



> Retouradres Postbus 20011 2500 EA Den Haag

De Koningin

**CZW**  
WSG

Herengracht 17  
2511 EG Den Haag  
Postbus 20011  
2500 EA Den Haag  
www.minbzk.nl

**Contactpersoon**  
René Mazel

T 070-4267669  
rene.mazel@minbzk.nl

Datum 22 december 2008

Betreft Adviesaanvraag inzake enkele feit constructie in de Algemene wet  
gelijke behandeling

Op 12 december j.l. is in de ministerraad gesproken over de evaluatie van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) en enkele andere onderwerpen die betrekking hebben op de gelijkebehandelingswetgeving. De ministerraad constateerde onder meer dat het wenselijk is, voorstellen te doen om de Awgb en enkele andere gelijkebehandelingswetten op een aantal punten zodanig te wijzigen dat deze wetten nauwer aansluiten bij de terminologie van de Europese richtlijnen betreffende gelijke behandeling. Zo zal, mede naar aanleiding van adviezen van de Raad van State, worden voorgesteld het begrip onderscheid te vervangen door het Europeesrechtelijke begrip 'discriminatie'. In materiële zin is daarmee geen wijziging beoogd van de reikwijdte van het discriminatieverbod zoals uitgewerkt in de Algemene wet gelijke behandeling.

Het kabinet is voornemens de bijzondere uitzondering die in artikel 3 van de Awgb is opgenomen voor het geestelijk ambt en rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen te handhaven. Naar de mening van het kabinet biedt artikel 3 geen generieke, categorische uitzondering op het verbod van onderscheid voor kerkgenootschappen. Slechts ten aanzien van het geestelijk ambt en interne rechtsverhoudingen binnen het kerkgenootschap verleent dit artikel een vrijstelling, die valt binnen de reikwijdte van zowel artikel 4, eerste lid als ook binnen de reikwijdte van artikel 4, tweede lid, van de richtlijn. De Europese Unie eerbiedigt de grondrechten zoals die worden gewaarborgd door het Handvest, het EVRM en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien (vgl. o.a. artikel 6 EU-verdrag). Het discriminatieverbod, de godsdienstvrijheid en mede daaruit voortvloeiend het beginsel van scheiding kerk en staat behoren daartoe. Ook bij de implementatie van EG/EU-regelgeving in de Nederlandse wetgeving dient rekening te worden gehouden met deze constitutionele uitgangspunten. Zo ook bij de implementatie van de kaderrichtlijn voor zover deze betrekking heeft op het geestelijk ambt en kerkgenootschappen en de rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen. Artikel 3 Awgb weerspiegelt volgens het kabinet deze constitutionele uitgangspunten.

Datum  
22 december 2008

De Europese Commissie heeft op 31 januari 2008 een met redenen omkleed advies aan Nederland gestuurd omdat zij van mening is dat Nederland richtlijn 2000/78/EG (de zgn. *Kaderrichtlijn*) niet goed heeft omgezet. Een van de onderdelen waarvan de Europese Commissie van mening is dat Nederland de richtlijn niet goed heeft omgezet, heeft betrekking op artikel 5, tweede lid, van de Awgb. De Europese Commissie is van mening dat het criterium "nodig zijn voor het uitoefenen van de functie" geen blijk geeft van de dubbele test van legitiem doel en evenredigheid zoals deze is opgenomen in artikel 4 van de richtlijn.

De Europese Commissie benoemt niet specifiek de enkele-feitconstructie in het met redenen omkleed advies. Wel geeft de Commissie duidelijk aan dat nauw aangesloten moet worden bij de terminologie van de richtlijn. Ook stelt de Commissie expliciet dat uit artikel 4, tweede lid, van de richtlijn volgt dat het voor organisaties met een godsdienstige grondslag is toegestaan om onderscheid te maken op basis van godsdienst mits dit een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormt. Wanneer dit artikel naast artikel 5, tweede lid, Awgb gehouden wordt, lijkt de Awgb wellicht een bredere uitzonderingsmogelijkheid toe te staan.

In de artikelen 5, tweede lid, 6a, tweede lid, en 7, tweede lid, van de Awgb is een bijzondere formulering opgenomen, de zogenoemde 'enkele-feitconstructie'. Deze enkele-feitconstructie is in de wet opgenomen teneinde een balans te vinden tussen de in de Grondwet vastgelegde rechten van vrijheid van godsdienst en van onderwijs enerzijds en het verbod van discriminatie anderzijds. Het is derhalve van groot belang dat een goed afgewogen besluit wordt genomen over wijzigingen van de Awgb, die de enkele-feitconstructie raken.

In dit verband is het volgende van belang. Instellingen van bijzonder onderwijs hebben in Nederland het grondwettelijke recht om uitdrukking te geven aan hun grondslag. Volgens de Awgb kunnen zij toelatingseisen stellen aan personeel voor de vervulling van de functie, mits die eisen noodzakelijk zijn om het doel en de grondslag van de instelling te verwezenlijken. Naast bijzondere scholen mogen ook instellingen op politieke grondslag en instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag onder bepaalde voorwaarden eisen stellen voor het vervullen van een bepaalde functie.

Bij alle drie de soorten instellingen mogen persoonskenmerken volgens de Awgb geen zelfstandige grond vormen voor het maken van onderscheid. Het enkele feit dat een sollicitant man of vrouw is, homoseksueel of heteroseksueel of van een bepaald ras of nationaliteit is, mag dus niet op zichzelf tot afwijzing leiden. Om onderscheid te kunnen rechtvaardigen, moeten er meer redenen zijn. De bewijslast dat het onderscheid toelaatbaar is, rust op de instelling.

De enkele-feitconstructie houdt in dat geen onderscheid mag worden gemaakt op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het bijna uitgesloten is dat zich ten aanzien van de grond ras bijkomende omstandigheden voordoen die het onderscheid zouden kunnen rechtvaardigen. Het enige voorbeeld van gerechtvaardigd onderscheid op basis van ras doet zich voor bij joodse instellingen die onderscheid maken naar joodse afkomst. Het is de bijzondere samenhang met de geloofsovertuiging die onder deze omstandigheden dit onderscheid kan rechtvaardigen.

1 2 2 3 2 0 0 8

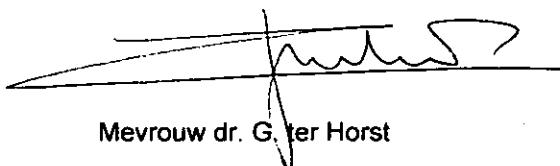
**Datum**  
22 december 2008

Naar aanleiding van het vorenstaande acht het kabinet het gewenst de Raad van State te verzoeken, een advies uit te brengen naar aanleiding van de volgende vraag:

"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."

Daartoe gemachtigd door de ministerraad moge ik U verzoeken deze vraag op grond van artikel 15, tweede lid, van de Wet op de Raad van State voor advies aan de Raad van State voor te leggen en de Raad te machtigen zijn advies rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES,



Mevrouw dr. G. ter Horst

12232008