

Interdepartementale Commissie Europees Recht

Datum: 14 april 2000

Onderwerp: Advies ontwerprichtlijnen ex artikel 13 EG-Verdrag

1. Inleiding

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 inzake de voorstellen van de Europese Commissie ter uitvoering van artikel 13 EG-Verdrag (bijlage 1).

Door het Ministerie van OCW is apart een brief aan de ICER gezonden, waarin een aantal juridische voorvragen is geformuleerd waarvan beantwoording naar het oordeel van OCW essentieel is voor een goede, afgeronde oordeelsvorming over de voorstellen. Daarop heeft de ICER een adhocwerkgroep ingesteld die beantwoording van de gestelde vragen ter hand heeft genomen (zie startnotitie bijlage 2, zie voor samenstelling werkgroep bijlage 3). Daarbij is besloten het verzoek van het Ministerie van OCW ter kennis te stellen van de werkgroep zodat deze kan bezien in hoeverre de vragen meegenomen kunnen worden, gelet op de kaders van de adviesaanvraag en met inachtneming van hetgeen in BNC, CoCo en ministerraad ter zake is besloten.

In de adviesaanvraag van de Minister van SZW is aangegeven dat de vaste commissie voor SZW, mede namens de algemene commissie voor Europese Zaken, verzocht heeft om de Kamer voor 1 mei as. een uitgebreide notitie te doen toekomen over de Nederlandse inzet bij de ontwerprichtlijnen. Het advies van de ICER zou in die reactie meegenomen worden. In verband daarmee is de ICER verzocht uiterlijk medio april 2000 een advies uit te brengen.

De opzet van deze rapportage is als volgt. Allereerst zal kort doel en aanleiding van de betreffende ontwerprichtlijnen worden geschetst. Vervolgens zullen de vragen uit de adviesaanvraag achtereenvolgens aan de orde komen. en slotte zullen conclusies en aanbevelingen van de ICER worden samengevat.

2. Doel en aanleiding van de ontwerprichtlijnen

In het Verdrag van Amsterdam, dat op 1 mei 1999 in werking is getreden, is een nieuw artikel 13 in het EG-Verdrag opgenomen. Dit artikel verleent de Raad de bevoegdheid passende maatregelen te nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstemming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden. Tijdens de Europese Raad van Tampere is de Commissie verzocht zo spoedig mogelijk voorstellen in te dienen ter uitvoering van artikel 13 EG-Verdrag met betrekking tot de bestrijding van racisme en vreemdelingenhaat. Ter uitvoering hiervan 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 (hierna: de kaderrichtlijn) en een voorstel voor een richtlijn houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (hierna: richtlijn ras en etnische afstamming). Omdat discriminatie op grond van ras of etnische afstamming, godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap kan ondermijnen, in het bijzonder de verwezenlijking van een hoog niveau van werkgelegenheid en van

sociale bescherming, de verbetering van de levensstandaard en de kwaliteit van het bestaan, de vergroting van de economische en de sociale cohesie en van de solidariteit, alsmede de bevordering van het vrij verkeer van personen, dient binnen de gehele Gemeenschap elke directe of indirecte discriminatie op een van eerdergenoemde gronden verboden te zijn, aldus de considerans bij de ontwerprichtlijnen. De kaderrichtlijn is beperkt tot de arbeid, de richtlijn ras en etnische afstamming bestrijkt naast het terrein van de arbeid ook andere terreinen van de publieke en private sector, zoals bijvoorbeeld de sociale bescherming en sociale zekerheid, onderwijs en de toegang tot het aanbod van goederen en diensten.

3. Behandeling adviesaanvraag

In de adviesaanvraag wordt een zevental concrete vragen gesteld over mogelijke juridische problemen omtrent de ontwerprichtlijnen in het licht van onze eigen nationale regelgeving. Deze vragen komen hieronder puntsgewijs aan bod. De ICER is daarbij van de meest recente teksten van de ontwerprichtlijnen uitgegaan die ten tijde van het opstellen van het advies beschikbaar waren, te weten de teksten van 1 maart jl.

Met betrekking tot de vragen van het Ministerie van OCW heeft de ICER zich beraden op de mogelijkheden om deze vragen hier aan bod te laten komen. Gelet op de aard van de vragen (naar de rechtsgrondslag en het subsidiariteitsbeginsel), meent de ICER dat deze zich niet lenen voor inpassing in het kader van de adviesaanvraag. Daar komt bij dat de ministerraad zich al in positieve zin heeft uitgelaten over de subsidiariteittoets. Verder is in de onderhandelingen niet gebleken dat een van de lidstaten de rechtsbasis van de ontwerprichtlijnen ontoereikend acht. Op deze gronden heeft de ICER de vragen van het Ministerie van OCW buiten haar advisering gelaten.

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 afzonderlijk ter hand 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

In de toelichting bij artikel 1 van de richtlijn houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming staat dat de richtlijn geen verschillen in behandeling verbiedt op grond van nationaliteit.

Gevraagd wordt of het volgens de ICER nodig is een dergelijke beperking expliciet in de tekst van artikel 1 op te nemen.

De ICER meent dat deze vraag ontkennend kan worden beantwoord. Allereerst verdient opmerking dat de beide richtlijnen zijn gebaseerd op artikel 13 EG, welke bepaling ziet op de invoering van maatregelen tegen discriminatie op een aantal met name genoemde gronden. Deze opsomming bevat niet de discriminatiegrond "nationaliteit". Gelet op de gebruikte bewoordingen kan niet worden aanvaard dat deze bepaling betrekking heeft op andere gronden dan daarin vermeld. Bovendien kan worden gewezen op de context waarin deze bepaling is opgenomen. In het voorafgaande artikel 12 EG is reeds een verbod van discriminatie naar nationaliteit neergelegd, dat zich in het bijzonder richt op de gelijke behandeling van onderdanen van de lidstaten. Hieruit kan worden afgeleid dat de Verdragsopstellers bij de invoering van artikel 13 EG niet hebben bedoeld een impliciete bevoegdheid voor de Raad in het leven te roepen met betrekking tot een verbod van discriminatie naar nationaliteit. Geconcludeerd kan worden dat de bevoegdheid van de Raad om maatregelen vast te stellen op basis van artikel 13 EG dus niet omvat 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.

