

Vergaderjaar 2012–2013

**32 476**

**Voorstel van wet van de leden Bergkamp, Venrooy-Van Ark, Yücel, Jasper van Dijk en Klaver tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling in verband met het annuleren van de enkele-feitconstructie in de Algemene wet gelijke behandeling**

**Nr. 7**

**MEMORIE VAN TOELICHTING ZOALS GEWIJZIGD NAAR AANLEIDING VAN HET ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE**

**Inhoudsopgave**

I.	ALGEMEEN	2
1.	Probleemschets	2
2.	Historische achtergrond	3
2.1	Ontstaansgeschiedenis van de Awgb	3
2.2	Memorie van toelichting bij wetsvoorstel Awgb	3
2.3	Behandeling wetsvoorstel Awgb in Tweede en Eerste Kamer	4
3.	Europese dimensie.	6
3.1	Richtlijn 2000/78/EG	6
3.2	Ingebrekestelling door de Europese Commissie	6
3.3	Advies van de Raad van State	8
4.	De Awgb in de praktijk	8
5.	Doel en reikwijdte van het wetsvoorstel	10
5.1	Doel	10
5.2	Inhoud en reikwijdte; verschillen met tekstvarianten Raad van State	11
5.3	Gedragsregels voor (aspirant-)werknemers	12
6.	Grondrechtenbalans	13
6.1	Algemeen; ontwikkelingen	13
6.2	Vrijheid van onderwijs	14
6.3	Vrijheid van godsdienst	14
6.4	Conclusie	15
II.	ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING	16
	Artikel I	16
	Onderdeel A	18
	Onderdeel B	18
	Onderdeel C	19
	Artikel II	20

## I. ALGEMEEN

### 1. Probleemschets

De Algemene wet gelijke behandeling (hierna: Awgb) verbiedt het maken van onderscheid op het terrein van de arbeid en het vrije beroep. Daarbij is voorzien in een uitzondering voor instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag. Zij mogen, onder beperkingen, wél onderscheid maken met betrekking tot het kenmerk dat met hun grondslag verband houdt: godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid. Met betrekking tot andere kenmerken mogen zij dat niet, althans niet als zij onderscheid maken op grond van het *enkele feit* van ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gezindheid of burgerlijke staat. Als er relevante «bijkomende omstandigheden» zijn mag het wel.

Deze constructie is bekend komen te staan als de «enkele-feitconstructie». Zij heeft aanleiding gegeven tot veel rechtsonzekerheid. Met name homoseksuele leraren in het bijzonder onderwijs zijn daarvan het slachtoffer.

In de eerste plaats bestaat er onduidelijkheid over de vraag wat «bijkomende omstandigheden» zouden kunnen zijn en waar de grens ligt tussen omstandigheden die geacht moeten worden onderdeel uit te maken van het «enkele feit» en omstandigheden die daarbuiten liggen.

In de tweede plaats bestaat onduidelijkheid over de grenzen van de ruimere reikwijdte van de uitzondering die geldt voor het bijzonder onderwijs, werkgevers- of werknemersverenigingen en verenigingen van beroepsgenoten. Die heeft niet, zoals bij andere instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag, slechts betrekking op «eisen die nodig zijn voor de vervulling van een functie», maar ook op «eisen die nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag». Hierbij rijst de vraag in hoeverre deze eisen mede betrekking mogen hebben op het privéleven van de betrokkene.

In de derde plaats is de vraag of deze constructie wel in overeenstemming is met het Europese recht. In de betrokken richtlijn 2000/78/EG wordt wel ruimte geschapen voor een verschil in behandeling op grond van wezenlijke beroepsvereisten, maar dit mag geen discriminatie rechtvaardigen op andere gronden dan godsdienst en levensovertuiging. En het is de vraag of de Awgb, waar die spreekt over «eisen die nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag» niet verder gaat dan «wezenlijke beroepsvereisten».

Zoals hierna, in de paragrafen 3 en 4, nog uiteengezet zal worden, hebben noch de parlementaire behandeling van de Awgb, noch de uitvoeringspraktijk van die wet een voldoende antwoord gegeven op de vorenbedoelde vragen en onduidelijkheden.

Het toenmalige kabinet sprak in 2009 wel over «misverstanden over de betekenis en de reikwijdte van de enkele-feitconstructie»<sup>1</sup>, maar hield die niet op.

Nadat de Raad van State had geadviseerd dat de enkele-feitconstructie kon worden geschrapt – met behoud van wat de «grondrechtenbalans» is gaan heten<sup>2</sup> – sprak het kabinet het voornemen uit om – onder meer op dit punt – een voorstel tot wetwijziging in te dienen. Het kabinet verwachtte dit in het najaar van 2010 te kunnen doen. Toen er geen zicht bleek te zijn op realisatie van dit voornemen, hebben de initiatiefnemers het onderhavige wetsvoorstel ingediend.

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2009/10 28 481 en 27 017, nr.6.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2009/10 28 481 en 27 017, nr.7.

Het is de initiatiefnemers bekend dat het huidige kabinet het voornemen heeft de Awgb aan te passen naar Europees model. Maar zij weten óók hoe lang zulke complexe wetgevingsprocessen kunnen duren. De tijd die daarmee gemoeid zal zijn komt bovenop de tijd die nu al verstreken is sedert het jaar 2003, toen de Nederlandse wetgeving aan de Europese regelgeving aangepast had moeten zijn. Gelet op de principiële kwesties die hier aan de orde zijn en de nog altijd actuele problematiek van de homoseksuele leraren in een deel van het bijzonder onderwijs, menen de initiatiefnemers dat er voldoende urgentie is voor een wetsvoorstel dat de enkele-feitconstructie op korte termijn uit de wet haalt.

## **2. Historische achtergrond**

### *2.1 Ontstaansgeschiedenis van de Awgb*

De Awgb kwam in 1993 tot stand. Hoewel het uitgangspunt van gelijkwaardigheid en gelijke behandeling breed werd gedeeld, heeft de totstandkoming van de Awgb een lange aanloop gekend. In 1977 adviseerde de toenmalige Emancipatiecommissie het verbod op discriminatie op grond van aan sekse gerelateerde gronden verder uit te werken in één wet. Het kabinet-Van Agt/Wiegel pakte dit op en in 1981 presenteerde het een voorontwerp van wet dat beoogde discriminatie naar sekse, huwelijkse staat, gezinsomstandigheden en homofilie tegen te gaan. Hierin was niet voorzien in uitzonderingen voor instellingen op godsdienstige grondslag. Het voorontwerp stuitte daarom op veel weerstand, die betrekking had op de afbakening van grondrechten op het gebied van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging<sup>3</sup> en van onderwijs.<sup>4</sup>

In 1987 diende het tweede kabinet-Lubbers een wetsvoorstel in, maar verder dan een voorlopig verslag van de Tweede Kamer kwam dat niet. In hetzelfde jaar diende de PvdA-fractie zelfstandig een wetsvoorstel in, zonder uitzondering voor het bijzonder onderwijs. Ook dit voorstel haalde het niet tot wet.

Desondanks kwam de Awgb toch in de jaren '90 tot stand. In 1993 vond de behandeling in de Tweede en Eerste Kamer plaats, en in 1994 werd de Awgb tot wet verheven. Hoewel over het gros van de inhoud van de Awgb eensgezindheid bestond, was er zowel maatschappelijk als politiek veel debat over de al genoemde «enkele-feitconstructie» in de wet, vooral met betrekking tot homoseksuele docenten in het bijzonder onderwijs van streng christelijke signatuur.

### *2.2 Memorie van toelichting bij wetsvoorstel Awgb*

In de wetstekst van de Awgb staat in artikel 5, tweede lid, onder meer: «Het eerste lid laat onverlet:

a. de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat».

In de memorie van toelichting werd dit als volgt toegelicht:

«De rechtsverhoudingen binnen instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag worden mede gekenmerkt door de gemeenschappelijke overtuiging. De vrijheid van genoemde instellingen

<sup>3</sup> Artikel 6 van de Grondwet.

