

## **Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER)**

Datum: 22 juni 2001  
Onderwerp: implementatie richtlijnen o.g.v. art. 13 EG-Verdrag; integraal advies

### **1. Inleiding**

Op 9 mei jl. heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, mede namens de Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, van Justitie, van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen en van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, aan de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) advies gevraagd inzake de implementatie richtlijnen o.g.v. artikel 13 EG-Verdrag (bijlage 3). Bij de adviesaanvraag was een conceptnotitie van het kabinet gevoegd inzake de zogenoemde gemeenschappelijke bepalingen uit de gelijke behandelingsrichtlijnen die in 2000 tot stand zijn gekomen ter uitwerking van artikel 13 EG-Verdrag (hierna: de conceptnotitie). Zowel de ICER als de Commissie Gelijke Behandeling zijn gevraagd in dit kader te adviseren. Daarop heeft de ICER een adhocwerkgroep ingesteld (zie voor samenstelling werkgroep bijlage 4) die de advisering over de voorgestelde implementatievoorstellen heeft voorbereid. Deze werkgroep kwam in de periode mei-juni 2001 drie maal bijeen.

De adviesaanvraag betreft de implementatie van de richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling bij de arbeid (richtlijn 2000/78/EG van 27 november 2000) en de richtlijn houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000). Over de ontwerpen van deze richtlijnen heeft de ICER vorig jaar, op verzoek van de Minister van SZW mede namens de Staatssecretaris van SZW, de Minister van BZK en de Minister voor GSI, advies uitgebracht over enkele juridische aspecten van deze richtlijnvoorstellen (ICER 2000/30 en 30a). De algemene conclusie was dat aanvaarding van de richtlijnen niet tot grote knelpunten voor de Nederlandse regelgeving en rechtspraktijk behoefde te leiden. Wel heeft de ICER aanbevelingen gedaan ten behoeve van verduidelijking van de richtlijnvoorstellen.

Dit advies is als volgt opgezet. Ten eerste is een kort overzicht gegeven van de relevante nationale en Europese regelgeving (paragraaf 2). In paragraaf 3 zal de voorgestelde wijze van implementatie van de richtlijnen in algemene zin worden besproken, met aansluitend (paragraaf 4) overwegingen met betrekking tot de samenhang van de implementatieregelgeving. In paragraaf 5 zal vervolgens in detail worden ingegaan op de verschillende voorstellen voor implementatie zoals beschreven in de conceptnotitie. Dit zal per af te stemmen onderwerp gebeuren.

### **2. Schets van het EG-recht en het nationale recht.**

De Raad heeft vorig jaar op basis van artikel 13 EG een tweetal richtlijnen vastgesteld die beogen het beginsel van gelijke behandeling binnen de Gemeenschap verder gestalte te geven. Het betreft hier:

- Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB 2000, L 303, blz. 16; hierna: “kaderrichtlijn”). Deze richtlijn heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden bij het werken in loondienst of als zelfstandige. De implementatie van de richtlijn dient uiterlijk op 2 december 2003 in werking te treden.

- Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (PB 2000, L 180 blz. 22; hierna: “rasrichtlijn”). Deze richtlijn heeft tot doel een kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van ras of etnische afstamming, zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden op gebieden zoals onderwijs, sociale bescherming met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg, sociale voordelen en de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten. De implementatie van de richtlijn dient uiterlijk 19 juli 2003 in werking te treden.

Beide richtlijnen bevatten onder meer voorschriften en uitzonderingen inzake directe en indirecte discriminatie, intimidatie, het geven van een opdracht tot discriminatie, het lidmaatschap of de betrokkenheid bij diverse organisaties, het verschuiven van de bewijslast en victimisatie.

Deze richtlijnen zullen moeten worden omgezet in nationale wetgeving. In Nederland gaat het om aanpassing van bestaande wetgeving en wetgeving in wording:

1. de Algemene wet gelijke behandeling (*Stb.* 1994, 230; hierna: Awgb). De Awgb bevat een verbod van onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat.
2. het wetsvoorstel Verbod op leeftijdsdiscriminatie (ter vervanging van een eerder ingediend wetsvoorstel: zie Kamerstukken II 1999/2000, 26 880, nrs. 1–2).
3. het in voorbereiding zijnde wetsvoorstel Gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Kamerstukken II 1999/2000, 24 170, nr. 55).

Tenslotte kan worden gewezen op een in procedure zijnde ontwerprichtlijn tot wijziging van de zogenoemde Tweede richtlijn gelijke behandeling van mannen en vrouwen<sup>1</sup>. Over deze ontwerprichtlijn is in de Raad van 11 juni jl. een politiek akkoord bereikt<sup>2</sup>. Omdat deze wijziging ook ten doel heeft de richtlijn qua terminologie af te stemmen op de kaderrichtlijn, zien de opvattingen van de ICER voor zover van toepassing ook op de implementatie te zijner tijd van deze wijzigingsrichtlijn.

### 3. Wijze van implementatie

#### 3.1 Implementatie via drie wetsvoorstellen

De kaderrichtlijn en de rasrichtlijn worden geïmplementeerd in de vorm van drie afzonderlijke wetsvoorstellen. In de adviesaanvraag wordt erop gewezen dat de richtlijnen gevolgen hebben voor de Awgb en de wetsvoorstellen leeftijdsdiscriminatie en handicap. Ook wordt aangegeven dat de gemeenschappelijke bepalingen in deze wetsvoorstellen zijn bestudeerd met het oog op hun onderlinge afstemming. De gemeenschappelijkheid van de drie dossiers wordt in de conceptnotitie ook aangegeven met een aantal voorbeelden: het begrip discriminatie, het lidmaatschap van en de betrokkenheid bij bepaalde organisaties, de bewijslastverdeling, positieve actie, victimisatie en sancties.

