

Vergaderjaar 2013–2014

32 476

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

Nr. 10

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 15 november 2013

Inhoudsopgave

I.	ALGEMEEN	1
1.	Probleemschets	3
2.	Historische achtergrond; behandeling in Tweede en Eerste Kamer	4
3.	Europese dimensie	6
3.1	Richtlijn 2007/78/EG	6
3.2	Ingebrekestelling door Europese Commissie	6
3.3	Advies van de Raad van State	7
4.	De Awgb in de praktijk	7
5.	Doel en reikwijdte van het wetsvoorstel	8
5.1	Doel	8
5.2	Inhoud en reikwijdte; verschillen met tekstvarianten Raad van State	11
5.3	Gedragsregels voor (aspirant-)werknemers	15
6.	Grondrechtenbalans	16
6.1	Algemeen; ontwikkelingen	16
6.2	Vrijheid van onderwijs	17
6.3	Vrijheid van godsdienst	21
6.4	Conclusie	21
II.	ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING	22

I. ALGEMEEN

De initiatiefnemers zijn verheugd over de grote belangstelling waarmee de leden van de VVD-fractie kennis hebben genomen van hun voorstel. De door deze leden gevraagde nadere toelichting zullen de initiatiefnemers gaarne verschaffen.

Dankbaar zijn de initiatiefnemers voor de steun die zij kregen van de leden van de PvdA-fractie. Met deze leden willen zij de gelijkberechtiging van mensen met een andere dan een heteroseksuele gezindheid dichterbij brengen.

Met even veel genoegen namen de initiatiefnemers kennis van de positieve houding, waarmee de leden van de SP-fractie het initiatiefvoorstel hebben begroet. Zij wijzen deze leden er wel op, dat de reikwijdte van het voorstel breder is dan het onderwijs.

De initiatiefnemers kunnen zich voor een groot deel vinden in de visie van waaruit de leden van de CDA-fractie het wetsvoorstel beoordelen. Ook zij gaan uit van een nevenschikking van grondrechten. Daarbij past niet helemaal, dat deze leden zeggen dat voor hen «voorop staat», dat discriminatie om welke reden dan ook niet is toegestaan. Het gaat hier om een botsing van grondrechten, waartussen geen rangorde bestaat. In zo'n geval zal het vaak de taak van de rechter zijn om hierover een oordeel te vellen. De initiatiefnemers staan echter op het standpunt, dat dit niet uitsluitend de taak van de rechter is. Ook de wetgever kan, op een algemeen niveau, kaders vaststellen, waarbinnen de rechter in concrete gevallen tot een oordeel moet komen. Dat is ook de benadering van de huidige Algemene wet gelijke behandeling (Awgb).

De leden van de CDA-fractie gaan, waar zij een weergave geven van de kaders die voor hen heel wezenlijk zijn, kennelijk uit van de wet in zijn huidige vorm: de enkele-feitconstructie. De initiatiefnemers gaan ervan uit, dat deze constructie onvoldoende duidelijk is, leidt tot rechtsonzekerheid en in strijd is met Europees recht.

De initiatiefnemers bedanken de leden van de D66-fractie voor hun steun. Hun vragen en opmerkingen zullen zij graag beantwoorden.

Ook de vragen van de leden van de ChristenUnie-fractie ten aanzien van de interpretatie en reikwijdte van het wetsvoorstel en de keuzes die gemaakt zijn ter implementatie van richtlijn 2000/78/EG (hierna: de richtlijn) zullen de initiatiefnemers gaarne hierna, in de paragrafen 5.1 en 5.2, beantwoorden.

De leden van de SGP-fractie benaderden de in het wetsvoorstel aan de orde gestelde problematiek anders dan de initiatiefnemers. Zij gaan ervan uit, dat er als gevolg van de huidige wetgeving geen sprake is van rechtsonzekerheid, noch voor leerkrachten, noch voor schoolbesturen. Juist het wetsvoorstel zou voor verwarring zorgen en daarmee blijk geven van weinig invoelingsvermogen met de wensen van scholen voor bijzonder onderwijs, en daarmee ook op ongerechtvaardigde wijze de grondwettelijk gegarandeerde vrijheid van onderwijs inperken.

De initiatiefnemers herkennen zich niet in de kenschets van hun beweegredenen en van de inhoud en reikwijdte van het wetsvoorstel, die de hier aan het woord zijnde leden gaven.

De vragen of de huidige wetgeving leidt tot rechtsonzekerheid en in hoeverre het wetsvoorstel grotere duidelijkheid brengt, komen aan de orde in de paragrafen 1 en 6.2.

Op de vrijheid van onderwijs gaan de initiatiefnemers in paragraaf 6.2 in. Op deze plaats willen de initiatiefnemers ingaan op het verwijt van de leden van de SGP-fractie, dat zij weinig invoelingsvermogen tonen met de wensen van scholen voor bijzonder onderwijs.

De initiatiefnemers denken niet licht over de problemen waarvoor bestuurders van instellingen op godsdienstige grondslag kunnen komen te staan. Zij wijzen er echter op, dat de artikelen in de Awgb waarop het wetsvoorstel betrekking heeft, beogen om ten behoeve van onder meer

het bijzonder onderwijs een uitzondering te maken op het uitgangspunt van de Awgb, dat onderscheid maken niet is toegestaan. Het wetsvoorstel handhaaft die strekking, maar wijzigt wel iets aan de normering. Dat brengt met zich mee dat het wetsvoorstel, evenzeer als thans reeds het geval is, voor de besturen van instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke en politieke grondslag een zekere verantwoordingsplicht met zich mee zal brengen. De initiatiefnemers zien geen grond voor het verlichten of ongedaan te maken van die verantwoordingsplicht louter vanuit een gevoel van inleving met de wensen van scholen voor bijzonder onderwijs. Het is ook niet dramatisch als bestuurders eens in de twintig jaar te maken krijgen met een wijziging van wetgeving, en als gevolg daarvan nog eens kritisch moeten kijken naar de wijze waarop zij hun grondslag laten doorwerken in eisen die zij stellen aan sollicitanten en personeelsleden.

De initiatiefnemers stellen daartegenover dat ook invoelingsvermogen aan de orde is met betrekking tot homoseksuelen, zowel op het niveau van hen die in hun arbeidsrelatie daadwerkelijk problemen ondervinden of bang zijn deze te gaan ondervinden, als op het niveau van hen die de enkele-feit-wetgeving als kwetsend ervaren. De initiatiefnemers voelen zich in het bijzonder betrokken bij homoseksuele leraren op een bijzondere school, die nog niet «uit de kast gekomen» zijn, maar dat wel graag zouden willen, om openlijk een relatie met een andere man of vrouw aan te kunnen gaan. Deze leraren zullen zich bepaald onzeker over hun baan gaan voelen. De enkele feit-constructie impliceert immers, dat het enkele feit van homoseksualiteit een reden voor ontslag kan zijn, mits daar nog een omstandigheid bij komt. Maar welke dat zou kunnen zijn, is onzeker. Het hoeft in ieder geval geen omstandigheid te zijn, die op zichzelf al een grond voor ontslag op kan leveren. Gedrag van een leraar dat op zichzelf beschouwd onvoldoende afkeurenswaardig is om ontslag te rechtvaardigen, kan toch tot ontslag leiden in combinatie met het enkele feit van iemands homoseksualiteit. Mensen in zo'n onzekere positie verdienen empathie en aandacht van de wetgever, los van de vraag hoe veel het er zijn. Er is een principieel punt aan de orde.

In paragraaf 5.1 zullen de initiatiefnemers antwoord geven op de vraag van de leden van de SGP-fractie waarom voorgesteld wordt ook de bepaling met betrekking tot politieke partijen en andere instellingen te wijzigen.

1. Probleemschets

De leden van de CDA-fractie sneden hetzelfde onderwerp aan als de SGP-leden deden in de vorige paragraaf. Zij vroegen of, als de rechtsonzekerheid zo groot zou zijn als door de initiatiefnemers verondersteld, er niet veel rechtszaken aangespannen zouden moeten zijn, om jurisprudentie te verkrijgen.

In paragraaf 4 van de memorie van toelichting hebben de initiatiefnemers alle relevante jurisprudentie vermeld, die zij hebben kunnen vinden. Die was niet bijzonder omvangrijk. Aan het slot van die paragraaf hebben zij enige redenen genoemd, die daar een verklaring voor kunnen zijn.

Daarnaast constateerden zij, dat de jurisprudentie geen antwoorden gegeven heeft op vragen als wat de zogenaamde «bijkomende omstandigheden» kunnen zijn, en welke eisen «nodig zijn voor de verwezenlijking» van de grondslag van een bijzondere school.

In zijn algemeenheid volgen de initiatiefnemers de leden van de CDA-fractie niet, waar zij kennelijk ervan uitgaan dat louter een groot aantal rechtszaken een indicatie is voor veel rechtsonzekerheid. De hier aan het woord zijnde leden lijken overigens óók – in paragraaf 4 – de omgekeerde redenering te volgen: een geringer aantal rechtszaken, en

dus een beperkte jurisprudentie, leidt tot veel rechtsonzekerheid en onduidelijkheid. Ook die redenering achten de initiatiefnemers in zijn algemeenheid onjuist.

Onjuist achten de initiatiefnemers ook het belang dat de hier aan het woord zijnde leden kennelijk hechten aan een vergelijking tussen het aantal zaken met betrekking tot discriminatie ten aanzien van geslacht, leeftijd, handicap dan wel seksuele gerichtheid. Daaruit valt immers geen conclusie te trekken omtrent omvang en belang van een bepaalde problematiek. Er zijn nu eenmaal meer zwangere vrouwen en oudere werknemers – die last zouden kunnen krijgen van discriminatie op grond van respectievelijk geslacht en leeftijd – dan homoseksuele leraren in het bijzonder onderwijs. Omdat wij het belang van een dergelijke vergelijking voor het onderhavige wetsvoorstel niet inzien, hebben wij de door de leden van de CDA-fractie gevraagde cijfers niet verzameld; zo dat al mogelijk zou zijn.

