

Vergaderjaar 2009–2010

32 476

Voorstel van wet van de leden Van der Ham, Van Miltenburg, Klijnsma, Jasper van Dijk en Van Gent tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling in verband met het annuleren van de enkele-feitconstructie in artikel 5, tweede lid, artikel 6a, tweede lid, en artikel 7, tweede lid, van de Algemene wet gelijke behandeling

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

De waardering voor gelijke behandeling van personen wordt in Nederland breed gedeeld. Deze waardering heeft de afgelopen decennia ook steeds meer grond gewonnen, en is met steeds meer kracht door de wetgever vastgelegd. Onderhavig wetsvoorstel wil op die weg een verdere verfijning aanbrenge. Bij de totstandkoming van de huidige Algemene wet gelijke behandeling is gekozen voor een constructie die de «enkele-feitconstructie» is komen te heten. Vooral rond de werking binnen delen van het bijzonder onderwijs is dit element in de wet onderwerp van veel debat geweest. In de huidige wet mogen eisen van een onderwijsinstelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag niet leiden tot onderscheid op grond van het *enkele feit* van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Maar de zogenaamde «bijkomende omstandigheden» die buiten dit enkele feit rusten zijn onderdeel geworden van veel discussie en verschillende interpretaties. Deze formulering en de uitleg die hieraan gegeven werd, zowel in de wet zelf als tijdens de parlementaire behandeling in zowel de Tweede als Eerste Kamer, heeft tot onduidelijkheid en discussie geleid. Hierbij is dikwijls de positie van homoseksuele leerkrachten in een deel van het bijzonder onderwijs aan de orde gekomen als problematisch. Met onderhavig wetsvoorstel willen de indieners deze onduidelijkheden zo veel mogelijk wegnemen. Zij menen met dit voorstel recht te doen aan een nevenschiktheid van grondrechten.

Onderhavig wetsvoorstel haalt de enkele-feitconstructie op een zestal plaatsen uit de wet. Zoals al gesteld heeft deze thans en in het verleden het meeste discussie opgeleverd rond delen van het bijzonder onderwijs. Indieners wijzen erop dat het schrappen van de «enkele feit constructie» ten aanzien van instellingen op politieke grondslag (artikel 5, tweede lid, onder b), werkgevers- en werknemersorganisaties (artikel 6a) en organisaties op religieuze grondslag, niet zijnde bijzondere scholen (artikel 5, tweede lid, onder a) eveneens noodzakelijk is omdat zij menen dat in de

wet genoemde kenmerken ook hier niet op directe of indirecte wijze reden mogen zijn tot onderscheid. Ook voor deze instellingen wordt de «enkele feit» constructie geschrapt.

2. Geschiedenis van de Algemene wet gelijke behandeling

2.1 Lange ontstaansgeschiedenis van de Awgb

De Algemene wet gelijke behandeling (hierna: 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. Voor de totstandkoming van de Awgb hadden burgers een beperkt civielrechtelijk instrument om discriminatie door medeburgers of maatschappelijke organisaties en instellingen te bestrijden, buiten het terrein van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij arbeid. In 1977 adviseerde de toenmalige *Emancipatiekommissie* 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 men een voorontwerp van wet waarmee men discriminatie naar sekse, huwelijkse staat, gezinsomstandigheden en homofilie trachtte tegen te gaan. Hierin was geen ruimte voor uitzonderingen voor bijzondere instellingen op godsdienstige grondslag. Dit voorontwerp stuitte daarom op veel weerstand vanwege de afbakening van grondrechten op het gebied van de vrijheid van godsdienst, levensovertuiging¹ en onderwijs.² In 1987 diende het tweede kabinet Lubbers een wetsvoorstel in, maar verder dan een voorlopig verslag kwam het niet. In 1987 diende de PvdA-fractie zelfstandig een wetsvoorstel in, zonder uitzondering voor het bijzonder onderwijs. Geen van deze voorstellen haalde het tot wet.

