

Advies Meldpunt Discriminatie Regio Amsterdam (MDRA) inzake de concept Integratiewet Awgb op verzoek van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK).

Datum: 29 september 2010

1 Inleiding: Doel van de regeling

De Integratiewet Awgb strekt er in de eerste plaats toe, de belangrijkste wetgeving op het gebied van gelijke behandeling samen te voegen in één wet, de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). In verband daarmee worden aan de huidige Awgb toegevoegd:

- 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);
- de artikelen 7:646 en 7:647 van het Burgerlijk Wetboek.

Daarnaast bevat de Integratiewet Awgb diverse wijzigingen die zijn aangekondigd in het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de tweede evaluatie van de Algemene wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en artikel 7:646 Burgerlijk Wetboek (Kamerstukken 28 481, nrs. 5, 6, 7).

Het advies is gebaseerd op het concept wetsvoorstel Integratiewet Awgb, de concept Memorie van Toelichting en de Kamerstukken 28 481, nr. 5, (Evaluatie Awgb), nr. 6, (Homo-emancipatiebeleid) en nr. 7 (Advies Raad van State). De aanvullingen, voorstellen tot wijziging en aanbevelingen zijn eveneens gebaseerd op de praktijkervaring van klachtbehandelaars bij het meldpunt die dagelijks met de Awgb en aanverwante wetgeving werken.

Algemene opmerkingen

I Aanpassing terminologie

De terminologie sluit beter aan bij de definities van de Kaderrichtlijn. Voorbeelden zijn de term discriminatie in plaats van onderscheid, de 'ongunstiger' behandeling bij directe discriminatie en het 'bijzonder nadeel' als omschrijving van indirecte discriminatie. Wel doet het gevoelsmatig vreemd aan dat *discriminatie* objectief gerechtvaardigd kan worden, omdat in de term discriminatie - meer dan in de neutralere term *onderscheid* - de intentie ligt besloten een persoon te kwetsen / benadelen. Dit verschil kan echter niet voorkomen worden omdat de term discriminatie rechtstreeks is afgeleid van de Kaderrichtlijn.

II Structuur

Door de samenvoeging van meerdere discriminatiegronden in één wet, bestaat het risico dat op het eerste oog niet helder is welk terrein op welke grond van toepassing is. Een voorbeeld is de grond handicap. De artikelen 11 t/m 14 Integratiewet Awgb beslaan alle terreinen waarop de bescherming van toepassing is: basisonderwijs en voortgezet onderwijs (art. 11); beroepsonderwijs (art. 12); wonen (art. 13) en openbaar vervoer (art. 14).

De artikelen 11 t/m 14 vormen één geheel omdat ze de werkingssfeer van het discriminatieverbod inzake handicap omschrijven. Artikel 12 wekt dan een rommelige indruk omdat *out of the blue* leeftijd wordt genoemd als grond waarvoor ook de bescherming tegen discriminatie in het beroepsonderwijs geldt.

Aanbeveling: *Omdat de gronden leeftijd en handicap bij de huidige keuze van de wetgever minder bescherming genieten dan de overige Awgb gronden (uitsluiting van goederen en diensten) - en derhalve een speciale positie innemen - wordt voor de leesbaarheid aanbevolen de werkingssfeer per discriminatiegrond in een of meerdere artikelen te omschrijven. Bijvoorbeeld: artikel 11 t/m 14 uitsluitend beperken tot handicap, vervolgens artikel 15 en volgende over de werkingssfeer van leeftijd. Het wekt een rommelige indruk dat leeftijd zowel besproken wordt in artikelen die in onderlinge samenhang alleen betrekking hebben op handicap, en de specifieke uitzonderingen voor leeftijd weer verderop in artikel 29 (AOW leeftijd) en artikel 30 (Pensioenen) genoemd worden. Idem geldt voor de grond geslacht waar ook de werkingssfeer en de uitzonderingen in de hele wet verspreid zijn.*

III Inhoudelijk voorstel tot aanpassing en aanbevelingen

Artikel 17 handelt over de **persoonlijke levenssfeer**. De formulering van dit artikel is (te) complex en laat te veel ruimte voor een verschil in behandeling bij een rechts- of arbeidsverhouding met een privé-karakter op gronden die er in de praktijk niet toe mogen doen. Het verdient aanbeveling dit artikel te herformuleren en te beperken tot concrete situaties waarin een verschil in behandeling er wel toe doet. Bijvoorbeeld het vragen van lichamelijke verzorging door een medewerker van hetzelfde geslacht.