Ten overvloede merkt de ICER het volgende op. De omstandigheid dat de richtlijnen geen betrekking hebben op discriminatie naar nationaliteit brengt overigens niet met zich mee dat deze richtlijnen geen betekenis zouden hebben voor onderdanen van derde landen. De ICER wijst erop dat op de door de richtlijnen beoogde discriminatieverboden door eenieder een beroep kan worden gedaan. De kring van begunstigen omvat dus ook de onderdanen van derde landen die het slachtoffer zijn van discriminaties in de zin van de richtlijnen.

Vraag 2 Definitie indirecte discriminatie

In de adviesaanvraag wordt gevraagd naar de gevolgen van de definitie van indirect onderscheid in artikel 2 van beide ontwerprijlijnen voor de Nederlandse gelijke behandelingswetgeving.

In bijlage 4 is een schema opgenomen waarin de begrippen direct- en indirect onderscheid zoals die zijn opgenomen in artikel 2 van beide ontwerprijlijnen en de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) worden weergegeven. Met dit schema wordt een indruk gegeven van de verschillen in redactie tussen deze regelingen. Er wordt slechts verwezen naar de AWGB omdat daarin, met uitzondering van de gronden handicap en leeftijd, alle non-discriminatie gronden zijn genomen die ook in de ontwerprijlijnen voorkomen. Voor de gronden handicap en leeftijd is er in Nederland nog geen specifieke non-discriminatie wetgeving. Daarvoor zij verwezen naar het algemene discriminatie verbod van artikel 1 van de Grondwet. Ingevolge de toelichting op de AWGB kan indirect onderscheid in beginsel uitsluitend op grond van statistisch materiaal aannemelijk worden gemaakt. Daarbij is de EG-jurisprudentie op grond van het verbod van onderscheid naar geslacht bij de arbeid gevolgd.

Volgens de toelichting die de Europese Commissie bij de definitie van indirect onderscheid heeft gegeven, is het noodzakelijk geweest de EG-jurisprudentie op

grond van het verbod van onderscheid naar geslacht bij de arbeid, niet te volgen gelet op het verschil in de aard van de andere non-discriminatie gronden en het daarmee samenhangende feit dat niet steeds statisch materiaal voorhanden is. Gevolg van deze keuze is dat de mogelijkheden om op grond van de ontwerprichtlijnen indirect onderscheid aannemelijk te maken, ruimer zijn dan op grond van de AWGB. Immers, ook belanghebbenden die niet (kunnen) beschikken over statistische gegevens worden in de gelegenheid gesteld aannemelijk te maken dat er van indirect onderscheid sprake is c.q. een vermoeden van indirect onderscheid bestaat. Gelet op het belang dat de lidstaten op (inter)nationaal niveau beogen 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 kan 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

In de adviesaanvraag wordt gevraagd naar de verenigbaarheid van de ontwerprichtlijnen in hun huidige vorm met de bescherming van andere grondrechten zoals gegarandeerd door de Grondwet en nader uitgewerkt in de AWGB. Daarbij wordt in het bijzonder aandacht gevraagd voor het grondrecht ‘vrijheid van onderwijs’ en de instellingen voor bijzonder onderwijs en voor de positie van instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag en voor instellingen op politieke grondslag.

Voor beantwoording van deze vraag is het van belang te vermelden dat met name voor de bescherming van de andere grondrechten dan het recht op gelijke behandeling in de AWGB is gekozen voor een gesloten systeem, waarbij direct onderscheid is verboden, behoudens de in de wet neergelegde uitzonderingen en indirect onderscheid verboden is, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging kan worden aangedragen. De grondrechten waaraan in dit verband kan worden gedacht, zijn b.v. de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, het recht van vereniging, recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de vrijheid van onderwijs.

Uitzonderingen op het discriminatieverbod op grond van de ontwerprichtlijnen

zijn in de overwegingen en in het dispositief terug te vinden. Overweging 11, betreffende voorzieningen voor gehandicapten, overweging 12, “genuine occupational qualification” (specifieke kwalificatie-eisen t.b.v. een bepaalde functie), overweging 13, erkenning van de status van instellingen gebaseerd op godsdienst of levensovertuiging en overweging 14, betreffende voorkeursbeleid, geven aan dat de algemene richtlijn erkent dat uitzonderingen noodzakelijk zijn. Bepalingen om af te wijken van het voorschrift van gelijke behandeling zijn opgenomen in de artikelen 2, 4, 5 en 6 van de ontwerprichtlijnen. Op grond van artikel 2 van de beide

ontwerprichtlijnen is direct onderscheid zonder meer verboden en wordt indirect onderscheid dat objectief gerechtvaardigd toegestaan. In artikel 4 van beide richtlijnen is een ruime uitzonderingsbepaling opgenomen die het de lidstaten toestaat af te wijken van de verplichting tot gelijke behandeling, indien het een wezenlijke beroepskwalificatie betreft. Artikel 4 van de kaderrichtlijn bevat twee leden. Het eerste lid bepaalt dat ongeacht het verbod tot direct en indirect onderscheid zoals bepaald in artikel 2, de lidstaten kunnen bepalen dat er geen sprake is van ongelijke behandeling wanneer het wezenlijke beroepsactiviteiten betreft. Het oorspronkelijke tweede lid (tekst van 25 november 1999) gaf een nadere invulling aan het eerste lid ten behoeve van publieke en private organisaties die zich direct en hoofdzakelijk bezighouden met het geven van geestelijke begeleiding op basis van godsdienst en levensovertuiging op het gebied van onderwijs, informatieverschaffing en de meningsuiting en voor specifieke beroepsactiviteiten binnen de desbetreffende organisaties. In de tweede versie van het tweede lid (tekst van 1 maart 2000) is de expliciete vermelding van “geestelijke begeleiding op het gebied van godsdienst en levensovertuiging met betrekking tot onderwijs, informatieverschaffing en de meningsuiting” weggelaten. De betrokken instellingen moeten volgens deze versie, uitsluitend tot doel hebben het bevorderen van bepaalde waarden op basis van godsdienst en levensovertuiging. Het schrappen van de terreinen waarop de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging betrekking kan hebben, betekent een verruiming van de mogelijkheid tot het maken van uitzonderingen. Immers, de terreinen worden niet meer limitatief opgesomd. Artikel 5 van de ontwerprichtlijnen biedt de mogelijkheid tot het rechtvaardigen van verschillen in behandeling op grond van leeftijd. Artikel 6 biedt de lidstaten de mogelijkheid om voorkeursbeleid te voeren.