Desondanks kwam de Awgb in de jaren '90 toch tot stand. In 1993 was de behandeling in de Tweede en Eerste Kamer en in 1994 werd de Awgb tot wet verheven. Hoewel over het gros van de voorstellen in de Awgb eensgezindheid bestond, was er zowel maatschappelijk als politiek debat over de al genoemde «enkele-feitconstructie» in de wet, die vooral werd betrokken op homoseksuele docenten in het bijzonder onderwijs van de orthodoxe vleugel. De constructie behelsde dat het bijzonder onderwijs niet om het «enkele feit» van homoseksuele geaardheid een docent uit het onderwijs mocht weren. Hieruit volgde dat er wel andere «bijkomende» omstandigheden konden zijn die de school kon aangrijpen om een docent te weren.

De discussie over deze constructie lag in het feit dat hier twee grondrechten in botsing zouden komen. Enerzijds het grondwettelijk non-discriminatiebeginsel, anderzijds de vrijheid van onderwijs, eveneens vastgelegd in de grondwet. Ook kunnen het recht op godsdienstvrijheid¹ en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer³ met elkaar botsen.

2.2 Memorie van Toelichting Awgb (1990–1991)

In de wettekst 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 vrijheid van instellingen op religieuze of godsdienstige grondslag 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

¹ Artikel 6 van de Grondwet.

² Artikel 23 van de Grondwet.

³ Artikel 10 van de Grondwet.

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 homoseksualiteit. (...) Deze persoonskenmerken als zodanig zullen in redelijkheid niet als een criterium kunnen worden beschouwd dat bijvoorbeeld van 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».¹

Voor het bijzonder onderwijs gold er echter nog verdergaande 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 het 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».¹ Deze ruimte bood niet alleen vrijheid voor bijzonder onderwijs, maar ook meer mogelijkheden om onderscheid te maken.

2.3 Debat in de 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 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».²

Aan de andere zijde van het politieke spectrum werd gesteld dat de constructie dan mogelijk wel een stap in de goede richting was, maar scholen nog te veel ruimte bood om docenten te weren. Vooral de definitie van «bijkomende omstandigheden» was hierbij een punt van debat. De regering stelde in toelichting bij het wetsvoorstel dat er eisen gesteld konden worden aan een kandidaat die betrekking hebben op omstandigheden die niet rechtstreeks met de functie te maken hebben. Zo kon er van kandidaten een seksuele moraal gevraagd worden die bij de grondslag hoort. Daarnaast kon er, gezien de betekenis van de grondslag en in samenhang met een goede functievervulling, gekeken worden naar gedragingen van het personeel buiten de instelling. 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 het gelijke geslacht voldoende «bijkomende omstandigheid» was om een docent alsnog uit te sluiten van een baan.

De handelingen van de debatten in zowel Tweede als Eerste Kamer zijn voor de uitleg van de wet van groot belang gebleken. Minister Dales van Binnenlandse Zaken poogde in het debat duidelijkheid te scheppen over de reikwijdte van de wet: «Ik wil hier geen misverstand over laten bestaan:

¹ Kamerstukken II, 1990/91, 22 014, nr. 3.

² Handelingen Tweede Kamer, 9 februari 1993, 46–3433.

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».¹ 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 als volgt: «Het is maar de vraag of wij dat moeten».² Hiermee liet de Minister dus opzettelijk ruimte voor nadere interpretatie.

Tijdens het debat werd door het lid Groenman (D66), gesteund door VVD en GroenLinks, een amendement ingediend om de enkele-feitconstructie uit de wet te halen maar dat haalde geen meerderheid.¹ Uiteindelijk stemmen D66, VVD en GroenLinks wel voor de wet, samen met de toenmalige coalitiepartijen CDA en PvdA. De SGP, RPF en GPV en CDA-kamerlid 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». Zij vervolgde: «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, voldoet niet aan de eisen die door het schoolbestuur aan hem kunnen worden gesteld. Ook indien iemand in het openbaar blijk 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».³ Ook deze woorden konden later niet verhinderen dat discussie kwam over de precieze consequenties.