De leden van de CDA-fractie vroegen om een beoordeling van de reacties van de belangenverenigingen *RefoAnders* en *Contrario* op het wetsvoorstel. De initiatiefnemers hebben de indruk dat beide reacties voortkomen uit de wens naar «soevereiniteit in eigen kring». Zij zoeken in de eerste plaats debat en begrip binnen de orthodox-christelijke gemeenschap en voorzien daarbij een lange zoektocht, die generaties lang zal kunnen duren. De initiatiefnemers begrijpen en waarderen deze benaderingswijze, en achten hem ook noodzakelijk. Maar dat neemt niet weg, dat zij als medewetgever een eigen verantwoordelijkheid hebben voor de kwaliteit van de Nederlandse wetgeving, de balans tussen de daarin geregelde grondrechten en de conformiteit van wetgeving op dat gebied met internationaal recht. Dat door hun wetsvoorstel het debat binnen streng christelijke scholen zou worden doorkruist, en dat deze scholen voorzichtiger zullen omgaan met hun aanstellingsbeleid, vermogen zij niet in te zien. In paragraaf 6.2 gaan de initiatiefnemers nader in op de gevolgen van het wetsvoorstel voor scholen als hier aan de orde. Op de vraag hoe het gesteld is met het klimaat ten aanzien van homoseksuelen op islamitische scholen kunnen de initiatiefnemers geen antwoord geven. Zij hebben daarover geen gegevens.

De leden van de D66-fractie vroegen nog eens uiteen te zetten, in welke opzichten het wetsvoorstel de duidelijkheid vergroot. De initiatiefnemers zullen dat doen in paragraaf 6.2.

2. Historische achtergrond; behandeling Awgb in Tweede en Eerste Kamer

De leden van de CDA-fractie betogen ook in deze paragraaf, in vragende vorm, dat geen sprake is van rechtsonzekerheid, omdat het blijkbaar niet nodig was rechtszaken aan te spannen, en dat er geen sprake is van onduidelijkheid, gelet op de parlementaire behandeling van de Awgb. Daarbij verwijzen zij naar de memorie van toelichting, waar wordt aangegeven dat een bijzondere school 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 een leraar niet mag weigeren op grond van het enkele feit van gerichtheid.

De initiatiefnemers achten deze toelichting alles behalve duidelijk. Bij het eerste deel ervan moet toch gedacht worden aan een seksuele moraal, die homoseksuele gedragingen als zondig beschouwt. Het ligt dan in de rede te veronderstellen dat een bijzondere school een praktiserend homoseksueel mag weigeren voor de functie van leraar. Dat nu is echter, blijkens het tweede deel van de toelichting, niet het geval. Deze sollicitant mag

juist niet geweigerd worden wegens het enkele feit van zijn homoseksuele gerichtheid. Daarbij is ook van belang dat, ingevolge de mondelinge toelichting van minister Dales, tot het «enkele feit» niet louter de homoseksuele gerichtheid, maar ook het hebben van een liefdesrelatie en het samenwonen moet worden gerekend. De initiatiefnemers concluderen hieruit, dat de geciteerde zin innerlijk tegenstrijdig, en daardoor onduidelijk is.

Die onduidelijkheid wordt ook niet opgeheven door het voorbeeld dat minister Dales gaf in de Eerste Kamer. Een leraar zou wel ontslagen kunnen worden als hij de grondslag van de school niet uitdraagt of zelfs blijkt te verwerpen en als hij in het openbaar blijkt geeft van een zodanige levensstijl, dat hij datgene wat hij op school uitdraagt in feite verwerpt of zelfs belachelijk maakt. Het zou geholpen hebben als de minister hierbij voorbeelden had genoemd van de levensstijl die zij op het oog had, niet zijnde het hebben van een liefdesrelatie of het samenwonen, want die rekende zij tot het «enkele feit» van de homoseksuele gerichtheid. De vraag die zich opdringt bij het voorbeeld van de leraar die de grondslag van zijn school belachelijk maakt is, wat in zo'n geval eigenlijk nog de relevantie van de homoseksuele gerichtheid is. De minister sprak in dit verband van het afbreuk doen aan zijn geschiktheid voor het vervullen van zijn functie. In een geval waarin daarvan sprake is, is deze ongeschiktheid reeds op zichzelf een voldoende reden voor ontslag. Het is dan geen «bijkomende omstandigheid», maar de hoofdoorzaak voor het ontslag.

De «enkele-feitconstructie» ziet kennelijk op situaties waarin de «bijkomende omstandigheden» op zichzelf beschouwd onvoldoende grond opleveren voor het ontslaan van een leraar of het afwijzen van een sollicitant, maar in combinatie met het feit van een homoseksuele gerichtheid wél. Het is de initiatiefnemers volstrekt onduidelijk aan wat voor gedragingen dan moet worden gedacht. Minister Dales heeft er ook geen voorbeelden van gegeven. Dat zij dat bewust heeft nagelaten staat wel vast. Dat zij dat gedaan zou hebben om meer ruimte te laten voor rechterlijke toetsing is de initiatiefnemers niet gebleken.

De vorengenoemde vaststelling – het gaat om situaties waarin de «bijkomende omstandigheden» op zichzelf beschouwd onvoldoende grond opleveren voor een maatregel door de werkgever, maar in combinatie met het feit van een homoseksuele gerichtheid wél – is op de keper beschouwd uiterst kwetsend voor homoseksuelen. Het gedrag is in wezen niet zo heel erg afkeurenswaardig – en als het gedrag zou zijn van een heteroseksueel is er niet zo veel aan de hand – maar nu het gedrag is van een homoseksueel, kan het reden zijn voor ontslag of afwijzing van een sollicitant.

De initiatiefnemers gaan ervan uit, dat werkgevers een dergelijke kwetsende redenering niet ten grondslag zullen leggen aan enig personeelsbesluit. Dat zou betekenen dat de «enkele-feitconstructie» niet alleen onduidelijk, maar ook onwerkbaar is. Dat zou dan mede een verklaring kunnen zijn voor de afwezigheid van jurisprudentie over de «bijkomende omstandigheden».

De leden van de fractie van het CDA vroegen ook om cijfermatige gegevens met betrekking tot de problematiek van homoseksuele leraren op scholen met een christelijk-orthodoxe en islamitische grondslag. De initiatiefnemers hebben die gegevens niet, en achten ze ook niet van belang voor het wetsvoorstel. Het initiatief betreft geen instrumentele gelegenheidswetgeving ten behoeve van een bepaald aantal leraren met een probleem in de werksfeer. Het betreft een wijziging van een wet, de Awgb, die niet voor niets een «algemene» wet wordt genoemd, en een principieel karakter heeft, ter uitwerking van een grondwettelijk recht. Het wetsvoorstel gaat over de formulering van de gevallen waarin en de

gronden waarop bepaalde instellingen, in afwijking van het discriminatieverbod van de Awgb, onderscheid mogen maken. Daarbij heeft het wetsvoorstel een reikwijdte die ruimer is dan het bijzonder onderwijs en gaat het over méér kenmerken dan hetero- of homoseksuele gerichtheid.

De leden van de SGP-fractie stelden een vraag over een leraar die de grondslag van zijn school blijkt te verwerpen, die reeds in het voorgaande beantwoord is. Afhankelijk van de ernst van de gedragingen van de leraar kunnen zij aanleiding zijn voor ontslag.

Deze leden vroegen voorts of scholen voor bijzonder onderwijs ruimte moeten hebben voor het uitdragen van een visie over huwelijk en seksualiteit die overeenstemt met de waarden die ouders in hun opvoeding aan hun kinderen mee willen geven en die ook in overeenstemming is met de grondslag van de school. De initiatiefnemers bevestigen dat deze gedachte ten grondslag aan de betrokken wetgeving, maar er zijn wel méér factoren die van belang zijn. Scholen hebben een zorgplicht ten opzichte van hun leerlingen. Ook bijzondere scholen moeten er rekening mee houden dat ongeveer vier procent van hun leerlingen in hun puberteit bij zichzelf een homoseksuele gerichtheid zal gaan ondervinden. Ook voor hen zullen scholen een veilige omgeving moeten creëren. Ten slotte moeten scholen zich houden aan de van overheidswege vastgestelde kerndoelen, waaronder de maatregel die op scholen seksuele voorlichting verplicht stelt, waarin leerlingen geleerd wordt respectvol om te gaan met seksuele diversiteit.

De diversiteit van het onderwijs is in het onderhavige wetsvoorstel niet in het geding. Op de vrijheid van onderwijs gaan de initiatiefnemers in paragraaf 6.2 in.

3. Europese dimensie

3.1 Richtlijn 2000/78/EG

De leden van de SGP-fractie citeren uit overweging 24 bij de richtlijn de eerste volzin. Deze volzin is echter slechts een aanloop naar, en verklaring voor, de tweede volzin, waarin – beknopt – wordt weergegeven wat in artikel 4 van de richtlijn is bepaald: «In dit verband kunnen de lidstaten specifieke bepalingen handhaven of vaststellen inzake de wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereisten die voor de uitoefening van een beroepsactiviteit kunnen worden verlangd.» In zijn met redenen omklede advies van 31 januari 2008 merkte de Europese Commissie hierover op:

«De richtlijn voorziet niet in een algemene uitzondering op het discriminatieverbod voor kerken en verwante organisaties.» (...)

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

In het onderhavige wetsvoorstel wordt de uitzondering die de richtlijn maakt voor discriminatie op grond van godsdienst uitdrukkelijker geregeld dan in de huidige Awgb en genormeerd overeenkomstig de richtlijn.

