bepalingen over loon

Artikel 35 Loonvergelijking

De artikelen 35 en 36 zijn voor het grootste deel overgenomen uit de Wgbm/v (artikelen 7 tot met 11). De bepalingen bevatten nadere bepalingen voor de grond geslacht voor de toepassing van het verbod van discriminatie op het terrein van de arbeidsvoorwaarden (artikel 7, onderdeel d). Eerder waren deze bepalingen opgenomen in de Wet gelijk loon mannen en vrouwen, die later is opgegaan in de Wgbm/v. Deze bepalingen dienden ter implementatie van Richtlijn nr. 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PbEG L 45).

⁵³ Kamerstukken II 2001/02, 28 481, nr. 1, p. 24.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

De Cgb en E-Quality maakten in hun adviezen over het concept-wetsvoorstel beide een opmerking over de maatmanmethode. De Cgb vroeg of er aparte gelijk-loonbepalingen nodig zijn in de Awgb na integratie en of deze bepalingen dan alleen van toepassing moeten zijn op de grond geslacht of ook op andere gronden moeten zien. Tevens vroeg de Cgb om het relativeren van het gebruik van de maatmanmethode. E-Quality was het niet duidelijk waarom uitsluitend bij de grond geslacht de voorschriften over de 'maatman' en het functiewaarderingsstelsel gelden.

Naar aanleiding hiervan merken wij het volgende op. Het opnemen van een verbod van directe en indirecte discriminatie ten aanzien van alle elementen en voorwaarden van beloning waar het gaat om gelijke arbeid of arbeid waaraan gelijke waarde wordt toegekend, is in de Europese regelgeving voor de grond geslacht voorgeschreven, maar niet voor andere gronden. De aparte gelijk-loonbepalingen voor man/vrouw zijn immers uitvloeisel van (artikel 141 EG-verdrag en) Richtlijn nr. 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (PbEG L 45). Deze materie is thans geregeld in de herschikkingsrichtlijn (artikel 4, tweede volzin), op grond waarvan Richtlijn 75/117/EEG is ingetrokken.

Dit neemt niet weg dat bij de andere gronden op vergelijkbare wijze met ongelijke beloning kan worden omgegaan, bijvoorbeeld door toepassing van de maatmanmethode. De Cgb heeft de maatmanmethode ook toegepast bij de gronden ras en nationaliteit.⁵⁴ De Cgb merkte in haar evaluatierapport 'Wgbl, geen symboolwetgeving' echter op dat toepassing van deze methode voor de grond leeftijd onvoldoende is omdat een beloningsverschil op grond van leeftijd op zich niet verdacht is. Behalve van de maatmanmethode, waarbij een één-op-éénvergelijking plaatsvindt, kan de Cgb ook gebruik maken van een instrument zoals de quickscan gelijke beloning. De quickscan gelijke beloning is een softwareprogramma, waarmee alle beloningsgegevens van een organisatie worden geanalyseerd vanuit de optiek van de gelijkebehandelingswetgeving. Dit heeft het voordeel dat toevallige loonverschillen tussen de verzoeker en een enkele maatman in de juiste context worden geplaatst.

De definitie van loon uit artikel 7, tweede lid, Wgbm/v is niet opgenomen in het voorgestelde artikel 35, maar overgebracht naar de definitiebepalingen in artikel 1 (eerste lid, onderdeel g) van de Awgb.

Uit artikel 7, onderdeel d, volgt dat mannelijke en vrouwelijke werknemers recht hebben op gelijk loon. Artikel 35 (artikel 7 Wgbm/v) werkt nader uit hoe een dergelijke loonvergelijking moet worden gemaakt. Het loon van de werknemer, voor wie de loonvergelijking wordt gemaakt, wordt vergeleken met het loon dat een werknemer van het andere geslacht voor arbeid van (nagenoeg) vergelijkbare waarde ontvangt.