Het meldpunt sluit op dit punt aan bij de kritiek die de CGB op de eerdere versie van de integratiewet heeft genoemd. Zie CGB-advies 2005/04, Advies CGB inzake het ontwerpvoorstel voor een Integratiewet, hoofdstuk 3: Specifieke aandachtspunten, 3.1 Uitzonderingen voor de privé-verhoudingen, p. 6.

Artikel 17, tweede lid verbiedt een verschil in behandeling dat berust op een kenmerk dat verband houdt met het ras van een persoon. Deze bescherming volgt uit de Rasrichtlijn. Echter, niet goed valt in te zien waarom hetzelfde beschermingsniveau dat ten aanzien van ras geldt niet ook voor andere gronden geldt, te meer omdat een goederen- en dienstenrichtlijn in de maak is die discriminatie op alle gronden verbiedt, derhalve ook op het terrein van artikel 17, eerste lid sub b.

Aanbeveling: *De Europese Commissie ontwikkelt een brede goederen- en dienstenrichtlijn die discriminatie op alle gronden gaat verbieden, niet alleen wanneer het verschil in behandeling gebaseerd is op ras, zoals geformuleerd in artikel 17, tweede lid. Gezien het feit dat deze Richtlijn in de maak is en de omstandigheid dat van de Kaderrichtlijn mag worden afgeweken naar boven toe (het bieden van meer bescherming dan de strikte minimumeisen die de Kaderrichtlijn stelt), wordt aanbevolen op de uitbreiding met alle gronden te anticiperen.*

Artikel 18 handelt over **voorkeursbeleid**.

Voorkeursbeleid is uitsluitend gericht op vrouwen, etnische minderheden, gehandicapten en chronisch zieken. De CGB deed in haar evaluatie van 2005 de aanbeveling het voorkeursbeleid uit te breiden naar de discriminatiegronden geloof of

levensovertuiging, leeftijd en seksuele gerichtheid. Het meldpunt is hier geen voorstander van. Het meldpunt deelt de zienswijze van het Kabinet dat zolang zich geen tekenen voordoen van structurele achterstelling op andere dan de huidige gronden er geen reden is voor uitbreiding van de gronden van voorkeursbeleid.

Aanbeveling: *Het meldpunt brengt onder uw aandacht dat vrijwel geen enkele werkgever interesse heeft in het voeren van voorkeursbeleid voor gehandicapten en chronisch zieken, inclusief de gemeentelijke en landelijke overheid als werkgever. De enige positieve uitzondering is een detacheringsbureau in Eindhoven dat specifiek werknemers met een storing in het autistisch spectrum werft omdat deze kandidaten bijzonder geschikt blijken te zijn voor bepaalde IT werkzaamheden. De boosdoener is het slechte imago en vooroordelen over mensen met een functiebeperking. Dat imago is zo hardnekkig dat zelfs subsidieregelingen voor het in dienst nemen van werknemers met een functiebeperking bij werkgevers niet aanslaan. Artikel 2 WGBH/CZ (doeltreffende aanpassing) is mooi geformuleerd, maar op basis van klachtbehandeling van sollicitanten met een functiebeperking kan worden gesteld dat dit in de praktijk niet werkt. Werkgevers zijn zelden bereid een werknemer in dienst te nemen waarvoor aanpassingen van de werkplek moeten worden verricht, ook niet indien hij de kosten daarvan vergoed kan krijgen. BZK zou initiatieven moeten ontwikkelen (bijvoorbeeld met het MKB) om voorkeursbeleid op dit terrein te stimuleren.*

Artikel 19 Volksgezondheid

Dit artikel luidt: Een verschil in behandeling dat berust op kenmerken die samenhangen met de hetero- of homoseksuele gerichtheid of handicap of chronische ziekte van een persoon vormt geen discriminatie indien die kenmerken bepalend zijn voor de bescherming van de volksgezondheid, mits de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Dit artikel werd ingevoerd naar aanleiding van dilemma's waarvoor de CGB zich in de praktijk gesteld zag. Voorbeelden zijn uitsluiting van homo's als bloeddonor (CGB oordeel 1998-137 en 2007-85), gratis inentingen tegen hepatitis B voor homo's (CGB oordeel 2006-20), en uitsluiting van deelname aan medisch-wetenschappelijk onderzoek (CGB oordeel 2005-5). Strikte toepassing van de Awgb zou tot onaanvaardbare consequenties voor de volksgezondheid leiden.