3.2 Ingebrekestelling door de Europese Commissie

De leden van de CDA-fractie vroegen wat de huidige stand van zaken is ten aanzien van de ingebrekestelling. De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft daarover reeds informatie verschaft bij brief van 5 juli jl. (Kamerstukken II 28 481, nr. 21). Het komt erop neer, dat de zaak door de Europese Commissie is geseponeerd. Hoeveel andere

lidstaten door de Commissie in gebreke zijn gesteld, en wat het onderwerp en de stand van zaken in die procedures is, is de initiatiefnemers niet bekend.

Dat de initiatiefnemers niet hebben willen wachten op voorstellen van de regering, heeft te maken met het belang dat zij hechten aan een snelle regeling van het onderwerp en met de tijd die nog gemoeid kan zijn met het naar Europees model aanpassen van de Nederlandse wetgeving op het gebied van gelijke behandeling. Dat is een ingewikkeld project, dat veel tijd kan vergen.

De vraag van de leden van de CDA-fractie over de verschillen tussen het advies van de Raad van State en het onderhavige wetsvoorstel zullen de initiatiefnemers deels beantwoorden in de volgende paragraaf en voor het overige in paragraaf 5.2.

3.3 Advies van de Raad van State

De leden van de PvdA-fractie vroegen of het wetsvoorstel ook bijdraagt aan een bredere erkenning van personen met een homoseksuele gezindheid in bredere kringen van onze samenleving. De initiatiefnemers denken dat dit inderdaad het geval kan zijn.

Het wetsvoorstel heeft een bredere doelstelling dan alleen het oplossen van problemen van homoseksuele leraren in het bijzonder onderwijs. De Afdeling advisering van de Raad van State wees in haar advies daarop, maar merkte ook op dat de aanleiding en noodzaak van het voorstel vrijwel volledig vanuit de verhoudingen binnen het bijzonder onderwijs, en meer in het bijzonder met betrekking tot de positie van homoseksuelen binnen die verhoudingen werden belicht. Dat betrof echter de oorspronkelijke versie van de memorie van toelichting.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling hebben de initiatiefnemers de nota van toelichting gewijzigd. Daarin hebben zij uiteengezet dat zij ook afgezien van de problematiek van de homoseksuele leraar in het bijzonder onderwijs de enkele feit-constructie als zodanig een ook voor andere situaties tot veel rechtsonzekerheid aanleiding gevende constructie achten. En voorts dat de problematiek van de homoseksuele leraar in het bijzonder onderwijs in de gewijzigde memorie van toelichting bepaald niet het enige dragende element vormt.

In antwoord op de vraag van de leden van de PvdA-fractie of de initiatiefnemers in de Nederlandse wet- of regelgeving meer knelpunten zien die homoseksuelen belemmeren in het deelnemen aan het maatschappelijk verkeer, denken zij in de eerste plaats aan het lesbisch ouderschap, dat nog steeds niet is geregeld, en aan het probleem van de weigerambtenaren. Met betrekking tot beide onderwerpen zijn nog wetsvoorstellen in behandeling bij de Eerste Kamer.

4. De Awgb in de praktijk

De leden van de PvdA-fractie vroegen of de initiatiefnemers in het licht van hun eigen wetsvoorstel de nota «Grondrechten in een pluriforme samenleving» uit 2004 nog steeds up-to-date achten. De initiatiefnemers kunnen dit bevestigen voor wat betreft de grote lijnen van het betoog over de samenloop en botsing van grondrechten, voor zover die ook voor het onderhavige wetsvoorstel van belang zijn. De initiatiefnemers citeren met instemming het volgende uit paragraaf 4.2 van deze nota:

«Daarnaast is het van belang de in de Awgb opgenomen onderlinge verhouding van het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten regelmatig te evalueren.»

In dit verband verwijzen de initiatiefnemers naar hetgeen zij in paragraaf 4 van de memorie van toelichting hebben opgemerkt over de derde evaluatie van de Awgb. De Commissie gelijke behandeling (Cgb) onderschreef toen de conclusie: *«Sommige in de Awgb gekozen oplossingen voor te voorzien botsingen zijn het gevolg van een politiek compromis en al dan niet bewust ambigue gelaten. Dat geldt bij uitstek voor de «enkele-feitconstructie» van artikel 5 lid 2 en artikel 7 lid 2.»*

De opmerkingen van de leden van de CDA-fractie over de onduidelijkheid van de huidige Awgb, de beperkte jurisprudentie en de vraag wat wel en niet valt onder bijkomende omstandigheden zijn reeds betrokken bij het antwoord dat de initiatiefnemers op vragen van deze leden hebben gegeven in de paragrafen 1 en 2.

5. Doel en reikwijdte

5.1 Doel

De leden van de VVD-fractie gaven een samenvatting van het wetsvoorstel, die kennelijk gebaseerd is op het oorspronkelijke voorstel. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State zijn er echter wijzigingen in aangebracht. Eén daarvan betrof de opmerking van de Afdeling, dat waar de memorie van toelichting stelde dat het wetsvoorstel beoogde te bewerkstelligen dat van werknemers niet langer gevraagd kan worden om de grondslag van hun school of instelling geheel te onderschrijven, de tekst van het wetsvoorstel en de toelichting elkaar niet dekten. Daaraan is gevolg gegeven door de laatstgenoemde doelstelling te laten vervallen.

Bij nadere overweging menen de initiatiefnemers echter, dat het wetsvoorstel op dit punt dient te worden aangepast. Daartoe wordt in de bij de onderhavige nota behorende nota van wijziging vastgelegd, dat het toegestane onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid niet verder mag gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die mag worden verlangd. Daarbij moet in de eerste plaats gedacht worden aan het respecteren van de grondslag van de instelling. Het geheel onderschrijven van de grondslag van de instelling, zelfs tot het privéleven aan toe, zal meestal te ver gaan. Het is in voorkomende gevallen aan het bestuur van de instelling om te onderbouwen dat het geheel onderschrijven van de grondslag niet alleen een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste is, maar ook blijft binnen hetgeen uit een oogpunt van loyaliteit en goede trouw van een werknemer verlangd mag worden. De rechter kan dat toetsen.

De leden van de PvdA-fractie vroegen in hoeverre de enkele-feitconstructie ook tegen homoseksuele leerlingen in het bijzonder onderwijs wordt gebruikt. Naar zijn aard is dit probleem identiek aan dat van leraren en andere werknemers. Omdat de enkele-feitconstructie discriminatie op grond van homoseksuele gerichtheid niet helemaal uitsluit, bestaat er grote onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Dat raakt zowel leraren als leerlingen. De initiatiefnemers hebben geen inzicht in de omvang van dit probleem.¹

Overigens bevat de Awgb noch in de huidige vorm, noch volgens het wetsvoorstel regels over het gedrag van leerlingen. Als die regels er zijn, zijn zij vastgesteld door het bevoegd gezag van de school. Als overtreding ervan leidt tot het verwijderen van een leerling, en de leerling of zijn

¹ De initiatiefnemers vonden één oordeel van de CGB op dit terrein: 2007/51. Daarin was sprake van direct onderscheid op grond van burgerlijke staat.

ouders zijn van mening dat deze maatregel neer komt op discriminatie, kan aan de rechter gevraagd worden daarover een oordeel te vellen.

Ook de leden van de fracties van de SP en van D66 stelden hierover vragen. Zowel de huidige tekst van artikel 7, tweede lid, als de in het wetsvoorstel voorgestelde tekst sluiten niet uit, dat bijzondere scholen leerlingen selecteren op basis van godsdienstige overtuiging. De problematiek van het selecteren en van school sturen van leerlingen is echter breder, mede gelet op de leerplicht en de zorgplicht die scholen hebben voor hun leerlingen. De initiatiefnemers achten het niet juist deze bredere problematiek bij hun wetsvoorstel te betrekken, zeker nu daarover een apart wetsvoorstel 30417 aanhangig is. Het onderhavige wetsvoorstel is beperkt tot het annuleren van de enkele-feitconstructie. Alleen omdat die óók voor komt in artikel 7, tweede lid, is dit artikel in het wetsvoorstel betrokken.

In het geval van artikel 3 ligt het precies omgekeerd. Dat artikel verklaart de gehele Awgb niet van toepassing op – kort gezegd – rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en het geestelijk ambt. De enkele-feitconstructie komt in artikel 3 niet voor. Daarom hebben de initiatiefnemers dit artikel buiten het wetsvoorstel gehouden. Omdat het uitsluitend gaat over kerkgenootschappen zien de initiatiefnemers als gevolg van dit artikel geen problemen op het gebied van het weren van homoseksuele werknemers door scholen en andere instellingen op godsdienstige grondslag.

In het vorenstaande ligt ook het antwoord besloten op de vraag van de leden van de fracties van de PvdA, de SGP, het CDA en de ChristenUnie waarom het wetsvoorstel ook ziet op instellingen op politieke grondslag: omdat die instellingen thans genoemd worden in artikel 5, tweede lid, onder b, Awgb en omdat ook in dat onderdeel de enkele feit-constructie voor komt. Daaraan liggen geen door de initiatiefnemers geconstateerde problemen ten grondslag. Het ligt echter in de rede om, als de enkele feit-constructie als zodanig op principiële en wetstechnische gronden negatief wordt beoordeeld – omdat hij ongewenste vormen van discriminatie mogelijk maakt en bovendien onvoldoende duidelijk is en tot rechtsonzekerheid leidt – die constructie te annuleren op alle plaatsen waar hij in de wet voor komt. Los van de vraag of praktische problemen geconstateerd zijn.

De richtlijn heeft geen betrekking op ongelijke behandeling op grond van politieke gezindheid. Dat impliceert dat de lidstaten vrij zijn om daaromtrent een regeling te treffen. In de huidige Awgb is ervoor gekozen instellingen op politieke grondslag bescherming te bieden analoog aan die voor godsdienstige instellingen. In het wetsvoorstel wordt die lijn voortgezet.

