



Factsheet enkele-feitconstructie

Europese richtlijnen en de Algemene wet gelijke behandeling

September 2009
Platform Artikel 13



Factsheet enkele-feitconstructie

Deze factsheet bevat informatie over de zogenoemde enkele-feitconstructie in de Algemene wet gelijke behandeling. Deze wettelijke regeling maakt het mogelijk voor bijvoorbeeld scholen in het bijzonder onderwijs om eisen te stellen aan docenten ten aanzien van hun seksuele gerichtheid. Er is de laatste tijd veel discussie geweest over de houdbaarheid van deze uitzondering op het verbod op discriminatie. De Europese Commissie heeft Nederland laten weten dat Europese wetgeving een dergelijke uitzondering niet toelaat. De regering heeft daarom aan de Raad van State gevraagd om een advies uit te brengen. Naast de Raad van State hebben vele politici, juridische experts en media zich gebogen over deze kwestie.

In deze factsheet zet Platform Artikel 13 op een rij hoe de discussie zich volgens diverse deskundigen verhoudt tot de plichten die uit Europese wetgeving voortvloeien. Verder volgt een analyse van de juridische argumenten die zijn opgeworpen in deze discussie en enkele voorstellen voor het vervolgtraject. De organisaties verenigd in Platform Artikel 13, verantwoordelijk voor dit factsheet, willen bereiken dat eenieder die zich in deze discussie mengt voldoende is geïnformeerd over de achtergrond en inhoud van de relevante wet- en regelgeving.

De tekst is opgesteld door Tanja van den Berge, juridisch onderzoeker (VandenBerge research & consultancy) en extern adviseur van Platform Artikel 13, onder verantwoordelijkheid van Platform Artikel 13.

In Platform Artikel 13 hebben zitting de ANBO, Art.1, de Chronisch zieken en Gehandicapten Raad, E-Quality en Movisie lesbisch en homo-emancipatiebeleid. Deze organisaties werken in Platform Artikel 13 samen om, ieder vanuit hun eigen deskundige invalshoek, gelijke behandeling in Nederland te bevorderen. Het Platform geeft informatie over Europese richtlijnen en over het beleid van de Europese Unie. Daarnaast geeft het Platform commentaar op lopende kwesties, publiceert het boeken en brochures, en organiseert het publieksdebatten en andere bijeenkomsten.¹

Laatst gewijzigd: 9 september 2009

¹ Artikel 13, eerste lid, EG-verdrag luidt: "Onverminderd de andere bepalingen van dit Verdrag, kan de Raad, binnen de grenzen van de door dit verdrag aan de Gemeenschap verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden."

1. Achtergrond

In 1994 trad de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) in werking. Ten tijde van de totstandkoming is er flink gediscussieerd over de positie van homoseksuele leerkrachten in het (bijzonder) onderwijs. Er werd uiteindelijk een compromis gevonden in de 'enkele-feitconstructie' die een uitzondering vormde op het verbod op discriminatie in de wet.² Deze constructie houdt in dat bijzondere scholen de bevoegdheid behouden om, met een beroep op hun godsdienstige grondslag, homoseksuele docenten te weigeren in dienst te nemen of te ontslaan, mits dit niet gebeurt vanwege het enkele feit dat iemand homoseksueel is. In 2000 is een Europese richtlijn in werking getreden die discriminatie op grond van leeftijd, handicap, seksuele voorkeur en godsdienst of overtuiging bij de arbeid verbiedt.³ De bepalingen uit deze zogenoemde Kaderrichtlijn zijn geïmplementeerd in een vernieuwde versie van de AWGB.⁴ Begin 2008 gaf de Europese Commissie aan dat zij van mening is dat Nederland de richtlijnen op een aantal punten incorrect heeft omgezet in de nationale wetgeving. Impliciet werd daarbij de enkele-feitconstructie ter discussie gesteld. Ook de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) concludeerde in een advies dat de enkele-feitconstructie niet langer houdbaar is.⁵

Ook de Commissaris voor de Mensenrechten van de Raad van Europa, Thomas Hammerberg, komt tot dezelfde conclusie. In het rapport naar aanleiding van zijn bezoek aan Nederland in september 2008 stelt hij dat de uitzondering voor religieuze instellingen in de AWGB moet worden geschrapt en de enkele-feitconstructie in zijn geheel moet worden afgeschaft.⁶

Deze opvatting sluit aan bij de jarenlange wens van de homobeweging om de enkele-feitconstructie af te schaffen.