In de AWGB zijn bepalingen opgenomen teneinde onder bepaalde omstandigheden af te kunnen wijken van het verbod tot het maken van onderscheid op een of meer in die wet genoemde non-discriminatie gronden. Hierdoor is het mogelijk onderscheid te maken zonder dat er sprake is van discriminatie.

Afwijken van het verbod van direct onderscheid is toegestaan op grond van de artikelen 2, 3, 5 en 7 AWGB. Afwijken van het verbod van indirect onderscheid is toegestaan als daarvoor een objectieve rechtvaardiging is.

Artikel 2 AWGB, bevat specifieke uitzonderingsbepalingen met betrekking tot geslacht, ras en nationaliteit. Ook voorkeursbeleid is toegestaan t.a.v. de twee eerst genoemde non-discriminatie gronden. In artikel 3 AWGB is expliciet bepaald dat de rechtsverhoudingen binnen kerkelijke instellingen en het geestelijk ambt niet onder de werkingssfeer van de wet vallen. Artikel 5, lid 2 AWGB hanteert naast de genoemde algemene uitzonderingsbepalingen de zgn. *enkele feit-constructie* in relatie tot de vrijheid van godsdienst, politieke overtuiging en onderwijs. Dit houdt in, dat onderscheid gemaakt mag worden doch dat het onderscheidend criterium rechtens nimmer een zelfstandige reden mag zijn voor het maken van onderscheid op grond van ras, geslacht, nationaliteit, politieke gezindheid, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. De beoordeling van de concrete omstandigheden van het geval zal daarbij steeds uitsluitend moeten geven op de vraag of er sprake is van discriminatie. Daarnaast zijn er in de artikelen 5, leden 3, 4 en 5 AWGB *specifieke redelijkheidsuitzonderingen* genoemd. Zo is het beginsel van gelijke behandeling op het terrein van de werving en selectie, arbeidsvoorwaarden etc. niet van toepassing op eisen die gelet op het privé-karakter van de werkverhouding in redelijkheid aan de werkverhouding kunnen worden gesteld of op eisen die m.b.t. politieke gezindheid (verenigingsvrijheid) in redelijkheid kunnen worden gesteld i.v.m. vervulling van functies in bestuurs- en adviesorganen of vertrouwensfuncties.

Voor een beoordeling of de in de AWGB opgenomen uitzonderingsbepalingen gehandhaafd kunnen worden na de aanvaarding van de beide

richtlijnen is, naast de vergelijking van de uitzonderingsmogelijkheden, ook het verschil in reikwijdte van de ontwerprichtlijnen in relatie tot de non-discriminatiegronden van belang.

Ingevolge artikel 1 van de kaderrichtlijn gaat het om het toepassen van het gelijkheidsbeginsel ongeacht ras of etnische afstamming, godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd en seksuele gerichtheid. Volgens artikel 3 geldt dit t.a.v. alle sectoren van de overheid en het bedrijfsleven met betrekking tot (artikel 3.a) de toegang tot de arbeid, zelfstandige ondernemingen (vrije beroepen) en beroepsactiviteiten, inclusief de werving- en selectiecriteria ongeacht sector of bedrijfstak of activiteit, op alle niveaus in de organisatie en inclusief bevordering; (artikel 3.b) de toegang tot alle niveaus van beroepsvoorlichting/oriëntatie/begeleiding, beroepsopleiding, hogere beroepsopleiding en omscholing; (artikel 3.c) arbeid/werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, inclusief ontslag en beloning; (artikel 3.d) het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een organisatie van werknemers en werkgevers (vakbonden) of enige andere organisatie waarvan de leden een specifiek beroep uitoefenen alsmede de voordelen welke dergelijke organisaties bieden.

Ingevolge de ontwerprichtlijn ras en etnische afstamming is het gelijkheidsbeginsel bovendien van toepassing op sociale bescherming en sociale zekerheid, sociale voordelen, onderwijs, met inbegrip van subsidies en studiebeurzen, met volledige eerbiediging van de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de inhoud van het onderwijs en de opzet van het onderwijsstelsel en hun culturele en taalkundige verscheidenheid, en tot slot de toegang tot het aanbod van goederen en diensten. De uitzonderingsbepalingen die zijn opgenomen in de ontwerprichtlijnen zijn qua strekking vrijwel identiek aan het bepaalde in de AWGB, zij het dat artikel 5 AWGB geen voorziening kent voor (vak)organisaties en art. 6 AWGB met betrekking tot het vrije beroep geen mogelijkheden biedt om af te wijken van het gelijkheidsbeginsel. Ook de reikwijdte van de ontwerprichtlijnen in relatie met de non-discriminatiegronden vormt een goed kader om de AWGB in te passen.

De ICER heeft zich gelet op het voorgaande afgevraagd of er voor Nederland nog behoefte is aan een uitzondering conform de “enkele feit constructie” en/of een redelijkheids-uitzondering á la de AWGB.

Alternatief voor een expliciete “enkele feit constructie” en/of een redelijkheids-uitzondering á la de AWGB, zou kunnen zijn een lijst met uitzonderingen waarin wordt aangegeven in welke gevallen en onder welke omstandigheden het is toegestaan direct onderscheid te maken zonder dat er sprake is van discriminatie. Dit in navolging van de in artikel 2, lid 2, EG Richtlijn 76/207 van 9 februari 1976. Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om specifieke beroepsactiviteiten uit te zonderen van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid.