De drie afzonderlijke wetsvoorstellen worden door drie verschillende ministeries voorbereid (BZK, VWS en SZW). De drie voorstellen verkeren elk in een ander stadium van het wetgevingsproces, zij het dat alle drie de voorstellen nog aan de Raad van State voor advies moeten worden voorgelegd<sup>3</sup>. Ook de politieke en maatschappelijke context van de drie voorstellen verschilt in sterke mate.

---

<sup>1</sup> Voorstel voor wijziging van Richtlijn 76/207/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden.

<sup>2</sup> Het voorstel is gepubliceerd in PB 2000, C 337, E/204.

<sup>3</sup> In de conceptnotitie is aangegeven dat het wetsvoorstel Verbod op leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid zal

Met de onderhavige conceptnotitie wordt beoogd de inzet van het kabinet ten aanzien van de implementatie van de rasrichtlijn en de kaderrichtlijn te bepalen. De in de notitie neergelegde afspraken over de wijze van implementatie, waaronder ook de wetgevingsarchitectuur en de precieze bewoordingen van de bepalingen in de afzonderlijke wetsvoorstellen, laten onverlet dat in het kader van het wetgevingsproces, mede onder invloed van de andere actoren in dat proces (de Raad van State en de Tweede Kamer) wijzigingen kunnen worden aangebracht in de wetsvoorstellen.

Een wetsvoorstel ter bestrijding van leeftijdsdiscriminatie bij de arbeid is al twee maal bij de Tweede Kamer ingediend en heeft zeer zwaarwegende kritiek van de Raad van State ontmoet (twee keer “niet aldus”). Het voorontwerp van het wetsvoorstel tegen discriminatie van gehandicapten en chronisch zieken heeft een langdurige en moeizame voorgeschiedenis gekend. Gelet op de daaruit blijkende politieke gevoeligheid en juridische complexiteit van de onderhavige materie is de ICER van mening dat de veronderstelling dat de vele onderwerpen die de drie dossiers gemeenschappelijk hebben, in dit voorstadium van het wetgevingsproces kunnen worden afgehandeld, niet realistisch is. De ICER heeft kennis genomen van het feit dat toezeggingen omtrent de respectieve wetsvoorstellen inzake leeftijd en inzake handicap met een strakke tijdplanning aan de Tweede Kamer zijn gedaan. Indien zou worden vastgehouden aan implementatie via afzonderlijke wetsvoorstellen meent de ICER dat het vanuit implementatieperspectief ten minste noodzakelijk is om over de notitie het advies van de Raad van State in te winnen alvorens deze aan de Tweede Kamer te zenden.

Aangezien de implementatie van de richtlijnen voor de thans in de Awgb opgenomen gronden het minst problematisch is en mede gelet op de langere implementatietermijnen in de richtlijn voor leeftijd en handicap, is het waarschijnlijk dat een aanpassing van de Awgb aan de richtlijnen het snelste het wetgevingsproces zal doorlopen. De ICER gaat er dan ook van uit dat de aanpassing van de Awgb aan de beide richtlijnen het kader vormt voor de wetsvoorstellen met betrekking tot leeftijd en handicap.

### *3.2 Het meenemen van “nationaal beleid”*

Niet alle non-discriminatiegronden zijn in juridisch opzicht gelijk. Dat geldt voor de thans reeds in de Awgb opgenomen gronden, maar evenzeer voor de “nieuwe” gronden handicap en leeftijd. De bestaande Nederlandse wetgeving heeft voor een groot deel de gemeenschappelijke onderwerpen echter op een uniforme wijze vorm gegeven. Ook voor de in de notitie aangegeven gemeenschappelijke onderwerpen lijkt het zinvol die aanpak vast te houden: regel gemeenschappelijk wat gemeenschappelijk kan. In de Awgb komen de non-discriminatiegronden “politieke gezindheid”, “nationaliteit” en “burgerlijke staat” reeds voor. Deze gronden vallen echter niet onder de onderhavige richtlijnen.

Aanwijzing nr. 337 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar) bevat als uitgangspunt dat bij implementatie in de implementatieregeling geen andere regels worden opgenomen dan die voor de implementatie noodzakelijk zijn. Gelet op de uitvoerbaarheid en toegankelijkheid van de wetgeving kunnen er echter goede redenen zijn om bij de implementatie van de richtlijnen geen verschil te maken tussen die gronden en de in de richtlijnen opgenomen gronden. De ICER meent dat het belang van het op een uniforme wijze regelen van de onderwerpen die de verschillende non-discriminatiegronden gemeenschappelijk hebben zo’n reden kan zijn. Bovendien gaat het in het onderhavige geval niet zozeer om het meenemen van extra nationaal beleid, maar om het handhaven van een bestaande wettelijke systematiek.

De ICER adviseert evenwel eerst de vraag te beantwoorden of het meenemen van het hiervoor bedoelde element van nationaal beleid niet onnodige vertraging in het wetgevingsproces met zich

---

worden ingetrokken en een nieuw wetsvoorstel Gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid aan de Raad van State ter advisering zal worden voorgelegd.

meebrengt waardoor het risico ontstaat dat de richtlijnen niet tijdig zullen worden geïmplementeerd. In dat laatste geval adviseert de ICER het handhaven van de bestaande systematiek te heroverwegen.