Artikel 36 Stelsel van functiewaardering

Artikel 16 (vgl. artikel 8 Wgbm/v) en artikel 17 (vgl. artikel 9 Wgbm/v) van het wetsvoorstel zoals dat in 2006 aan de Raad van State werd voorgelegd, zijn samengevoegd in een nieuw artikel 36. Daarbij zijn de toenmalige artikelen 16 en 17, eerste lid, in elkaar geschoven (zie het nu voorgestelde artikel 36, eerste lid). Artikel 16 en artikel 17, eerste lid van het oorspronkelijke wetsvoorstel strekten immers beide tot uitvoering van artikel 4, tweede volzin van de eerdergenoemde herschikkingsrichtlijn. De formulering is meer in overeenstemming

⁵⁴ Zie onder meer oordeel 2008-127.

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

met de richtlijn gebracht en verduidelijkt. Daarmee is ook aan het bezwaar van de Raad van State tegen de fictie in het oorspronkelijke artikel 17, eerste lid, tegemoet gekomen. In beginsel moet bij de waardering van de arbeid een deugdelijk stelsel van functiewaardering gehanteerd worden. Dat stelsel dient te berusten op voor mannen en vrouwen gelijke maatstaven. Is geen sprake van een dergelijk stelsel dan geschiedt de waardering naar billijkheid.

Het tweede en derde lid van het oorspronkelijke artikel 17 (vgl. artikel 9, tweede en derde lid Wgbm/v) zijn toegevoegd aan artikel 36. Deze leden bepalen op welke wijze rekening gehouden moet worden met loon dat niet in geld is uitbetaald en met deeltijdwerk.

Overigens is artikel 10 van de Wgbm/v niet overgenomen. Aan de in dat artikel geregelde mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen, waarvan tot op heden geen gebruik is gemaakt, is geen behoefte.

§ 5. Bescherming en handhaving

Artikelen 37, 38, 40 en 41 Bescherming en handhaving

Deze artikelen komen thans ook in alle betrokken gelijkebehandelingswetten voor (onder meer in de artikelen 8 tot en met 10 van de huidige Awgb). Ze zijn, op twee redactionele aanpassingen na, ongewijzigd overgenomen. De bedoelde aanpassingen zijn het gevolg van het gebruik in de wet van de term 'discriminatie' in plaats van 'onderscheid' en van de vervanging van 'doeltreffende aanpassingen' door 'redelijke aanpassingen'.

Artikel 39 Rectificatie

Artikel 39 geeft een bijzondere mogelijkheid om een advertentie die in strijd is met het verbod van discriminatie op grond van geslacht, door de rechter te laten rectificeren. Deze bepaling is overgenomen uit artikel 3, vijfde lid, Wgbm/v.

Artikel 41 Bewijslast

De aanpassing van de tekst aan de richtlijnterminologie heeft niet tot gevolg dat de positie van de klager verandert, casu quo verslechtert, ten opzichte van de huidige situatie. Zo is voor een 'vermoeden' niet nodig dat de klager aantoont of aannemelijk maakt dat in dit concrete geval geen sprake is van een van de in deze wet geformuleerde uitzonderingen op het discriminatieverbod.

Artikel 1, onderdeel B

Dit artikel betreft een noodzakelijke vernummering van de artikelen in hoofdstuk 2 van de Awgb.

In dit verband wordt gewezen op het in paragraaf 11 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting beschreven samenloop met het voorstel van wet dat de instelling van een College voor mensenrechten en gelijke behandeling regelt (Wet College voor mensenrechten en gelijke behandeling).

CONCEPT MEMORIE VAN TOELICHTING INTEGRATIEWET AWGB

Artikel I, onderdelen C, D en E

De aanpassingen in deze onderdelen vloeien voort uit de vervanging van het begrip 'onderscheid' door 'discriminatie'.

Met de voorgestelde wijzigingen zijn geen inhoudelijke gevolgen beoogd. De bevoegdheid van de Cgb tot het instellen van een onderzoek en het geven van een oordeel is terminologisch aangepast aan de vervanging van het begrip 'onderscheid' door 'discriminatie'. Daarbij accentueert de redactie van de bepalingen, overeenkomstig hetgeen hierover in paragraaf 6 van het algemeen deel van de memorie van toelichting is opgemerkt, dat het hier niet noodzakelijkerwijs hoeft te gaan om discriminatie in de strafrechtelijke betekenis (artikel 90 quater Wetboek van Strafrecht). Zo wordt het werkwoord 'discrimineren' in deze bepalingen niet gehanteerd.