Bij de behandeling van de ontwerprichtlijnen ter uitvoering van artikel 13 EG-Verdrag heeft de Commissie opgemerkt dat artikel 2, lid 2, in richtlijn 76/207 de lidstaten alleen de mogelijkheid gaf om een lijst van factoren en activiteiten die uitgezonderd moesten worden vast te leggen. De Commissie is geen voorstander van het opstellen van lijsten in dit kader opdat elke werkgever/geadresseerde, per concreet geval verantwoordelijk kan worden gesteld voor het rechtvaardigen van het gemaakte onderscheid. In geval het een specifieke situatie zou betreffen zou daarbij een beroep kunnen worden gedaan op de uitzonderingsbepaling voor “genuine occupational qualification” van artikel 4. Volgens die Commissie bieden de ontwerprichtlijnen een ruim kader waarbinnen de lidstaten kunnen blijven.

Artikel 4, eerste lid, van de kaderrichtlijn zou door Nederland kunnen worden gebruikt voor o.a. het rechtvaardigen van de AWGB-uitzondering voor bijzonder onderwijs. Voor de richtlijn ras en etnische afstamming is voorts van belang dat ook artikel 7 AWGB dergelijke enkele-feitconstructies en specifieke

redelijkheidsuitzonderingen kent. Met name de vrijheid van onderwijs is in dit verband uitvoerig besproken tijdens de parlementaire behandeling van de AWGB. Tijdens de onderhandelingen in de Raadswerkgroep heeft Nederland expliciet aan de Commissie twee uitzonderingsgevallen voorgelegd. Een over de Joodse gouvernante in de privé-huis-houding en de ander over gerechtvaardigd onderscheid naar ras bij Joodse onderwijsinstellingen die bij de toelating onderscheid maken naar Joodse afkomst. De rechtvaardiging is gebaseerd op de godsdienstige overtuiging en de bijzondere samenhang met de geloofsovertuiging kan dit onderscheid onder omstandigheden rechtvaardigen. Desgevraagd heeft de Commissie aan de hand van deze casusposities bevestigd dat artikel 4 van de richtlijnen afdoende is in geval het gaat op specifieke persoonskenmerken. De Commissie bleek echter niet geneigd hiervoor aparte bepalingen in de richtlijnen op te nemen, zoals in de AWGB wel het geval is.

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 de 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 afwijkingmogelijkheden 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 van de ontwerprichtlijnen 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 wegens een kenmerk dat verband houdt met religie of geloof, geen discriminatie vormt als dat kenmerk 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 gezien of de uitzondering van artikel 3 AWGB in zijn huidige vorm gehandhaafd kan blijven. Het verdient 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 werkings sfeer van de richtlijn, dan wel in hoeverre een dergelijke uitzondering gebaseerd kan worden op overweging 13 van de kaderrichtlijn.

Vraag 4 Verdeling bewijslast

In de adviesaanvraag wordt gevraagd wat de gevolgen zijn voor de invoering van de omkering van de bewijslast voor de discriminatiegronden en welke juridische bezwaren of knelpunten daaraan mogelijk verbonden zijn.

In artikel 9 van de kaderrichtlijn en in artikel 8 van de richtlijn ras en etnische afstamming wordt bepaald dat de lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat, wanneer iemand die zich door niet-toepassing te zijnen aanzien van het beginsel van gelijke behandeling benadeelt acht, voor de rechter of een andere bevoegde instantie feiten aanvoert die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, de verweerder dient te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet werd geschonden. Deze verplichting geldt niet in strafzaken, tenzij de lidstaat anders bepaald. Verder is bepaald dat lidstaten deze bewijsregel niet hoeven toe te passen in zaken waarin het aan de rechter in kwestie is om de feiten te onderzoeken.

Het nationale bewijsrecht kent geen regels met betrekking tot discriminatiezaken. In het algemeen geldt de regel van artikel 177 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat op degene die stelt de bewijslast rust tenzij uit enige bijzondere regel of uit eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Ook voor het bestuursrecht zijn geen bewijsregels ter zake vastgelegd. In tegenstelling tot de burgerlijk rechter rust op de bestuursrechter een plicht tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden (art. 8:69, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht) en een bevoegdheid tot ambtshalve aanvulling van de feiten (idem, derde lid).

Het Hof van Justitie heeft in zijn jurisprudentie het leerstuk van de omkering van de bewijslast in gevallen van indirecte discriminatie naar geslacht ontwikkeld (vgl. o.m. C-170/84, Bilka, Jur. 1986-1607, C-109/88, Danfoss, Jur 1989-3199 en C-400/93, Royal Copenhagen, Jur. 1995 I-1275).

Toepassing van dit leerstuk vindt ook in de nationale rechtspraak plaats, zij het dat dit per geval ter beoordeling van de rechter staat. Indien aannemelijk is gemaakt dat een bepaalde gedraging/regel een bepaalde groep onevenredig raakt, kan de bewijslast voor een objectieve rechtvaardiging daarvan bij de verweerder worden gelegd¹. Deze jurisprudentie vindt zijn oorsprong in het arrest Binderen-Kaya van de Hoge Raad uit 1982², waar met betrekking tot onderscheid naar nationaliteit/etnische afstamming een verschuiving van de bewijslast plaatsvond. Met betrekking tot de discriminatiegrond ras/etnische afstamming wordt in de jurisprudentie door de Nederlandse rechter vaker een verschuiving van de bewijslast ten gunste van de eiser opgedragen³. De overwegingen die een rol spelen voor de verdeling van de bewijslast zijn terug te voeren op het gebrek aan inzicht en informatie van degene die meent ongelijk te worden behandeld.