#### **4. De onderlinge samenhang van de implementatieregelgeving**

##### *4.1 De verhouding Awgb-Wgb*

Bij de totstandkoming van de Awgb is de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (Wgb) als aparte wet in stand gelaten. De motivering daarvan was gelegen in het feit dat die wet een uitputtende regeling in overeenstemming met de eerste en tweede gelijke behandelingsrichtlijnen<sup>4</sup> ter zake bevat en dat de bepalingen van die wetgeving wegens hun specifieke karakter voorrang hebben boven hetgeen meer algemeen in de Awgb is geregeld. Gelet op het feit dat in het kader van de implementatie van de onderhavige richtlijnen de stroomlijning van de wetgeving niet behoort te worden meegenomen, dient een integratie van de Awgb en de Wgb in beginsel niet bij de implementatie te worden meegenomen. De verhouding tussen de Awgb en de Wgb wordt echter wel buitengewoon complex, nu de Awgb voor onderscheid op grond van geslacht ook wordt uitgebreid met regels over onder meer positieve actie, victimisatie en sancties. Daardoor zal de Awgb in bepaalde opzichten op het terrein van de arbeid voor onderscheid op grond van geslacht een betere rechtsbescherming tegen discriminatie bieden dan de Wgb, terwijl oorspronkelijk het omgekeerde werd beoogd. De ICER adviseert met nadruk te bezien op welke wijze de onderlinge afstemming van beide wetten in de toekomst zal plaatsvinden. De in de loop van dit jaar te verwachten "evaluatiwet" Awgb - het wetsvoorstel dat voortvloeit uit de eerste evaluatie van de Awgb - is het kader waarin het gesignaleerde afstemmingsprobleem aan de orde dient te komen. Alsdan zal naar verwachting ook de aangekondigde wijziging van de tweede gelijke behandelingsrichtlijn zijn afgerond, zodat bezien kan worden tot welke wijzigingen deze richtlijn moet leiden.

##### *4.2 Voorrang voor aanpassing van de Awgb*

De implementatie van de rasrichtlijn dient uiterlijk op 19 juli 2003 in werking te treden; de implementatie van de kaderrichtlijn voor de daarin genoemde gronden, met uitzondering van de gronden leeftijd en handicap, dient uiterlijk 2 december 2003 in werking te treden. Dit brengt mee dat een wetsvoorstel tot wijziging van de Awgb waarmee de beide richtlijnen voor de thans in de Awgb opgenomen non-discriminatiegronden worden geïmplementeerd, uiterlijk 18 juli 2003 het Staatsblad moet hebben bereikt. Dit geeft de wetgever zo'n twee jaar om deze wetgeving tot stand te brengen. Gelet op de relatie tussen het wetsvoorstel tot aanpassing van de Awgb en de wetsvoorstellen met betrekking tot leeftijd en handicap, is het wenselijk de aanpassing van de Awgb op een zo mogelijk eerder tijdstip tot stand te brengen. Gegeven de afhankelijkheid van de twee andere wetsvoorstellen van die aanpassing van de Awgb, dient de aanpassing van de Awgb dan ook met de hoogste prioriteit te worden ingediend (en niet pas eind 2001, zoals aangegeven op blz. 2 van de conceptnotitie). De ICER adviseert dan ook de implementatie in de Awgb als eerste ter hand te nemen.

De aanpassing van de Awgb aan de richtlijn is bovendien niet controversieel en minder complex en kan dus ook sneller tot stand komen. Verder wijst de ICER erop dat voor de criteria "leeftijd" en "handicap" de kaderrichtlijn op goede gronden - het gaat bij leeftijd en handicap om complexe en (ook voor Nederland) nieuwe wetgeving - een langere implementatietermijn mogelijk maakt, te weten tot 2 december 2006.

---

<sup>4</sup> Richtlijn 75/117/EEG betreffende toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, PB 1975, L 45 blz. 19 en Richtlijn 76/207/EEG betreffende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van arbeidsvoorwaarden, PB 1976, L 39 blz. 40.

Tenslotte wijst de ICER erop dat de (impliciete) voorrang die in de conceptnotitie wordt gegeven aan het wetsvoorstel leeftijdsdiscriminatie, niet goed verenigbaar is met de kortere implementatietermijn die resteert voor de rasrichtlijn.

Op grond van het vorenstaande adviseert de ICER de Minister van BZK als eerstverantwoordelijke voor dat wetsvoorstel, te bevorderen dat het wetsvoorstel tot aanpassing van de Awgb kort na het zomerreces bij de Raad van State wordt ingediend.

#### *4.3 De gekozen wetgevingsarchitectuur m.b.t. leeftijd en handicap*

Terwijl op Europees niveau een kaderrichtlijn tot stand is gekomen waarin - behoudens enkele specifieke bepalingen voor leeftijd en handicap - voor de afzonderlijke non-discriminatiegronden gemeenschappelijke bepalingen voorkomen, vindt blijkens de conceptnotitie de implementatie in Nederland niet alleen gefaseerd plaats, maar is het ook de bedoeling voor de gronden leeftijd en handicap afzonderlijke, nieuwe wetten tot stand te brengen. Gelet op het bestaan van overkoepelende EG-regelgeving voor de verschillende non-discriminatiegronden wil de ICER er op wijzen dat een dergelijke aanpak vanuit Europeesrechtelijk perspectief risico's met zich meebrengt<sup>5</sup>.