In deze debatten hadden de SGP, RPF en GPV nog enkele vragen betreffende het verschil tussen persoonskenmerken en keuzes die persoonlijk gemaakt kunnen worden. Minister Dales merkte hierover 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».¹

Wat eventueel bijkomende omstandigheden zouden kunnen zijn wilde Minister Dales in een debat in 1993 niet noemen. Wel lichtte ze de grensgebieden als volgt toe: «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». Minister Dales voegde hier aan toe: «Niet het enkele feit van de hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke

¹ Handelingen Tweede Kamer, 10 februari 1993, 47–3508.

² Handelingen Tweede Kamer, 10 februari 1993, 47–3509.

³ Kamerstukken I 1993/94, 22 014, nr. 48.

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»¹. In voorkomende gevallen waar docenten niet die gewenste overdracht zouden kunnen realiseren moest de Commissie Gelijke Behandeling een uitspraak doen.

2.4 De uitvoering van de Awgb

In de praktijk is het niet altijd even eenvoudig gebleken om de Awgb te benutten bij de bestrijding van ongelijke behandeling op grond van homo- of heteroseksuele gerichtheid in het bijzonder onderwijs. Twee keer heeft de CGB een oordeel geveld waarin gesteld werd dat een Christelijke instelling ongeoorloofd direct onderscheid maakte. Het betrof hier een basisschool op reformatorische grondslag (1999–38, Westzaan) en een zaak aan de Katholieke Theologische Universiteit Utrecht (1997–135). Ook speelde de Awgb een rol bij een homoseksuele docent die weigerde een formulier te ondertekenen waarin buitenhuwelijkse samenlevingsvormen werden afgewezen.²

Uit het voorgaande blijkt dat de Awgb een lange ontstaansgeschiedenis heeft gekend, en dat de enkele-feitconstructie reeds bij de totstandkoming van de Awgb omstreden was. Na totstandkoming is de Awgb tevens in de beide Kamers sterk bediscussieerd. Belangrijk is dat minister Dales, zowel tijdens de behandeling van de Awgb in de Tweede Kamer als in de Eerste Kamer, stelde dat het enkele feit van het hebben van een homoseksuele liefdesrelatie of het daarmee samenwonen, onvoldoende reden is voor onderscheid, wel zouden bijkomende omstandigheden of gedragingen reden kunnen zijn voor onderscheid. Welke deze omstandigheden of gedragingen zijn, en tot hoever deze strekken werd slechts zeer beperkt toegelicht. Dat er een maatschappelijke noodzaak bestaat deze stand van zaken te verbeteren, wordt hieronder uiteengezet.

3. Maatschappelijke noodzaak

De huidige Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) vraagt in de praktijk om onderschrijven van de grondslag van een instelling. Indieners menen dat hiermee mensen overvraagd worden. Zij menen dat de vraag om de grondslag van de school geheel te onderschrijven, zelfs tot in het privéleven aan toe, een te grote inbreuk op de persoonlijke vrijheden van een individu is. Van een persoon kan worden verwacht binnen de school respect te tonen voor de grondslag, wat iets anders is dan het volledig onderschrijven ervan. Dat laatste past volgens hen niet in een gewenste balans van grondrechten.

Hoewel de hoeveelheid aan instellingen waar de geschetste problematiek zich voordoet beperkt is, is het belangrijk dat de wetgever zoveel mogelijk duidelijkheid verschaft over de wijze waarin de grondrechten zich tot elkaar dienen te verhouden. De onduidelijkheid die bij de totstandkoming van de huidige wet door de Minister met opzet werd gekozen, dient daarom te worden ingevuld. De wetgever geeft het verkeerde signaal wanneer zij de onduidelijkheid laat voortbestaan. Dit kan leiden tot de suggestie dat het ongelijk behandelen van bepaalde individuen vanwege bepaalde persoonskenmerken minder te laken is dan anderen. Dit achten de indieners zeer onwenselijk.