<sup>4</sup> Artikel 23 van de Grondwet.

om eisen te stellen, die gelet op hun doel, nodig zijn voor de vervulling van een functie dient derhalve onverlet te worden gelaten. Er bestaat immers veelal een duidelijke band tussen de functie-eisen en de grondslag van de vereniging of stichting. Hierbij mogen deze instellingen niet discrimineren. Bepaald is dan ook dat de gestelde eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid (...), ras, geslacht, hetero en homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat. Deze persoonskenmerken als zodanig zullen in redelijkheid niet als een criterium kunnen worden beschouwd dat bijvoorbeeld bij de arbeid in een instelling op de bedoelde grondslag op zichzelf relevant is. Er kunnen evenwel bijkomende omstandigheden blijken die verband houden met een van de genoemde persoonlijke kenmerken, die wel relevant zijn voor het functioneren binnen een instelling op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag. Uit de voorgestelde uitwerking van het discriminatieverbod vloeit voort dat deze omstandigheden in de beoordeling mogen worden betrokken».<sup>5</sup> Voor het bijzonder onderwijs gold een nog verder gaande ruimte: «In bijzondere onderwijsinstellingen worden kennis, waarden en normen overgedragen overeenkomstig de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van de instelling. Deze instellingen zullen derhalve aan hun personeel in verband met hun functioneren eisen kunnen stellen die bijdragen tot het verwezenlijken van de grondslag van de instelling. Dat betekent dat de te stellen eisen (...) ook betrekking kunnen hebben op omstandigheden die niet rechtstreeks voortvloeien uit de vervulling van de functie binnen de instelling, maar daarvoor wel van belang zijn. Dit betekent dat bijvoorbeeld een bijzondere school wel een leraar mag weigeren als voor die functie nodig is dat de betrokkene – ook blijkens zijn of haar gedragingen – de tot die grondslag te rekenen seksuele moraal onderschrijft, maar niet een leraar op grond van een voor het functioneren irrelevant enkel feit van gerichtheid mag weigeren».<sup>6</sup>

### 2.3 Behandeling wetsvoorstel Awgb in Tweede en Eerste Kamer

Met name de streng confessionele partijen maakten zich zorgen over de vermeende verkleining van de ruimte om naar eigen inzicht personeelsbeleid te voeren. Zo stelde het Kamerlid Schutte van het Gereformeerd Politiek Verbond:

«Het bevoegd gezag van de school is verantwoordelijk voor de realisering van de doelstelling en de naleving van de grondslag. Het mag daarin niet belemmerd worden door een sturende overheid».<sup>7</sup>

Vanuit de fracties van de SGP, RPF en GPV werden vragen gesteld over het verschil tussen persoonskenmerken en keuzes die persoonlijk gemaakt kunnen worden. In antwoord daarop merkte Minister Dales van Binnenlandse Zaken op dat:

«de instelling mag verlangen dat de wijze waarop iemand zich gedraagt en in welke persoonlijke omstandigheden hij zich bevindt, ook al hangen die gedragingen en omstandigheden samen met de homo- of heteroseksuele gerichtheid of met de burgerlijke staat van de betrokkene, niet strijdig zijn met de in verband met de grondslag van de instelling aan de vervulling van zijn functie te stellen eisen die nodig zijn voor de verwezenlijking van de grondslag van de instelling».<sup>8</sup>

Door andere partijen werd gesteld dat de constructie mogelijk wel een stap in de goede richting was, maar scholen nog te veel ruimte bood om bepaalde docenten te weren. Vooral de definitie van «bijkomende

<sup>5</sup> *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 7

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 7–8.

<sup>7</sup> *Handelingen II* 1992/93, 46, blz. 3433.

<sup>8</sup> *Handelingen II* 1992/93, 47, blz. 3508.

omstandigheden» was hierbij een punt van debat. Vooral de fracties van VVD, D66 en GroenLinks wilden weten of bovenop het hebben van de homoseksuele gerichtheid – waarop niet mag worden gediscrimineerd – het hebben van een relatie met iemand van gelijk geslacht voldoende «bijkomende omstandigheid» was om een docent alsnog uit te sluiten van een baan.

Minister Dales reageerde daarop als volgt:

«Het gegeven dat het een eigen verantwoordelijkheid van de instellingen is, te bepalen welke eisen uit de grondslag van de instelling voortvloeien, maakt het onmogelijk hier concrete voorbeelden te noemen».

Zij voegde hieraan nog wel toe:

«Niet het enkele feit van de hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, maar de wijze waarop de betrokkene in concreto in zijn leefwijze en bij het uitdragen van de grondslag uiting geeft aan die gerichtheid of burgerlijke staat, kan afbreuk doen aan de verwezenlijking van de grondslag, daaronder de geloofwaardige overdracht van normen en waarden aan leerlingen begrepen».<sup>9</sup>

Voorts zei de minister:

«Ik wil hier geen misverstand over laten bestaan: dat mag dus niet. Het enkele feit van de seksuele gerichtheid ziet op de gerichtheid van een persoon in seksuele gevoelens, liefdesgevoelens, liefdesuitingen en liefdesrelaties. De homoseksuele leraar mag derhalve niet vanwege het hebben van een homoseksuele relatie worden afgewezen, ook niet als zal blijken dat hij met deze relatie samenleeft».<sup>10</sup>

Vanuit de Kamer kwam daarop de vraag waartoe de enkele-feitconstructie dan diende. D66- Kamerlid Groenman vroeg:

«Wat kan de minister zich dan nog voorstellen wat niet het enkele feit is en niet zo'n omstandigheid is als de minister nu schetst en desalniettemin een bijkomende omstandigheid is die meegewogen mag worden? Daar moeten wij dan wel helderheid over krijgen».

Minister Dales reageerde daarop als volgt:

«Het is maar de vraag of wij dat moeten».<sup>11</sup>

De minister wilde dus in het debat in de Tweede Kamer niet benoemen wat eventueel bijkomende omstandigheden zouden kunnen zijn. Daarmee liet zij opzettelijk ruimte voor onduidelijkheid en interpretatie.

Tijdens het debat in de Tweede Kamer werd door het lid Groenman (D66), gesteund door VVD en GroenLinks, een amendement ingediend om de enkele-feitconstructie uit de wet te halen. Dat haalde echter geen meerderheid. Uiteindelijk stemden D66, VVD en GroenLinks wel voor de wet, samen met de toenmalige coalitiepartijen CDA en PvdA. De SGP, RPF en GPV en CDA-kamerlid Van Leijenhorst stemden tegen.

Ook in de Eerste Kamer herhaalde minister Dales dat het enkele feit van de homoseksuele gerichtheid toezag op de daarmee in het algemeen onlosmakelijk verbonden gedragingen. «Het enkele feit van het hebben van een homoseksuele liefdesrelatie of het daarmee samenwonen is onvoldoende reden voor onderscheid. Waar wél rekening mee mag worden gehouden zijn gedragingen en omstandigheden die niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit. Deze gedragingen en omstandigheden kunnen de situatie op de school betreffen, maar ook de situatie buiten de school. De leerkracht die aan de ene kant stelt dat hij de grondslag van de school onderschrijft, maar aan de andere kant deze grondslag tijdens de lessen niet uitdraagt of zelfs blijkt te verwerpen,

<sup>9</sup> *Handelingen II 1992/93*, 47, blz. 3508.

<sup>10</sup> *Handelingen II 1992/93*, 47, blz. 3508.

<sup>11</sup> *Handelingen II 1992/93*, 47, blz. 3509.

voldoet niet aan de eisen die door het schoolbestuur aan hem kunnen worden gesteld. Ook indien iemand in het openbaar blijkt geeft van een zodanige leefstijl dat hij datgene wat hij op de school uitdraagt in feite verwerpt of zelfs belachelijk maakt, kan hij daarmee afbreuk doen aan zijn geloofwaardigheid – en dus zijn geschiktheid – bij het vervullen van zijn functie in het onderwijs. Het wetsvoorstel belet bijzondere scholen aldus niet om een personeelsbeleid te voeren dat aan leerkrachten de eis stelt dat zij de overtuiging van de school meedragen en uitdragen».<sup>12</sup> Ook deze woorden konden niet verhinderen dat later discussie ontstond over de precieze consequenties.