Verschillende wetten, met elk een eigen wetsgeschiedenis en onderlinge verschillen in opzet en redactie, ook waar het bepalingen betreft die uitvoering geven aan gemeenschappelijke bepalingen uit de kaderrichtlijn, maken de kans dat bepalingen van de richtlijn in een van de drie afzonderlijke wetten niet of niet juist worden geïmplementeerd, naar de mening van de ICER onnodig groot. De richtlijn geeft geen aanleiding om bij de implementatie van gemeenschappelijke bepalingen uit de kaderrichtlijn (discriminatiebegrip, bewijslastverdeling, positieve actie, victimisatie en sancties) onderscheid te maken tussen de in de richtlijn opgenomen non-discriminatiegronden. Bovendien zullen, indien de kaderrichtlijn in drie afzonderlijke wetten wordt geïmplementeerd, bij volgende wijzigingen of uitbreidingen van de kaderrichtlijn in beginsel telkens drie wetten moeten worden aangepast.

De ICER geeft om die redenen in overweging de wetgeving zo op te zetten dat verschil in bewoordingen of betekenis van de gemeenschappelijke bepalingen in de drie wetsvoorstellen wordt voorkomen. Hiervoor zijn verschillende oplossingen denkbaar. De meeste waarborgen voor een eenduidige implementatie biedt een constructie waarbij de gronden handicap en leeftijd ook in de Awgb worden opgenomen<sup>6</sup> (uiteraard met behoud van de gekozen reikwijdte op normatieve opzet van de afzonderlijke voorstellen). Die oplossing heeft vanuit het perspectief van een heldere en doelmatige implementatie de voorkeur<sup>7</sup>. Wel tekent de ICER daarbij aan dat bezien moet worden of deze oplossing, gelet op de noodzaak tijdig te implementeren, haalbaar is. Andere oplossingen die de ICER wil aanreiken zijn in de wetsvoorstellen met betrekking tot leeftijd en handicap rechtstreeks de bepalingen van de Awgb van toepassing verklaren of daarin de letterlijke tekst van de desbetreffende bepalingen in de Awgb herhalen.

---

<sup>5</sup> De ICER laat verder onbesproken mogelijke problemen met betrekking tot de toegankelijkheid van de regelgeving die daardoor ontstaat, op een terrein dat in vele opzichten complex is.

<sup>6</sup> Dat naast het zogenaamde "gesloten systeem" van de Awgb voor de daarin nu reeds opgenomen non-discriminatiegronden in de Awgb voor de nieuwe gronden "leeftijd" en "handicap" een minder gesloten of open systeem van uitzonderingen op het verbod van onderscheid moet worden opgenomen is niet bezwaarlijk, nu dat door specifieke bepalingen voor die gronden kan worden opgelost. Ook de Awgb kent thans in de artikelen 2, tweede tot en met vijfde lid, 5, zesde lid, 7, tweede lid, tweede volzin, en 29 specifieke bepalingen voor de afzonderlijke non-discriminatiegronden. Voor zover de richtlijnen dat toelaten is maatwerk voor de afzonderlijke gronden in de Awgb mogelijk.

<sup>7</sup> De ICER is zich ervan bewust dat destijds bij de totstandkoming van de Awgb een andere opvatting is aangehangen. Omdat inmiddels het bereik van de EG-richtlijnen op het terrein van gelijke behandeling zo ruim is geworden, meent de ICER dat er thans redenen aanwezig zijn de opvattingen uit het verleden te heroverwegen.

## 5. Centrale begrippen

In de conceptnotitie worden enkele centrale begrippen onder de loep genomen in verband met de onderlinge afstemming van de gelijke behandelingsdossiers. In verband daarmee zijn deze begrippen voor deze dossiers in hun onderlinge samenhang bestudeerd. Vanwege de spoedeisendheid waarmee de adviesaanvraag uitgevoerd moet worden, beperkt de ICER zich tot enkele opmerkingen / kanttekeningen bij de conclusies van de conceptnotitie.

*a. Het discriminatiebegrip c.s. en de in verband daarmee beoogde systematiek voor de implementatiewetgeving (de paragrafen 1 t/m 1.4 van de conceptnotitie)*

De kaderrichtlijn strekt ertoe “een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie” op de in de richtlijn genoemde discriminatiegronden “zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling kan worden toegepast” (art.1). Daarbij verstaat de richtlijn onder “het beginsel van gelijke behandeling”: “de afwezigheid van elke vorm van directe of indirecte discriminatie” op basis van een van de in de richtlijn genoemde discriminatiegronden (art.2, eerste lid). In artikel 2, tweede lid, van de richtlijn wordt vervolgens nader bepaald wat onder “directe” resp. “indirecte” discriminatie dient te worden verstaan. Van directe discriminatie is sprake “wanneer iemand *ongunstiger wordt behandeld* dan een ander *in een vergelijkbare situatie* is of zou worden behandeld” op basis van een van de door de richtlijn bestreken discriminatiegronden. Van indirecte discriminatie is sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde hoedanigheid in vergelijking met andere personen “bijzonder benadeelt”, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze “objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn” (de bepaling van artikel 2, tweede lid onder b, ii, blijft in dit kader verder onbesproken).

Deze benadering van het discriminatiebegrip is afgeleid van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG (hierna: het Hof), en past ook overigens in de internationaalrechtelijke jurisprudentie.

Deze systematiek van de kaderrichtlijn wijkt af van de systematiek die thans in de Nederlandse gelijke behandelingswetgeving is neergelegd. Die wetgeving gaat niet uit van een verbod van (directe of indirecte) discriminatie, maar van een *verbod van (direct of indirect) onderscheid op basis van de in de wet genoemde onderscheidende criteria*. Hierbij wordt gedoeld op elk onderscheid, ongeacht of hiermee een ongunstiger behandeling of een bijzondere benadeling gepaard gaat<sup>8</sup>.