De huidige wet creëert ook in praktische zin problemen. Onderscheid op basis van geloofsrichting is thans wel mogelijk, in die zin dat van bijvoorbeeld een docent gevraagd kan worden dat hij of zij lid is van een bepaald kerkgenootschap. Indieners wijzen er echter op dat binnen vrijwel

¹ Handelingen Tweede Kamer, 10 februari 1993, 47–3508.

² <http://www.cgb.nl/node/13571/volledig>.

elk kerkgenootschap er afwijkende standpunten worden ingenomen of ingenomen standpunten worden bediscussieerd. Welke gedragingen mag een docent al dan niet in zijn privé-tijd verrichten? Wanneer hij of zij een kerk bezoekt die weliswaar tot dezelfde denominatie behoort als de richting van een school, maar wel actief is bij bijvoorbeeld een kerkelijke commissie waarin afwijkende opvattingen leven ten opzichte van de officiële leer van de kerk, is dit dan geoorloofd? Of is daarmee al sprake van bijkomende omstandigheden die maken dat hij of zij niet op geloofwaardige wijze de grondslag van de school kan uitdragen? Is lidmaatschap van een buitenkerkelijke organisatie die opvattingen uitdraagt die afwijken van de leer van de aangehangen geloofsrichting te billijken? Indieners noteren dat de diversiteit aan opvattingen ruimer geschakeerd is – ook binnen orthodoxe geloofsgemeenschappen – en dat het dus in praktische zin lastiger is om een scheidslijn aan te brengen tussen geoorloofde en niet geoorloofde opvattingen of gedragingen binnen een geloofsgemeenschap.

De enkele-feitconstructie is een juridische *contradictio in adjecto* die al bij de totstandkoming van de Awgb omstreden was. Door deze onduidelijkheden lijkt het alsof de uitzonderingsbepalingen in de Awgb waarmee van het verbod van onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid kan worden afgeweken, ruimer is dan is toegestaan binnen richtlijn 2000/78/EG, wat tevens hierboven is bepleit. Ook de RvS¹ heeft al eerder erop gewezen dat de enkele-feitconstructie discutabel is en uit de wet geschrapt zou moeten worden.²

De indieners willen niet te ver gaan in het wegen van theologische discussies. Feit is wel dat er in orthodox religieuze kringen uitdrukkelijk en expliciet wordt gediscussieerd over onderwerpen, zoals homoseksualiteit. De mening over het toelaten van homoseksuelen tot kerkgenootschappen, het toestaan van praktiserende homo's of het accepteren of respecteren van relaties tussen mensen van het gelijke geslacht wordt zelfs in orthodoxe kringen verschillend en individueel anders gewogen. Er bestaat niet langer een eenduidige opvatting over hoe om te gaan met deze kwestie. Dat maakt de claim op religieuze vrijheid lastiger, omdat de diversiteit binnen zelfs de orthodoxe stromingen geen eenduidig beeld oplevert. Het zelfde gaat op voor andere interpretaties van de religie. Indieners constateren dat zelfs binnen orthodoxe geloofsgemeenschappen er discussie en dus ook variatie is over klassiek religieuze onderwerpen – zoals over huwelijk, de positie van de vrouw, de interpretatie van religieuze teksten, het ontstaan van de aarde, het wegen van wetenschappelijke bevindingen – en dat dit derhalve ook neerslaat bij de opvattingen binnen het docentencorps van gelieerde onderwijsinstellingen. De vraag of iets binnen de leer van een denominatie valt is daardoor ingewikkelder geworden, daar binnen de denominatie er al verschillende opvattingen kunnen heersen over geloofszaken of zaken die hieraan raken. Zij menen daarom dat de huidige enkele-feit constructie in de Algemene Wet Gelijke Behandeling alleen nog maar minder is gaan voldoen. Vanuit die constatering is het van belang dat de wetgever zich zoveel mogelijk onttrekt aan discussies wat een invulling is, of zou kunnen zijn, van bijvoorbeeld een orthodoxe geloofsbeleving, en zich concentreert op de randvoorwaarden waarbinnen een ieder de vrijheid heeft naar eigen inzicht het leven in te richten.