Waarom de Raad van State zich louter heeft gericht op artikel 5, tweede lid, en daarbinnen op godsdienstige instellingen en scholen voor bijzonder onderwijs, terwijl de adviesaanvraag sprak over «de artikelen waarin de zogenoemde enkele-feitconstructie voorkomt» is uit zijn advies niet duidelijk geworden.

Overigens is bij politieke partijen een eventuele verschuiving van de grondrechtenbalans niet aan de orde. Daarbij is immers geen sprake van een botsing van het grondrecht van gelijke behandeling met enig ander grondrecht; zoals wanneer het gaat om godsdienstige instellingen en scholen voor bijzonder onderwijs, en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs in het geding kunnen zijn.

De vraag van de leden van de CDA-fractie over het wijzigen van de grondrechtenbalans is kennelijk gebaseerd op de oorspronkelijke tekst van de memorie van toelichting. Naar aanleiding van het advies van de

Afdeling advisering van de Raad van State is deze echter gewijzigd. De initiatiefnemers zijn niet doelbewust uit op een verschuiving in de grondrechtenbalans. Maar als dat een gevolg is van het wetsvoorstel, achten zij dat aanvaardbaar. Maatschappelijke en juridische ontwikkelingen kunnen daarvoor een rechtvaardiging opleveren. In hoeverre het wetsvoorstel leidt tot zo'n verschuiving, is moeilijk te zeggen, omdat onduidelijk is welke balans er op dit moment precies is. De initiatiefnemers gaan in paragraaf 6.2 hier nader op in.

De leden van de CDA-fractie vroegen hoe de initiatiefnemers hun doelstelling om duidelijk te maken dat de Awgb geen regels bevat omtrent het gedrag van werknemers zien in het licht van het oordeel van de Cgb in de in de memorie van toelichting genoemde casus 1996/39. De initiatiefnemers zien daar in beginsel geen spanning tussen. Ook in de genoemde casus beoordeelde de Cgb of de door een werkgever aan een sollicitant gestelde eisen voldeden aan de criteria van de wet. Daarbij kwam de Cgb overigens niet toe aan een beoordeling van de vraag of deze leidden tot onderscheid op een van de in artikel 5, tweede lid, onder c, genoemde gronden, omdat de verzoeker niet wilde aangeven op welke grond jegens hem onderscheid zou zijn gemaakt.

In deze casus was sprake van een zeer uitgebreid formulier, waarvan onderdeel uitmaakte: *«Ongehuwd samenwonen en een homoseksuele levenswijze dienen door het personeelslid als in strijd met Gods Woord te worden afgewezen.»*

Daarnaast bevatte het ook de zin: *«Het te benoemen personeelslid verplicht zich zijn/haar leven in te richten overeenkomstig de hierboven onder de punten 1 en 2 vermelde grondslag van de stichting waarvan de school uitgaat, en in zijn/haar levenswandel een goed voorbeeld voor de leerlingen te zijn.»*

Ook bevatte het een lijst van kerkgenootschappen, voorafgegaan door: *«Regel is dat het te benoemen personeelslid (belijdend) lid is van één van de volgende kerkgenootschappen»*. Daaraan was toegevoegd: *«Van het te benoemen personeelslid wordt verwacht dat hij trouw de kerkdiensten bezoekt.»*

Er zijn nog vele andere verklaringen denkbaar. De leden van de D66-fractie verwezen naar de drie varianten, die in de memorie van toelichting zijn genoemd: lid zijn van een bepaald kerkgenootschap, de grondslag van de instelling onderschrijven of die grondslag respecteren. Met betrekking tot de twee eerstgenoemde varianten vroegen zij om een waardeoordeel: of ze nog wel van deze tijd zijn. En of het niet voor de hand ligt dat de wetgever op dit punt normerend optreedt.

De initiatiefnemers wijzen erop, dat in beginsel een zeer grote variëteit van verklaringen mogelijk is, en dat ook de grondslagen van instellingen, waarbij zij moeten aansluiten, grote verschillen te zien kunnen geven. Dat brengt met zich mee, dat de wetgever niet anders dan op een vrij abstract niveau normerend op kan treden.

Het wetsvoorstel bevat hiertoe – overeenkomstig de richtlijn – de aan de richtlijn ontleende norm, dat het moet gaan om onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, voor zover deze kenmerken vanwege de aard van de specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling. Daaraan is bij nota van wijziging toegevoegd dat dit niet verder mag gaan dan wat passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die van de daarbij betrokkenen mag worden verlangd. Ook dit element is aan de richtlijn ontleend. Verder kan de wetgever niet gaan. Het is aan de rechter om in voorkomende gevallen verklaringen die aan sollicitanten worden voorgelegd te toetsen aan deze wettelijke normen.

De leden van de D66-fractie wezen ook op de grote ruimte die de rechter heeft bij het invullen van de norm van goed werkgeverschap. Deze is onvermijdelijk. De problematiek van botsende grondrechten kan slechts in beperkte mate door de wetgever worden genormeerd. In concrete gevallen kan het beste de rechter oordelen over het gewicht dat aan de in het geding zijnde grondrechten moet worden gehecht. Daarbij zal de rechter zonder enige twijfel ook het recht op een privéleven meewegen, evenals – in het door de hier aan het woord zijnde leden genoemde voorbeeld van een eventueel verbod om deel te nemen aan de «canal parade» – het recht tot betoging. Dit voorbeeld doet ook zien, dat bij uitstek de rechter geschikt is om hierover een oordeel te vellen. Betogingen zijn er in allerlei vormen en er zijn vele manieren om aan een betoging deel te nemen. Die hoeven, als goed werknemerschap al aan de orde is, in dat kader niet alle even aanvaardbaar of onaanvaardbaar te zijn. De rechter kan daarover van geval tot geval genuanceerd oordelen.

De initiatiefnemers zijn het met de leden van de ChristenUnie-fractie eens, dat de ingebrekestelling van de Europese Commissie niet een aansporing tot verandering van de grondrechtenbalans is. Inderdaad staat het realiseren van de zogenaamde «dubbele toets» daarin centraal. Wel kan het uiteraard zo zijn, dat een juiste implementatie van de Europese richtlijn in een lidstaat leidt tot een verschuiving van de grondrechtenbalans. Groot zal die niet snel zijn, want de betrokken richtlijnbevestiging beoogt juist om bij het realiseren van gelijke behandeling in arbeid en beroep voldoende gewicht toe te kennen aan de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs.

In antwoord op de vragen van de hier aan het woord zijnde leden met betrekking tot de «houding van goede trouw en loyaliteit» verwijzen de initiatiefnemers in de eerste plaats naar de bij deze nota gevoegde nota van wijziging. Bij nadere overweging hebben zij besloten dat uitdrukkelijke implementatie van dit element de voorkeur verdient. Op de strekking ervan gaan de initiatiefnemers in de volgende paragraaf in. Dit element wordt in de richtlijn uitsluitend genoemd in relatie tot de gronden waarop onderscheid toegestaan is: godsdienst en levensovertuiging. In het gewijzigde wetsvoorstel ook: politieke gezindheid. Met betrekking tot andere kenmerken geldt het niet.

5.2 Inhoud en reikwijdte; verschillen met tekstvarianten Raad van State

De leden van de CDA-fractie verwijzen naar het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, dat uiteraard betrekking had op het wetsvoorstel in zijn oorspronkelijke vorm. Naar aanleiding van het advies van de Raad zijn het wetsvoorstel en de memorie van toelichting aangepast. Daarbij is door de initiatiefnemers ook gereageerd op het advies van de Raad. In dat kader merkten de initiatiefnemers het volgende op:

«De initiatiefnemers zien geen redenen om de reikwijdte van het wetsvoorstel te beperken. Ook afgezien van de problematiek van de homoseksuele leraar in het bijzonder onderwijs, die in het publieke en politieke debat een belangrijke rol gespeeld heeft, achten zij de enkele feit-constructie als zodanig een ook voor andere situaties tot veel rechtsonzekerheid aanleiding gevende constructie, die bovendien in strijd is met richtlijn 2000/78/EG. Bij het herschrijven van de toelichting zijn de initiatiefnemers uitgegaan van de volledige reikwijdte van het wetsvoorstel. De problematiek van de homoseksuele leraar in het bijzonder onderwijs komt uiteraard in de motivering nog wel voor, maar bepaald niet als het enige dragende element.»

De initiatiefnemers voegen daar nog aan toe, dat ook de problematiek van de heteroseksuele, ongehuwd samenwonende leraar in het bijzonder onderwijs niet moet worden onderschat.

Ook de volgende verwijzing van de hier aan het woord zijnde leden naar het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State heeft betrekking op een onderdeel van de memorie van toelichting, dat naar aanleiding van het advies van de Raad is gewijzigd. In dat kader merkten de initiatiefnemers op:

«Mèt de Afdeling en de Awgb-wetgever gaan zij ervan uit, dat de vaststelling en de uitleg van de grondslag van de instelling – binnen de grenzen van eisen van consistentie en consequentie – primair bij het bevoegd gezag ligt, en dat het op basis daarvan – binnen de grenzen van de wet en van normen van goed werkgeverschap – het recht heeft vorm te geven aan zijn personeels- en cliëntenbeleid. Of voldaan wordt aan het criterium dat de kenmerken waarop wordt gediscrimineerd, gezien de grondslag van de instelling, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend, kan wel ten volle door de rechter worden getoetst.»