### **3. Europese dimensie.**

#### *3.1 Richtlijn 2000/78/EG*

In 2000 is het onderwerp gelijke behandeling van een nationale aangelegenheid verschoven naar een Europese. In dat jaar kwam richtlijn 2000/78/EG tot stand.<sup>13</sup> Deze bevatte een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. De lidstaten moesten deze richtlijn uiterlijk 2 december 2003 hebben geïmplementeerd. Voor Nederland betekende dat aanpassing van de Awgb.

Al op 16 augustus 2002 pleitte de Raad van State, in een advies over het voorstel voor een EG-implementatiewet Awgb, voor aanpassing van de enkele-feitconstructie:<sup>14</sup>

«De Raad kan de conclusie dat de «enkele feit»-constructie in de Awgb niet hoeft te worden aangepast, niet delen, om twee redenen. Ten eerste merkt hij op, dat de in Nederland tot stand gekomen «enkele feit»-constructie zo specifiek is dat het niet goed is te zeggen of alle gevallen waarin iemand zich met succes op die constructie kan beroepen, ook in overeenstemming zijn met de richtlijn. Het volgen van een eigen, nationale systematiek is niet per definitie in strijd met de richtlijn, maar maakt, zoals in punt 2 van dit advies al is aangegeven, de nationale regeling wel kwetsbaar. De «enkele feit»-constructie is in ieder geval kwetsbaar omdat zij afbakening tussen grondrechten op een hoog, abstract niveau betekent. De gevolgen daarvan in het concrete geval zijn niet volledig te overzien. (...)

Gezien het voorgaande adviseert de Raad het gebruik van de «enkele feit»-constructie nader te overwegen.»

#### *3.2 Ingebrekestelling door de Europese Commissie*

In 2006 heeft de Europese Commissie Nederland in gebreke gesteld voor het niet correct omzetten van de vorengenoemde richtlijn.<sup>15</sup> Na een antwoord van de Nederlandse regering<sup>16</sup> volgde in 2008 een «met redenen omkleed advies».<sup>17</sup> De Commissie stelde hierin vast dat een aantal problemen die in de ingebrekestelling aan de orde werden gesteld nog steeds niet zijn opgelost en dat de bestaande Nederlandse wetgeving niet is gewijzigd, ondanks de toezegging van de Nederlandse regering dat wel te zullen gaan doen.

<sup>12</sup> *Kamerstukken I* 1993/94, 22014, nr. 212c, blz. 10–11.

<sup>13</sup> Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 (PbEG 2000, L 303/16).

<sup>14</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 28 770, A.

<sup>15</sup> Brief van 18 december 2006; inbreuk nr. 2006/2444, SG-Grefte(2006)D/207781.

<sup>16</sup> Brief van 20 april 2007, Ref SG/2006/A/3240.

<sup>17</sup> Brief van 31 januari 2008, C(2008) 0115.

Met betrekking tot artikel 5, lid 2, van de Awgb vindt de Commissie dat dit niet duidelijk maakt dat aan de «dubbele test» moet worden voldaan, namelijk dat het doel legitiem moet zijn en het vereiste evenredig aan dat doel.

«Uitzonderingen op het beginsel van non-discriminatie moeten strikt worden geïnterpreteerd. De nationale wetgeving moet de grenzen van de uitzondering waarin artikel 4 van de richtlijn voorziet, duidelijk aangeven en – overeenkomstig artikel 2, lid 1, van de richtlijn – daadwerkelijk bescherming tegen discriminatie bieden.»

De uitzonderingen waarop hier werd gedoeld zijn in de richtlijn opgenomen in artikel 4. Dat heeft betrekking op wezenlijke beroepsvereisten. In dit artikel wordt lidstaten de mogelijkheid geboden om, bij uitzondering, wetgeving in stand te laten die een verschil in behandeling, gebaseerd op godsdienst of levensovertuiging, onder omstandigheden niet als discriminatie aanmerkt. Het weigeren of ontslaan van personen wegens hun godsdienst of levensovertuiging mag volgens artikel 4 van de richtlijn alleen, indien dit kenmerk vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin die worden uitgevoerd een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormt, gezien de grondslag van de organisatie. Dit vereiste mag echter geen discriminatie op een andere grond rechtvaardigen.

Dat nu is in de enkele feit-constructie wel degelijk het geval. Die constructie laat immers ruimte voor discriminatie op andere gronden dan godsdienst en levensovertuiging. Dat dat slechts kan indien naast het enkele feit van bijvoorbeeld homoseksualiteit ook bijkomende omstandigheden worden aangevoerd, doet er niet aan af dat wordt gediscrimineerd op andere gronden dan godsdienst en levensovertuiging.

Daarenboven bevat richtlijn 2000/78/EG een striktere formulering van de «dubbele test» dan de Awgb. In artikel 4 van de richtlijn wordt uitdrukkelijk gesteld dat het doel legitiem en het vereiste evenredig aan het doel moet zijn. De Awgb laat instellingen vrij om eisen te stellen «die nodig zijn voor de verwezenlijking van hun grondslag», zonder daaraan beperkingen te stellen in het kader van legitimiteit of evenredigheid.

Ook de Commissaris voor de Mensenrechten van de Raad van Europa, Thomas Hammarberg, verwijst in zijn rapport over zijn bezoek aan Nederland in 2008 naar het met redenen omkleed advies van de Europese Commissie. Hij beveelt aan om de uitzonderingen voor instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag te schrappen en de enkele-feit-constructie af te schaffen. Opvallend is, dat hij in gesprekken met vertegenwoordigers van de Nederlandse regering de indruk kreeg dat zij de ingebrekestelling van de Europese Commissie slechts zagen als een aanleiding om de tekst van de Awgb wat te verduidelijken, terwijl hij de overtuiging had dat de zorgen van Commissie van principiële aard zijn.<sup>18</sup>

Eerder had de Commissie Gelijke Behandeling (hierna te noemen: CGB; thans: College voor de Rechten van de Mens) al een advies uitgebracht inzake de ingebrekestelling door de Commissie. De CGB concludeert: «De algemene uitzondering van artikel 5, tweede lid, Awgb is niet in lijn met artikel 4, eerste en tweede lid, van de Richtlijn en verdient herformulering. De Europese uitzondering lijkt slechts te kunnen worden ingeroepen indien sprake is van onderscheid op grond van godsdienst of levensovertuiging van een persoon (en dus ook niet die van het kerkgenootschap) en de Nederlandse uitzondering kan worden ingeroepen bij een verschil in behandeling op grond van alle in de Awgb genoemde gronden. Ook anderszins laat artikel 5, tweede lid, Awgb, in weerwil van

<sup>18</sup> Rapport van 11 maart 2009 aan het Comité van Ministers en de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa.

de strikte toets van de CGB, meer ruimte tot het maken van onderscheid, bijvoorbeeld nu de zinsnede «enkele feit» ruimte laat bijkomende omstandigheden aan te dragen waardoor onderscheid alsnog wordt gerechtvaardigd.»<sup>19</sup>

### 3.3 Advies van de Raad van State

Naar aanleiding van de ingebrekestelling door de Europese Commissie is, na schriftelijke vragen van het lid van de Tweede Kamer de heer Van der Ham<sup>20</sup>, het vraagstuk van de enkele-feitconstructie door de regering aan de Raad van State voorgelegd. De vraag die de regering aan de Raad voorlegde was:

«Zijn er mogelijkheden, en zo ja welke, om de artikelen van de Awgb waarin de zogenaamde enkele-feitconstructie voorkomt, zodanig aan te passen aan de terminologie en/of de strekking van de Europese richtlijn 2000/78/EG dat de enkele-feitconstructie geschrapt wordt, terwijl de destijds in de Awgb neergelegde balans van grondrechten – in het bijzonder de balans tussen het non-discriminatiebeginsel en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs – behouden blijft».

De Raad herinnerde eraan dat hij al eerder had aangedrongen op een zo nauwkeurig mogelijke aansluiting bij de richtlijnterminologie. Hij concludeerde dat er goede gronden zijn om de vraag van de regering positief te beantwoorden, en adstrueerde dat met twee tekstvarianten.<sup>21</sup>

## 4. De Awgb in de praktijk

De Awgb is drie maal geëvalueerd. Uit de eerste evaluatie blijkt, dat de CGB in de betrokken periode twee keer een oordeel heeft geveld over de casus van de homoseksuele leerkracht.<sup>22</sup>

In de eerste casus (1996/39) oordeelde de CGB dat het van een sollicitant verlangen van een verklaring, waarin hij het ongehuwd samenwonen en de homoseksuele levenswijze afwijst, geacht kon worden nodig te zijn voor de verwezenlijking van de grondslag van de school.