Hierbij moet worden opgemerkt dat zich in de praktijk situaties voordoen waarbij ook de grond *ras* aanleiding kan zijn voor een objectief gerechtvaardigd verschil in behandeling omdat mensen op grond van hun ras tot een bepaalde risicogroep kunnen behoren. Denk aan de gratis inentingen van de GGD tegen hepatitis A voor kinderen van Turkse afkomst die met hun ouders naar Turkije met vakantie gaan (zie CGB oordeel 2006-55). Een ander voorbeeld is uitsluiting van mensen met een donkere huidskleur van deelname aan medisch-wetenschappelijk onderzoek naar geneesmiddelen. Deze uitsluiting kan op zuiver medische gronden objectief gerechtvaardigd worden omdat deelname van proefpersonen met een donkere huidskleur een verhoogd gezondheidsrisico kan veroorzaken, juist vanwege de biologische verschillen met een persoon van het Westerse, Kaukasische ras.

Aanbeveling: *Het voorgaande werpt de vraag op of artikel 19 niet te strikt geformuleerd is door het verschil in behandeling onder omstandigheden objectief te*

rechtvaardigen wanneer sprake is van homoseksuele gerichtheid of een handicap, terwijl het verschil in behandeling niet kan worden gerechtvaardigd bij de grond ras. Daarbij moet ook worden nagedacht hoe een uitzondering voor ras zich verhoudt tot de Rasrichtlijn.

Artikel 20 Geslacht

De introductie van artikel 20, eerste lid sub a is opmerkelijk omdat het suggereert dat er beroepen zijn die slechts zijn voorbehouden aan personen van een bepaald geslacht.

Aanbeveling: *Aanbevolen wordt om helderder te formuleren in welk geval daarvan sprake zou kunnen zijn. Indien dit artikel beoogd artikel 2, tweede lid sub a AWGB (gevallen waarin het geslacht bepalend is) te vervangen, dan verdient het voor een beter begrip de situaties zoals omschreven in de categorieën van artikel 1 van het Besluit beroepsactiviteiten waarvoor het geslacht bepalend kan zijn, in artikel 20 op te nemen dan wel een verwijzing naar het Besluit op te nemen.*

Artikel 25 Arbeid: instellingen op godsdienstige of politieke grondslag.

Samenvattend komt de kritiek van het meldpunt erop neer dat artikel 25 een herformulering is van de omstrede enkele feit-constructie van artikel 5, tweede lid sub c Awgb. De regering kiest voor een tekstvoorstel van de Raad van State waarin onvoldoende tot uitdrukking komt dat het verschil in behandeling volgens de Richtlijn (artikel 4, tweede lid Kaderrichtlijn) uitsluitend gebaseerd mag zijn op de *godsdienst of overtuiging van een persoon* in de beroepscontext. Het kunnen derhalve uitsluitend zuiver godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen van de werknemer zijn, die er toe kunnen leiden dat instelling en werknemer of onderwijsinstelling en docent niet bij elkaar passen.

In artikel 25 wordt van de werknemer een houding van goede trouw en loyaliteit geëist. Dit impliceert dat de werkgever de geschiktheid van de werknemer voor de functie mag beoordelen op basis van de wijze waarop de werknemer zijn privé-leven gestalte geeft. De werkgever beoordeelt dan of privé-aangelegenheden van de werknemer al dan niet in de weg staan aan het op een geloofwaardige manier uitoefenen van de functie. Dat komt neer op hetzelfde beoordelingskader als de 'bijkomende omstandigheden' uit de omstrede enkele feit constructie. Om die reden wordt met het advies van de Raad van State onvoldoende tegemoet gekomen aan de kritiek op de enkele feit constructie.

Aanbeveling: *Duidelijker formuleren dat de werkgever van een instelling op godsdienstige of politieke grondslag de beoordeling van het functioneren van de werknemer niet mag meten aan de hand van criteria die verband houden met diens privé-leven.*

Lezenswaardig over dit onderwerp is onderstaande kritiek van M.J. Strijkers in de oordelenbundel 2009, Gelijke Behandeling: oordelen en commentaar (hoofddred. C.J. Forder) p. 135-137:

2.2. De Raad van State herformuleert de enkele feit-constructie

Na de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie volgt een maatschappelijk debat dat zich toespitst op de houdbaarheid van de enkele feit-

constructie, die ruimte biedt om homoseksuele leraren in het onderwijs te weigeren. De Regering wil de uitzonderingsbepaling aanvankelijk handhaven. Als gevolg van kritiek uit de Kamer vraagt zij de Raad van State in een adviesaanvraag de mogelijkheden voor een andere formulering te onderzoeken, zonder dat aan de huidige grondenrechtenbalans wordt gemorreld. De Raad van State stelt twee tekstvarianten voor waarin de term 'het enkele feit' niet voorkomt, maar de vage bijkomende omstandigheden die onderdeel uitmaken van het toetsingskader van de constructie, zijn geherintroduceerd met de zinsnede: 'dat een houding van goede trouw en loyaliteit nodig is voor de verwezenlijking van de grondslag'. Deze vereisten worden met zoveel woorden in artikel 4, tweede lid Kaderrichtlijn genoemd. Ik meen echter dat de Raad van State een beoordelingsfout maakt door deze geloofwaardigheidsvereisten als kernelementen te beschouwen, met als gevolg dat er hetzelfde belang aan wordt toegekend als aan de 'bijzondere omstandigheden' in de enkele feit-constructie. De Raad van State noemt dat ook andere gedragselementen dan die in het functionele verband (lees: het privéleven) ertoe kunnen bijdragen dat geen sprake is van de gevraagde loyaliteit. Maar dat staat niet in de Kaderrichtlijn. Het verschil in behandeling mag volgens de Richtlijn uitsluitend gebaseerd zijn op de *godsdienst of overtuiging van een persoon* in de beroepscontext. Het kunnen derhalve uitsluitend zuiver godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen van de werknemer zijn, die er toe kunnen leiden dat instelling en werknemer of onderwijsinstelling en docent niet bij elkaar passen. Het advies ontvangt forse kritiek:

- De tekstvoorstellen gaan uit van een nog ruimere interpretatie van de uitzonderingsbepaling in de Kaderrichtlijn dan met artikel 5, tweede lid sub c AWGB al het geval is. Instellingen met een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag krijgen meer mogelijkheden om homoseksuele medewerkers te ontslaan, indien zij volgens de school niet loyaal zijn aan de grondslag.
- De Regering vroeg in de adviesaanvraag naar mogelijkheden om de enkele feit-constructie te schrappen en tegelijkertijd de strekking te laten blijven bestaan. Deze gesloten vraagstelling heeft de Raad van State beperkt in zijn mogelijkheden een juridisch objectief advies te geven.
- Het advies is een verlaging van het reeds bestaande niveau van bescherming tegen discriminatie en dat is in strijd met de *stand-still* bepaling van artikel 8, tweede lid van de Kaderrichtlijn.

Het Kabinet geeft in reactie op het advies te kennen voor de volgende tekstvariant te kiezen die het meest aansluit bij de Kaderrichtlijn:

Een verschil in behandeling op grond van eisen die verband houden met godsdienst of levensovertuiging door:

a. instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag;

b. scholen voor bijzonder onderwijs op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag

vormt geen discriminatie indien deze eisen vanwege de aard van de onderscheiden specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling en de houding van goede trouw en loyaliteit die nodig zijn voor de verwezenlijking daarvan.

Frappant is dat zowel de Raad van State als de Regering in het geheel niet doordrongen zijn van de strekking van de ingebrekestelling, namelijk dat de huidige grondrechtenbalans wijziging behoeft in het licht van de Kaderrichtlijn en derhalve de noodzaak om de enkele feit-constructie te schrappen. De insteek van de Regering bestaat enkel uit het uitvoeren van een *cosmetische behandeling* van artikel 5, tweede lid sub c AWGB, waarmee beoogd wordt de onduidelijkheid over de taalkundige formulering weg te nemen, zonder dat de inhoud veranderd.

Artikel 27: Toegang tot bijzonder onderwijs

Artikel 27 vervangt het huidige artikel 7, tweede lid AWGB. Opmerkelijk is dat artikel 27 *hogere eisen* aan de leerling lijkt te stellen dan de huidige AWGB formulering, die alleen rept over 'eisen die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat'.

Door de toevoeging van de zinsnede 'en de houding van goede trouw en loyaliteit die nodig zijn voor de verwezenlijking daarvan' (lees: voor de verwezenlijking van de grondslag), wordt op zijn minst de indruk gewekt dat ook eisen aan de leerling kunnen worden gesteld die verband houden met zijn privé-leven. Het lijkt er daarmee sterk op dat de wetgever het tekstvoorstel uit het advies van de Raad van State niet alleen overneemt ten aanzien van de enkele feit constructie, maar dit eveneens toepast op de toegang tot het bijzonder onderwijs, met andere woorden: een uitbreiding van de eisen die scholen voor bijzonder onderwijs aan de leerlingen mogen stellen.