De Nederlandse regering wees de kritiek van van de Europese Commissie af en vroeg de Raad van State om een advies over de enkele-feitconstructie.

2. Wat zegt de Europese richtlijn?

Om helderheid te verschaffen omtrent het doel en de strekking van artikel 4, lid 2 van de Kaderrichtlijn, is het belangrijk mee te nemen wat de Europese Commissie voor ogen stond bij het opstellen van dit artikel. Dat is het volgende:

"Artikel 4 staat gerechtvaardigde verschillen in behandeling toe wanneer een kenmerk een relevante beroepskwalificatie voor de desbetreffende baan is. De rechtvaardiging in deze gevallen heeft betrekking op de aard van de betrokken functie of de context waarbinnen de functie wordt uitgeoefend. Het is duidelijk dat in organisaties die bepaalde religieuze waarden propageren bepaalde functies

² Kamerstukken II1991/92, 22 014, nr. 3.

³ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, PbEG L 303 van 2.12.2000, blz. 16.

⁴ Wijziging van de AWGB, Stb. 2008, 100.

⁵ 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.

⁶ <http://www.cmo.nl/pmre/Rapport-Hammarberg.pdf>.

of taken verricht moeten worden door mensen *die de relevante religieuze overtuiging delen* (curs. Platform Artikel 13). Art. 4 lid 2 staat deze organisaties toe beroepskwalificaties te vereisen die nodig zijn voor de uitoefening van de taken van de desbetreffende functie.”⁷

In het gewijzigde voorstel voor de richtlijn overweegt de Europese Commissie:

“Wat godsdienst of overtuiging als wezenlijke beroepskwalificatie betreft, is de tekst van de Commissie gewijzigd om de "sociale" activiteiten van religieuze organisaties te dekken. *De tekst is aangevuld om te benadrukken dat deze bepaling geen rechtvaardiging vormt voor discriminatie op enige andere grond* (curs. Platform Artikel 13) (amendement 37)”.⁸

De uiteindelijke tekst van richtlijn 2000/78/EG art. 4 lid 2 luidt:

“De lidstaten kunnen op het moment van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale wetgeving handhaven of voorzien in toekomstige wetgeving waarin op de datum van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale praktijken worden opgenomen, die bepaalt, dat in het geval van kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, voor wat betreft de beroepsactiviteiten van deze organisaties *een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging van een persoon geen discriminatie vormt* (curs. Platform Artikel 13) indien vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend de godsdienst of overtuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie. Dit verschil in behandeling wordt toegepast met inachtneming van de grondwettelijke bepalingen en beginselen van de lidstaten en van de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, en mag geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen.

Mits de bepalingen van deze richtlijn voor het overige worden geëerbiedigd, laat deze richtlijn *derhalve* (curs. Platform Artikel 13) het recht van kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, onverlet om, handelend in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen, van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen.”

Analyse van deze totstandkomingsteksten laat zien dat art. 4 lid 2 van de Kaderrichtlijn lidstaten slechts toestaat bij wet te handhaven of vast te leggen dat kerken en andere publieke of particuliere organisaties, wier grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, een persoon mogen weren op grond van *diens* godsdienst of overtuiging. Dit zal niet worden aangemerkt als discriminatie indien *diens* godsdienst of overtuiging een wezenlijk, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de (godsdienstige) grondslag van de organisatie. Kortom een school geschoeid op katholieke grondslag zou op

⁷ Toelichting bij commissievoorstel COM(1999)565, 25-11-1999.

