



> Retouradres Postbus 20011 2500 EA Den Haag

De Koningin

**Directie Constitutionele
Zaken en Wetgeving**
Afdeling Wetgeving
Staatsinrichting en
Grondrechten

Schedeldoekshaven 200
2511 EZ Den Haag
Postbus 20011
2500 EA Den Haag
www.minbzk.nl

Contactpersoon
mr. G.J. Boon

T (070) 426 7508
gerard.boon@minbzk.nl

Datum 24 september 2009

Betreft Nader rapport betreffende het advies van de Raad van State inzake de
enkele-feitconstructie in de Algemene wet gelijke behandeling

Kenmerk
2009-0000543042

Hierbij bied ik Uwe Majesteit het advies van de Raad van State, gedateerd 18 mei 2009, no. W04.08.0593/I aan, inzake de zogenoemde enkele-feitconstructie in de Algemene wet gelijke behandeling.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 30 december 2009, no. 08.003754, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn bovenvermelde advies rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

1. De adviesvraag

Aan de Raad is gevraagd of er mogelijkheden zijn, en zo ja welke, om de artikelen van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) waarin de zogenoemde 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 tussen grondrechten – in het bijzonder de balans tussen het nondiscriminatiebeginsel en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs – behouden blijft.

2. Het advies van de Raad over de enkele-feitconstructie

Het advies van de Raad richt zich op de juridisch-technische vraag hoe de Awgb zou kunnen worden aangepast aan de Kaderrichtlijn¹ zonder de enkele-feitconstructie maar met behoud van de huidige grondrechtenbalans. De Raad beperkt zich in zijn advies tot het tweede lid van artikel 4 van de Kaderrichtlijn² en constateert dat er geen indicaties zijn dat de Nederlandse rechtspraak inzake artikel 5 Awgb, waarin de enkele-feitconstructie is opgenomen, daarmee niet in overeenstemming zou

¹ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

² Zie paragraaf 1, onder c, van het advies van de Raad van State.

zijn³. In zijn advies analyseert de Raad de kernelementen van artikel 5, tweede lid, Awgb, waarin de huidige grondrechtenbalans verankerd is, en artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn:

Datum
24 september 2009
Kenmerk
2009-0000543042

De kernelementen van artikel 5, tweede lid, onderdelen a en c, Awgb

De kernelementen van artikel 5, tweede lid, Awgb, zijn volgens de Raad:

- godsdienst/levensovertuiging als grondslag/doel van de instelling;
- eisen die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de vervulling van een functie (in onderdeel a) en eisen over de functie, die gelet op het doel van de onderwijsinstelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag (in onderdeel c);
- geen onderscheid op grond van 'het enkele feit'.

De Raad gaat in paragraaf 2, onderdeel c, van zijn advies in op deze kernelementen.

De kernelementen van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn

De kernelementen van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn zijn volgens de Raad:

- kerken en andere publieke of particuliere organisaties op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag;
- verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging;
- aard van de beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend;
- godsdienst of overtuiging als wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste gezien de grondslag; geen discriminatie op andere grond;
- verlangen van een houding van goede trouw en loyaliteit.

De Raad gaat in paragraaf 3, onderdeel c, van zijn advies in op deze kernelementen.

De Raad concludeert uit deze analyse dat de kernelementen van beide bepalingen zodanig samenvallen, dat een herformulering mogelijk is op een zodanige wijze dat de grondrechtenbalans in de huidige tekst van artikel 5 ten volle behouden blijft. De Raad geeft vervolgens twee tekstvarianten, die als alternatief voor het huidige artikel 5 Awgb zouden kunnen dienen, indien het kabinet zou besluiten tot het schrappen van de enkele-feitconstructie.

3. Het standpunt van het kabinet over het advies van de Raad inzake de enkele-feitconstructie

3.1 Uitgangspunten

Met de onderhavige adviesaanvraag is beoogd meer inzicht te krijgen in de mogelijkheden om de zogenoemde enkele-feitconstructie uit de Awgb te schrappen, zonder dat de huidige balans tussen grondrechten gewijzigd wordt.

Het kabinet onderkent dat het schrappen van de enkele-feitconstructie een wens van velen is, tegen de achtergrond van de voortdurend oploeiende maatschappelijke discussie over de betekenis en toepassing van dit element in de wet. Deze discussie gaat onder meer over wat 'bijkomende omstandigheden' zouden kunnen zijn.

³ Zie blz. 20 en voetnoot 13 op blz. 4 van het advies van de Raad van State.

Het kabinet hecht er aan dat de bescherming tegen discriminatie van het individu, zoals thans geregeld in de Awgb, in elk geval niet minder mag worden. Dit is in overeenstemming met overweging 28 van de Kaderrichtlijn, waarin staat dat de uitvoering van de Kaderrichtlijn niet als rechtvaardiging mag dienen voor enigerlei verlaging van het in de lidstaten reeds bestaande beschermingsniveau.