Ook voor een derde verwijzing van deze leden naar het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State geldt, dat de betrokken passage uit de oorspronkelijke memorie van toelichting naar aanleiding van het advies van de Raad is gewijzigd. De nadere toelichting waarom deze leden vragen is dan ook reeds gegeven in de gewijzigde memorie van toelichting:

«De Afdeling advisering van de Raad van State wijst er in haar advies over het onderhavige wetsvoorstel op, dat een redelijke uitleg van artikel 23 Grondwet kan meebrengen, dat de vrijheid van onderwijs zich niet verzet tegen de toepassing van in het algemeen rechtsverkeer geldende eisen. Een dienovereenkomstig standpunt nam de regering in bij de totstandkoming van de Awgb. Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van een eventuele aanpassing van de Awgb, zoals nu voorgesteld, kunnen volgens de Afdeling belangrijke maatschappelijke en juridische ontwikkelingen sinds de totstandkoming van de Awgb mogelijk een rol spelen. Maar zij tekent daarbij wel aan, dat niet lichtvaardig kan worden geconcludeerd dat maatschappelijke ontwikkelingen een rechtvaardiging vormen voor wijziging van de uitleg van de grenzen van een grondrecht. Dat moge in het algemeen zo zijn, maar dat neemt niet weg dat er in het onderhavige geval onmiskenbaar zwaarwegende maatschappelijke en juridische ontwikkelingen zijn, die een beperking van de vrijheid van onderwijs rechtvaardigen. Deze ontwikkelingen zijn uitgekristalliseerd in richtlijn 2000/78/EG. Die geeft niet alleen uitdrukking aan maatschappelijke ontwikkelingen, maar is ook juridisch verplichtend.»

De leden van de CDA-fractie vroegen voorts om te motiveren waarom de initiatiefnemers verder willen gaan dan het met redenen omklede advies van de Europese Commissie. Deze vraag gaat uit van een onjuiste veronderstelling over de intenties van de initiatiefnemers. Zij willen niet verder gaan dan de Europese Commissie. Zij stellen slechts voor de tekst van de wet zodanig aan te passen, dat de Europese richtlijn, met als kern de zogenaamde «dubbele test», correct wordt geïmplementeerd. Dat kan slechts door gelijktijdig de enkele-feitconstructie te schrappen.

De leden de fracties van het CDA en de SGP, en eerder van de ChristenUnie, stelden vragen over de «houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie» die organisaties van werknemers kunnen verlangen. De Raad van State merkte hierover in zijn advies van 18 mei 2009 het volgende op:

«Instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag hebben het recht expliciete loyaliteit te vragen van hun medewerkers. Dit recht is neergelegd in de laatste volzin van het tweede lid van artikel 4. Die volzin volgt na een witregel, en heeft, met het woord «derhalve», een concluderend karakter. In zoverre zou de in deze volzin opgenomen houding van goede trouw en loyaliteit kunnen worden aangemerkt als een bevestiging en nadere explicitering van de ruimte die de hier bedoelde instellingen reeds is toegekend in het voorafgaande deel van het tweede lid van artikel 4.

De Raad meent echter dat deze bevestiging en explicitering tevens een zodanige eigen waarde heeft, dat ook het verlangen van een houding van goede trouw en loyaliteit moet worden aangemerkt als een kernelement van het tweede lid van artikel 4.2 De desbetreffende bewoordingen maken duidelijk dat de eisen op basis van godsdienst en levensovertuiging in zoverre verder gaan dan rechtstreeks op de functie betrokken beroepsvereisten dat ook andere gedrags-elementen dan die in het functionele verband ertoe kunnen bijdragen dat geen sprake is van de gevraagde loyaliteit. In hoeverre dergelijke eisen ook betrekking mogen hebben op gedragingen in de privésfeer van de werknemer, hangt – zoals hiervoor reeds betoogd – af van de omstandigheden van het geval (functie, organisatie, context). In ieder geval mag voorondersteld worden dat de specifieke in het tweede lid genoemde instellingen op dit punt een grotere marge toekomt dan andere instellingen. De Raad ziet het tweede lid in zoverre dan ook als een verruiming van de mogelijkheden die het eerste lid van artikel 4 biedt, in de zin dat het zeker stelt dat instellingen op basis van hun godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag functie-eisen kunnen stellen in de vorm van geloofwaardigheidsvereisten (loyaliteit en goede trouw aan de grondslag) die verder gaan dan bij andere instellingen toelaatbaar is.»

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties geeft in haar reactie op het advies een samenvatting van de hierboven geciteerde passage, maar gaat er niet uitdrukkelijk op in.

De initiatiefnemers achten de redenering van de Raad van State niet overtuigend. Hij is innerlijk tegenstrijdig. De slotzin van artikel 4 van de richtlijn kan niet tegelijkertijd slechts een bevestigend en expliciterend karakter hebben, èn toch ook een *kernelement* zijn, dat aan instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag een *verruiming* biedt, door hen de mogelijkheid te geven eisen te stellen die *verder* gaan dan rechtstreeks op de functie betrokken beroepsvereisten.

De initiatiefnemers gingen er aanvankelijk van uit, dat deze slotzin impliciet al is geïmplementeerd in artikel 7:611 BW. Ingevolge dat artikel geldt voor alle werknemers de norm van «goed werknemerschap». Uiteraard vallen goede trouw en loyaliteit daar ook onder.

Strikt genomen speelt deze norm pas een rol vanaf het moment dat iemand werknemer is. Maar niets verzet zich ertegen dat werkgevers reeds in een sollicitatieprocedure eisen stellen die passend zijn, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die zij van de voor haar werkzame personen mogen verlangen.

Wat daar ook van zij, bij nadere overweging hebben de initiatiefnemers besloten het hier aan de orde zijnde element uitdrukkelijk in het wetsvoorstel te implementeren. Daarbij nemen zij wel afstand van de opvatting van de Raad van State, dat dit element een verruiming zou impliceren, in die zin dat het de mogelijkheid zou bieden eisen te stellen die verder gaan dan rechtstreeks op de functie betrokken beroepsvereisten. De initiatiefnemers zien dat anders. Als dit element een eigen materiële betekenis heeft, kan die slechts een *begrenzing* inhouden van de ruimte die de betrokken instellingen heeft om eisen te stellen, die leiden tot onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke

gezindheid. Uitzonderingen op het beginsel van non-discriminatie moeten immers strikt worden geïnterpreteerd.

Anders dan de Raad van State denken de initiatiefnemers ook niet, dat de betekenis van het element met betrekking tot de «houding van goede trouw en loyaliteit» vooral gezocht moet worden in de vraag of zij ook betrekking kunnen hebben op gedragingen in de privésfeer. Net als bij de eisen van goed werknemerschap sluiten de initiatiefnemers dat in bijzondere

omstandigheden niet uit. Belangrijker achten zij dit element echter voor de vraag naar de intensiteit van de mentale binding met een organisatie, die van een werknemer, een vakbonds lid of een leerling mag worden verlangd.

Voor ieder lid van een vereniging, of het nu een vakbond is of een politieke partij, spreekt loyaliteit vanzelf. Dat sluit echter niet uit, dat een individueel lid op belangrijke onderdelen een mening kan hebben, die afwijkt van de partijlijn. Sterker nog, dat is in het belang van dit soort organisaties: het houdt hen vitaal. Bij kerkgenootschappen ligt dat niet anders. Binnen kerkgenootschappen komen regelmatig theologische discussies voor. Meestal wordt dat niet als een probleem ervaren; mits de betrokkenen maar een loyale houding tegenover de kerk blijven houden. Voor die houding is niet nodig dat het lid van een vereniging of kerkgenootschap alle standpunten ervan volledig onderschrijft.

Het van een sollicitant verlangen dat hij lid is van een bepaald kerkgenootschap zal, indien aan die eis wordt voldaan, reeds het vermoeden opleveren, dat hij over een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling beschikt. Daarnaast, of in plaats daarvan, kunnen instellingen van sollicitanten verlangen dat zij verklaren dat zij de grondslag van een instelling respecteren.

Het daartoe beperken van de aan sollicitanten te stellen eisen is naar de mening van de initiatiefnemers ook goed verenigbaar met de belangen van ouders, die hun kinderen willen opvoeden volgens hun eigen waarden. Het is overigens heel goed mogelijk dat die waarden niet bij alle ouders altijd voor de volle 100% overeenkomen met de waarden die volgens het bestuur van de school voortvloeien uit de grondslag van de school.

De initiatiefnemers zijn het niet eens met de leden van de CDA-fractie, waar zij het ongespecificeerde karakter van de norm van goed werknemerschap op één lijn stellen met de rechtsonzekerheid die voortvloeit uit de enkele-feitconstructie. In het geval van de «bijkomende omstandigheden» ontbreekt iedere normering. Dat leidt tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Het open karakter van de normen van «goed werknemerschap» en «goed werkgeverschap» past in het systeem van het Burgerlijk Wetboek, waarin vaak met dit soort open normen wordt gewerkt. Zij geven flexibiliteit in geval van wisselende omstandigheden en voldoende ruimte aan de rechter om maatwerk te leveren. Dat wordt algemeen niet als rechtsonzekerheid gezien.

De vragen van de leden van de ChristenUnie-fractie met betrekking tot het element «goede trouw en loyaliteit» zijn in wezen reeds in het voorgaande beantwoord. Zij zijn goeddeels achterhaald door de bij deze nota gevoegde nota van wijziging.

De vraag van de hier aan het woord zijnde leden met betrekking tot het element «politieke gezindheid» is reeds beantwoord in paragraaf 5.1.

Met het voorgaande hebben de initiatiefnemers ook reeds een aantal vragen van de leden van de SGP-fractie beantwoord. Binnen het daarin geschetste kader hebben scholen de ruimte om een eigen personeels-

beleid te voeren. Scholen mogen ook van hun personeel verlangen dat zij een visie vertolken die in overeenstemming is met de visie van de school, voor zover het gaat om personeel met een functie waarvan het vertolken van een visie deel uitmaakt.

De clausule dat het toegestane onderscheid geen op een andere in artikel 1 genoemde grond mag rechtvaardigen, betekent het volgende. Als een bijzondere school een godsdienstige grondslag heeft, mag de school op het terrein van de arbeid en het vrije beroep, binnen de grenzen van de wet, onderscheid maken op grond van godsdienst. Op de andere in artikel 1 genoemde gronden mag dat niet. Dat zijn – in dit geval – levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat.