⁸ Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in werkgelegenheid en beroep, Brussel 12.10.2000, COM(2000)652 definitief.

basis van de richtlijn en indien deze grondslag dit werkelijk ondersteunt een joodse of moslimleraar kunnen weigeren in dienst te nemen.

Volgens de heersende opvatting van het Europese Hof van Justitie moeten uitzonderingen op het verbod van discriminatie zeer strikt worden beoordeeld. Per geval moeten dergelijke uitzonderingen worden beoordeeld op hun mogelijke rechtvaardiging ten aanzien van strijd met het verbod op discriminatie wegens seksuele voorkeur.

3. Advies Raad van State

In haar verzoek om een advies verzocht de regering de Raad van State het volgende.⁹ "Zijn er mogelijkheden, en zo ja welke, om de artikelen van de 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."

Het advies van de Raad van State kwam in juni 2009 via de pers in de openbaarheid.¹⁰ Het betreft een voorlopige versie die wellicht nog aangepast wordt. De Raad van State heeft de vraag van het kabinet positief beantwoord en stelt in zijn advies dat volgens de bepalingen van de Kaderrichtlijn religieuze instellingen een grote vrijheid toekomt in het bepalen van hun grondslag en de eisen die daaruit voortvloeien ten aanzien van personeel. De belangrijkste overwegingen uit dit voorlopige advies zijn in de bijlage van deze factsheet weergegeven.

De Raad doet twee alternatieve voorstellen voor een uitzonderingsbepaling in de AWGB. Eén tekstvariant sluit volgens de Raad zo dicht mogelijk aan bij art. 4 lid 2 van de Kaderrichtlijn en één sluit in opzet en systematiek aan bij het huidige art. 5 lid 2 van de AWGB.

4. Commentaren derden

Naast de Europese Commissie en de Raad van Europa hebben de Commissie Gelijke Behandeling, het COC en verscheidene gelijkebehandelingsdeskundigen hun twijfels geuit over de houdbaarheid van een uitzondering op het discriminatieverbod, die ruimte zou geven aan onderwijsinstellingen om homoseksuele leraren te weren. De kritieken van deskundigen op de enkele-feitconstructie en op het advies van de Raad van State concentreren zich met name op het feit dat zowel het huidige art. 5 lid 2 AWGB als de alternatieven voorgesteld door de Raad van State uitgaan van een te ruime interpretatie van de bepalingen uit de Kaderrichtlijn, met name art. 4 lid 2 en art. 2 lid 1 van de richtlijn.

- De enkele-feitconstructie is een te ruime uitzondering op verbod op discriminatie.

⁹ Kabinetsmissive van 30 december 2008, no. 08.003754.

¹⁰ http://www.refdag.nl/media/2009/20090610_adviesRvS.pdf.

Beargumenteerd wordt dat de enkele-feitconstructie, afgezet tegen de Kaderrichtlijn, een te ruime uitzondering op het verbod op discriminatie is. Immers, het staat discriminatie op alle gronden toe en niet slechts op grond van de godsdienst of overtuiging van de leerkracht; de grondslag van de instelling wordt als uitgangspunt genomen en niet de godsdienst of overtuiging van de leerkracht; bijkomende omstandigheden kunnen discriminatie op grond van seksuele voorkeur rechtvaardigen.