Indirect onderscheid wordt in het kader van deze wetgeving gedefinieerd als: onderscheid op basis van een ander onderscheidend criterium dan de in de wet genoemde, dat direct onderscheid op basis van de in de wet genoemde onderscheidende criteria tot gevolg heeft (art.1, onder c, Awgb; art.1 Wgb; art.7:646, vijfde lid, BW). Deze wetgeving voorziet vervolgens in een aantal uitzonderingen op het onderscheidverbod. Wat betreft het direct onderscheid betreft dit onder meer gevallen waarin het geslacht, de uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras, of de nationaliteit bepalend is, zoals nader bij amvb geregeld (art.2, tweede, vierde, vijfde en zesde lid, Awgb; art.5 Wgb; art.7:646, tweede lid, BW). Wat betreft het indirect onderscheid voorziet de

---

<sup>8</sup> In de conceptnotitie wordt gesteld (par.1.1) dat de strekking van het in de kaderrichtlijn neergelegde discriminatieverbod is “het verbieden van onderscheid op grond van de in de richtlijnen genoemde eigenschappen of kenmerken die voor het bepalen van rechten of plichten op een bepaald terrein niet relevant zijn”. Gelet op het vorenstaande behoeft deze passage naar de mening van de ICER precisering. De richtlijn verzet zich slechts tegen het maken van onderscheid, voor zover dit onderscheid een ongunstiger behandeling c.q. een bijzondere benadeling van personen impliceert.

wetgeving in de algemene uitzondering dat dit verbod niet geldt “ten aanzien van indirect onderscheid dat objectief gerechtvaardigd is”(art.2, eerste lid, Awgb; art.6 Wgb; art.7:646, zesde lid, BW).

In hoofdstuk 1 van de conceptnotitie wordt ingegaan op de vraag, of het wenselijk of noodzakelijk is deze in de Nederlandse wetgeving opgenomen systematiek meer af te stemmen op de systematiek van de kaderrichtlijn.

De conceptnotitie gaat er van uit dat de uitvoering van de richtlijn niet mag leiden tot enigerlei verlaging van het reeds bestaande beschermingsniveau, dat de thans in de Nederlandse wetgeving neergelegde systematiek een hoger beschermingsniveau biedt, en dat derhalve de bestaande systematiek van een verbod van onderscheid dient te worden gehandhaafd, c.q. niet kan worden gewijzigd (par. 1.3). Hieraan wordt evenwel toegevoegd, dat wel verduidelijking van het begrip indirect onderscheid aangewezen is; dit zou moeten worden gedefinieerd als “onderscheid ... dat in het bijzonder het belang van personen (met een bepaalde godsdienst, etc.) treft”. Voorts gaat de conceptnotitie er van uit (par. 1.4) dat bij de uitzondering op het verbod van indirect onderscheid de bewoordingen van de kaderrichtlijn moeten worden overgenomen (i.e.: het verbod van indirect onderscheid geldt niet indien het onderscheid “objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”).

Naar aanleiding hiervan merkt de ICER het volgende op.

Het is volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG<sup>9</sup> niet vereist dat bij de omzetting van een richtlijn in nationaal recht de bepalingen ervan formeel en woordelijk in uitdrukkelijk specifieke nationaalrechtelijke bepalingen worden opgenomen, zoals in par. 1.2 van de notitie wordt opgemerkt. In het algemeen is het echter wenselijk dat, indien er geen belangrijke redenen zijn om af te wijken, waar mogelijk wordt aangesloten bij het begrippenkader en de daarbij behorende systematiek, als neergelegd in de Europese regelgeving. Dit om de vereiste mate van rechtszekerheid en duidelijkheid te creëren. In Ar 56 is daarom aangegeven dat voor de terminologie in nationale regelgeving in beginsel wordt aangesloten bij die van verwante communautaire regelgeving, hetgeen valt te bewerkstelligen door bepalingen daaruit in dezelfde bewoordingen over te nemen dan wel daarnaar te verwijzen.

De conceptnotitie gaat ervan uit dat deze benadering zou leiden tot een verlaging van het door de wetgeving geboden beschermingsniveau, doch deze stelling wordt in de conceptnotitie niet nader onderbouwd. Deze stelling lijkt ook niet goed verenigbaar met de eveneens in de conceptnotitie voorkomende stelling (slot par. 1.2) “dat de huidige uitwerking van het beginsel van gelijke behandeling in een verbod op onderscheid tot hetzelfde resultaat leidt als de richtlijnen”. De ICER laat evenwel in het midden of het beschermingsniveau van de nationale regelgeving verder reikt dan dat van de richtlijnen ter zake. Indien het standpunt wordt vastgehouden dat door de thans in de Nederlandse wetgeving vastgelegde benadering een verdergaande bescherming wordt beoogd dan uit de uit de kaderrichtlijn voortvloeit, behoeft dit niet te verhinderen dat bij de implementatie van de Kaderrichtlijn het daarin neergelegde begrippenkader en bijbehorende systematiek worden gevolgd. Alsdan zou het de voorkeur verdienen om, aansluitende bij de normen, zoals die voortvloeien uit de Europese regelgeving, aanvullende normen vast te stellen waarin de verdergaande bescherming wordt vastgelegd. Door een zodanige benadering wordt de transparantie gediend, in die zin, dat zichtbaar wordt welke normen een Europese oorsprong hebben –ten aanzien van die normen bestaat er geen nationale beleidsvrijheid meer en is uiteindelijk de interpretatie van het Hof maatgevend- en welke normen een nationaalrechtelijke oorsprong hebben –ten aanzien van deze normen bestaat een nationale beleidsvrijheid en is uiteindelijk de interpretatie van de nationale rechter maatgevend. Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld de verhouding tussen de artikelen 7:662 en 7:663 BW (implementatie) en artikel 37 e.v. van de Wet personenvervoer 2000 (nationaal beleid).

