

Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER)

Aan:
de Minister van SZW
de Minister van BZK
de Minister van GSI
de Staatssecretaris van SZW, mw Verstand-Bogaert

Datum
19 april 2000

Doorkiesnummer
370 7138

Onderwerp
Advies ontwerprichtlijnen ex artikel 13 EG-Verdrag

Bij het Verdrag van Amsterdam is een nieuw artikel 13 in het EG-Verdrag opgenomen, waarin de Raad de bevoegdheid wordt verleend om passende maatregelen te nemen tegen discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. Inmiddels heeft de Commissie op 6 januari jl. onder meer twee richtlijnvoorstellen naar de Raad gezonden. Het betreft een voorstel voor een richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling bij de arbeid en een voorstel voor een richtlijn houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming.

Op 1 maart jl. heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister voor Grote Steden- en Integratiebeleid, aan de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) advies gevraagd over enkele juridische aspecten van deze richtlijnvoorstellen. Daarbij werd de ICER verzocht medio april te adviseren, vanwege de toezending van een uitgebreide notitie ter zake aan de Tweede Kamer.

Vanwege de korte tijdsperiode die beschikbaar was voor de advisering door de ICER, kan slechts ingegaan worden op die vragen die in de adviesaanvraag expliciet zijn gesteld. De ICER komt tot de volgende conclusies en aanbevelingen:

Algemeen

Met betrekking tot de ontwerprichtlijnen merkt de ICER ten algemene op dat niet op alle punten afstemming op de gelijke behandelingsrichtlijnen naar geslacht lijkt te hebben plaatsgehad. Ook de verhouding tussen de beide ontwerprichtlijnen is niet zonder meer helder. De ICER heeft begrepen dat de Commissie in de onderhandelingen heeft aangekondigd de afstemming met de gelijke

behandelingsrichtlijnen naar geslacht in een apart traject op te nemen gedurende de implementatietermijn van de ontwerprichtlijnen. Bovendien zou de Commissie in geval beide ontwerprichtlijnen tegelijkertijd worden aangenomen, de onderlinge verhouding verduidelijken.

Hoewel dit op zichzelf aangeeft dat de afstemming op en tussen richtlijnen onderling de aandacht van de Commissie heeft, meent de ICER dat volledige duidelijkheid op beide aspecten geboden is. Zo zal de Commissie naar de mening van de ICER een helder tijdspad moeten aangeven met betrekking tot de aanpassing van de reeds bestaande gelijke behandelingsrichtlijnen naar geslacht. Daarbij is het naar de mening van de ICER gewenst dat de implementatietermijn van deze aanpassingen gelijk oploopt met de implementatietermijn van de ontwerprichtlijnen, zodat een gelijktijdige inwerkingtreding kan worden bereikt. Daarnaast zal de Commissie nu al duidelijk moeten aangeven welke bepalingen van de richtlijn ras en etnische afstamming naar haar mening in het licht van de kaderrichtlijn geschrapt kunnen worden.

Vraag 1 Nationaliteit

De bevoegdheid van de Raad om maatregelen vast te stellen op basis van artikel 13 EG omvat niet de vaststelling van maatregelen die betrekking hebben op een verbod van discriminatie naar nationaliteit. Wel meent de ICER dat het om redenen van kenbaarheid wenselijk kan zijn dat in de overwegingen een passage wordt opgenomen die duidelijk maakt dat de richtlijnen geen betrekking hebben op discriminatie naar nationaliteit of verblijfsstatus. Vanuit een oogpunt van wetgevingssystematiek verdient het echter geen aanbeveling een uitdrukkelijke uitsluiting op te nemen in het dispositief van de richtlijnen. In dat geval zouden immers ook andere discriminatiegronden moeten worden uitgesloten die thans niet zijn opgenomen in artikel 13 EG.