Thans is bij de Tweede Kamer aanhangig een wetsvoorstel tot implementatie van Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht (hierna: de richtlijn) (kamerstukken II 1999/2000, 27 026). In deze richtlijn is een soortgelijke bepaling opgenomen als in de ontwerprichtlijnen. De richtlijn wordt geïmplementeerd door een bepaling in de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen met betrekking tot de bewijslastverdeling op te nemen. Deze bewijsregel richt zich zowel tot de burgerlijk rechter als tot de bestuursrechter.

¹ Vgl. o.m. HR 24 april 1992, NJ 1992, 689.

² NJ 1983, 687.

³ Vgl. o.m. Hof 's-Hertogenbosch 8 mei 1991, RR 269 en Rb. Maastricht 10 maart 1994, RR 343.

In de ontwerprichtlijnen wordt de verdeling van de bewijslast ten opzichte van de Nederlandse rechtspraak op drie onderdelen uitgebreid. Ten eerste wordt naast indirect onderscheid ook in gevallen van direct onderscheid een bewijslastverdeling voorgeschreven. Daarnaast worden de gronden waarop onderscheid niet is toegestaan uitgebreid met daarmee corresponderend de verplichting tot bewijslastverdeling. De vraag is welke –juridische- problemen deze voorgenomen uitbreiding voor Nederland met zich mee kunnen brengen. Ten slotte wordt het terrein waarop de bewijslastverdeling betrekking heeft ruimer, aangezien de richtlijn houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming een zeer ruime werkingssfeer kent.

Met betrekking tot de uitbreiding met de gevallen van directe discriminatie 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.

De tweede uitbreiding ziet op het aantal gronden dat ten grondslag ligt aan een gerechtelijke procedure wegens –vermeende- discriminatie. Naast de reeds bestaande grond geslacht zal ook in geval van onderscheid naar ras of etnische afstamming, godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid in een gerechtelijke procedure de bewijslast naar verweerder moeten verschuiven indien eiser feiten aanvoert die een vermoeden van –indirecte- discriminatie kunnen opleveren.

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. Nu het aantal discriminatiegronden wordt uitgebreid, is het al dan niet voorhanden hebben van statistisch materiaal een apart aandachtspunt. De Hofjurisprudentie met betrekking tot geslacht gaat veelal immers uit van het gebruik van statistisch materiaal. Voor lang niet alle gronden zal dit materiaal echter aanwezig zijn. Zo zal een werkgever slechts in beperkte gevallen mogen registreren welke etnische achtergrond zijn werknemers hebben. Omdat in de ontwerprichtlijnen niet dwingend het gebruik van statistisch materiaal bij de bewijsvoering wordt voorgeschreven, vormt de uitbreiding echter niet een probleem op dit punt. De wijze waarop het bewijs van al dan niet discriminatie moet worden geleverd verschilt immers per casuspositie. De nationale jurisprudentie leert dat een statistisch bewijs lang niet altijd nodig is.

Doordat de werkingssfeer van het verbod van discriminatie waarop de bewijslastverdeling ruimer is dan het terrein van de arbeid, zal ook de bestuursrechter, anders dan in ambtenarenzaken, met de bewijslastverdeling kunnen worden geconfronteerd. Op zichzelf bevatten de ontwerprichtlijnen de mogelijkheid die zaken uit te zonderen waarin het aan de rechtbank of een andere bevoegde instantie is om de

feiten te onderzoeken (art. 8, lid 4a, respectievelijk art. 9, lid 4a). Het bestuursrecht zou derhalve onder deze uitzonderingsgrond kunnen worden gebracht. Het is evenwel de vraag of een dergelijke uitzondering nodig en wenselijk is.

Vanuit nationale optiek bezien bestaat er op zich geen noodzaak voor een wettelijke regeling inzake de bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Sinds jaar en dag is immers al vaste jurisprudentie dat bij een niet direct onaannemelijk beroep op het gelijkheidsbeginsel de bewijslast verschuift naar het bestuursorgaan (de zgn. processuele functie van het gelijkheidsbeginsel). Wat evenwel onder de term 'niet direct onaannemelijk' moet worden verstaan zou beperkter dan de ontwerprichtlijnbevestigingen kunnen worden uitgelegd. Deze spreken immers van 'feiten aanvoeren ... die discriminatie kunnen doen vermoeden'. 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*

Artikel 10 van de kaderrichtlijn en artikel 9 van de richtlijn ras en etnische afstamming verplicht lidstaten in hun rechtssysteem maatregelen ter bescherming van personen die betrokken zijn geweest bij klachten of procedures inzake ongelijke behandeling, het zogenaamde victimisatieartikel. De ICER wordt een oordeel gevraagd over deze artikelen.

Op het eerste gezicht kan de formulering van artikel 10 ("werknemers") doen vermoeden dat deze betrekking heeft op de in eerste instantie getroffen werknemer. De formulering is echter gebruikt in die zin dat deze betrekking heeft op de groep van werknemers in het algemeen. De toelichting illustreert dit nog eens. "Aangezien angst voor ontslag in de regel een van de belangrijkste belemmeringen is voor individuele actie is het noodzakelijk *personen* te beschermen tegen ontslag of andere tegenmaatregelen naar aanleiding van een dergelijke actie (b.v. verlaging in rang of andere dwangmaatregelen)." Verder verlangt de kaderrichtlijn dat ook maatregelen in verband met bescherming tegen "andere nadelige behandeling" worden getroffen.

In de AWGB is de bescherming tegen victimisatieontslag nu geregeld in artikel 8, eerste lid. Deze bepaling heeft zowel betrekking op de civiele als op de publieke dienstbetrekking. In het algemeen geldt dat overtreding van regels van ambtenarenrecht in verband met gelijke behandeling bestuursrechtelijk is gesanctioneerd. In aanvulling op de bepalingen in de AWGB bevat het Algemeen Rijksambtenarenreglement nog een expliciete bescherming tegen victimisatieontslag van ambtenaren in tijdelijke dienst.