---

<sup>9</sup> Vgl. zaken C-190/90, Jur. 1992 blz. I-3265 en C-144/99, n.n.g.

De in de conceptnotitie voorkomende stelling, dat uit overweging 28 en artikel 8 van de kaderrichtlijn zou voortvloeien dat de thans in de Nederlandse gelijke behandelingswetgeving gehanteerde begrippenkader en systematiek dient te worden gehandhaafd, wordt, gezien het vorenstaande, door de ICER niet zonder meer onderschreven. Aansluiting bij de bewoordingen en systematiek van de kaderrichtlijn is, voor zover de ICER thans kan overzien, mogelijk zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het beschermingsniveau dat door de thans geldende gelijke behandelingswetgeving wordt geboden. Deels wordt dit in de conceptnotitie ook erkend, waar deze er van uitgaat dat de formulering van de rechtvaardigingsgrond voor indirect onderscheid dienen te worden aangepast aan die van de kaderrichtlijn. De vraag rijst evenwel, waarom ook bij de overwogen wijziging van de omschrijving van het verbod van indirect onderscheid (een onderscheid “dat .. het belang van personen .. treft”) niet meer wordt aangesloten bij de precieze formulering van artikel 2, tweede lid onder b, van de kaderrichtlijn (een onderscheid “dat ... personen ... in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt”). Tenslotte rijst de vraag, waarom in de Nederlandse gelijke behandelingswetgeving niet meer aansluiting wordt gezocht bij het Europeesrechtelijke verbod van discriminatie, gedefinieerd overeenkomstig artikel 2 van de kaderrichtlijn, in plaats van het thans geldende verbod van onderscheid.

Gelet op het vorenstaande adviseert de ICER te heroverwegen of een verdere aansluiting van de implementatiewetgeving bij de Europeesrechtelijke opzet en bewoordingen van de discriminatieverboden niet in de rede ligt. Indien daaraan inhoudelijke bezwaren verbonden mochten zijn, zal ten minste in de uiteindelijke uit te brengen notitie nader aangegeven moeten worden op welke punten door een dergelijke benadering een verlaging van het beschermingsniveau zou optreden. Omdat de kaderrichtlijn rechten en plichten voor particulieren in het leven roept, luistert de implementatie in verband met de vereisten van rechtszekerheid en kenbaarheid bijzonder nauw. Gelet op de Hofrechtspraak ter zake dient de implementatie dan ook zo specifiek, nauwkeurig en duidelijk te worden uitgevoerd, opdat particulieren in staat zijn om de volle omvang van hun rechten en verplichtingen met zekerheid te kennen<sup>10</sup>. In dat licht adviseert de ICER om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de normen, zoals die voortvloeien uit de Europese regelgeving, en desgewenst aanvullende normen vast te stellen waarin de verdergaande bescherming wordt vastgelegd<sup>11</sup>.

*b. Lidmaatschap werkgevers- en werknemersorganisaties en verenigingen van beroepsgenoten*

Artikel 3, eerste lid, onderdeel d, van de kaderrichtlijn en van de richtlijn bepaalt dat het lidmaatschap van of de betrokkenheid bij een werkgevers- of werknemersorganisatie of een organisatie van beroepsgenoten, waaronder de voordelen die deze organisaties bieden, onder de werkingssfeer van de richtlijnen vallen.

Volgens de conceptnotitie biedt een samenstel van nationale en internationale bepalingen reeds bescherming tegen onderscheid bij het lidmaatschap van werkgevers- of werknemersorganisaties of organisaties van beroepsgenoten. Genoemd worden artikel 1 Grondwet, de Awgb en ILO-verdrag nr. 87.

Terecht wordt in de conceptnotitie opgemerkt dat het genoemde samenstel van (inter)nationale bepalingen in bepaalde mate bescherming biedt tegen discriminatie, maar dat niet volledig kan worden gegarandeerd dat hiermee de bescherming wordt geboden die de richtlijnen eisen. De ICER wijst in dit verband op de specifieke bescherming die door de kaderrichtlijn wordt geboden op het gebied van onder meer indirecte discriminatie, intimidatie, het opdracht geven tot discriminatie, victimisatie en verschuiving van de bewijslast. Zonder een uitdrukkelijke regeling van het verbod van discriminatie op het hier genoemde terrein in de context van de implementatie

<sup>10</sup> Vgl. zaak C-339/87, Jur. 1990 blz. I-851.

<sup>11</sup> Complicerende factor is dat in de voorgestelde wijziging van de tweede gelijke behandelingsrichtlijn de definities niet exact overeenkomen met die van de kaderrichtlijn. Naar de mening van de ICER onderstreept dit nog eens de noodzaak, omwille van een juiste en volledige implementatie, zo veel mogelijk bij de bewoordingen van de richtlijnen aan te sluiten.



van de beide richtlijnen zou voor de belanghebbenden niet duidelijk zijn dat zij zich op deze door de richtlijn voorgeschreven bescherming kunnen beroepen.

Dit vloeit ook voort uit vaste rechtspraak van het Hof<sup>12</sup>. De uitvoering van een richtlijn vereist weliswaar niet noodzakelijkerwijs een optreden van de wetgever van elke lidstaat, maar het betrokken nationale recht dient daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn te verzekeren. Ook moet de uit dit nationale recht voortvloeiende rechtssituatie voldoende bepaald en duidelijk zijn en moeten de begunstigen in staat zijn, kennis te nemen van al hun rechten en deze zo nodig geldend te maken voor de nationale rechterlijke instanties.