Naast de in deze paragraaf geschetste maatschappelijke noodzaak tot afschaffing van de enkele-feitconstructie, bestaat hiertoe tevens een juridische noodzaak. Deze zal hieronder uiteengezet worden.

¹ Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A, blz. 10.

² Strijkers, «Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat» in *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2007*, 2007, blz. 128.

4. Juridische noodzaak

Aangaande de juridische betekenis van de «enkele-feitconstructie» hebben zich de afgelopen jaren vele nieuwe ontwikkelingen voorgedaan. De indieners willen zich concentreren op de meest recente ontwikkelingen.

4.1 Discussie naar aanleiding Europese Regelgeving

In 2003 is het onderwerp gelijke behandeling van een nationale aangelegenheid verschoven tot een Europese aangelegenheid. Op 27 november 2000 trad richtlijn 2000/78/EG in werking. Deze verwoordde een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep¹. Het was daarna de bedoeling dat lidstaten, uiterlijk vanaf 2 december 2003, aan de eisen van deze richtlijn zouden voldoen².

«De Europese Commissie heeft in 2008 Nederland erop gewezen dat in de wet de uitzonderingen voor instellingen op godsdienstige grondslag te ruim zijn geformuleerd ten opzichte van Europese regelgeving»³. Richtlijn 2000/78/EG heeft tot doel met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, zodat in de lidstaten het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden.⁴ Artikel 4 van Richtlijn 2000/78/EG behandelt 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 deze godsdienst of overtuiging 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.⁵

De Richtlijn 2000/78/EG lijkt een nauwkeuriger formulering te hanteren voor het maken van onderscheid dan de Awgb. De Awgb laat instellingen namelijk vrij om eisen te stellen «die nodig zijn voor de verwezenlijking van hun grondslag», zonder aan deze eis beperkingen te stellen in het kader van legitimiteit of gerechtvaardigdheid.⁶ De begrippen «legitiem» en «gerechtvaardigd» zijn in artikel 4 van Richtlijn 2000/78/EG juist fundamenteel. De richtlijn staat slechts onder strikte omstandigheden een verschil in behandeling «gebaseerd op godsdienst of overtuiging» toe. Op grond van de Awgb is het maken van onderscheid op grond van ras, geslacht, homoseksuele voorkeur etc. toegestaan, zolang het onderscheid maar niet «op het enkele feit van» deze gronden wordt gemaakt. Het verschil in benadering is essentieel, en reden geweest voor kritiek van de Europese Commissie op Nederland.⁷

4.2 Advies van de Raad van State

Naar aanleiding van kritiek vanuit de Europese Commissie is, naar aanleiding van schriftelijke vragen van het lid Van der Ham, het vraagstuk van de enkele-feitconstructie 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?»⁸ Het advies gaf aan dat de enkele-feitconstructie kon worden geëlimineerd uit de Awgb, zonder de huidige

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 Richtlijn 2000/78/EG, artikel 18.

³ Commissie Gelijke Behandeling. <http://www.cgb.nl/artikel/enkele-feit-constructie>.

⁴ Richtlijn 2000/78/EG, artikel 1.

⁵ Richtlijn 2000/78/EG, artikel 4.

⁶ Algemene wet gelijke behandeling, artikel 5, tweede lid, 6a, tweede lid, en 7, tweede lid.