In de tweede casus (1999/38) was sprake van een basisschool op reformatorische grondslag die een sollicitant had geweigerd vanwege zijn homoseksuele gerichtheid en samenlevingsverband buiten het huwelijk. In dit geval oordeelde de CGB dat onderscheid is gemaakt op grond van het enkele feit van homoseksuele gerichtheid, nu het schoolbestuur de sollicitant niet had uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek en daardoor niet aannemelijk had kunnen maken dat zijn gedragingen en opvattingen, gelet op de uitgangspunten van de school, niet bij deze instelling pasten.

Vermeldenswaard is ook zaak 97/135. Daarin ging het over artikel 7, tweede lid, Awgb en een studiepuntenregeling, die punten toekende voor deelname aan disputen, maar niet voor homodisputen. De CGB oordeelde, ook los van de vraag of de regeling voortvloeide uit factoren die verband hielden met de verwezenlijking van de grondslag van de betrokken universiteit, dat dit onderscheid op grond van het enkele feit van homoseksualiteit was.

<sup>19</sup> *Advies inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG*, CGB-Advies 2008/02, maart 2008.

<sup>20</sup> *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, 891.

<sup>21</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481 en 27 017, nr.7. Op het advies is in de juridische vakpers kritiek uitgeoefend door A. Hendriks en A. Terlouw: «Raad van State helpt regering Europese anti-discriminatie richtlijn te ontduiken», *NJB* 2009/26, blz. 1636–1637.

<sup>22</sup> I.P. Asscher-Vonk en C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling, regels en realiteit. Een juridische en rechtssociologische analyse van de gelijke-behandelingswetgeving*, Den Haag, SDU 1999.



De tweede evaluatie besloeg de periode 1999 tot medio 2004.<sup>23</sup> In zaak 2000/64 bleek dat de CGB de relatie tussen de grondslag van de instelling en de functie-eis, in dit geval een keukenhulp, slechts marginaal toetst. Voldoende was de wijze waarop de instelling de keukenhulp aanspreekt op het uitdragen van de identiteit.

Op 16 april 2003 bracht de CGB een advies uit over de problematiek van hoofddoekjes.<sup>24</sup> Hieruit bleek opnieuw het belang van consequent gedrag van instellingen die deze doekjes verbieden. Daarbij verwees de CGB naar haar oordeel in zaak 1999/18. Daaruit bleek, dat zo marginaal als de CGB het beleid van instellingen op godsdienstige grondslag toetst, zo streng zij openbare scholen beoordeelt: een school die een ontmoedigingsbeleid met betrekking tot het dragen van hoofddoekjes voerde en in dat kader van een stagiaire een voorbeeldrol verlangde, maakte zich naar het oordeel van de CGB schuldig aan direct onderscheid op grond van godsdienst.

De derde evaluatie had betrekking op de periode 1 september 2004 tot 1 september 2009.<sup>25</sup> Daarin schonk de CGB in het bijzonder aandacht aan botsende gelijkheidsrechten.<sup>26</sup> De CGB constateerde dat de keuzes van de wetgever met betrekking tot een zekere hiërarchie tussen grondrechten geen in alle opzichten ondubbelzinnige normering heeft opgeleverd: «Sommige in de Awgb gekozen oplossingen voor te voorziene botsingen zijn het gevolg van een politiek compromis en al dan niet bewust ambigue gelaten. Dat geldt bij uitstek voor de «enkele-feitconstructie» van artikel 5 lid 2 en artikel 7 lid 2. (p. 10). De commissie deelt deze conclusie van Loenen.»

In 2007 deed zich weer een duidelijk geval voor van onderscheid door een instelling van bijzonder onderwijs op grond van het enkele feit van homoseksualiteit.<sup>27</sup> De CGB oordeelde dat de instelling, gelet op haar beleid dat iemand die «openlijk homoseksueel» is, geen personeelslid bij haar kan zijn, onderscheid maakte op grond van het enkele feit van homoseksuele gerichtheid.

Vermeldenswaard is ook de uitspraak van de kantonrechter in Leiden van 2 november 2011, waarin deze het verzoek van een schoolbestuur afwees om de arbeidsovereenkomst te ontbinden met een leraar die de relatie met zijn echtgenote had beëindigd en was gaan samenwonen met een man.<sup>28</sup> De kantonrechter overwoog dat de school een openhartig en inhoudelijk gesprek over de vraag of de leraar nog als geloofwaardig identiteitsdrager zijn werkzaamheden zou kunnen voortzetten uit de weg is gegaan. Daardoor heeft de school niet alleen niet voldaan aan de maatstaf van goed werkgeverschap, maar kon ook niet vastgesteld worden of sprake was van «bijkomende omstandigheden». Het enkele feit dat de leraar is uitgekomen voor zijn homoseksualiteit en is gaan samenwonen met een partner, terwijl zijn huwelijk formeel nog bestond, is geen bijkomende omstandigheid. Ook de omstandigheid dat hij e.e.a. openlijk aan ouders en anderen bekend heeft gemaakt is dat niet.

<sup>23</sup> *Het verschil gemaakt, Evaluatie Awgb (en werkzaamheden CGB) 1999–2004*, Utrecht, CGB 2005.

<sup>24</sup> Advies 2003/01. Zie ook het oordeel van de CGB in zaak 2003/112.

<sup>25</sup> *Derde evaluatie Awgb, Wgb m/v en artikel 7:646 BW*, Utrecht, CGB 2011.

<sup>26</sup> Op basis van een studie van prof. mr. M.L.P. Loenen.

<sup>27</sup> Zaak 2007/100. Zie voor de overblijvende vraag wat bijkomende omstandigheden zouden kunnen zijn: M.J. Strijkers «Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat» in: J.H. Gerards red., *Gelijke behandeling; oordelen en commentaar 2007*, Utrecht, CGB, blz. 128.

<sup>28</sup> LJN BU3104; JAR 2011/305.

De initiatiefnemers trekken uit het voorgaande de conclusie, dat de onduidelijkheden die in de parlementaire behandeling van de Awgb aan de orde waren, in de praktijk van de toepassing van de wet niet zijn opgelost. Nog steeds bestaat onduidelijkheid over de vragen wat «bijkomende omstandigheden» zouden kunnen zijn en welke beroepsen nodig zijn voor de verwezenlijking van de grondslag van een bijzondere school.

Dat hoeft ook niet te verbazen. Het is heel goed mogelijk dat vragen die in het kader van de totstandkoming van de wet in het parlement van groot principieel belang werden geacht, in de praktijk niet vaak aan de orde komen. Bijvoorbeeld omdat er niet zo veel bijzondere scholen zijn die het noodzakelijk achten te discrimineren op grond van seksuele gerichtheid. Of omdat homoseksuele leerkrachten liever niet op zo'n school werken. Of, als ze daar toch werken en een probleem ondervinden, dat probleem niet willen oplossen of niet durven op te lossen door een beroep te doen op de Awgb.<sup>29</sup>

Dat neemt niet weg dat de wet duidelijk dient te zijn. Die duidelijkheid kan slechts bereikt worden door een wetswijziging.

## **5. Doel en reikwijdte van het wetsvoorstel**

### *5.1 Doel*

Het onderhavige wetsvoorstel heeft een drieledig doel:

- a. het uit de Awgb schrappen van de enkele feit-constructie, wegens de te ver gaande inbreuk op het beginsel van non-discriminatie die het oplevert,
- b. het zodanig her-redigeren van de Awgb, dat duidelijk wordt dat de Awgb geen regels bevat over het gedrag van werknemers en
- c. het – met behoud van de terminologie van de Awgb – aanpassen van de betrokken wetsartikelen aan de inhoud van artikel 4 van richtlijn 2000/78/EG.

Het wetsvoorstel beoogt niet de héle Awgb aan te passen naar Europees model. Daarom laat het ook artikel 3 van de Awgb vooralsnog ongemoeid, hoewel het in paragraaf 3.2 vermelde met redenen omkleed advies van de Europese Commissie erop wijst dat ook dat artikel aanpassing behoeft.