Volgens de Europese Commissie voorziet de richtlijn niet in een algemene uitzondering op het discriminatieverbod voor kerken en aanverwante organisaties. Bovendien moeten uitzonderingen op het beginsel van non-discriminatie zeer strikt worden geïnterpreteerd, moet nationale wetgeving de grenzen van art. 4 Kaderrichtlijn duidelijk aangeven en moet zij overeenkomstig art. 2 lid 1 van de richtlijn daadwerkelijk bescherming tegen discriminatie bieden. Het huidige art. 5 lid 2 AWGB maakt niet duidelijk 'dat aan een "dubbele test" moet worden voldaan, namelijk dat het doel legitiem moet zijn en het vereiste evenredig aan het doel'.¹¹

Ook volgens de Commissie Gelijke Behandeling is de enkele-feitconstructie een te ruime interpretatie van de Kaderrichtlijn. Het is 'identiteitgebonden instellingen onder bepaalde omstandigheden slechts toegestaan een verschil in behandeling te maken indien zulks is gebaseerd op de godsdienst of de levensovertuiging van een persoon. Dit onderscheid mag vervolgens geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen. De Europese uitzondering lijkt daarmee slechts te kunnen worden ingeroepen indien sprake is van onderscheid op grond van de godsdienst of levensovertuiging van een persoon (en dus ook niet die van het kerkgenootschap)'.¹² Zij concludeert dat de algemene uitzondering van art. 5, tweede lid, AWGB niet in lijn is met art. 4, eerste en tweede lid, van de Richtlijn en herformulering verdient.

- De voorgestelde alternatieven van de Raad van State gaan uit van een nog ruimere interpretatie van de Kaderrichtlijn.

Na het uitlekken van het conceptadvies van de Raad van State hebben verschillende Nederlandse deskundigen en instellingen zich uitgelaten over de houdbaarheid van de enkele-feitconstructie en over het voorlopige standpunt van de Raad van State. Volgens de redactie van het NJCM-Bulletin¹³ heeft het kabinet de Raad van State niet om een open advies gevraagd of art. 5, tweede lid AWGB wel verenigbaar is met de richtlijn, maar heeft zij slechts naar mogelijkheden gevraagd om de enkele-feitconstructie te schrappen en tegelijkertijd toch de strekking te laten blijven bestaan, namelijk de balans tussen het nondiscriminatiebeginsel en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs. Hierbij heeft zij de Raad beperkt in zijn adviesmogelijkheden en lijkt de Raad in de door hem geformuleerde alternatieven uit te gaan van een nog ruimere vrijheid voor instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen aan (potentiële) werknemers dan de AWGB nu

¹¹ Brief van de Europese Commissie aan de Minister van Buitenlandse Zaken betreffende de ingebrekestelling en met redenen omkleed advies gericht tot Nederland wegens het niet correct omzetten van o.a. art. 4, lid 2 van de richtlijn 2000/78/EG. Inbreuk nr. 2006/2444.

¹² 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.

¹³ NJCM-Bulletin (2009), nr. 5, p. 491.

toestaat. De NJCM-redactie pleit voor het voeren van een fundamentele discussie in het Nederlands parlement over de toelaatbaarheid van onderscheid jegens homoseksuelen in verhouding tot de godsdienstvrijheid.

Ook volgens de deskundigen in gelijke behandeling Hendriks en Terlouw biedt de Nederlandse enkele-feitconstructie 'aanzienlijk meer ruimte voor het maken van onderscheid dan de richtlijn van de Europese Commissie toelaatbaar acht'.¹⁴ Art. 5 lid 2 laat instellingen vrij eisen aan hun personeel te stellen die nodig zijn voor verwezenlijking van hun grondslag. Volgens deze deskundigen verzuimt de wetgever daarbij om instellingen te verplichten deze eisen te toetsen op hun legitimiteit, passendheid en noodzakelijkheid. Kortom: zijn dergelijke eisen wel gerechtvaardigd? Ook zij zijn van mening dat de Raad van State een ongeoorloofde ruimte schept voor instellingen om verschil te maken tussen mensen vanwege alle door de gelijkebehandelingwetgeving beschermde gronden. Hendriks en Terlouw vinden het advies teleurstellend en hadden graag gezien dat de Raad van State een serieuze poging had gedaan om 'de Nederlandse wetgeving *Europaproof*' te maken.