⁷ Hendriks, A. & Terlouw, A., «Raad van State helt regering Europese anti-discriminatie-richtlijn te ontduiken», Nederlands Juristenblad 84 (2009) 26: 1636–1637.

⁸ Antwoord van de ministers van BZK en OCW, 2008Z03459/2080901550, 8 december 2008.

grondrechtenbalans te verstoren. Gesteld werd ook dat «de uiteindelijke wettekst beter zal aansluiten bij de Europese regels.» Indieners zien in die opmerking een motivatie voor het onderhavige wetsvoorstel. Het kabinet had echter ook verzocht om de «destijds in de Awgb neergelegde balans van grondrechten» te behouden. Hierop stelde de RvS: «Het kabinet beoogt daarnaast de huidige grondrechtenbalans te bewaren. Daarmee blijft dan ook het daarin besloten spanningsveld bestaan».¹ De RvS deed op verzoek van de Regering vervolgens een aantal suggesties waarop de destijds gekozen balans het zelfde kon blijven. De Regering koos voor de variant waar de «enkele feit-constructie» werd geschrapt en tegelijk een nieuw artikel toe te voegen die de bestaande verhouding tussen grondrechten wilde bestendigen².

Indieners achten deze weg niet wenselijk. Allereerst stellen zij vast dat de destijds gekozen verhouding tussen grondrechten niet in tevreden stemmende mate in balans is. Het uitgangspunt om de mate van balans uit de oude Awgb over te nemen, delen de indieners dan ook niet. Indieners stellen vast dat de Regering in het verzoek aan de RvS niet heeft gevraagd naar varianten waarbij een bijstelling van de verhoudingen tussen grondrechten werd gevraagd. Op dit punt is ook kritiek geuit op de Regering door rechtsgeleerden.³ Indieners menen dat onderhavig wetsvoorstel een beter evenwicht aanbrengt dan de huidige Awgb en derhalve ook beter dan de voorgestelde varianten die op aanvraag van de Regering werden ontwikkeld, aangezien deze op dezelfde verhouding door wenst te gaan. Indieners willen de huidige verhouding juist bijstellen.

4.3 Uitspraak van het CGB inzake hoofddoekjes

In het kader van dit wetsvoorstel verwijzen de indieners ook naar de volgende zaak. In 2005 speelde een kwestie waarbij een moslima een probleem ondervond met het werken op een Islamitische school omdat zij geen hoofddoek wilde dragen. Deze islamitische school stond het andere medewerkers van de school wel toe om geen hoofddoek te dragen, indien zij geen moslim waren. De school stelde dat dit echter wel van moslims verwacht mocht worden daar hun interpretatie van de Koran nu eenmaal opdroeg tot het dragen van een hoofddoek en dit volgens hen behoorde tot de grondslag van de school. De CGB oordeelde dat hier verboden onderscheid op grond van godsdienst werd gemaakt, omdat deze eis niet zo strak gold voor niet-moslimmedewerkers.⁴ Deze zaak toont aan dat eenvormigheid in religieuze opvattingen zeker niet een vanzelfsprekendheid is. Ook toont de uitspraak van de CGB dat door een instelling consequent beleid moet worden gevoerd. Als een school bij de ene docent een uitzondering maakt rondom het onderschrijven van de grondslag van de school, dan moet ook een andere docenten deze vrijheid toekomen. Indieners constateren de discussie binnen geloofsgemeenschappen over klassiek religieuze onderwerpen ook neerslaat in de opvattingen binnen het docentencorps van gelieerde onderwijsinstellingen. Dat kunnen opvattingen zijn die dus ook schuren of zelfs in strijd zijn met de grondslag van de school. Hoewel in het geval van het wel of niet dragen van een hoofddoek het verschil van opvatting meteen zichtbaar is, kan bij andere afwijkende religieuze opvattingen en interpretaties – die lastiger onmiddellijk te constateren zijn – het verschil van inzicht even groot zijn in de beleving van de persoon of de instelling. Eerder verwezen de indieners al naar de discussies die er zijn rond zaken als bijvoorbeeld huwelijk en echtscheiding, de positie van de vrouw, de interpretatie van religieuze teksten, het ontstaan van de aarde, het wegen van wetenschappelijke bevindingen. De vraag kan worden gesteld of alle grote en kleine, heimelijke en openlijke afwijkingen ten aanzien van de grondslag van de instelling in de zelfde mate door de instelling worden

¹ Commissie Gelijke Behandeling. <http://www.cgb.nl/artikel/enkele-feit-constructie>.