Vraag 2 Definitie indirect onderscheid

De mogelijkheden om op grond van de ontwerprichtlijnen indirect onderscheid aannemelijk te maken zijn ruimer dan op grond van de AWGB thans mogelijk is. Het gebruik van statistisch materiaal wordt namelijk niet voorgeschreven. Gelet op het belang dat de lidstaten op (inter)nationaal niveau beogen wordt te beschermen, kan tegen de aanpak van de Commissie geen bezwaar bestaan. De ICER beveelt dan ook aan dat bij de implementatie van de onderhavige richtlijnen, de definitie van indirect onderscheid zoals gebezigd in artikel 2 van beide ontwerprichtlijnen in de AWGB zal worden overgenomen. In de toelichting daarop zal moeten worden aangegeven op welke wijze indirect onderscheid volgens de richtlijnen aannemelijk kan worden gemaakt.

Voor de volledigheid wijst de ICER nog op de tekst van artikel 2 beide richtlijnen zoals dat artikel in de versie van 1 maart 2000 luidt. Dit artikel bevat drie leden. Naast het verbod op direct en indirect onderscheid in het eerste lid en een definitiebepaling van direct en indirect onderscheid in het tweede lid, bevat het derde lid een bepaling over bedreiging op een van de non-discriminatiegronden. De ICER is van mening dat dit derde lid de indruk kan wekken dat het hier een definitiebepaling betreft en tot misverstanden van leiden. Daarom beveelt de ICER aan het derde lid van artikel 2 naar artikel 10 te verplaatsten (victimisatieartikel, zie vraag 5), dan wel als een aparte bepaling in de richtlijnen op te nemen.

Vraag 3 Verenigbaarheid met andere grondrechten

Met de Commissie is de ICER van mening dat de lidstaten geen lijsten zouden moeten

samenstellen voor uitzonderingssituaties. Nederland zou gelet op de huidige rechtspraktijk inzake gelijke behandeling niet in staat zijn een limitatieve opsomming te geven van gevallen waarin in een uitzondering op het gelijkheidsbeginsel moet worden voorzien. Op grond van de uitleg die Commissie heeft gegeven omtrent doelstelling en inhoud van artikel 4 van de ontwerprichtlijnen, is de ICER voorts van mening dat het expliciet opnemen in de richtlijnen van een “enkele feit constructie” en/of een redelijkheidsuitzondering á la AWGB, niet moet worden nagestreefd. De ICER stelt voor te volstaan met de ruime uitzonderings- en afwijkingsmogelijkheden die de ontwerprichtlijnen bieden. Met name de ruimte om af te wijken van het gelijkheidsbeginsel bij de “genuine occupational qualification” van artikel 4 van de richtlijn wordt afdoende bevonden. De uitzonderingsbepalingen van de AWGB kunnen in de toekomst worden gebruikt als nadere uitwerking van de richtlijnen. Waar het gaat om specifieke functievereisten in de privé-sfeer en als het gaat om een organisatie met leden die een specifiek beroep uitoefenen, zou artikel 4 afdoende moeten zijn.

Daarbij wil de ICER apart aandacht vragen voor de formulering van het tweede lid van artikel 4 van de kaderrichtlijn. Hoewel de Commissie beoogt een verduidelijking van het eerste lid van artikel 4 uit te werken, is de gekozen redactie niet glashelder. In het tweede lid is opgenomen dat onverminderd lid 1 lidstaten mogen bepalen dat, in het geval van publieke of particuliere organisaties die rechtstreeks en hoofdzakelijk tot doel hebben bepaalde waarden op basis van godsdienst of levensovertuiging over te dragen het maken van onderscheid een wezenlijke beroepskwalificatie vormt. Zo kan de indruk worden gewekt dat instellingen die dat doel niet hebben maar wel op die grondslag zijn gestoeld (onderwijs, zorginstellingen), geen onderscheid mogen maken. De ICER beveelt aan om ofwel de gekozen formulering aan te passen opdat ondubbelzinnig blijkt dat het om een verduidelijking van het eerste lid gaat (door middel van de woorden ‘in ieder geval), ofwel om de inhoud van het tweede lid in de considerans een plaats te geven met een vergelijkbare verduidelijking.