Het wetsvoorstel hanteert niet als uitgangspunt dat de zogenaamde «grondrechtenbalans» ongewijzigd gehandhaafd dient te blijven. Als de verbeteringen in de Awgb die de initiatiefnemers voorstellen een wijziging in die balans tot gevolg hebben, achten zij dat aanvaardbaar. In paragraaf 6 gaan zij daar uitvoeriger op in.

Het wetsvoorstel beoogt ten slotte ook geen inhoudelijke wijziging met betrekking tot de problematiek die aan de orde is in artikel 7, tweede lid, Awgb. Uit het – in aangepaste vorm – handhaven van dat artikellid mag echter niet afgeleid worden dat de initiatiefnemers zich conformeren aan de aan deze bepaling ten grondslag liggende overwegingen. Zij wijzen erop dat een initiatiefwetsvoorstel aanhangig is, dat onder meer voorziet in het vervallen van deze bepaling.<sup>30</sup> Dat wetsvoorstel biedt het geëigende

<sup>29</sup> Zoals het geval leek te zijn bij de homoseksuele leraar op de School met de Bijbel in Emst, die in mei 2009 het advies van Minister Plasterk om zich tot de CGB te wenden kennelijk naast zich neerlegde.

<sup>30</sup> Voorstel van wet van de leden Hamer, Jasper van Dijk, Dibi, Van der Ham en Kraneveldt-van der Veen houdende wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra, de Wet op het voortgezet onderwijs, de Wet educatie en beroepsonderwijs en de Algemene wet gelijke behandeling inzake toelating tot onderwijsinstellingen van leerlingen of deelnemers (regeling toelatingsrecht onderwijs; *Kamerstukken II*, 30417).

kader waarbinnen besloten kan worden over het al dan niet handhaven van artikel 7, tweede lid, Awgb.

### *5.2 Inhoud en reikwijdte; verschillen met tekstvarianten Raad van State*

Het wetsvoorstel kiest ervoor om in plaats van de enkele feit-constructie in de betrokken wetsartikelen een aantal elementen op te nemen, die de initiatiefnemers ontlenuen aan artikel 4 van richtlijn 2000/78/EG. Daarbij gaat het grosso modo om de hierna te noemen elementen. In de artikelsgewijze toelichting wordt hierop nader ingegaan.

1. De instelling moet een godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag hebben.
2. Zij mag met betrekking tot haar personeelsleden, leden of cliënten in het kader van haar personeelsbeleid besluiten nemen die discriminatie opleveren, maar alleen wegens godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, en ook alleen indien die discriminatie terug te voeren is tot de grondslag van de betrokken instelling.
3. De daarbij gehanteerde kenmerken moeten daarenboven wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd zijn, gelet op de aard van de betrokkenheid – personeelslid, lid of cliënt – en de aard van de activiteiten en de context waarin de activiteiten worden uitgeoefend (b.v. het uitoefenen van een bepaald beroep, of het afnemen van bepaalde diensten).

Het wetsvoorstel is gebaseerd op tekstvariant A die de Raad van State heeft opgenomen in zijn advies van 18 mei 2009<sup>31</sup>, maar handhaaft de terminologie van de Awgb, en voegt een element uit artikel 4 van richtlijn 2000/78/EG dat de Raad van State had weggelaten toe, terwijl het een ander element, dat de Raad van State wél had opgenomen, achterwege laat.

Het element dat de Raad van State wél had opgenomen, maar in het wetsvoorstel is weggelaten, betreft de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling, die nodig is voor de verzezenlijking daarvan. Dit element heeft de Raad van State deels overgenomen uit de richtlijn en deels ontleend aan de huidige tekst van de artikelen 5 en 6a van de Awgb. Voor wat betreft dit laatstbedoelde deel is het in strijd met artikel 4 van de richtlijn, omdat het verder gaat dan de tekst daarvan.

Het andere deel – met betrekking tot de houding van goede trouw en loyaliteit – is ontleend aan de slotclausule van het tweede lid van artikel 4. Dat is echter in de richtlijn geen zelfstandig normerend element, maar maakt slechts onderdeel uit van een toelichtende conclusie. Het in de wetstekst opnemen ervan is dan ook niet nodig. Het is ook ongewenst, omdat het gemakkelijk kan leiden tot het misverstand dat de Awgb regels zou bevatten, of zou moeten gaan bevatten, met betrekking tot gedrag dat van werknemers kan worden verlangd. De Awgb gaat daar niet over. De initiatiefnemers gaan daar in paragraaf 5.3 nader op in.

Het element uit de richtlijn dat in de tekstvarianten van de Raad van State ontbreekt, maar in het wetsvoorstel wél is opgenomen, betreft de norm dat de bij wijze van uitzondering toegestane discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid géén op een andere grond gebaseerde discriminatie mag rechtvaardigen. De Raad van State achtte dit element overbodig. De initiatiefnemers menen daarentegen dat het – mede gelet op de onduidelijkheid van de huidige wet – van groot belang is om dit element uitdrukkelijk in de wet op te nemen.

<sup>31</sup> *Kamerstukken 2009/10 28 481 en 27 017, nr.7, blz. 18.*

Ten slotte heeft het wetsvoorstel – anders dan de tekstvarianten van de Raad van State – mede betrekking op instellingen op politieke grondslag. Mede omdat er politieke partijen bestaan, die zowel een politieke als een godsdienstige grondslag hebben, worden instellingen op godsdienstige en politieke grondslag in het wetsvoorstel – anders dan in de huidige tekst van de Awgb – steeds in één wettelijke bepaling tezamen behandeld.

### 5.3 Gedragsregels voor (aspirant-)werknemers

De onduidelijkheid van de huidige wet heeft geleid tot de gedachte, dat de Awgb de basis biedt voor gedragsregels voor werknemers, op het overtreden waarvan een sanctie zou kunnen staan, die neer komt op discriminatie op andere gronden dan godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid. Het zou hierbij gaan om gedrag dat nodig zou zijn voor de verwezenlijking van de grondslag van een instelling en om de vraag of het niet-vertonen van dat gedrag – ook in de privésfeer – niet een «bijkomende omstandigheid» zou kunnen zijn, die discriminatie op andere gronden dan godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid zou rechtvaardigen. De initiatiefnemers achten het van groot belang dat deze gedachte in ieder geval geen steun meer kan vinden in de wet, zoals die zal luiden na het tot stand komen van het onderhavige wetsvoorstel. De Awgb bevat geen bepalingen – en zal die als gevolg van het wetsvoorstel ook niet gaan bevatten – met betrekking tot de vraag in hoeverre van een werknemer een bepaald gedrag verlangd mag worden. De Awgb richt zich tot de werkgever. Daarbij gaat de Awgb uit van de norm dat de werkgever geen onderscheid mag maken, maar zij staat in een beperkt aantal gevallen toe dat hij dat tòch doet. In zo'n geval kàn een bevoegdheid van een werkgever als het ware zijn spiegelbeeld krijgen in de vorm van een *de facto*-verplichting voor een (aspirant-)werknemer. Maar dat doet er niet aan af, dat de Awgb niet over het gedrag van werknemers gaat, maar over het gedrag van werkgevers.

Dit spiegelbeeld-effect doet zich met name voor in de fase waarin er nog geen werknemer is, maar slechts een sollicitant. Als de Awgb het aan een werkgever toestaat om van een sollicitant te eisen dat hij lid is van een bepaald kerkgenootschap of de grondslag van de instelling onderschrijft, of respecteert, zal een sollicitant, als hij kans wil maken aangenomen te worden, er goed aan doen dat aan te tonen. Maar de vraag of die eis, gezien de grondslag van de instelling, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend wel een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormt, kan altijd aan de rechter voorgelegd worden.