² Kamerstukken II 2009/10, 28 481, nr. 6, blz. 3.

³ «RvS helpt de regering met het ontduiken van de EU antidiscriminatiewetrichtlijn» A. Terlouw en A. Hendriks, 2009, 1 259, afl. 26, p. 1636.

⁴ <http://rechtennieuws.nl/5276/verplichten-hoofddoek-islamitische-docente-niet-toegestaan.html>.

gewogen en beoordeeld. Indieners menen dat de wetgever hier in ieder geval helder dient te zijn. Onderscheid maken op de in de wet genoemde kenmerken mag niet, en de definities van mogelijke bijkomende omstandigheden die wel tot een geoorloofd onderscheid zouden kunnen leiden, zijn te vaag en te betwistbaar om als wettelijke maatstaf te kunnen dienen. Ook om deze reden wensen de indieners de enkele-feit constructie uit de wet te schrappen.

5. Verhouding met artikel 23 Grondwet

In artikel 23 van de Grondwet wordt de vrijheid van onderwijs geregeld. Wat betreft het aanstellen van leraren staat er in het vijfde lid: «Deze eisen worden voor het algemeen vormend lager onderwijs zodanig geregeld, dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs en van het openbaar onderwijs even afdoende wordt gewaarborgd. Bij die regeling wordt met name de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geëerbiedigd». De laatste zin, wat betreft de vrije keuze van de «aanstelling der onderwijzers», wordt dikwijls aangehaald in de politieke en maatschappelijke discussie rondom onderhavig wetsvoorstel.

De indieners willen rond dit discussiepunt graag de parallel trekken met het andere deel van lid 5, aangaande de leermiddelen. Indieners constateren dat de afgelopen decennia een steeds nadere verfijning is gekomen rondom welke vrijheid een instelling vermag te claimen, welke zaken zij mag weigeren, en wat niet. Door de instelling van de kerndoelen in het onderwijs is feitelijk al een belangrijke stap gezet in dat verfijningsproces. Bij de instelling daarvan was er discussie of dit niet artikel 23, lid 5 zou schaden, maar dat werd in meerderheid zo niet gewogen.

Sindsdien heeft de discussie over de leermiddelen niet meer stilgestaan. In augustus 1995 stelden de Kamerleden Lambrechts en Bakker vragen aan de staatssecretaris van OCW. In deze vragen stelden ze de afwezigheid van de evolutietheorie in het centraal schriftelijk eindexamen aan de kaak. De evolutietheorie stond op dat moment wel in het examenprogramma, maar nog niet op het centraal schriftelijk eindexamen. Daarom werd het op sommige scholen niet geëxamineerd. Naar aanleiding van deze schriftelijke vragen werd er in 1995 een discussie gevoerd over het doceren in de evolutietheorie op scholen en het opnemen van de evolutietheorie in het centraal schriftelijk eindexamen. In juni 1996 besloot de Minister van OCW dat het onderwerp evolutietheorie in het centraal examen biologie werd opgenomen. Er werd toegelicht dat er uiteraard nog steeds mogelijkheden waren om deze onderwerpen te belichten met de eigen godsdienstige visie, waardoor de vrijheid van godsdienst op bijzondere scholen gewaarborgd bleef.