Daarbij is het van belang om onderscheid te maken tussen direct en indirect onderscheid. Direct onderscheid maken mag nooit. Indirect onderscheid mag in beginsel ook niet, maar kan soms objectief gerechtvaardigd worden door een legitiem doel, mits de middelen voor het bereiken ervan passend en noodzakelijk zijn (artikel 2, eerste lid, Awgb). Een voorbeeld van direct onderscheid op grond van burgerlijke staat is het van een werknemer eisen dat hij niet met een ander samenwoont zonder gehuwd te zijn. Een eis om af te zien van «een homoseksuele levenswijze» zal leiden tot direct onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid.

In geval van een minder expliciete toelatingseis zou sprake kunnen zijn van indirect onderscheid. De initiatiefnemers denken daarbij aan het volgende onderdeel van het formulier, dat aan de orde was in de Cgb-zaak 1996/39: «*Het te benoemen personeelslid verplicht zich zijn/haar leven in te richten overeenkomstig de hierboven onder de punten 1 en 2 vermelde grondslag van de stichting waarvan de school uitgaat, en in zijn/haar levenswandel een goed voorbeeld voor de leerlingen te zijn.*» Kennisneming van die grondslag zal in dit geval al snel tot de conclusie kunnen voeren, dat deze verplichting indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat en hetero- of homoseksuele gerichtheid op zal leveren. Dat zal alleen toegestaan staan zijn indien het objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel. Dat zou het verwezenlijken van het doel van de instelling kunnen zijn. Maar het middel voor het bereiken van dat doel – een vergaande inperking van het recht van de sollicitant om zijn privéleven naar eigen keuze in te richten – zal in de meeste gevallen niet passend en niet noodzakelijk zijn.

Dergelijke eisen stellen aan leraren lijkt ook moeilijk te verenigen met de eis die aan scholen wordt gesteld om hun leerlingen te leren respectvol om te gaan met seksuele diversiteit.

A fortiori mag worden betwijfeld of indirect onderscheid passend en noodzakelijk kan zijn, indien het gebaseerd is op veronderstellingen over seksueel gedrag, die hun grond vinden in feiten die daar op zich los van staan: samen wonen of reizen.

5.3 Gedragsregels voor (aspirant-)werknemers

De leden van de VVD-fractie stelden een vraag die betrekking heeft op de huidige wettelijke situatie. Indien een school besluit een werknemer te ontslaan wegens het enkele feit dat hij homoseksueel is, zal de werknemer daartegen met succes in beroep kunnen gaan bij de kantonrechter. Vraagt de werkgever op die grond ontbinding van de arbeidsovereenkomst, dan zal de kantonrechter dat weigeren.

Ook na het wet worden van het wetsvoorstel geschiedt sanctionering van de werkgever wegens handelen in strijd met de Awgb via de burgerlijke rechter.

De leden van de fracties van de ChristenUnie en de SGP stelden vragen met betrekking tot een passage in de laatste alinea van paragraaf 5.3 van de memorie van toelichting. Deze passage is echter achterhaald door de bij de onderhavige nota naar aanleiding van het verslag gevoegde nota van wijziging. De initiatiefnemers nemen bij nadere overweging het standpunt in dat artikel 4 van de richtlijn zich niet verzet tegen een beroep op artikel 2, eerste lid, Awgb. Immers, waar in artikel 4 van de richtlijn met betrekking tot het toegestane verschil in behandeling op grond van godsdienst wordt bepaald dat deze geen op een andere grond gebaseerde discriminatie mag rechtvaardigen, moet «discriminatie» begrepen worden in de zin van artikel 2, tweede lid, van de richtlijn. Daarvan maakt de mogelijkheid tot rechtvaardiging van indirecte discriminatie deel uit. Daarbij is niet van belang, of de indirecte discriminatie al dan niet voortvloeit uit onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid. Ware het anders, dan zouden inderdaad, zoals de leden van de ChristenUnie-fractie terecht opmerkten, *de facto* instellingen op levensbeschouwelijke of godsdienstige grondslag minder ruimte hebben om indirect onderscheid te maken dan andere instellingen. Een voorbeeld kwam al hiervoor aan de orde: uit onderscheid op grond van godsdienst kan indirect onderscheid op grond van hetero- of homoseksuele gerichtheid dan wel burgerlijke staat voortvloeien. Maar ook is mogelijk dat een dergelijk indirect onderscheid voortvloeit uit toelatingseisen of interne voorschriften die los staan van godsdienstige overwegingen. In beide gevallen geldt, dat het in beginsel mogelijk is dat het indirect onderscheid gerechtvaardigd wordt op grond van artikel 2, eerste lid, Awgb. Al zal, zoals de initiatiefnemers reeds aan het slot van paragraaf 5.2 aangaven, niet snel aangenomen mogen worden dat een dergelijk onderscheid passend en noodzakelijk is.

6. Grondrechtenbalans

6.1 Algemeen; ontwikkelingen

De vraag van de leden van de CDA-fractie over de rangorde van grondrechten hebben de initiatiefnemers al aan het begin van deze nota, onder «Algemeen» beantwoord.

Hun vraag over het wijzigen van de grondrechtenbalans – die zij ook al stelden in paragraaf 5.1 – is kennelijk gebaseerd op de oorspronkelijke tekst van de memorie van toelichting. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is deze echter gewijzigd.

De initiatiefnemers wijzen er allereerst op, dat de «grondrechtenbalans» niet zozeer duidt op een vast evenwicht, als wel op het maken van een afweging. Zij zijn niet doelbewust uit op het verschuiven van het evenwicht, maar als dat een gevolg is van het wetsvoorstel, achten zij dat aanvaardbaar. Er zijn immers in het onderhavige geval onmiskenbaar zwaarwegende maatschappelijke en juridische ontwikkelingen, die – eventueel – een beperking van de vrijheid van onderwijs kunnen rechtvaardigen. Deze ontwikkelingen zijn uitgekristalliseerd in richtlijn 2000/78/EG. Die geeft niet alleen uitdrukking aan maatschappelijke ontwikkelingen, maar is ook juridisch verplichtend.

Naar aanleiding van de vragen van de leden van de fracties van het CDA en de SGP over de functie van grondrechten in relatie tot de bescherming van minderheden merken de initiatiefnemers het volgende op.

De initiatiefnemers onderschrijven volmondig dat grondrechten in een democratie essentieel zijn ter verdediging van de positie van minderheden. Daarbij kan niet alleen gedacht worden aan homoseksuelen, maar ook aan gelovigen en tal van andere groepen.

In de kern zijn grondrechten fundamentele rechten van de mens. Hun formulering begint dan ook vaak met «allen» of «ieder». De harde kern van zijn eigen godsdienstige of levensbeschouwelijke gedachten, geweten, geloof en overtuiging. Vervolgens beschermt het grondrecht het belijden van een godsdienst of levensovertuiging, het onderhouden van geboden en voorschriften en het anderen daarin onderrichten. Dat zal vaak in gemeenschap met anderen gebeuren. Daarom komt het grondrecht ook toe aan groepen.

Voor het onderhavige wetsvoorstel is van belang, dat grondrechten kunnen botsen met andere, even belangrijke grondrechten. De wetgever en de rechter moeten dan keuzes maken. Zo'n keuze zal onvermijdelijk met zich mee brengen dat het ene grondrecht in het ene geval zwaarder zal wegen dan het andere; terwijl dat in een ander geval omgekeerd zal zijn.

In antwoord op een vraag van de leden van de SGP-fractie voegen de initiatiefnemers hieraan toe dat, dat zij geenszins nastreven dat het ene grondrecht wordt «uitgehouden», terwijl het andere «vergaand voorop wordt gesteld». De suggestie van de hier aan het woord zijnde leden, dat hiervan in het onderhavige wetsvoorstel sprake zou zijn, achten de initiatiefnemers volstrekt ongegrond.

In de volgende paragraaf gaan de initiatiefnemers nader in op de vraag in hoeverre het wetsvoorstel tot een verschuiving van de grondrechtbalans leidt.

6.2 Vrijheid van onderwijs

De initiatiefnemers zijn het eens met de leden van de CDA-fractie, dat de ingebrekestelling van de Europese Commissie niet uitdrukkelijk stelt dat de vrijheid van onderwijs of godsdienst beperkt moet worden. Dat neemt niet weg, dat enige beperking wel het gevolg kan zijn van een juiste implementatie van de richtlijn.

De initiatiefnemers gaan er óók van uit, dat in sommige gevallen sprake kan zijn van toegestaan onderscheid. Sterker nog, zij stellen voor dit uitdrukkelijker in de wet vast te leggen dan thans het geval is.

Naar aanleiding van de vragen van de hier aan het woord zijnde leden over de verschillen tussen het wetsvoorstel en de huidige wet merken de initiatiefnemers het volgende op. Daarbij betrekken zij ook het verzoek van de leden van de D66-fractie, in paragraaf 1, om uiteen te zetten in welke opzichten het wetsvoorstel de duidelijkheid vergroot.