Deze laatste voorwaarde is volgens het Hof van bijzonder groot belang wanneer een richtlijn rechten toekent aan onderdanen van andere lidstaten. Dit is in casu het geval, omdat de richtlijnen volgens de twaalfde, respectievelijk dertiende overweging van de consideransen ervan beogen in de gehele Gemeenschap elke directe of indirecte discriminatie op grond van desbetreffende gronden op de door deze richtlijnen bestreken gebieden te verbieden. Dit verbod van discriminatie geldt overigens ook voor onderdanen van derde landen. De ICER onderschrijft daarom de wenselijkheid van een uitdrukkelijke regeling.

Volgens de conceptnotitie wordt op dit terrein een verbod van onderscheid voorgesteld, zonder specifieke uitzonderingen. Daardoor zijn ten aanzien van het lidmaatschap van en de betrokkenheid bij werkgevers- en werknemersorganisaties en verenigingen van beroepsgenoten alleen de algemene uitzonderingen van de Awgb van toepassing. De ICER meent dat een zodanig ongeclausuleerd verbod een verdergaande beperking van de vrijheid van vereniging oplevert dan de richtlijn voorschrijft. Vooral het ontbreken van het element van “benadeling” maakt hier de bepaling onnodig rigide. Daardoor wordt de legitieme vrijheid om zich te organiseren naar een bepaalde doelgroep onnodig beperkt. Indien meer wordt aangesloten bij het begrippenkader van de richtlijnen, doet zich dit probleem niet voor<sup>13</sup>. Indien vastgehouden wordt aan de bestaande terminologie, adviseert de ICER te onderzoeken of ten aanzien van het verbod van onderscheid bij het lidmaatschap van en de betrokkenheid bij werkgevers- en werknemersorganisaties en verenigingen van beroepsgenoten ook specifieke uitzonderingen kunnen worden geformuleerd die volgens de richtlijn mogelijk zijn. De ICER merkt voorts op dat de aan het slot van paragraaf 5 van de conceptnotitie opgenomen passage over positieve actie meer vragen oproept dan deze beantwoordt. Organisatie in vakverenigingen naar bepaalde doelgroepen is immers in de regel niet gebaseerd op positieve-actiebeleid, maar op specifieke belangenbehartiging. De desbetreffende passage ware op deze plaats te schrappen.

### *c. Arbeidsomstandigheden*

In de notitie wordt gewezen op verschillen tussen de Nederlandse tekst enerzijds en de Franse en Engelse versie anderzijds. In de Nederlandse versie valt het arbeidsomstandighedenterrein niet expliciet onder de reikwijdte van de richtlijn, in de andere versies wel.

De ICER wijst er allereerst op dat de verschillende taalversies gelijkelijk authentiek zijn. Dat betekent dat de uitlegging van een EG-bepaling dan ook vergelijking van de verschillende taalversies met zich meebrengt<sup>14</sup>. Indien er sprake is van een kennelijke taalfout in de Nederlandse versie van de richtlijn, is het aangewezen hierover contact op te nemen met de betrokken dienst, het DG of met het Secretariaat van de Raad. Bezien moet worden of een rectificatieprocedure zinvol is<sup>15</sup>. Alsdan kan zekerheid worden verkregen over de precieze reikwijdte van de richtlijnbeepaling en de daarmee samenhangende implementatieplicht. Omdat de richtlijn minimumharmonisatie beoogt, kan overigens besloten worden om verder te gaan dan de richtlijn strikt genomen voorschrijft. De ICER wijst er evenwel op dat in dat geval sprake is van extra nationaal beleid en geen strikte implementatie.

---

<sup>12</sup> HvJEG 10 mei 2001, Commissie tegen Nederland, C-144/99, n.g., punten 17-18; HvJEG 23 maart 1995, Commissie/Griekenland, C-365/93, Jur. 1995 blz. I-499, punt 9.

<sup>13</sup> Vgl. het advies van de ICER in §5, onderdeel a.

<sup>14</sup> Zaak 283/81, CILFIT, Jur. 1982 blz. 3415.

<sup>15</sup> Zie voor een beschrijving van de formele en de informele rectificatieprocedure “101 Praktijkvragen over de implementatie van EG-besluiten”, SDU, Den Haag 1998, blz. 90 e.v..

*d. Wezenlijke en bepalende beroepsvereisten*

De conceptnotitie geeft een uitgebreide analyse van de verschillen en overeenkomsten tussen het Europese en het nationale recht op dit punt. Het valt de ICER op dat concrete conclusies t.a.v. de implementatie op dit punt ontbreken. De ICER beveelt dan ook aan om de desbetreffende passage met conclusies en een voorstel voor implementatie aan te vullen.

*e. Positieve actie*

Uitgaande van het verbod van gelijke behandeling, als gedefinieerd in de kaderrichtlijn, bevat deze ten aanzien van de positieve actie de volgende hoofdbepaling:

Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid in het beroepsleven te waarborgen, specifieke maatregelen handhaaft of treft om de nadelen verband houdende met een van de in artikel 1 genoemde gronden te voorkomen of te compenseren.

Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in de rasrichtlijn.

Artikel 7, vierde lid, van de thans geldende Tweede gelijke behandelingsrichtlijn bevat eveneens een bepaling met betrekking tot positieve actie, in een formulering die afwijkt van die van de kaderrichtlijn:

Deze richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden.

Blijkens het op 11 juni 2001 aanvaarde gemeenschappelijk standpunt ten aanzien van wijziging van de Tweede gelijke behandelingsrichtlijn wordt beoogd dit artikel 7, vierde lid, binnenkort te vervangen door de volgende tekst:

Pursuant to Article 141(4) of the Treaty, Member States may maintain or adopt positive measures with a view to ensuring full equality in practice between men and women.