De belangenorganisatie COC vindt dat het advies van de Raad van State een verslechtering is ten aanzien van de huidige situatie; deze zit met name in de rol die de grondslag van een school krijgt, waardoor deze als het ware een *carte blanche* krijgt om te discrimineren. Immers, men kan in de grondslag direct of indirect verwijzen naar de veronderstelde afkeurenswaardigheid van de homoseksuele leefstijl. Het COC roept het kabinet op om de enkele-feitconstructie in zijn geheel af te schaffen; het draagvlak voor een dergelijke uitzondering onder een meerderheid van politieke partijen is verdwenen.¹⁵

5. Analyse en aanbevelingen

De algehele opvatting van zowel deskundigen als belangenorganisaties en politieke partijen lijkt te zijn dat de enkele-feitconstructie in strijd is met de Kaderrichtlijn en met het fundamentele gelijkheidsbeginsel van de Europese Unie. Ook beide voorstellen van de Raad van State lijken uit te gaan van een ongeoorloofde en te ruime interpretatie van de Kaderrichtlijn. Bovendien heeft de adviesvraag van de regering aan de Raad van State deze laatste ogenschijnlijk beperkt in zijn mogelijkheden een juridisch objectief advies te geven en mogelijkheden te verkennen voor een volledige en juiste implementatie van art. 4 lid 2 van de richtlijn. In zijn advies poogt de Raad art. 4 lid 2 te interpreteren; naar zijn mening mag men dit artikel ruim interpreteren en hebben bijzondere onderwijsinstellingen een grote vrijheid hun grondslag te bepalen en op grond daarvan eisen aan hun personeel te stellen. De Europese Commissie, de Raad van Europa en verscheidene gelijke behandelingsexperts zijn echter een andere mening toegedaan. Zij pleiten voor een enge, en zeker minder ruime interpretatie van de richtlijn dan het huidige art. 5 lid 2 Awgb toestaat. Het verschil in opvatting tussen de CGB en de Raad van State lijkt ontstaan te zijn doordat de richtlijnbevestiging te wollig is en beide instellingen er een eigen interpretatie aan geven.

¹⁴ Aart Hendriks en Ashley Terlouw, 'Raad van State helpt regering Europese anti-discriminatie-richtlijn te ontduiken', NJB 2009 nr. 26.

¹⁵ Persbericht COC 26-06-2009.

Platform Artikel 13 concludeert uit het bovenstaande dat een algemene en, zoals de Raad van State voorstelt, ruime uitzondering op het verbod van discriminatie die bij voorbaat geldt voor (onderwijs)instellingen geschoeid op godsdienstige leest, strijdig is met het fundamentele beginsel van gelijkheid zoals dat geldt in de Europese Unie en meer in het bijzonder art. 4 lid 2 van de Kaderrichtlijn. Gezien de toelichting van de Europese wetgever op de richtlijnbevestiging kan deze niet anders worden uitgelegd dan dat deze een samenvatting/verduidelijking is van het eerder gestelde: van personen/(toekomstige)werknemers mag loyaliteit aan een bepaalde godsdienst of overtuiging worden geëist die overeenkomt met die van de instelling. Er staat zeker niet dat dergelijke instellingen bijkomende eisen aan de functie mogen stellen die kunnen leiden tot uitsluiting van bepaalde personen op grond van een van hun door de wet tegen discriminatie beschermde persoonskenmerken. Evenmin mogen zij deze uitsluiting rechtvaardigen met een beroep op de door hun zelf in alle vrijheid opgestelde grondslag/doelstelling inclusief eventuele discriminatoire aspecten in deze grondslag van de instelling.

Deze toelichting van de Europese wetgever lijkt de bewering te steunen dat de enkele-feitconstructie in zijn huidige vorm niet kan blijven bestaan en dat de alternatieven door de Raad van State voorgesteld uitgaan van een onjuiste voorstelling van zaken omtrent de bedoeling en interpretatie van art. 4 lid 2 van de Kaderrichtlijn en derhalve in strijd zijn met dit artikel.