Als de sollicitant eenmaal is aangenomen, heeft hij de status van werknemer. Dan wordt voor de beoordeling van zijn gedrag het voor alle werknemers geldende arbeidsrecht van belang. Werknemers dienen zich als een goed werknemer te gedragen (art. 7:611 BW). Dat kàn onder omstandigheden ook gedrag in de privésfeer impliceren.<sup>32</sup> Werknemers zijn voorts verplicht zich te houden aan de voorschriften omtrent het verrichten van de arbeid alsmede van die welke strekken ter bevordering van de goede orde in de onderneming van de werkgever, door of namens de werkgever binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften, of overeenkomst aan hem, al dan niet tegelijk met andere werknemers gegeven (art. 7:659 BW). «Binnen de grenzen van algemeen verbindende voorschriften» impliceert: met inachtneming van de Awgb.

<sup>32</sup> Zie kantonrechter Almelo 18 december 1997, Praktijkids 1998, 4905. Het ontslag van een onderwijzer aan een reformatoische school wegens overspel was op zichzelf wel te billijken, maar onredelijk was dat de leraar na een dienstverband van 25 jaar geen enkele schadevergoeding had gekregen. Zie ook: EHRM 23 september 2010, nr. 425/03 (Obst tegen Duitsland).

Hetzelfde geldt voor het door de werkgever beëindigen van de arbeidsverhouding en de andere in artikel 5, eerste lid, Awgb genoemde handelingen. Indien zo'n handeling aangemerkt moet worden als het maken van «onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid», dan is het mogelijk dat dit is toegestaan, indien voldaan is aan het bepaalde in artikel 5, tweede lid, Awgb. Maar allereerst zal de handelwijze van de werkgever de toets aan het arbeidsrecht moeten doorstaan (bv. aan de opzegverboden van de artikelen 7:670 en 670a BW, de «dringende redenen» van artikel 7:678 BW, de norm «kennelijk onredelijk» van artikel 7:681 BW) of de «gewichtige redenen» van artikel 7:685 BW.

Indien geen sprake is van onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, maar wél op een andere grond, zal dat in beginsel in de weg staan aan de rechtmatigheid van bijvoorbeeld een ontslagbesluit. De enige mogelijkheid voor het rechtvaardigen van zo'n onderscheid doet zich voor als slechts sprake is van «indirect onderscheid» èn het onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (artikel 2, eerste lid, Awgb). Dit zal echter een zelfstandige rechtvaardiging moeten zijn, die los staat van – en dus niet voortvloeit uit – onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid. De voor die vormen van onderscheid gemaakte uitzondering op het discriminatieverbod mag immers geen discriminatie op grond van ras, geslacht, nationaliteit hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat rechtvaardigen. En ook in dit geval geldt, dat óók als voldaan is aan de eisen van de Awgb, het ontslagbesluit nog steeds de toets aan het arbeidsrecht moet doorstaan.

## **6. Grondrechtenbalans**

### *6.1 Algemeen; ontwikkelingen*

Bij de enkele-feitconstructie zijn verschillende grondrechten betrokken. Het is gebruikelijk geworden in dat verband te spreken van een balans. Aan de ene zijde van deze balans zouden dan de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs staan. Aan de andere zijde het recht op gelijke behandeling en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Overigens kunnen – afhankelijk van de casus – ook het recht tot vereniging, vergadering en betoging en de vrijheid van meningsuiting in het geding komen.

Uitgaande van de wenselijkheid van een goede balans kan de enkele-feitconstructie moeilijk gezien worden als een meesterwerk van evenwichtskunst, dat het waard is nog lang in het Nederlandse staatsrecht behouden te blijven. Het is niet veel meer dan een politiek compromis, dat slechts bereikbaar werd door het laten voortbestaan van een grote mate van onduidelijkheid. Ook vanuit een oogpunt van kwaliteit van wetgeving verdient de enkele-feitconstructie het bepaald niet om nog lang gehandhaafd te blijven.

Voor de feitelijke grondrechtenbalans in de praktijk is de Awgb overigens niet allesbepalend. De invulling die in concrete gevallen gegeven kan worden aan de norm van goed werknemerschap is zeker zo belangrijk. Daarover spreekt uiteindelijk de rechter het laatste woord.

Zelfs als voldoende duidelijk zou zijn – quod non – welke balans de enkele-feitconstructie tot stand heeft gebracht, moet erop gewezen worden dat het gewicht dat in deze balans aan verschillende grondrechten moet worden toegekend in de loop van de tijd kan veranderen. Als de

samenleving verandert, kan dat ook op dit gebied tot veranderingen leiden. Dat zullen zelden grote veranderingen ineens zijn, maar bezien over een langere periode zijn zij wel waarneembaar.

De emancipatie van vrouwen en homoseksuelen in ons land is min of meer gelijk opgegaan met een groter wordende waarde die in de samenleving gehecht werd aan het beginsel van gelijke behandeling. Hetzelfde geldt voor de strijd tegen rassendiscriminatie.

Ook de Europese integratie speelt hierbij een rol. Op het gebied van de mensenrechten is er in Europa een voortdurende uitwisseling van gedachten en vergelijking van beschermingsniveaus, die gedreven wordt door de wens om waar mogelijk verbeteringen te realiseren bij de implementatie van gemeenschappelijke waarden, zonder afbreuk te doen aan de gerechtvaardigde wens van afzonderlijke staten om hun eigen identiteit te behouden.

## *6.2 Vrijheid van onderwijs*

Ook de Raad van State wijst erop, dat de EU is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. De Raad noemt ook de artikelen 149 en 150 van het EG-Verdrag relevant.<sup>33</sup> Daarin kunnen de initiatiefnemers de Raad niet volgen. Het is waar dat hierin uitgegaan wordt van de eerbiediging van de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de inhoud van het onderwijs en de opzet van het onderwijsstelsel, maar dat zegt nog niets over het gewicht dat de vormgeving van een onderwijsstelsel in de schaal legt wanneer dat afgewogen moet worden tegen het gewicht van andere fundamentele mensenrechten dan de vrijheid van godsdienst, zoals het recht op gelijke behandeling.

Voor die afweging is wel artikel 23, zevende lid, van de Grondwet van belang, waar het gaat om de vrijheid van onderwijs betreffende de aanstelling der onderwijzers. De Afdeling advisering van de Raad van State wijst er in haar advies over het onderhavige wetsvoorstel op, dat een redelijke uitleg van artikel 23 Grondwet kan meebrengen, dat de vrijheid van onderwijs zich niet verzet tegen de toepassing van in het algemeen rechtsverkeer geldende eisen. Een dienovereenkomstig standpunt nam de regering in bij de totstandkoming van de Awgb.<sup>34</sup> Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van een eventuele aanpassing van de Awgb, zoals nu voorgesteld, kunnen volgens de Afdeling belangrijke maatschappelijke en juridische ontwikkelingen sinds de totstandkoming van de Awgb mogelijk een rol spelen. Maar zij tekent daarbij wel aan, dat niet lichtvaardig kan worden geconcludeerd dat maatschappelijke ontwikkelingen een rechtvaardiging vormen voor wijziging van de uitleg van de grenzen van een grondrecht.

Dat moge in het algemeen zo zijn, maar dat neemt niet weg dat er in het onderhavige geval onmiskenbaar zwaarwegende maatschappelijke en juridische ontwikkelingen zijn, die een beperking van de vrijheid van onderwijs rechtvaardigen. Deze ontwikkelingen zijn uitgekristalliseerd in richtlijn 2000/78/EG. Die geeft niet alleen uitdrukking aan maatschappelijke ontwikkelingen, maar is ook juridisch verplichtend.

## *6.3 Vrijheid van godsdienst*

De Afdeling advisering wijst erop, dat ook de vrijheid van godsdienst van belang kan zijn. Zij waarborgt niet alleen de vrijheid van het individu, maar, daarvan afgeleid, ook die van op basis van godsdienst of levensovertuiging gevormde groepen en organisaties. Tot die vrijheid behoort

<sup>33</sup> Kamerstukken II 2009/10 28 481 en 27 017, nr.7, blz. 8–9.

<sup>34</sup> Kamerstukken II 1991/92 22 014, nr. 10, blz. 23.

de organisatorische autonomie, daaronder begrepen het recht om zelf te bepalen wie tot de organisatie behoort en wie niet. In het onderhavige wetsvoorstel gaat het niet om kerkgenootschappen. Het zelf bepalen wie tot een organisatie op godsdienstige grondslag mogen behoren of niet, is alleen aan de orde met betrekking tot verenigingen van werkgevers, werknemers of beroepsgenoten. Het wetsvoorstel laat de bevoegdheid van die verenigingen om daarbij onderscheid te maken op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid in beginsel onverlet, en normeert die slechts overeenkomstig richtlijn 2000/78/EG.