Datum
24 september 2009
Kenmerk
2009-0000543042

Evenzeer hecht het kabinet er belang aan dat de uit de Grondwet voortvloeiende vrijheid van instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag en instellingen van bijzonder onderwijs om eisen te stellen aan het personeel, ongewijzigd blijft.

Voor het kabinet is essentieel dat het beschermingsniveau materieel niet lager mag zijn dan beoogd is in de Kaderrichtlijn en dat de huidige balans tussen grondrechten intact blijft. Het is voorts in het belang van de rechtszekerheid wanneer aangesloten kan blijven worden bij de bestaande jurisprudentie.

3.2 De enkele-feitconstructie

Met de enkele-feitconstructie is een grens gesteld aan het recht van instellingen en scholen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen aan hun personeel met het oog op de grondslag van hun organisatie. Deze begrenzing houdt in dat die eisen in elk geval 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 parlementaire behandeling van de Awgb is aangegeven wat wordt verstaan onder het enkele feit van homoseksuele gerichtheid⁴. De enkele-feitconstructie maakt duidelijk dat onderscheid enkel op basis van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat niet is toegestaan. De wet biedt wel ruimte aan instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om van hun werknemers te verlangen dat zij zich loyaal betonen aan die grondslag. Dat laatste spreekt overigens ook uit de tekst van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn.

Uit de parlementaire geschiedenis van de enkele-feitconstructie blijkt in ieder geval duidelijk dat een persoon niet mag worden geweigerd louter vanwege het feit dat hij een relatie heeft, casu quo samenwoont, met iemand van hetzelfde geslacht, aangezien dat een vorm van onderscheid wegens het enkele feit van homoseksuele gerichtheid zou zijn.⁵ Alleen indien sprake is van bijkomende omstandigheden, die afbreuk zouden doen aan het uitdragen van de identiteit van de school, kan de uitzondering van het tweede lid, onder c, van artikel 5 Awgb van toepassing zijn. De bedoelde bijkomende omstandigheden hebben met name betrekking op gevallen waarin de betrokkene de grondslag van de school niet meer geloofwaardig kan uitdragen. In de parlementaire geschiedenis van de Awgb wordt daarover onder meer het volgende opgemerkt: "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, 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

⁴ Zie onder meer: *Memorie van antwoord Eerste Kamer, Kamerstukken I 1992/93, 22 014, nr. 212c, blz. 10-11; Handelingen I 1993/94, blz. 1083.*

⁵ Zie onder meer *Memorie van antwoord Eerste Kamer, Kamerstukken I 1992/93, 22 014, nr. 212c, blz. 10-11.*

scholen aldus niet om een personeelsbeleid te voeren dat aan leerkrachten de eis stelt dat zij de overtuiging van de school meedragen en uitdragen. Zo'n verbod zou grondrechten aantasten, niet beschermen. Dat is in wezen de betekenis van de enkele feitbepaling. (...) Wanneer, meer dan het enkele feit, een leerkracht niet langer de overtuiging van de school uitdraagt, dan - en op die grond - is er iets anders aan de hand, namelijk het functioneren van die leerkracht in het verband van die school. (...) 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. (...) 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. Het bij het onderwijs betrokken personeelslid van de instelling kan in zo'n geval zijn functie niet vervullen, omdat de verwezenlijking van die grondslag onderdeel is van zijn functie.⁶

Datum
24 september 2009
Kenmerk
2009-0000543042

De Europese Commissie stelt in haar met redenen omkleed advies van 31 januari 2008 dat de uitzondering van artikel 5, tweede lid, Awgb onvoldoende duidelijk maakt dat daarbij aan de dubbele eis moet worden voldaan dat het doel legitiem moet zijn en het vereiste evenredig aan dat doel.

De Raad van State is met het kabinet van oordeel dat het evenredigheidsbeginsel wel deel uitmaakt van artikel 5, tweede lid, onderdelen a en c. Het evenredigheidsbeginsel blijkt uit het criterium dat het moet gaan om functie-eisen die nodig zijn gelet op het doel van de instelling. Zoals de Raad stelt: "de gestelde functie-eis moet nodig zijn om het doel van de instelling adequaat te realiseren, in de zin dat realisering van dat doel zonder die eis - met minder stringente criteria - niet of onvoldoende mogelijk is."⁷