Het advies van de Raad van State lijkt gezien de juridische argumenten die door verschillende deskundigen naar voren zijn gebracht eerder een verslechtering van de huidige situatie. Een verslechtering van de juridische bescherming tegen discriminatie is volgens de *stand-still* bepaling van art. 8 van de Kaderrichtlijn nu juist verboden.¹⁶ Een juiste interpretatie van de richtlijn biedt de wetgever slechts ruimte om instellingen van bijzonder onderwijs toe te staan onderscheid te maken op godsdienst of overtuiging van de toekomstige werknemer. Met andere woorden: een protestante school mag een katholieke homoseksuele leerkracht weigeren in dienst te nemen vanwege zijn godsdienst, maar niet vanwege zijn of haar seksuele voorkeur. Een op voorhand geformuleerde zeer algemene uitzondering op het verbod op discriminatie voor scholen met een godsdienstige grondslag druist in tegen de heersende opvatting van Europees recht en meer in het bijzonder de Kaderrichtlijn.

Tegelijkertijd kan worden gezegd dat de maatschappelijke ontwikkelingen sinds de inwerkingtreding van de AWGB niet hebben stilgestaan. Ook binnen de verschillende kerkelijke en godsdienstige stromingen bestaan verschillende opvattingen over homoseksualiteit en men kan niet op voorhand zeggen dat iemands seksuele gerichtheid niet verenigbaar zou kunnen zijn met een godsdienstige grondslag van een school. Een algemene uitzondering is dan ook niet (meer) op zijn plaats in de AWGB.

¹⁶ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep: Artikel 8, lid 1: De lidstaten mogen bepalingen vaststellen of handhaven die voor de bescherming van het beginsel van gelijke behandeling gunstiger zijn dan die van deze richtlijn. Lid 2: De uitvoering van deze richtlijn vormt onder geen beding een reden voor de verlaging van het in de lidstaten reeds bestaande niveau van bescherming tegen discriminatie op de door de richtlijn bestreken terreinen.

Aanbeveling in overeenstemming met de Kaderrichtlijn

Mocht het kabinet tot afschaffing van de enkele-feitconstructie besluiten, betekent dit niet dat de ruimte die de richtlijn aan godsdienstige instellingen biedt teniet wordt gedaan. De mogelijkheid die art. 4 lid 2 van de Kaderrichtlijn religieuze instellingen biedt om te selecteren op godsdienst en de eventuele botsing die in voorkomende gevallen kunnen ontstaan kunnen zonodig getoetst worden aan art. 7 lid 2 sub c van de Kaderrichtlijn. Onder die regeling geldt de gebruikelijke objectieve rechtvaardigingstoets: het doel moet legitiem zijn en het middel passend en noodzakelijk. Bovendien kan men na afschaffing van de enkele-feitconstructie altijd die gevallen waarin een vermeende botsing van grondrechten optreedt, zoals het verbod op discriminatie en de vrijheid van godsdienst en onderwijs, ter toetsing voorleggen aan een rechter.

Mocht het kabinet besluiten de tekst van art. 5 lid 2 AWGB aan te passen aan de richtlijn dan zou de redactie kunnen luiden:

“Het eerste lid laat onverlet de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen die de godsdienst of overtuiging van een persoon betreffen, mits die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de vervulling van een functie en deze eisen een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen.”

Deze tekst sluit aan bij de Kaderrichtlijn en biedt instellingen van bijzonder onderwijs mogelijkheden om, waar het noodzakelijk is voor de vervulling van de functie, eisen te stellen aan een werknemer.

Bijlage

Artikel 5 AWGB:

1. Onderscheid is verboden bij:
 - c. het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding;
2. 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.
 - b. de vrijheid van een instelling op politieke 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 ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat en
 - c. de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om eisen te stellen over de vervulling van een functie, die, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, 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.