Aanbeveling: *De woordkeuze 'houding van goede trouw en loyaliteit' zijn voor meerdere uitleg vatbaar. Er kan in gelezen worden dat privé-gedrag van een leerling geen loyaliteit impliceert ten aanzien van de grondslag van de school. Teneinde elke onduidelijkheid te voorkomen wordt aanbevolen deze passage te schrappen en aansluiting te zoeken bij de huidige formulering van artikel 7, tweede lid Awgb waarin het onderschrijven van de grondslag van de school centraal staat. Deze formulering is duidelijker omdat deze geen twijfel laat over de vraag of de school een oordeel toekomt over het doen en laten in het privé-leven van een leerling in relatie tot het geschikt zijn voor het volgen van bijzonder onderwijs.*

Artikel 33: Vormvereisten aanbieden functie

De formulering van artikel 33, tweede lid, lijkt helder maar is dat in de praktijk voor veel werkgevers niet. Talrijk zijn de voorbeelden waarbij werkgevers bij een neutrale functiebenaming als bijvoorbeeld 'Jurist' of 'Hoofd Medische Dienst' weigeren de M/V vermelding op te nemen. Ironisch is dat juist het Ministerie van BZK zich hier in de praktijk schuldig aan maakt, zie bijvoorbeeld CGB oordeel 2008-2, en ter zitting een heel betoog houdt en zelf met een wetenschappelijke onderbouwing komt waarom de M/V vermelding achterwege kan blijven. Het ministerie gaat in 2010 met het plaatsen van een personeelsadvertentie wederom op dit punt in de fout.

Samenvatting oordeel 2008-2: De Minister maakt onderscheid op grond van geslacht door in haar personeelsadvertenties m/v vermelding achterwege te laten.

Inhoud: De Minister werft in personeelsadvertentie naar een Hoofd Medische Dienst waarin hij de m/v vermelding achterwege laat. Een anti discriminatie bureau acht deze handelswijze in strijd met artikel 3, vierde lid, WGB. Het ministerie acht een m/v vermelding niet noodzakelijk nu het hier om een neutrale functiebenaming gaat die zowel de mannelijke als de vrouwelijke vorm inhoudt. De neutraliteit van de functiebenaming laat onverlet de verplichting uit artikel 3, vierde lid, WGB m/v te vermelden in personeelsadvertenties indien niet zowel de vrouwelijke als de mannelijke functiebenaming wordt genoemd.

Eén werkgever betoogde zelfs met een beroep op Van Dale woordenboeken dat een secretaresse alleen een vrouw kan zijn omdat de mannelijke variant secretaris een wezenlijk andere functie is.

Aanbeveling: *De formulering van artikel 33 blinkt niet uit in helderheid. Om die reden wordt aanbevolen het artikel zo te formuleren dat de (M/V) vermelding standaard achter elke functie moet worden vermeldt, ongeacht of een neutrale functiebenaming wordt gebruikt, de mannelijke- of de vrouwelijke functiebenaming.*

Artikel 41: Bewijslast

In artikel 41, tweede lid wordt terugverwezen naar artikel 3 dat handelt over intimidatie en seksuele intimidatie. Het verband met redelijke aanpassingen is onbegrijpelijk. Wordt hier naar het juiste artikel verwezen?

Samenvattend verdient de Integratiewet AWGB op twee hoofdpunten duidelijker geformuleerd te worden:

- Ten aanzien van arbeid en godsdienst: in de Integratiewet wordt op meerdere terreinen 'een houding van trouw en loyaliteit' gevergd van leerlingen of medewerkers. Deze eisen kunnen betrekking hebben op gedragingen van medewerkers en leerlingen buiten de instelling en daarmee blijft de mogelijkheid behouden om in de persoonlijke levenssfeer te treden, vergelijkbaar met de 'cumulatieve bijzondere omstandigheden' in de huidige enkele feit constructie van artikel 5, tweede lid sub c Awgb. Deze indruk moet worden weggenomen.
- De wet leest rommelig omdat de discriminatiegronden, de werkingssfeer en de uitzonderingen kriskras door elkaar lopen waardoor men 'door de bomen het bos niet meer ziet'. Aanbevolen wordt om per discriminatiegrond in een aantal artikelen chronologisch de werkingssfeer en de uitzonderingen te benoemen.