Naar de mening van het kabinet is de legitimiteitseis thans besloten in de combinatie van noodzaak en de begrenzing van die noodzaak door middel van de enkele-feitconstructie. Organisaties op godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslag hebben, aldus de Raad, in vergelijking tot overige instellingen een ruimere marge in het bepalen van hun doeleinden in relatie tot hun grondslag, alsmede in het bepalen van de met het oog daarop te stellen beroepsvereisten. Deze organisaties mogen functievereisten stellen die direct herleidbaar zijn tot hun godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag. Anderzijds gaat die vrijheid niet zo ver, zo stelt de Raad, dat met een beroep op uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende criteria discriminatoire eisen die op andere specifieke persoonskenmerken zien, gesteld mogen worden. De Commissie gelijke behandeling toetst een en ander in de praktijk aan de hand van de volgende, cumulatieve eisen:

- het moet gaan om een instelling op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag;
- de functie-eis is gegrond op een vast (consequent) en op het doel van de instelling berustend beleid;
- de functie-eis moet nodig zijn voor de vervulling van de functie respectievelijk de verwezenlijking van de grondslag; en

⁶ *Memorie van antwoord Eerste Kamer, Kamerstukken I 1992/93, 22 014, nr. 212c, blz. 11.*

⁷ *Zie paragraaf 2, onder c, van het advies van de Raad van State.*

- de functie-eis mag niet leiden tot onderscheid op grond van een ander door de Awgb beschermd persoonlijk kenmerk; indien er bijkomende omstandigheden zijn, kan dit onderscheid mogelijk alsnog worden gerechtvaardigd.⁸

Datum
24 september 2009
Kenmerk
2009-0000543042

3.3 Afweging en conclusie

Het kabinet vroeg de Raad van State advies teneinde een goed afgewogen besluit te kunnen nemen over de vraag of de bepalingen in de Awgb, waarin de enkele-feitconstructie is opgenomen, zouden moeten worden gewijzigd en zo ja, op welke wijze dat dan kan geschieden zonder afbreuk te doen aan de in die bepalingen neergelegde balans tussen de grondrechten, in het bijzonder het nondiscriminatiebeginsel en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs.

De Raad constateert dat de kernelementen van de richtlijnbeepaling reeds aanwezig zijn in de huidige tekst van de Awgb en dat er geen aanwijzingen zijn dat de Nederlandse praktijk, zoals deze zich in de loop der jaren op de voet van artikel 5 van de Awgb heeft ontwikkeld, niet in overeenstemming zou zijn met de Kaderrichtlijn. Een en ander impliceert dat wijziging van de huidige wettekst niet noodzakelijk is.

Anderzijds heeft het kabinet reeds eerder vastgesteld dat het wenselijk is de terminologie van de Nederlandse gelijkebehandelingswetten op een aantal andere punten nauwer te laten aansluiten bij de terminologie van de Europese richtlijnen betreffende gelijke behandeling⁹. Ook hiermee wordt geen materiële wijziging beoogd. Wel bewerkstelligt een nauwere aansluiting bij de richtlijnterminologie dat in de toekomst gemakkelijker kan worden aangesloten bij de Europese jurisprudentie op het gebied van gelijke behandeling.

Het kabinet acht het daarnaast van belang dat een einde wordt gemaakt aan de misverstanden over de betekenis en de reikwijdte van de enkele-feitconstructie. Op grond van bovenstaande overwegingen heeft het kabinet besloten een voorstel in procedure te brengen waarin ook voor wat betreft de onderdelen van de Awgb, waarin de enkele-feitconstructie is opgenomen, de richtlijnterminologie is overgenomen. Daarbij wordt gedacht aan een tekst die overeenkomt met de tekstvariant die volgens het advies van de Raad in opzet en systematiek zo dicht mogelijk aansluit bij artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn (tekstvariant A uit het advies). Naar de mening van het kabinet is het gewenst, in de wettekst daarnaast expliciet tot uitdrukking te brengen dat de vrijheid van de hier bedoelde instellingen niet zo ver gaat, dat met een beroep op uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende criteria discriminatoire eisen gesteld mogen worden, die op andere specifieke persoonskenmerken zien. Deze voorwaarde kan weliswaar reeds worden afgeleid uit de overige elementen van de tekst die de Raad voorstelt, maar naar de mening van het kabinet is het wenselijk ook wat dit element betreft expliciet aansluiting te zoeken bij de richtlijntekst. Het kabinet beoogt hiermee te voorkomen dat de gewijzigde wettekst opnieuw tot onduidelijkheid zou leiden over de reikwijdte van de uitzonderingen voor bijzondere instellingen in relatie tot de richtlijntekst, waardoor de maatschappelijke discussie over de betekenis en toepassing van deze passage in de wet, onder meer over de

⁸ Zie onder meer de CGB-oordelen 1999-38, 2002-1, 2003-145 en 2007-100.