De huidige artikelen 5, 6a en 7 scheppen in de eerste plaats onduidelijkheid, omdat zij zich onttrekken aan de in de Awgb gebruikelijke begrippen «direct onderscheid» en «indirect onderscheid». In plaats van duidelijk te maken in hoeverre en op welke gronden een uitzondering op het verbod van onderscheid toegestaan is, blijft het toegestaan zijn van onderscheid impliciet. Voorts wordt – in vage termen – enerzijds bepaald wat de instelling wèl mag – «eisen stellen» – en anderzijds wat de instelling niet mag: eisen stellen die leiden tot onderscheid op grond van het «enkele feit» van ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

Wat wèl mag verschilt al naar gelang het gaat om instellingen van bijzonder onderwijs – eisen stellen «die nodig zijn voor de verwezenlijking van de grondslag van de instelling» – dan wel om andere instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag: eisen stellen «die nodig zijn voor de vervulling van een functie». Waar precies het verschil tussen deze twee formuleringen zit, is niet erg duidelijk. De huidige wet zegt niets over «bijkomende omstandigheden». De onduidelijkheid daarover is tijdens de parlementaire behandeling ontstaan. Wellicht ging het erom ruimte te creëren voor het maken van onderscheid op grond van gedragingen in de privésfeer. Als die haaks zouden staan op het verwezenlijken van de grondslag van de instelling, zou de instelling onderscheid op grond van ras, enz. mogen maken, mits niet op grond van het «enkele feit».

Wellicht is het zó, zoals de leden van de fractie van het CDA aangaven: dat met het verbod op het maken van onderscheid op grond van het «enkele feit» een verbod van *direct* onderscheid is bedoeld. Maar dan blijft onduidelijk wat geldt in geval van *indirect* onderscheid. Is voor het rechtvaardigen daarvan voldoende dat zij nodig zijn voor de verwezenlijking van de grondslag van de instelling of voor de vervulling van een functie? En is artikel 5 daarmee een – ruimere – *lex specialis* ten opzichte van artikel 2, eerste lid, Awgb? Dan zou vooral dáár – waar het gaat om *indirect* onderscheid – een verschil met het wetsvoorstel kunnen liggen.

Het wetsvoorstel houdt zich aan de in de Awgb gebruikelijke begrippen *direct* en *indirect* onderscheid.

Zowel in de huidige als in de nieuwe situatie – na het wet worden van het wetsvoorstel – is het uitgangspunt dat er mogelijkheden moeten zijn voor *direct* en *indirect* onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, voor zover deze kenmerken relevant zijn, gezien de grondslag van de instelling.

In de huidige situatie zijn die mogelijkheden er indien eisen met betrekking tot deze kenmerken nodig zijn voor de verwezenlijking van de grondslag (van een onderwijsinstelling) dan wel voor de vervulling van een functie (bij een andere instelling).

In de nieuwe situatie geldt de aan de richtlijn ontleende norm dat deze kenmerken vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste moeten vormen. Dat lijkt in grote trekken overeen te komen met het huidige «nodig voor de vervulling van een functie». De nieuwe formulering sluit echter niet uit, dat eisen die in de huidige situatie nodig geacht kunnen worden voor de verwezenlijking van de grondslag van een instelling, in de nieuwe situatie óók een beroepsvereiste kunnen vormen dat vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd is.

Wat in de huidige situatie geldt met betrekking tot *direct* onderscheid op grond van andere kenmerken dan godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid, is niet duidelijk. Veelal zal onderscheid op grond van het «enkele feit» tot *direct* onderscheid leiden. De vraag blijft in hoeverre «bijkomende omstandigheden» ook *direct* onderscheid op grond van ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat kunnen rechtvaardigen.

In de nieuwe situatie zal *direct* onderscheid op deze gronden zonder meer verboden zijn.

Met betrekking tot *indirect* onderscheid op deze andere gronden is in de huidige situatie niets uitdrukkelijk geregeld.

In de nieuwe situatie wordt als gevolg van de bij deze nota gevoegde nota van wijziging verwezen naar de hoofdregel van artikel 2, eerste lid, Awgb. Indirect onderscheid kan toegestaan zijn, indien het objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Aangenomen mag wel worden, dat het verwezenlijken van het doel van een instelling – niet alleen in het bijzonder onderwijs, maar ook bij andere instellingen – meestal wel een legitiem doel zal zijn. De verantwoordelijkheid daarvoor berust in de eerste plaats bij het bestuur van de instelling. De vraag is, in hoeverre daarvoor ook lasten en verplichtingen op de personeelsleden kunnen worden gelegd. In zijn algemeenheid zal deze vraag tot op zekere hoogte bevestigend beantwoord moeten worden. Maar als ook de rechten van personeelsleden op eerbiediging van hun persoonlijke levenssfeer en op vrijheid van meningsuiting en betoging in het geding komen, zal dat in niet geringe mate meegewogen moeten worden bij de vraag of eisen die de werkgever stelt, als die leiden tot de indirect onderscheid op grond van ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, wel «passend en noodzakelijk» zijn.

De initiatiefnemers kunnen niet verder gaan dan deze algemeenheden, omdat in concrete gevallen de rechter tot een oordeel moet komen op grond van wat de betrokken instelling aanvoert omtrent het passend en noodzakelijk zijn van de door haar genomen besluiten. De conclusie van de initiatiefnemers is dan ook, dat het antwoord op de vraag waar de toekomstige grondrechtenbalans zal liggen vooral zal afhangen van afwegingen die slechts door de rechter gemaakt kunnen worden.

Duidelijk is wel, dat het wetsvoorstel onverminderd een zekere verantwoordingsplicht voor de besturen van instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke en politieke grondslag met zich mee zal brengen. De initiatiefnemers achtten dat ook passend. Onderscheid maken op de in de Awgb genoemde gronden is in beginsel verboden. Uitzonderingen zijn toegestaan. Maar van wie daar een beroep op doet mag gevergd worden dat hij duidelijk maakt dat hij voldoet aan de wettelijke normen.

Op de vragen van de leden van de CDA-fractie met betrekking tot het verschil tussen het onderschrijven en respecteren van de grondslag van een school zijn de initiatiefnemers al hiervoor, in paragraaf 5.2, ingegaan, waar «de houding van goede trouw en loyaliteit» aan de orde was. Wie een grondslag onderschrijft, zal het daarmee volledig eens zijn. Wie dat niet doet, kan een grondslag toch respecteren. Daarmee geeft hij aan dat hij in zijn eventueel afwijkende persoonlijke overtuigingen geen belemmering ziet om te functioneren binnen de betrokken instelling. Dat is «een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling». Voor zo'n houding is het volledig onderschrijven van alle geloofsopvattingen, levensbeschouwing of politieke standpunten van de betrokken instelling niet nodig.

Gelet op de omstandigheid dat in sommige gevallen sprake is van toegestaan onderscheid, is het zeker niet logischer om van personeel van een school te vragen om de grondslag ervan volledig te onderschrijven. Immers, in dit verband moet het onderschrijven van een grondslag als een verdergaande eis worden beschouwd dan het respecteren ervan. En dat kan van belang zijn voor de vraag of sprake is van direct of indirect onderscheid. En in het laatste geval, of daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.

Als scholen met een orthodox-christelijke of islamitische grondslag naar aanleiding van het wetsvoorstel de grondslag van hun school zodanig nader gaan expliciteren, dat zij ook meer orthodoxe opvattingen over

homoseksualiteit zullen gaan uitdragen dan nu het geval is, zouden zij daarmee juist de grens tussen indirect en direct onderwijs kunnen overschrijden. Met als mogelijk gevolg dat het onderscheid niet toegeestaan is.

De eis om de grondslag van de school volledig te onderschrijven lijkt de initiatiefnemers ook moeilijk te verenigen met de wens een «homovriendelijker klimaat» te creëren. Zij zien althans niet hoe iemand die dat wil bevorderen een verklaring kan onderschrijven als aan de orde was in de zaak Cgb 1996/39: *«Ongehuwd samenwonen en een homoseksuele levenswijze dienen door het personeelslid als in strijd met Gods Woord te worden afgewezen.»* Vanuit de wens een «homovriendelijker klimaat» te creëren ligt het meer voor de hand om te volstaan met een verklaring over het respecteren van de grondslag van de school.

Naar aanleiding van de opmerking van de leden van de SGP-fractie, dat het voorliggende wetsvoorstel het scholen voor bijzonder onderwijs moeilijker, zo niet onmogelijk maakt die eisen aan het personeel te stellen, die naar hun overtuiging noodzakelijk zijn om de grondslag van de school in de praktijk te verwezenlijken, herhalen de initiatiefnemers dat het bij gebreke van jurisprudentie ook nu reeds niet vast staat, dat alle door deze scholen gestelde eisen in overeenstemming zijn met de Awgb. Ook voor de toekomstige situatie geldt, dat wat wel en niet mogelijk is uiteindelijk zal afhangen van afwegingen die door de rechter gemaakt moeten worden. Het wetsvoorstel belet bijzondere scholen niet om aan leerkrachten de eis te stellen dat zij de overtuiging van de school meedragen en uitdragen. Maar als dit leidt tot onderscheid in de zin van de Awgb, zal de school dat in voorkomende gevallen tegenover de rechter moeten rechtvaardigen, in het licht van de wettelijke normen.

Die wettelijke normen laten zich naar de overtuiging van de initiatiefnemers zonder meer verenigen met de in artikel 23 Grondwet garrandeerde vrijheid van richting in het onderwijs en de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze van de leermiddelen en de aanstelling van de onderwijzers. De Afdeling advisering van de Raad van State wees er in haar advies over het wetsvoorstel op, dat reeds bij de totstandkoming van de Awgb de regering het standpunt innam – waarmee de Afdeling het eens is – dat een redelijke uitleg van artikel 23 Grondwet kan meebrengen, dat de vrijheid van onderwijs zich niet verzet tegen de toepassing van in het algemeen rechtsverkeer geldende eisen. De Awgb behoort tot die eisen. En dat blijft zo als de Awgb wordt aangepast aan een Europese richtlijn. Een richtlijn bovendien, die uitdrukking geeft zwaarwegende maatschappelijke en juridische ontwikkelingen. Binnen deze wettelijke kaders behoudt het bevoegd gezag van een instelling het recht om vorm te geven aan zijn personeels- en cliëntenbeleid. Dat wordt niet zozeer gewaarborgd door het onderhavige wetsvoorstel, als wel door het uitgangspunt van de democratische rechtsstaat dat een ieder vrij is in zijn handelen zo lang hij blijft binnen de grenzen van de wet.