In het licht van het voorgaande moet worden bezien of de uitzondering van artikel 3 AWGB in zijn huidige vorm gehandhaafd kan blijven. Naar de mening van de ICER verdient het aanbeveling om de Commissie te vragen of met het tweede lid van artikel 4 van de kaderrichtlijn een lidstaat de bevoegdheid wordt gegeven om arbeidsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt uit te zonderen van de werkingssfeer van de richtlijn, dan wel in hoeverre een dergelijke uitzondering gebaseerd kan worden op overweging 13 van de kaderrichtlijn.

Vraag 4 Verdeling bewijslast

Met betrekking tot de uitbreiding naar gevallen van directe discriminatie die de ontwerprichtlijnen behelzen, volstaat de ICER met verwijzing naar het standpunt dat is ingenomen bij de implementatie van de eerdergenoemde richtlijn verdeling bewijslast bij geslacht, te weten dat de kans op succes in een gerechtelijke procedure zal toenemen voor degene die stelt slachtoffer te zijn van direct onderscheid (kamerstukken II 1999/2000, 27 026, nr 3, p. 2). Vanuit juridisch optiek bestaat geen enkel bezwaar tegen deze uitbreiding.

In algemene zin kan worden opgemerkt dat het leveren van adequaat bewijs bij iedere vorm van discriminatie vaak problematisch is. De motieven die ten grondslag liggen aan de bewijslastverdeling gaan voor al deze gronden dan ook onverkort op. Het vergaren van informatie die nodig is voor het bewijs van discriminatie is voor de eisende partij veelal een probleem. De ICER meent dat een bewijslastverdeling dan een tegemoetkoming kan vormen. Met betrekking tot ras/etnische afstamming wordt een dergelijke verdeling van bewijslasten al op enige schaal door de nationale rechter toegepast. Ook voor zover het discriminatie op een van de andere gronden betreft ligt

het voor de hand om de richtlijnopdracht te verwezenlijken door middel van een soortgelijke verdeling van de bewijslast als bij geslacht is voorgesteld. Immers, ook voor iemand die meent gediscrimineerd te worden vanwege zijn leeftijd of seksuele geaardheid zal het lastig zijn om aan toereikende informatie te komen.

In de ontwerprichtlijnen is de mogelijkheid opgenomen het bestuursrecht van de bewijsregel uit te zonderen. Teneinde geen twijfel te laten bestaan over de mate waarin eiser een vermoeden moet opwerpen en vanwege eisen van kenbaarheid, beveelt de ICER aan ook voor het bestuursprocesrecht een regel omtrent verdeling van de bewijslast in discriminatiezaken op te nemen. Daarmee wordt tevens gewaarborgd dat er geen verschillen tussen de discriminatiegronden optreden, aangezien voor geslacht het bestuursprocesrecht ook niet is uitgezonderd.

Vraag 5 *Victimisatieartikel*

De ICER acht de voorgestelde uitbreiding van de bescherming tegen maatregelen die verband houden met betrokkenheid bij een klacht of procedure wegens ongelijke behandeling zinvol. Het maakt in principe geen verschil of iemand het slachtoffer is omdat hij bijvoorbeeld getuige was van of ondersteuning gaf aan iemand anders, of dat hij zelf het slachtoffer in eerste instantie was. Een positief gevolg van het expliciteren van de bedoelde beschermingsbepalingen is dat de kenbaarheid van de norm wordt vergroot.