Ook op andere punten is de onderwijsvrijheid rond de leermiddelen de afgelopen jaren verder verfijnd. Dit gebeurde bijvoorbeeld aangaande seksuele diversiteit. Ook hier was telkens de redenering dat het scholen vrij staat om deze onderwerpen te belichten met de eigen visie.

Indieners menen dat wat dit betreft het onderhavige wetsvoorstel niets anders doet dan wat rond de leermiddelen al praktijk en aanvaard is. Scholen zijn vrij hun visie over bijvoorbeeld samenlevingsvormen te uiten, en docenten dienen dit te respecteren en uit te dragen, maar tegelijk is er plaats voor docenten die hier een andere persoonlijke visie over kunnen hebben. Respect voor de grondslag van de school is dus de leidraad, maar er kan niet geëist worden dat een persoonlijke opvatting, een religieuze interpretatie of invulling hieraan volledig wordt, tot in de persoonlijke levenssfeer aan toe.

Concluderend kan gesteld worden dat Europese wetgeving slechts onder strikte omstandigheden een verschil in behandeling «gebaseerd op godsdienst of overtuiging» toestaat.¹ Op grond van de Awgb is het maken van onderscheid op grond van ras, geslacht, homoseksuele voorkeur etc. toegestaan, zolang het onderscheid maar niet «op het enkele feit van» deze gronden wordt gemaakt. Het verschil in benadering is essentieel, en reden geweest voor kritiek van de Europese Commissie op Nederland.² Afschaffing van de enkele-feitconstructie zou deze kritiek tenietdoen. Ook de Raad van State stelt dat de enkele-feitconstructie kan worden geëlimineerd uit de Awgb, zonder dat de huidige grondrechtenbalans hiermee verstoord wordt.

6. Inzake de andere bepalingen in de wet

Onderhavig wetsvoorstel haalt de enkele-feit-constructie op een zestal plaatsen uit de wet. Naast het deel over het bijzonder onderwijs wordt ook de constructie ten aanzien van instellingen op politieke grondslag (artikel 5, tweede lid, onder b), werkgevers- en werknemersorganisaties (artikel 6a) en organisaties op religieuze grondslag, niet zijnde bijzondere scholen (artikel 5, tweede lid, onder a) uit de wet gehaald. Indieners wijzen erop dat dit dezelfde verfijning beoogd als bij het bijzonder onderwijs. Politieke organisaties kunnen bij het aannemen van personeel dus wel aansturen op politieke affiniteit, maar er kan geen volledig onderschrijven van elk politiek standpunt geëist worden, ook in het persoonlijk leven. Mening en wegingen kunnen binnen een politieke beweging immers ook verschillen. Dit geldt ook voor werkgevers en werknemersorganisaties en andere organisaties op religieuze grondslag (niet zijnde bijzonder onderwijs). Binnen de richting en uitgangspunten van de organisatie is diversiteit een feit, en die mag een plaats hebben. Respect voor elkaars opvattingen is ook hier het bindmiddel.

7. Slotopmerking

De nevenschiktheid van de Nederlandse grondrechten leidt tot een zekere spanning. Deze spanning vergt voortdurende oplettendheid, oog voor maatschappelijke ontwikkelingen en verfijning. Gezien die maatschappelijke ontwikkelingen, maar ook de juridische en beleidsmatige ontwikkelingen van de afgelopen 20 jaar is het zinvol de «enkele-feit constructie» te schrappen.

II. ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

In de artikelen 5, tweede lid, 6a, tweede lid, en 7, tweede lid, van de Algemene wet gelijke behandeling vervalt telkens de zinsnede «het enkele feit van».

Artikel II

Dit artikel regelt de inwerkingtreding.

Van der Ham
Van Miltenburg
Klijnsma
Jasper van Dijk
Van Gent

¹ Richtlijn 2000/78/EG.

² Hendriks, A. & Terlouw, A., «Raad van State hield regering Europese anti-discriminatie-richtlijn te ontduiken», Nederlands Juristenblad 84 (2009) 26: 1636–1637.