Het verdragsartikel waarnaar dit toekomstige richtlijnartikel zal verwijzen luidt als volgt:

Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren.

De huidige gelijke behandelingswetgeving bevat ten aanzien van positieve actie de navolgende bepaling (art.2, derde lid, Awgb; de artikelen 5, eerste lid, WGB en 7:646, vierde lid, BW bevatten een in essentie identieke bepaling):

Het in deze wet neergelegde verbod van onderscheid geldt niet, indien het onderscheid ten doel heeft .. personen .. een bevoorrechte positie toe te kennen ten einde feitelijke ongelijkheden op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.

Deze bepaling was onder meer de implementatie van het thans geldende art.2, vierde lid, van de Tweede gelijke behandelingsrichtlijn.

De conceptnotitie houdt in essentie het volgende in:

a. In aanvulling op de thans in de wetgeving neergelegde mogelijkheden van positieve actie, zal deze mogelijkheid eveneens in de wetgeving worden neergelegd t.a.v. personen die behoren tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep of met een handicap of chronische ziekte. Er

bestaat geen aanleiding dit te doen t.a.v. personen met een bepaalde godsdienst/ overtuiging of leeftijd.

b. Hoewel de bewoordingen van de thans geldende bepaling in de Awgb m.b.t. positieve actie afwijkt van de formulering van kaderrichtlijn en rasrichtlijn, zijn er geen inhoudelijke verschillen. Aanpassing van de redactie van artikel 2, derde lid, Awgb wordt niet nodig geacht.

De ICER merkt naar aanleiding hiervan het volgende op.

Ad a. Artikel 7, eerste lid, van de kaderrichtlijn verleent de lid-staten -onder restricties- een bevoegdheid tot het treffen van specifieke maatregelen terzake van positieve actie, doch verplicht daar niet toe. Tegen de onder a genoemde beleidskeuze om van deze bevoegdheid niet in volle omvang gebruik te maken bestaan derhalve geen Europeesrechtelijke bezwaren.

Ad b. Daar waar in de nationale wetgeving een mogelijkheid tot positieve actie wordt opgehouden, dienen de dienaangaande uit de Europese regelgeving voortvloeiende restricties in acht te worden genomen.

Met betrekking tot de thans geldende richtlijnbevestiging inzake positieve actie, als neergelegd in artikel 7, vierde lid, van Tweede gelijke behandelingsrichtlijn, heeft het Hof in de afgelopen jaren enige jurisprudentie ontwikkeld; de teneur van deze jurisprudentie<sup>16</sup> was een restrictieve interpretatie van de door de richtlijn toegelaten vormen van positieve actie.

Thans is nog niet duidelijk of de hiervoor beschreven wijzigingen in de formulering van de richtlijnartikelen met betrekking tot positieve actie consequenties zullen hebben voor deze jurisprudentie. Complicerende factor is hierbij, dat het artikel inzake positieve actie ten aanzien van personen met een bepaald geslacht, als neergelegd in artikel 141, vierde lid, van het Verdrag, qua bewoordingen de tekst van artikel 7, eerste lid, van de kaderrichtlijn omvat, doch daarnaast een additionele mogelijkheid tot positieve actie lijkt te bieden.

Gelet op het vorenstaande, kan de ICER de stelling, dat de thans in de Awgb neergelegde bepaling inhoudelijk niet verschilt van die van de kaderrichtlijn, niet onderschrijven. Onder verwijzing naar §5a van dit advies, merkt de ICER op dat het, mede gelet op de onzekerheden die er op het punt van de toekomstige uitleg van de nieuwe artikelen in de richtlijnen inzake positieve actie bestaan, ook hier wenselijk is dat waar mogelijk bij de bewoordingen van de Europese regelgeving wordt aangesloten, opdat de uitleg die het Hof geeft aan de desbetreffende Europese regels, en de onderscheiden onderdelen daarvan, rechtstreeks medebepalend kan zijn voor de ter implementatie daarvan getroffen nationale regelgeving. De ICER adviseert derhalve de bestaande wettelijke bepalingen inzake positieve actie te vervangen door of aan te vullen met de eisen die daaraan blijkens de richtlijnen worden gesteld en daarbij zoveel mogelijk aan te sluiten bij de bewoordingen van de Europese regelgeving.

---

<sup>16</sup> Vgl zaken C-450/93, Jur. 1995-I blz. 3051 (Kalanke); C-158/97, Ju. 2000-I blz. 1875 (Badeck); C-409/95, Jur. 1997-I blz. 6363 (Marschall), en C-407/98, n.n.g. (Abrahamsson).

*f. Bewijslastverdeling*

Gelet op de aanbeveling van de ICER in §5 onder a, om zoveel mogelijk de Europeesrechtelijke gehanteerde begrippen in de nationale regelgeving om te zetten, is de ICER van mening dat ook hier nauwkeurige en volledige omzetting vereist dat zo veel mogelijk de bewoordingen van de richtlijnbe­paling worden overgenomen. Overigens valt op dat bij de omzetting van de bewijslastverdeling het begrip ‘benadeling’ van de richtlijnbe­paling wel is overgenomen. Naar de mening van de ICER wordt daarmee nog eens de wenselijkheid benadrukt dat ook bij de omzetting van het begrippenkader het benadelingsvereiste wordt opgenomen.

De ICER onderschrijft het uitgangspunt om geen gebruik te maken van de mogelijkheid de omkering van de bewijslast voor het bestuursrecht uit te sluiten, omdat dit bij de implementatie van de Richtlijn inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht (97/80/EG) ook niet is gebeurd en dit in de praktijk niet tot problemen heeft geleid.