Artikel 8 heeft enkel betrekking op de gediscrimineerde werknemer, en niet op anderen. Bovendien heeft artikel 8 van de AWGB uitsluitend betrekking heeft ontslagbescherming. In het kader van de parlementaire behandeling van de AWGB is in de memorie van antwoord de vraag naar uitbreiding van de bescherming tegen victimisatieontslag tot bijvoorbeeld degenen die een actie tegen discriminatie voor een ander instellen nadrukkelijk onderwerp van discussie geweest (kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, pp. 23 en 24). Uitbreiding werd toen niet wenselijk geoordeeld. Er werd vanuit gegaan dat iemand die in het maatschappelijk verkeer, zowel in contractuele verhoudingen als buiten contractuele verhoudingen, benadeling ondervindt wegens het feit dat hij een beroep op de AWGB heeft gedaan, voldoende wordt beschermd door de algemene regels van burgerlijk recht inzake goede trouw en onrechtmatige daad.

Thans is de situatie zo dat een getuige van discriminatie die bijvoorbeeld te maken krijgt met een ontslagbedreiging, een juridische actie zal kunnen starten wegens de kennelijke onredelijkheid van dat ontslag (artikel 7:681 BW). Een ontslag kan kennelijk onredelijk worden geoordeeld wanneer de opzegging geschiedt zonder opgave van redenen of onder opgave van een voorgewende of valse reden. In de artikelen 7:681 en 7:682 BW zijn de mogelijke consequenties aangegeven van een eventueel kennelijk onredelijk ontslag: het door de rechter toekennen van een schadevergoeding, een veroordeling van de werkgever door de rechter tot herstel van de arbeidsovereenkomst of een door de rechter naar billijkheid vast te stellen afkoopsom.

Daarnaast brengt “goed werkgeverschap” (art. 7:611 BW) met zich mee dat een werknemer niet mag worden achtergesteld als deze een beroep heeft gedaan op non-discriminatiebeginselen.

Met de ontwerprichtlijnen wordt beoogd een doeltreffende brede wettelijke bescherming tegen vergeldingsmaatregelen. Voorkomen moet worden dat slachtoffers van hun rechten afzien omdat wanneer het risico bestaat dat er vergeldingsmaatregelen worden getroffen.

Lang niet altijd zal het gaan om situaties waarbij een ontslagdreiging aan de orde is waartegen eventueel kan worden geageerd op grond van de kennelijke onredelijkheid van dat mogelijke ontslag. Wil van een daadwerkelijke bescherming sprake zijn, dan zal deze zich ook dienen uit te strekken tegen andere mogelijke benadelingen door een werkgever. Het hoeft hier niet enkel te gaan om dwangmaatregelen (zoals genoemd in de toelichting op de kaderrichtlijn, bijvoorbeeld een verlaging in rang). Ook het ontbreken van promotiemogelijkheden kan hier bijvoorbeeld toe worden gerekend. De ICER acht dan ook de uitgebreidere bescherming van degenen die vallen binnen het bereik van de twee richtlijnen 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 betwijfelt 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

In artikel 13 van de kaderrichtlijn en van de ontwerprichtlijn ras en etnische afstamming wordt bepaald dat alle wettelijke en bestuurlijke bepalingen die met het beginsel van gelijke behandeling in strijd zijn, moeten worden afgeschaft. Gevraagd wordt in hoeverre in het licht van deze bepalingen artikel 4, sub c, van de AWGB gehandhaafd kan worden. Artikel 4, sub c, laat namelijk onverlet

“onderscheid dat gemaakt wordt bij of krachtens enige andere wet, welke voorafgaand aan deze wet in werking is getreden”.

Naast eisen aan vorm en inhoud van implementatiemaatregelen, kunnen uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie ook eisen met betrekking tot tijdigheid van de implementatie worden gedestilleerd. In het algemeen kan worden gesteld dat tijdigheid bij implementatie van een richtlijn betekent dat binnen de daarvoor in de richtlijn gestelde termijn *alle* wettelijke en bestuurlijke maatregelen moeten zijn vastgesteld en in werking zijn getreden, tenzij de richtlijn zelf uitdrukkelijk iets anders bepaald omtrent het tijdstip van inwerkingtreding van implementatiemaatregelen⁴. In de thans voorliggende tekst van de ontwerprichtlijnen is daarvan geen sprake.

Ook het creëren van een overgangstermijn waarbinnen ‘oude gevallen’ geleidelijk onder het regime van de richtlijn worden gebracht, is niet toelaatbaar, tenzij de richtlijn hiervoor uitdrukkelijk een voorziening heeft opgenomen⁵. De ontwerprichtlijnen voorzien hierin niet. In het algemeen kan worden gesteld dat de implementatietermijn die de richtlijn geeft als een overgangsperiode kan worden beschouwd. Het is zaak bij de onderhandelingen over de lengte van de implementatietermijn goed in het oog te houden welke wellicht omvangrijke inventarisaties in het nationale recht nog moeten plaatshebben om een duidelijk beeld te verkrijgen van de regelgeving en bestuurspraktijk die moet worden aangepast en tot welk tijdsbeslag dat naar verwachting zal leiden. In het licht van het bovenstaande is de ICER van mening dat artikel 4, sub c, AWGB niet gehandhaafd kan worden. 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

In beide ontwerprichtlijnen is een bepaling opgenomen die bepaalt dat de lidstaten het stelsel van sancties, van toepassing op overtredingen van de bij de tenuitvoerlegging van deze richtlijn opgestelde nationale bepalingen vaststellen en alle maatregelen treffen die nodig zijn om de daadwerkelijke toepassing van deze sancties te verzekeren. De aldus vastgestelde sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. In de adviesaanvraag wordt gevraagd of de bestaande nationale sanctiebepalingen voldoende zijn.

Het beginsel van gelijke behandeling is in Nederland met name uitgewerkt in de AWGB. De wet voorziet in een aantal sancties die worden of kunnen worden verbonden aan overtreding van de wet en de daarin opgenomen beginselen van gelijke behandeling.