Dat geldt ook voor het bepalen en in de praktijk verwezenlijken van de grondslag van een bijzondere school. In hoeverre docenten die niet alle daartoe behorende waarden delen invulling kunnen geven aan de identiteit van de school, is een vraag die in de eerste plaats door het bevoegd gezag van de school beantwoord zal moeten worden. Als dat leidt tot onderscheid in de zin van de Awgb, zal het bevoegd gezag dat moeten rechtvaardigen in het licht van de wettelijke normen. De rechter beoordeelt of het bevoegd gezag daarin is geslaagd.

6.3 *Vrijheid van godsdienst*

De leden van de fracties van de ChristenUnie en de SGP stelden vragen over het collectieve aspect van de vrijheid van godsdienst. In oorsprong is de vrijheid van godsdienst onmiskenbaar een individuele mensenrecht. Inmiddels waarborgt de Grondwet beide aspecten – het individuele en het collectieve – gelijkelijk. Zij zijn echter nog wel van elkaar te onderscheiden. Aan dit onderscheid kan betekenis toekomen in gevallen waarin sprake is van een botsing van grondrechten. In zo'n geval zou het belang van een individueel recht – niet gediscrimineerd worden – zwaarder kunnen wegen dan het belang van het collectieve aspect van de vrijheid van godsdienst. De initiatiefnemers zien daarin geen algemene wetmatigheid, maar menen dat dit wel een rol mag spelen bij de beoordeling van de vraag of een eventuele beperking van het collectieve aspect van de vrijheid van godsdienst in een democratische samenleving noodzakelijk is voor de bescherming van het recht van individuen om niet gediscrimineerd te worden.

De initiatiefnemers wijzen erop, dat het hierbij óók kan gaan om een botsing tussen een collectief aspect van de vrijheid van godsdienst en het individuele recht om niet gediscrimineerd te worden op grond van iemands persoonlijke godsdienstige overtuiging en geweten. Juist dan is er aanleiding om het individuele recht zwaarder te laten wegen. Precies dit is aan de orde in de omgang met een sollicitant, die lid is van het kerkgenootschap waarmee de school verbonden is en die de grondslag van die school zonder meer respecteert, maar niet alle leerstellingen of gedragsregels van het kerkgenootschap volledig onderschrijft. Van zo'n sollicitant mag een houding van goede trouw en loyaliteit verwacht worden.

De leden van de ChristenUnie-fractie vroegen om een standpunt van de initiatiefnemers over mogelijke ondermijning van het collectieve aspect van religieuze vrijheid door individuen, die eerder vrijwillig hebben ingestemd met de religieuze grondslag.

De initiatiefnemers wijzen erop, dat de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging tevens het recht omvat om van godsdienst of overtuiging te veranderen. Indien zo'n verandering gevolgen heeft die het bevoegd gezag van een collectief ervaart als het ondermijnen van de grondslag van het collectief, zal dat gezag moeten bezien wat het in zijn rol van werkgever te doen staat. Als dat leidt tot een maatregel, die mede gekwalificeerd kan worden als onderscheid in de zin van de Awgb, zal de werkgever die maatregel moeten kunnen rechtvaardigen in het licht van de normen van de Awgb.

De initiatiefnemers wijzen er overigens op, dat het wetsvoorstel niet beoogt om in de botsing tussen enerzijds de vrijheden van godsdienst en van onderwijs en anderzijds het recht om niet gediscrimineerd te worden, steeds de eerstgenoemde vrijheden het minst zwaar te laten wegen. Integendeel, artikel 5 Awgb strekt er juist toe onderscheid op grond van godsdienst – zelfs direct onderscheid – mogelijk te maken. Het wetsvoorstel voegt daaraan slechts enige normeringen toe, overeenkomstig de richtlijn.

6.4 *Conclusie*

De leden van de ChristenUnie-fractie vroegen of de initiatiefnemers hebben overwogen om het herschreven wetsvoorstel opnieuw voor advies aan te bieden bij de Raad van State. De initiatiefnemers hebben dat niet gedaan. De Raad van State heeft reeds drie maal geadviseerd over het onderwerp van het wetsvoorstel. Daardoor zijn de standpunten van de Raad genoegzaam bekend. Onzekerheid over de juiste implementatie van

de richtlijn hoeft er na de nota van wijziging niet meer te zijn: alle elementen uit de richtlijn worden nu in het wetsvoorstel geïmplementeerd.

De leden van de ChristenUnie-fractie stelden een vraag over het verschil in strekking van de termen «discriminatie» in de richtlijn en «onderscheid» in de Awgb in juridische zin en in het dagelijks taalgebruik. De initiatiefnemers zijn zich van dit verschil bewust. Inderdaad heeft «discriminatie» in het Nederlandse spraakgebruik een pejoratieve connotatie. En duidelijk is dat de Europese Commissie een voorkeur heeft voor het hanteren van dit begrip, conform de richtlijn. Toch menen de initiatiefnemers dat het gebruik van het begrip «onderscheid» in plaats van «discriminatie» in het wetsvoorstel geen materiële verschil met zich mee brengt. Zij hanteren het begrip «onderscheid», omdat zij ervoor gekozen hebben in dit beperkte wetsvoorstel, waarin nog niet het geheel aanpassen van de Awgb naar Europees model aan de orde is, vooralsnog de terminologie van de Awgb te handhaven. Daarmee is na de inwerkingtreding van het wetsvoorstel eenheid van terminologie in de gewijzigde Awgb verzekerd. De initiatiefnemers vinden dat belangrijk vanuit een oogpunt van wetgevingskwaliteit. Daarom hebben zij niet gekozen voor de terminologie van tekstvariant A van de Raad van State. Zij wijzen er echter op, dat de Raad van State zijn beide tekstvarianten als gelijkwaardig presenteerde.

In de memorie van toelichting, en in de onderhavige nota, gebruiken de initiatiefnemers de begrippen «discriminatie» en «onderscheid» door elkaar. Materiële betekenis heeft dat niet. Wel kan enige afwisseling de leesbaarheid van het betoog ten goede komen. «Het recht om niet het slachtoffer te hoeven zijn van overtreding van het verbod van onderscheid op grond van homoseksuele gerichtheid» leest moeizamer dan «het recht om niet gediscrimineerd te worden wegens homoseksualiteit».

II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

De leden van de SGP-fractie vroegen of een volledige toetsing door de rechter met betrekking tot de vraag of een kenmerk vanwege de aard en de context van de activiteiten een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd vereiste vormt, niet toch het risico in zich heeft dat scholen of andere instellingen niet zelf mogen bepalen in hoeverre het gaat om kenmerken die gezien de grondslag van belang zijn; en dat daarmee een inbreuk wordt gemaakt op de primaire bevoegdheid van het bevoegd gezag. De initiatiefnemers wijzen erop dat dit voortvloeit uit de opzet van de Awgb en de richtlijn, en de eisen die de Europese Commissie aan de implementatie daarvan stelt. Het gaat hier om uitzonderingen op het discriminatieverbod. Die moeten strikt worden geïnterpreteerd. De Awgb zou onvoldoende daadwerkelijke bescherming bieden, indien uiteindelijk niet de rechter de toetsing uit zou voeren.

Dat zal de rechter uiteraard mede doen op basis van de door het bevoegd gezag aangevoerde argumenten. Er mag vanuit gegaan worden, dat wie meent een inbreuk te mogen maken op het discriminatieverbod, met kracht van argumenten zal kunnen betogen waarom de in het geding zijnde kenmerken, gezien de grondslag van de instelling, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen. Dan wel, indien het gaat om indirect onderscheid op andere gronden dan godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid, waarom het onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Met betrekking tot de voorgestelde wijziging van artikel 7 Awgb vroegen de leden van de SGP-fractie, waarom niet langer wordt gesproken over het «doel van de instelling» en de «verwezenlijking van de grondslag». De initiatiefnemers hebben niet anders beoogd dan de enkele-feitconstructie te schrappen en bij het her-redigeren van de bepaling zo veel mogelijk aan te sluiten bij de voor de artikelen 5 en 6a voorgestelde redactie. In die artikelen wordt niet langer gesproken over het «doel van de instelling» en de «verwezenlijking van de grondslag». Wel komt steeds, overeenkomstig de richtlijn, de clausule «gezien de grondslag van de instelling» voor.

Met «vanwege de aard van het onderwijs» wordt iets anders bedoeld dan het doel of de grondslag van de instelling. Het is bedoeld als, voor het onderwijs, het equivalent van wat in de artikelen 5 en 6a – conform de richtlijn – geredigeerd is als «vanwege de aard van de betrokken beroepsactiviteiten of de context waarin deze wordt uitgeoefend». Dat is een algemene formulering, omdat hij van toepassing moet kunnen zijn op tal van beroepsactiviteiten en contexten. In artikel 7 gaat het echter niet om beroepsactiviteiten, maar om een specifiek aspect van dienstverlening: de toelating van leerlingen in het bijzonder onderwijs. Dan kan slechts de aard van het onderwijs – naast, zoals gebruikelijk, de grondslag van de instelling – mede een toetssteen vormen bij de beoordeling of de aan aspirant-leerlingen gestelde eisen wel wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd zijn. Daarbij kan gedacht worden aan de eigen aard van primair onderwijs, voortgezet onderwijs en beroepsonderwijs.

Voorts is – ook conform de redactie van de artikelen 5 en 6a – toegevoegd dat het toegestane onderscheid niet verder mag gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die van leerlingen mag worden verlangd. Het moge duidelijk zijn dat de aard van het onderwijs mede van belang kan zijn voor de vraag welke houding van een leerling mag worden verwacht. Eisen daaromtrent zullen bij het primair onderwijs aanzienlijk minder ver kunnen gaan dan bij het beroepsonderwijs.

Bergkamp
Van Ark
Yücel
Jasper van Dijk
Klaver