De doelgroep waarop de bepalingen van de ontwerprichtlijnen inzake bescherming tegen represailles zien, is weinig bepaald. De ICER betwijfeld of een afgebakende doelgroep in deze mogelijk is. Het soort zaken waarom het gaat heeft bijna per definitie een hoog casuïstisch gehalte dat zich moeilijk in algemene termen laat beschrijven. Voorkomen moet worden dat door een niet-adequate beschrijving van de doelgroep iemand ten onrechte buiten het kader van de hier bedoelde bescherming zou komen te vallen. Het ontbreken van een duidelijke afbakening behoeft echter geen problemen te vormen. Degene die in een juridische procedure een beroep doet vanwege een vermeende discriminatie zal toch in elk geval moeten stellen en aannemelijk moeten maken dat een dergelijke situatie zich heeft voorgedaan. Het zal hierbij overigens niet in alle gevallen even eenvoudig zijn om aan te tonen dat er inderdaad sprake is van een concrete benadeling. Dit is echter inherent aan discriminatiezaken in het algemeen. Het nationale bewijsrecht zal, na de aanpassingen conform de richtlijnen, voldoende aanknopingspunten bieden voor de rechter om de bewijslast bij die partij te leggen die over adequate informatie beschikt.

Vraag 6 *Overgangsbepaling*

De ICER is van mening dat artikel 4, sub c, AWGB niet gehandhaafd kan worden, gelet op het feit dat de ontwerprichtlijnen geen specifieke voorziening bieden voor een overgangsbepaling en de jurisprudentie van het Hof geen ruimte biedt voor dergelijke bepalingen. Uit de parlementaire stukken blijkt dat de regering bij het formuleren van de uitzondering het oog had op bijvoorbeeld de regeling van het huwelijk in het Burgerlijk Wetboek, van de geestelijke verzorging in de Beginselenwet gevangeniswezen alsmede de Dienstplichtwet. Geen van deze regelingen valt onder de reikwijdte of is verboden ingevolge de ontwerprichtlijnen. De ICER beveelt evenwel aan dat op de kortst mogelijke termijn in interdepartementaal verband onderzocht wordt welke regelgeving eventueel aangepast moet worden aan de ontwerprichtlijnen zodat een afgewogen oordeel kan worden gegeven over de haalbaarheid van de voorgestelde implementatietermijn van 2 jaar. Indien deze termijn niet haalbaar is, beveelt de ICER aan in de onderhandelingen de nadruk te leggen op een langere implementatietermijn.

Vraag 7 Sancties

Het thans bestaande sanctiestelsel is, voor zover het de discriminatiegrond geslacht betreft, implementatie van diverse richtlijnen op dat terrein. De ICER hecht er in dat verband aan op te merken dat noch van de zijde van de nationale en de gemeenschapsrechter, noch van de zijde van de Europese Commissie op enigerlei wijze is gebleken dat het Nederlandse handhavings- en sanctiestelsel ontoereikend zou zijn. Verder verdient het opmerking dat de betreffende bepalingen uit de ontwerprichtlijnen geen specifieke voorschriften bevatten omtrent handhaving en sanctionering. Zoals eerder al is aangegeven kunnen deze bepalingen als standaardbepalingen worden gekarakteriseerd.

Een kanttekening wil de ICER maken. Met betrekking tot de onrechtmatige daadsactie zoals die in het Nederlandse burgerlijk recht bestaat, kan worden opgemerkt dat deze op zichzelf ruimte voor rechtvaardiging van de onrechtmatige gedraging laat. De Nederlandse rechter zal deze echter gemeenschapsrechtconform moeten uitleggen. Dat betekent dat in het geval de onrechtmatige gedraging zijn oorsprong vindt in discriminatie, er geen ruimte bestaat om na te gaan of ook aan de overige voorwaarden voor een succesvol beroep op artikel 6:162 BW is voldaan (in de lijn van het arrest Decker). De ICER geeft in overweging om in de AWGB deze bestendige jurisprudentielijn te expliciteren, opdat geen misverstand kan bestaan dat deze lijn ook voor andere discriminatiegronden dan geslacht opgeld doet. Indien dit niet wenselijk wordt geacht zal naar de mening van de ICER in de toelichting bij het implementatievoorstel uitdrukkelijk aandacht aan dit punt moeten worden besteed.

Namens de Interdepartementale Commissie Europees Recht

Th.J.A.M. de Bruijn
(eerste voorzitter)

G.N. Roes
(tweede voorzitter)

Postadres Secretariaat ICER:

*Kamer 4A44
Postbus 20061
2500 EB DEN HAAG
fax: (070) 3 48 51 28*