In de eerste plaats is een beëindiging van de arbeidsverhouding door de werkgever, indien deze beëindiging in strijd is met de wet, op grond van artikel 8 van de AWGB

⁴ Bijvoorbeeld door in de richtlijn afzonderlijke bepalingen over het vaststellen van implementatiemaatregelen en over de inwerkingtreding van implementatiemaatregelen op te nemen, zie o.m. Richtlijn 89/622/EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de etikettering van tabaksproducten, PbEG L 359.

⁵ Zie Richtlijn 89/622/EEG, supra

vernietigbaar. Wel dient een werknemer binnen twee maanden na beëindiging van het dienstverband hierop een beroep te doen. Ook het zogeheten victimisatieontslag (zie verder onder vraag5) is op grond van artikel 8 vernietigbaar. Het artikel geldt zowel voor de civiele arbeidsverhouding als voor de publieke dienstbetrekking, zij het dat voor ambtelijke rechtsverhoudingen de termijnen van bezwaar en beroep van de Awb van toepassing zijn.

Artikel 9 van de AWGB bepaalt dat bedingen die in strijd zijn met deze wet (en dus een discriminatoir karakter hebben) *nietig* zijn.

In het Burgerlijk Wetboek is bepaald dat contractpartijen overeenkomstig de normen van de AWGB moeten handelen (art. 3:40 BW). Indien één van beide partijen dit nalaat, dan levert dit een tekortkoming van zijn kant op. De wederpartij is dan tot ontbinding van de overeenkomst gerechtigd. Indien er sprake is van een toerekenbare tekortkoming, dan is de schuldenaar gehouden tot *vergoeding* van de uit zijn tekortkoming voortvloeiende *schade*.

In niet-contractuele verhoudingen kan sprake zijn van een *onrechtmatige daad* in de zin van art. 6:162 BW. Handelen in strijd met het discriminatieverbod uit de AWGB levert op zichzelf een onrechtmatigheid op tenzij een beroep kan worden gedaan op een rechtvaardigingsgrond. Daarnaast zal moeten worden voldaan aan de andere eisen van artikel 6:162 BW. Er zal sprake moeten zijn van schade die het gevolg is van de onrechtmatige gedraging. De geschonden norm moet strekken tot bescherming van het geschonden belang (de Schutznorm). Verder moet de daad aan de dader kunnen worden toegerekend (artikel 6:162 lid 3).

Het arbeidsrecht kent een aantal specifieke sancties. Zo kan in gevallen waarin te laat loon betaald wordt een *vordering tot verhoging* worden ingesteld. Een preventieve sanctie is het vereiste van voorafgaande *toestemming* voor opzegging van de Regionaal Directeur Arbeidsvoorzieningsorganisatie.

In de Arbeidsomstandighedenwet 1998 is bepaald dat werkgevers bij het voeren van een arbobeleid ook aandacht moeten besteden aan bescherming tegen agressie en geweld. Deze verplichting voor de werkgever wordt *civielrechtelijk* gehandhaafd. Overtreding van de regels van ambtenarenrecht in verband met gelijke behandeling is bestuursrechtelijk gesanctioneerd. Zo kan het betrokken besluit *vernietigd* worden op grond van art. 8:72 Awb en kan een eventuele vordering tot schadevergoeding op grond van art. 8:73 Awb worden ingesteld.

Voor het *toezicht* op de naleving van de wet is de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) ingesteld. Deze Commissie kan een *onderzoek* instellen naar vermeende discriminaties, zowel op verzoek als uit eigen beweging. Naar aanleiding van ingesteld onderzoek kan de Commissie *aanbevelingen* doen aan degene die het onderscheid zou maken. Verder kan zij haar oordeel ter kennis doen komen van onder andere de betrokken ministers, werkgeversorganisaties e.d. Ook kan de Commissie een *vordering in rechte* instellen. Zij kan vorderen dat een bepaalde gedraging onrechtmatig wordt verklaard, dat deze wordt verboden of dat een bevel wordt gegeven om de gevolgen van die gedraging ongedaan te maken.

De sanctiebepaling van de ontwerprichtlijnen betreft een standaardbepaling die regelmatig voorkomt in richtlijnen. In beginsel zijn lidstaten vrij in hun keuze van sanctionering, mits maar passende maatregelen worden genomen (art. 10 EG-Verdrag; het beginsel van gemeenschapstrouw). Dat betekent dat het strafrecht, het bestuursrecht en/of het burgerlijk recht mogen worden ingezet. Uit de jurisprudentie van het Hof kunnen evenwel een aantal randvoorwaarden worden gedestilleerd die aan sanctionering verbonden zijn⁶:

⁶ Zie in dat verband de zaak 68/88, Jur. 1989, p. 2965, Griekse mais.

- de sanctie dient een doeltreffende reactie te geven op een overtreding van het communautaire recht en dient een geschikt en relevant middel te zijn om naleving te verzekeren (effectiviteitsbeginsel);
- voor rechten die uit communautaire voorschriften voortvloeien dient een zelfde beschermingsniveau te worden geboden als voor rechten van nationale oorsprong (gelijkwaardigheidsbeginsel)
- tussen de ernst van het feit en de zwaarte van de sanctie moet voldoende evenredigheid bestaan (evenredigheidsbeginsel)
- de sanctie dient een afschrikwekkend effect te hebben (beginsel van afschrikwekkend effect)⁷.

Het communautaire recht in het algemeen en de voorliggende richtlijnen in het bijzonder schrijven niet voor dat de sanctionering van de normen ertoe leidt dat er een situatie ontstaat alsof er geen discriminatie heeft plaatsgevonden. Lidstaten kunnen bijvoorbeeld ook kiezen voor een stelsel van schadevergoeding. In dat geval dient bedacht te worden dat het Hof heeft bepaald dat de enkele schending van het discriminatieverbod voldoende is om aansprakelijkheid aan te nemen en daarmee geen beroep op rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgronden mogelijk is⁸.

Het thans bestaande sanctiestelsel is, voor zover het de discriminatiegrond geslacht betreft, implementatie van diverse richtlijnen op dat terrein. De ICER merkt op 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 ontwerp-richtlijnen geen specifieke voorschriften bevatten omtrent handhaving en sanctionering. Zoals eerder al is aangegeven kunnen deze bepalingen als standaardbepalingen worden gekarakteriseerd. Een paar aspecten verdienen evenwel de aandacht.