Artikel 4 Kaderrichtlijn 2000/78:

2. De lidstaten kunnen op het moment van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale wetgeving handhaven of voorzien in toekomstige wetgeving waarin op de datum van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale praktijken worden opgenomen, die bepaalt, dat in het geval van kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, voor wat betreft de beroepsactiviteiten van deze organisaties een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging van een persoon geen discriminatie vormt indien vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend de godsdienst of overtuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie. Dit verschil in behandeling wordt toegepast met inachtneming van de grondwettelijke bepalingen en beginselen van de lidstaten en van de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, en mag geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen.

Mits de bepalingen van deze richtlijn voor het overige worden geëerbiedigd, laat deze richtlijn derhalve het recht van kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, onverlet om, handelend in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen, van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen.

Inhoud concept-advies Raad van State

(...)

A. Een tekstvariant die in opzet en systematiek zo dicht mogelijk aansluit bij artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn.

Implementatie langs deze weg, op een wijze die recht doet aan elk van de kernelementen zoals in dit advies geanalyseerd, zou kunnen leiden tot een tekst(onderdeel) van een nieuw artikel 5 Awgb als hierna geformuleerd:

Een verschil in behandeling op grond van eisen die verband houden met godsdienst of levensovertuiging door:

- a. instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag;
- b. scholen voor bijzonder onderwijs op godsdienstige of levensbeschouwelijke

grondslag vormt geen discriminatie indien deze eisen vanwege de aard van de onderscheiden specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling en de houding van goede trouw en loyaliteit die nodig zijn voor de verwezenlijking daarvan.

B. Een tekstvariant die in opzet en systematiek aansluit bij de opzet van het huidige artikel 5, tweede lid, van de Awgb.

Implementatie langs deze weg, op een wijze die eveneens recht doet aan elk van de kernelementen zoals in dit advies geanalyseerd, zou kunnen leiden tot een tekst(onderdeel) van een nieuw artikel 5 Awgb als hierna geformuleerd:

Het eerste lid laat onverlet:

a. de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen die nodig zijn voor de vervulling van een functie en die gelet op de grondslag en de aard van de specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen met het oog op een houding van goede trouw en loyaliteit aan deze grondslag;

b. de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om eisen te stellen over de vervulling van een functie die nodig zijn voor de verwezenlijking van de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag en die gelet op de grondslag en de aard van de specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen met het oog op een houding van goede trouw en loyaliteit aan deze grondslag.

Deze terugverwijzing sluit aan bij de overeenkomstige terugverwijzing in de aanhef van het huidige tweede lid van artikel 5 Awgb. I.p.v. eisen 'die nodig zijn voor de vervulling van een functie', zoals onderdeel a. luidt.

In de beide tekstvarianten is het vereiste van legitimiteit van het beroepsvereiste zo opgevat, dat instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag een grote vrijheid toekomt bij het formuleren van het doel dat met het vereiste wordt beoogd.

Deze vrijheid gaat echter niet zo ver dat daarmee, onder de noemer van die grondslag en het op basis daarvan geformuleerde doel, tevens discriminatie toelaatbaar zou worden die is gerelateerd aan een of meer van de andere persoonskenmerken waarop het discriminatieverbod van de Kaderrichtlijn ziet. Anders gezegd: het stellen van eisen die zien op een of meer van deze andere antidiscriminatiegronden is uitsluitend gerechtvaardigd te achten voor zover deze eisen voldoende kunnen worden herleid tot de godsdienst/levensbeschouwing die de grondslag van de instelling vormt.

Met het oog op nauwe aansluiting bij de tekst en systematiek van het huidige artikel 5 van de Awgb is in variant B het onderscheid tussen confessionele scholen en andere organisaties op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag uit een oogpunt van de vrijheid die hun toekomt specifiek uitgeschreven. In variant A komt dit verschil tussen de twee typen organisaties en de daarmee verbonden differentiatievrijheid tot uitdrukking door te spreken van 'onderscheiden specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend'.