Met betrekking tot andere instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag gaat het om de relatie tot de werknemers en de cliënten van de instelling. Het verband van de instelling met hen is bepaald losser dan wanneer sprake is van lidmaatschap van een vereniging of kerkgenootschap. Nog uitdrukkelijker dan in het geval van verenigingen van werkgevers, werknemers of beroepsgenoten is het daarbij nog maar de vraag of wel sprake is van het in gemeenschap met anderen belijden van godsdienst, ook in de ruime omschrijving die artikel 9 EVRM daarvan geeft. Daarvan hangt af of de vrijheid van godsdienst hier wel in het geding is.

Mocht dat toch het geval zijn, dan is van belang dat het hier slechts gaat om de vraag of instellingen op godsdienstige grondslag onderscheid mogen maken op andere gronden dan godsdienst. Indien het verbod daarop, dat uit het onderhavige wetsvoorstel – en richtlijn 2000/78/EG – voortvloeit, een beperking zou zijn van de vrijheid van godsdienst, zoals gewaarborgd in artikel 9 van het EVRM, dan is dat in een democratische samenleving noodzakelijk voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen; namelijk het recht om niet gediscrimineerd te worden op grond van ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat.

Anders gezegd: als het institutionele aspect van de vrijheid van godsdienst hierbij al aan de orde is, mag dat in dit geval in een democratische samenleving minder zwaar wegen dan het individuele, fundamentele mensenrecht op gelijke behandeling.

#### *6.4 Conclusie*

De vraag of de huidige grondrechtenbalans door het wetsvoorstel wordt gewijzigd is moeilijk te beantwoorden. Het is immers onvoldoende duidelijk welke balans er op dit moment is. De enkele-feitconstructie laat op zich mogelijkheden bestaan voor discriminatie op andere gronden dan godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid, maar hoe ver dat kan gaan is niet duidelijk.

De Raad van State heeft geadviseerd dat de enkele feit-constructie kan worden geschrapt met behoud van de grondrechtenbalans. Dat zou kunnen betekenen dat ook het onderhavige wetsvoorstel geen gevolgen voor die balans heeft. Zowel het wetsvoorstel als de tekstvoorstellen van de Raad van State schrappen immers de enkele-feitconstructie. Er zijn echter verschillen tussen het wetsvoorstel en de tekstvoorstellen van de Raad van State. De belangrijkste daarvan is, dat in de tekstvoorstellen van de Raad van State het element ontbreekt, dat de toegestane discriminatie op grond van godsdienst of levensovertuiging geen op een andere grond gebaseerde discriminatie mag rechtvaardigen. De initiatiefnemers hebben dit element wel opgenomen, omdat het onderdeel uitmaakt van artikel 4, tweede lid, van richtlijn 2000/78/EG. De Raad van State achtte het opnemen ervan niet nodig. Dat zou impliceren dat het wel of niet opnemen van dit element ook niet bepalend was voor het oordeel van de Raad dat de grondrechtenbalans behouden kan blijven.

Toch houden de initiatiefnemers het ervoor, dat het wetsvoorstel wel iets wijzigt aan de grondrechtenbalans; en dat het wèl opnemen van het vorenbedoelde element niet zonder betekenis is. Hoe onduidelijk ook, de omstandigheid dat de huidige enkele feit-constructie in beginsel discriminatie mogelijk maakt op andere gronden dan godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid, legt gewicht in de schaal. En dat dit in het wetsvoorstel niet langer kan, óók.

De initiatiefnemers wijzen er wel op, dat – juridisch gezien – in de keten van oorzaak en gevolg de eventuele wijziging van de grondrechtenbalans in eerste instantie een gevolg is van richtlijn 2000/78/EG, vervolgens van het met redenen omklede advies van de Europese Commissie daaromtrent en pas in de laatste plaats van het onderhavige wetsvoorstel.

Het gaat bij dit wetsvoorstel echter niet louter om een juridisch juiste implementatie van een Europese richtlijn. Voor de initiatiefnemers is hier een principiële kwestie aan de orde: buiten de toegestane uitzonderingen met betrekking tot godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid behoren werknemers en anderen op het terrein van de arbeid en het vrije beroep niet geconfronteerd te worden met discriminatie wegens ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat.

Indien als gevolg daarvan dat wat de huidige «grondrechtenbalans» genoemd wordt enigszins wordt aangepast, vinden de initiatiefnemers dat aanvaardbaar.

Daarbij wegen zij ook de vraag mee of de vrijheid van onderwijs door het wetsvoorstel niet al te ver wordt ingeperkt. Die vraag beantwoorden zij ontkennend. Instellingen van bijzonder onderwijs mogen, zoals alle werkgevers, van hun werknemers verlangen dat zij zich als een goed werknemer gedragen en dat zij zich houden aan interne voorschriften. Zij mogen daarbij – binnen de grenzen van de wet – onderscheid maken op grond van godsdienst. Maar niet ook rechtstreeks op grond van ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

Zoals aan het slot van paragraaf 5.3 uiteengezet, kan er alleen indien slechts sprake is van «indirect onderscheid» en dit los staat van onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, met toepassing van artikel 2, eerste lid, Awgb een mogelijkheid zijn voor het rechtvaardigen van een onderscheid op andere gronden.

Per saldo resulteert dit, voor zover op wetsniveau daarin kan worden voorzien, in een faire balans, die in overeenstemming is met Europese normen en waarden. Daarbinnen is er in concrete gevallen ruimte voor een beoordeling door de rechter.

## **II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING**

### *Artikel 1*

In dit artikel worden op drie plaatsen bepalingen in de Awgb geherformuleerd. Deze bepalingen hebben met elkaar gemeen, dat zij een uitzondering mogelijk maken op het in de Awgb opgenomen verbod van het maken van onderscheid op het terrein van de arbeid en het vrije beroep en het aanbieden van diensten.

Voor de plaats die deze uitzonderingen innemen in het systeem van de Awgb, is het volgende van belang.



De Awgb bevat in artikel 2 enkele algemene uitzonderingen. Daarvan heeft de in het eerste lid opgenomen bepaling een algemene strekking en hebben de overige leden betrekking op een bepaald kenmerk.

De algemene uitzondering van het eerste lid van artikel 2 Awgb ziet op gevallen waarin een onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Deze uitzondering geldt alleen voor *indirect* onderscheid.

De uitzonderingen van de artikelen 5, tweede tot en met zesde lid, 6a, tweede lid, en 7, tweede en derde lid, zien op een aantal specifieke situaties. Zij hebben zowel betrekking op direct als op indirect onderscheid in de zin van artikel 1 Awgb. De verhouding tussen de algemene uitzonderingen van artikel 2 en de specifieke in de artikelen 5, 6a en 7 is zó, dat indien de specifieke uitzondering niet van toepassing is, de algemene nog wel van toepassing zou kunnen zijn.<sup>35</sup>

In de onderdelen A, B en C van artikel I komen een aantal gelijklopende elementen voor, naast enkele verschillen die hierna bij die onderdelen toegelicht zullen worden.

In de eerste plaats moet sprake zijn van een grondslag die godsdienstig, levensbeschouwelijk of politiek van aard moet zijn. Die moet duidelijk en herkenbaar verwoord kunnen worden. Uiteraard ligt de bevoegdheid voor de vaststelling en de uitleg van de grondslag van de instelling primair bij het bevoegd gezag ervan. De rechter zal slechts kunnen toetsen of de grondslag godsdienstig, levensbeschouwelijk of politiek van aard is. Ook kan de rechter toetsen of voldaan wordt aan de in de jurisprudentie van de CGB ontwikkelde eis, dat de grondslag niet alleen in woord, maar ook in daad – in de dagelijkse praktijk – consequent en consistent nageleefd wordt.

In de tweede plaats moet het onderscheid maken op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid rechtstreeks terug te voeren zijn tot de grondslag van de betrokken instelling. Voor de rechter past hierbij enige terughoudendheid. Naarmate de grondslag vager is geformuleerd zal er echter voor de rechter meer aanleiding kunnen zijn om te toetsen of er een voldoende verband bestaat tussen de grondslag en het in concreto gemaakte onderscheid.