In de eerste plaats kunnen de vernietigbaarheid en de nietigheid van opzeggingen van arbeidsovereenkomsten respectievelijk discriminatoire bedingen in het licht van het doel van de ontwerp-richtlijnen als effectief worden beschouwd, doordat de gevolgen van een discriminatie ongedaan worden gemaakt. De ICER meent dat de termijnen voor het instellen van een vordering wegens vernietiging geen probleem hoeven te vormen. Zij wijst in dit verband op het arrest in zaak C-312/93, Peterbroeck, waarin een soortgelijke termijn (te weten zestig dagen) het Hof op zichzelf geen aanleiding tot kritiek gaf⁹.

Met betrekking tot de onrechtmatige daadsoort 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.

⁷ Zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jur. 1984, p. 1891. In dit arrest deed het Hof ook een aantal suggesties voor het geval het verbod van seksdiscriminatie wordt overtreden in sollicitatieprocedures. In dit geval valt volgens het Hof te denken aan een verplichting op de werkgever om toch de gediscrimineerde sollicitant aan te stellen, of wel een passende vergoeding aan de sollicitant toe te kennen.

⁸ Zie zaak C-177/88 Dekker, Jur. 1990, p. I-3941

⁹ Jur. 1995, blz. I-4599.

In het burgerlijk recht is de mogelijkheid van groepsacties opgenomen. (art. 3:305a BW) zodat niet de benadeelden zelf, maar bijvoorbeeld organisaties die voor hun belangen opkomen een onrechtmatige daadsactie in kunnen stellen. Bij dergelijke groepsacties kan geen vordering tot schadevergoeding worden ingesteld. De ICER meent dat de ontwerprichtlijnen geen aanleiding geven om dit alsnog te overwegen; het niet in kunnen stellen van een vordering tot schadevergoeding is inherent aan de groepsactie. Bovendien staan bij groepsacties voldoende andere vorderingen open, zoals het vorderen van wijziging van beleid van een werkgever of het verzoeken om een declaratoire uitspraak, zodat van dergelijke acties voldoende sanctionerende werking uit kan gaan.

Ten slotte kan worden opgemerkt dat de specifieke sancties zoals die door de CGB kunnen worden opgelegd (aanbevelingen en openbaarmaking) op zichzelf niet bindend zijn voor de overtreder van het discriminatieverbod (er bestaat geen plicht tot naleving van de aanbevelingen). Desalniettemin meent de ICER dat hiervan wel degelijk een afschrikkende werking uit zal gaan.

4. 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 wetgevingsystematiek 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 kan 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 gezien 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.

Bijlage 3 Samenstelling werkgroep

Leden

mr Ivo van der Steen (Dienst Juridische Zaken, BZ)

mr Gerla voorbraak (Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, BZK)

mr Michiel Ooschot (Directie Wetgeving, Justitie)

mr Nanette van Schelven (Directie Wetgeving, Justitie), tevens redacteur

mr Jeanine Schukking (Directie Wetgeving en Juridische Zaken, OCW)

mr drs Eric ter Bals (Directie Wetgeving, Bestuurlijke en Juridische Aangelegenheden, SZW)

mr Thomien Miedema, (Directie Wetgeving en Juridische Zaken, VWS)

Bijlage 4

Schematisch overzicht

	Artikel 13 EG-Verdrag	AWGB
Discriminatie verbod	Direct en indirect onderscheid	Direct en indirect onderscheid
Definitie direct onderscheid	Wanneer iemand op grond van ras, etnische afkomst, religie of levensovertuiging, handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid minder gunstig dan een ander is, werd of zou zijn behandeld.	Direct onderscheid tussen personen op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.
Definitie indirect onderscheid	<i>(In navolging van de O'Flynn zaak)</i> onderscheid waarbij een schijnbaar neutra(a)l(e) voorziening, criterium of praktijk, vanwege zijn aard/karakter achterstelling teweegbrengt, tenzij dit gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de wijze waarop dit bereikt wordt geschikt en noodzakelijk is.	Onderscheid op grond van een andere hoedanigheid of gedraging, dat direct onderscheid tot gevolg heeft en leidt tot benadeling van hoofdzakelijk personen met de in de wet genoemde persoonskenmerken
Inhoud verbod (zie opmerking en hieronder)	Direct en indirect onderscheid is verboden, tenzij een objectieve rechtvaardiging op grond van artikel 4 kan worden aangevoerd.	- Direct onderscheid is verboden, behoudens de in de wet neergelegde uitzonderingen (zie artikel 2, 3, 5 en 7) - Indirect onderscheid is verboden, tenzij dit aan de hand van criteria objectief gerechtvaardigd kan worden. Deze <u>criteria</u> zijn: <input type="checkbox"/> de ter bereiking van het doel gekozen middelen dienen te beantwoorden aan een werkelijke behoefte (van de onderneming) <input type="checkbox"/> moeten geschikt zijn om dat doel te bereiken <input type="checkbox"/> daarvoor ook noodzakelijk zijn <input type="checkbox"/> en aan het nagestreefde doel is ieder ongerechtvaardigd onderscheid vreemd.
Aanmelijk maken van onderscheid	Verwijst rechtstreeks naar een van de nondiscriminatiegronden, is feitelijk waarneembaar of het is te beredeneren dat uit gedraging of regeling direct onderscheid zal voortvloeien Er is geen statistisch materiaal nodig en er moet worden vastgesteld dat een regeling in de praktijk een bepaalde persoon of groep kan benadelen (zie <i>O'Flynn zaak, overweging 21</i>)	verwijst rechtstreeks naar een van de nondiscriminatiegronden, is feitelijk waarneembaar of het is te beredeneren dat uit gedraging of regeling direct onderscheid zal voortvloeien aannemelijk maken via statistisch materiaal

	c t		
--	--------	--	--