⁹ Zie hierover onder meer het eerste deel van het kabinetsstandpunt (Kamerstukken II 2008/09, 28 481, nr. 5, blz. 3-4 en het voorstel tot wijziging van de Algemene Wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling, het Burgerlijk Wetboek, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (aanpassing definities van direct en indirect onderscheid aan richtlijnterminologie) (Kamerstukken II 2008/09, 31 832, nr. 2).

reikwijdte van 'bijkomende omstandigheden', opnieuw voor lange tijd zou kunnen oplaaien. De nieuwe tekst zal naar de mening van het kabinet waarborgen dat de huidige balans van grondrechten, waarbij de belangen van de instelling én van het individu op evenwichtige wijze recht wordt gedaan, niet wordt gewijzigd.

Datum
24 september 2009
Kenmerk
2009-0000543042

4. De uitzondering voor kerkgenootschappen en het geestelijk ambt

Artikel 3 Awgb luidt als volgt:

Deze wet is niet van toepassing op:

- a. rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag;
- b. het geestelijk ambt.

In de adviesaanvraag aan de Raad is gesteld dat de regering niet voornemens is artikel 3 te wijzigen naar aanleiding van de tweede evaluatie van de Awgb en de ingebrekestelling van de Europese Commissie, aangezien artikel 3 geen generieke, categorische uitzondering biedt voor kerkgenootschappen maar alleen een vrijstelling verleent voor de benoeming tot het geestelijk ambt en rechtsverhoudingen binnen het kerkgenootschap.

In het met redenen omkleed advies van 31 januari 2008 stelt de Europese Commissie echter dat de Kaderrichtlijn niet voorziet in een algemene uitzondering op het discriminatieverbod voor kerken en verwante organisaties.

De Raad besteedt in zijn advies ook aandacht aan artikel 3 Awgb. De Raad stelt zich op het standpunt dat artikel 4 van de Kaderrichtlijn materieel dezelfde bescherming aan de vrijheid van godsdienst biedt als die welke is beoogd met het thans geldende artikel 3 Awgb¹⁰. Omwille van de vrijheid van godsdienst en de scheiding van kerk en staat, aldus de Raad, moet de staat zich afzijdig houden van het kerkelijk 'personeels- en cliëntenbeleid' en andere intern-kerkgenootschappelijke aangelegenheden. "Dat beleid betreft immers een kernaspect van de organisatorische vrijheid van godsdienst (als gewaarborgd in artikel 6 Grondwet en 9 EVRM), die bovendien veelal nauw verbonden is met de vrijheid bepaalde inhoudelijk-theologische opvattingen te huldigen en aan de interne organisatie ten grondslag te leggen."¹¹

Het kabinet volgt hierin de Raad. Het kabinet is van oordeel dat de scheiding van kerk en staat en de vrijheid van godsdienst met zich brengen dat de overheid geen rol heeft bij het bepalen van criteria voor de benoeming tot het geestelijk ambt, alsmede de toelating tot een opleiding daartoe.

Dit wordt anders wanneer een kerkgenootschap zich in het maatschappelijk veld begeeft. In dat geval is namelijk niet langer sprake van interne rechtsverhoudingen binnen een kerkgenootschap. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een kerkgenootschap huishoudelijk personeel aanneemt. Te denken valt ook aan de accountant en de tuinman. In dat soort gevallen gelden de criteria van artikel 5 of 7 van de Awgb. Artikel 3 is dan niet van toepassing.

De Raad geeft in overweging in het geval van wijziging van artikel 5 ook de verhouding met artikel 3 te bezien. De Raad acht het mogelijk de uitzondering van

¹⁰ Zie paragraaf 5 van het advies van de Raad.

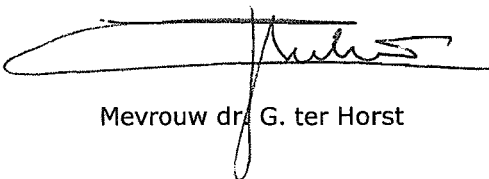
¹¹ Advies van de Raad van State, blz. 19, onderdeel iv.

artikel 3 dan als apart artikellid onder te brengen in een nieuw te formuleren artikel 5. De Raad voegt daar echter aan toe, dat dan nog wel aanvullend recht zal moeten worden gedaan aan rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen, die buiten het bereik van de Kaderrichtlijn vallen. Het toevoegen van de strekking van artikel 3 aan een hergeformuleerd artikel 5 zal naar de mening van het kabinet tot nieuwe onduidelijkheden leiden. Het kabinet concludeert op grond van de voorgaande overwegingen dat er geen aanleiding is artikel 3 Awgb te wijzigen en dat de wijziging die door de Raad als mogelijkheid wordt genoemd, niet wenselijk is.

Datum
24 september 2009
Kenmerk
2009-0000543042

Ik moge U verzoeken mij te machtigen de adviesaanvraag, het advies van de Raad van State en het nader rapport aan te bieden aan de Eerste en de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES,



Mevrouw dr. G. ter Horst