In de derde plaats moeten de kenmerken godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd vereiste vormen, gerelateerd aan de aard van de activiteiten en de context waarin de activiteiten worden uitgeoefend (b.v. het uitoefenen van een bepaald beroep, of het afnemen van bepaalde diensten) en de aard van de betrokkenheid (personeelslid, lid of cliënt). De begrippen «legitiem» en «gerechtvaardigd» kunnen worden geïnterpreteerd overeenkomstig de jurisprudentie op artikel 2, eerste lid, Awgb. Omdat uitzonderingen op het beginsel van non-discriminatie strikt moeten worden geïnterpreteerd en de nationale wetgeving daadwerkelijk bescherming tegen discriminatie moet bieden,<sup>36</sup> mag de rechter ten volle toetsen of het kenmerk, gezien de grondslag van de instelling, vanwege de aard van de activiteiten en de

<sup>35</sup> Zie bijvoorbeeld de werkwijze van de CGB in oordeel 2003-134.

<sup>36</sup> Zie het in paragraaf 3.2 vermelde met redenen omkleed advies van de Europese Commissie: «Uitzonderingen op het beginsel van non-discriminatie moeten strikt worden geïnterpreteerd. De nationale wetgeving moet de grenzen van de uitzondering waarin artikel 4 van de richtlijn voorziet, duidelijk aangeven en – overeenkomstig artikel 2, lid 1, van de richtlijn – daadwerkelijk bescherming tegen discriminatie bieden.»

context waarin de activiteiten worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd vereiste vormt.

#### *Onderdeel A*

Voor artikel 5 is richtlijn 2000/78/EG van belang. Daarom zijn zo veel mogelijk de bewoordingen van de toepasselijke bepaling van die richtlijn – artikel 4, tweede lid – gebruikt. De richtlijn heeft geen betrekking op onderscheid op grond van politieke gezindheid, maar niets staat eraan in de weg dat een lidstaat ook ten aanzien daarvan bescherming biedt. De richtlijn heeft betrekking op het terrein van de arbeid en het vrije beroep en ziet op de relatie tussen de instelling en personen die voor haar werkzaam zijn. Dientengevolge is bepaald dat de kenmerken godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid *beroepsvereisten* moeten zijn. Uit een oogpunt van legitimiteit, subsidiariteit en proportionaliteit is daaraan toegevoegd dat zij wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd moeten zijn, gelet op de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend.

De toetsing aan deze eis kan verschillend uitvallen voor personen die verschillende functies vervullen. En in voorkomende gevallen ook voor werknemers in loondienst en ingehuurd personeel; en binnen de groep van werknemers tussen werknemers in vaste en in tijdelijke dienst.<sup>37</sup>

De uitzonderingen zijn gemaakt ten gunste van instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, instellingen op politieke grondslag en instellingen van bijzonder onderwijs. De instellingen van bijzonder onderwijs zijn apart genoemd, omdat zij niet altijd als een *species* van het *genus* «instellingen op godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslag» gezien worden. Instellingen van bijzonder onderwijs kunnen ook een andere grondslag hebben.

Anders dan in het huidige tweede lid van artikel 5 is wel gekozen voor één bepaling, die gelijkelijk op alle drie de categorieën instellingen betrekking heeft. Dat is een gevolg van het feit dat artikel 4 van de richtlijn geen onderscheid maakt tussen instellingen van bijzonder onderwijs en andere instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, en anders dan het huidige artikel 5 Awgb dus ook geen verschillende elementen bevat met betrekking tot het doel van de instelling en het verwezenlijken van de grondslag. In plaats daarvan volstaat artikel 4 van de richtlijn met het vereiste dat er een relatie is tussen het toegestane verschil in behandeling en de grondslag van de instelling en het vereiste dat het onderscheid een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste dient te vormen vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend. Dat impliceert dat met betrekking tot beide soorten instellingen ook niet verder gegaan kan worden dan het opnemen van deze twee elementen.

Een voordeel van één bepaling is ook, dat buiten twijfel komt te staan dat instellingen op een politieke en godsdienstige grondslag – binnen de grenzen van de wet – onderscheid kunnen maken op beide kenmerken.

#### *Onderdeel B*

Ook voor artikel 6a geldt, dat het binnen de reikwijdte van richtlijn 2000/78/EG valt, maar dat de bescherming op het gebied van politieke gezindheid niet door de richtlijn wordt vereist. Vergeleken met de bewoordingen van het voorgestelde tweede lid van artikel 5 is de redactie aangepast aan de andere relatie die hier aan de orde is. Niet die tussen de

<sup>37</sup> Vgl. CGB oordeel 2000-64.

instelling en de personen die voor haar werkzaam zijn, maar met leden van verenigingen, bestuurders, contribuanten en soortgelijke betrokkenen. Daarom wordt in het voorgestelde tweede lid niet gesproken over een «beroepsvereiste» en «de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend», maar over «vereiste» en «de aard van de betrokkenheid of de context waarin specifieke activiteiten worden uitgeoefend».

Net als bij de voorgestelde redactie van artikel 5, tweede lid, is ook in het tweede lid van artikel 6a gekozen voor één bepaling, die gelijkelijk betrekking heeft op organisaties op godsdienstige, levensbeschouwelijke en politieke grondslag.

Als gevolg hiervan kan op eenvoudige wijze tegemoetgekomen worden aan het ASLEF-arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.<sup>38</sup> Dit leidt ertoe dat vakverenigingen op godsdienstige grondslag, binnen de grenzen van de wet en voor zover dat voortvloeit uit hun grondslag, niet alleen onderscheid mogen maken op grond van godsdienst, maar ook op grond van politieke gezindheid.

### *Onderdeel C*

Artikel 7 valt slechts onder de werkingssfeer van richtlijn 2000/78/EG voor zover het gaat om de toegang tot alle vormen van beroepskeuzevoorzichting, voortgezette beroepsopleiding en omscholing. Dat is voldoende reden om, mede gelet op het belang van consistentie in de redactie van de Awgb, ook in het tweede lid van dit artikel zo veel mogelijk aan te sluiten bij de terminologie van de richtlijn. Daarbij dient wel rekening te worden gehouden met de omstandigheid dat het hier niet gaat over het terrein van de arbeid en het vrije beroep, maar om het aanbieden van en de toegang tot bepaalde diensten; in het tweede lid: het geven van onderwijs.

Bij het redigeren van de uitzondering met betrekking tot het maken van onderscheid op grond van godsdienst en levensovertuiging wordt daarom enigszins afgeweken van de redactie van de in de artikelen 5 en 6a, tweede lid, opgenomen uitzonderingen. Waar in artikel 6a wordt gesproken over «de aard van de betrokkenheid of de context waarin specifieke activiteiten worden uitgeoefend» wordt in artikel 7, tweede lid, slechts gesproken over «de aard van het onderwijs». Daarin ligt ook de context waarin de activiteiten worden uitgeoefend voldoende besloten. Wel is in zoverre aangesloten bij de redactie van richtlijn 2000/78/EG en de voorgestelde wijziging van de artikelen 5 en 6a, dat de kenmerken ten aanzien waarvan onderscheid gemaakt mag worden, uitdrukkelijk zijn genoemd: godsdienst en levensovertuiging. In dit geval is, in overeenstemming met de huidige redactie van artikel 7, tweede lid, «politieke gezindheid» daar niet aan toegevoegd. Wel toegevoegd is, ook in overeenstemming met de huidige redactie van artikel 7, tweede lid: «geslacht». Daarbij is dezelfde beperking opgenomen als thans reeds in artikel 7, tweede lid, is vermeld: mits voor leerlingen van beide geslachten gelijkwaardige voorzieningen aanwezig zijn.

---

<sup>38</sup> EHRM 27 februari 2007, nr. 11002/05 (*Associated society of locomotive engineers & firemen (ASLEF) tegen Verenigd Koninkrijk*).

*Artikel II*

Dit artikel regelt de inwerkingtreding.

Bergkamp  
Venrooy-Van Ark  
Yücel  
Jasper van Dijk  
Klaver