

De stelling in deze aflevering van TvCR luidt:

‘Als de ‘enkele-feitconstructie’ uit de Algemene wet gelijke behandeling zou worden geschrapt, dan komt de vrijheid van onderwijs (artikel 23 Grondwet) in gevaar.’

Mr. R. Nehmelman is voorstander van de stelling. Prof. mr. A.C. Hendriks reageert vervolgens op zijn bijdrage.

De Europese Kaderrichtlijn Arbeid en artikel 23 Grondwet

MR. R. NEHMELMAN*

1 Inleiding

In 1994 trad na lange parlementaire debatten de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) in werking.¹ In deze wet is in een aantal bepalingen de zogeheten enkele-feitconstructie opgenomen. Deze constructie houdt onder andere in dat bijzondere scholen de bevoegdheid houden om, met een beroep op hun godsdienstige grondslag, een homoseksuele docent te weigeren in dienst te nemen of te ontslaan, mits dit niet gebeurt vanwege het enkele feit dat hij of zij homoseksueel is (art. 5, tweede lid onder c, AWGB). Sinds de inwerkingtreding van de AWGB is deze enkele-feitconstructie omstreden geweest. De laatste jaren neemt de kritiek toe. Zo ontving Nederland in 2008 een ingebrekestelling van de Europese Commissie omdat deze constructie (gedeeltelijk) in strijd zou zijn met de Europese Kaderrichtlijn Arbeid.² Sinds 2009 is bovendien een initiatiefwetsvoorstel van het Kamerlid Van der Ham (D66) c.s. bij de Tweede Kamer aanhangig waarin zelfs wordt gepleit voor het schrappen van de enkele-feitconstructie.³ De Raad van State heeft naar aanleiding van de Europese ingebrekestelling op verzoek van de regering een advies uitgebracht waarin wordt geadviseerd dat de enkele-feitconstructie behouden kan blijven aangezien de Europese Richtlijn daar eveneens ruimte toe biedt. Slechts een herformulering is daarvoor volgens de Raad noodzakelijk. De regering heeft dit advies op onderdelen gevolgd in het conceptwetsvoorstel Integratiewet AWGB.⁴ In de literatuur ten slotte is eveneens de nodige aandacht besteed aan de enkele-feitconstructie en de recente ontwikkelingen daaromtrent.⁵

de
stelling

* Mr. R. Nehmelman is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht. Deze stelling is door hem verder uitgewerkt in het onlangs verschenen boek van Hansko Broeksteeg en Ashley Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 239-256.

¹ Wet van 6 maart 1994, *Stb.* 625.

² Richtlijn 2000/78/ van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303/16. Zie voor de ingebrekestelling: Met redenen omkleed advies van de Europese Commissie gericht tot Nederland wegens het niet correct omzetten van artikel 2, lid 1,

artikel 2, lid 2, onder a), artikel 2, lid 2, onder b), en artikel 4, lid 2, van Richtlijn 2000/78/EG, Brussel, 31 januari 2008, 2006/2444, *Bijlage*: C(2008)0115.

3 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 476. Inmiddels heeft de regering een conceptwetsvoorstel Integratiewet AWGB gepresenteerd waarin de enkele-feitconstructie behouden blijft, maar wel wordt aangepast aan de tekst van de Europese Richtlijn, vgl. art. 25 van het conceptwetsvoorstel. Zie over dit conceptwetsvoorstel meer de special van het NJCM-Bulletin, Nederlands Tijdschrift Mensenrechten (NTM), *NTM* 2011, afl. 36-2), in het bijzonder: G. Terpstra, 'De veelzijdige werkelijkheid achter het 'enkele feit' – Pleidooi voor een fundamentele doordenking van alternatieven voor de 'enkele-feitconstructie' in het gelijke behandelingsrecht', *NJCM Bulletin, Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* 2011, p. 215-225.

4 Vgl. noot 3.

5 Zie voor een overzicht o.a. het Redactioneel commentaar in het *NJCM-Bulletin*, 2009, afl. 34-5.

6 Zie verder over deze bepaling uitgebreid S.C. van Bijsterveld, Artikel 1, in: A.K. Koekoek red., *De Grondwet, een systematische en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 63 e.v.

7 Zie voor een overzicht *Kamerstukken II* 2009/10, 32 476, nr. 3, p. 2.

8 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 7-8.

Ik zal in deze bijdrage pleiten dat indien de wetgever gedwongen of vrijwillig de enkele-feitconstructie uit de AWGB zou moeten of willen schrappen, ook artikel 23 Gw. op onderdelen zal moeten worden gewijzigd, waarmee mijns inziens de onderwijsvrijheid in gevaar komt. Dat is een keuze die mijns inziens enkel door de Grondwetgever zou mogen worden gemaakt. Deze stelling zal ik als volgt onderbouwen. Allereerst zal ik kort ingaan op de historie van de enkele-feitconstructie zoals vastgelegd in art. 5, lid 2 onder c, AWGB. Vervolgens zal ik ingaan op de Europese Kaderrichtlijn Arbeid en de relatie met de enkele-feitconstructie. Voorts zal ik uiteenzetten dat art. 23 Gw. zal moeten worden gewijzigd indien men de overtuiging is toegedaan dat de enkele-feitconstructie in de AWGB moet worden geschrapt.

2 Beknopte geschiedenis van de enkele-feitconstructie in de AWGB

De Algemene wet gelijke behandeling vloeit voort uit de in 1983 ingevoerde herziene Grondwet waarin het recht op gelijke behandeling prominent in artikel 1 werd verankerd.⁶ In de jaren tussen 1983 en 1990 zijn diverse pogingen ondernomen om anti-discriminatiewetgeving tot stand te brengen. Vrijwel altijd liepen deze pogingen stuk op de grote tegenstand vanuit de hoek van de confessionele fracties in het parlement.⁷ In 1990 werd het wetsvoorstel van de huidige Algemene wet gelijke behandeling bij de Tweede Kamer ahangig gemaakt. Het zou tot 1994 duren alvorens deze wet inwerking trad. Voor deze bijdrage is alleen de in art. 5, tweede lid onder c, AWGB vervatte bepaling relevant. Een bijzondere school mag op basis van deze bepaling niet om *het enkele feit* van seksuele gerichtheid een docent uit het bijzonder onderwijs weren. Volgens de wetsgeschiedenis kunnen alleen 'bijkomende omstandigheden' aanleiding vormen voor de school om een docent te weren. De toenmalige verantwoordelijke minister van Binnenlandse Zaken, Ien Dales (PvdA), lichtte dit in de memorie van toelichting als volgt toe: 'Er kunnen ... 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 politiek grondslag ... 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 irrelevante feit van een gerichtheid mag weigeren. Artikel 23 van de Grondwet brengt mee dat de beoordeling van deze relevantie in beginsel een zaak is van het bevoegd gezag.'⁸

Tijdens het parlementaire debat stelde het Kamerlid Groenman (D66) aan de minister van Binnenlandse Zaken de vraag wat precies onder bijkomende omstandigheden moest worden verstaan. De minister kon daar geen direct antwoord op geven en liet daarmee uitdrukkelijk ruimte voor toekomstige interpretatie van de begrippen enkele-feit en bijkomende omstandigheden.⁹ Tijdens het debat in de Eerste Kamer verschaftte zij iets meer duidelijkheid door te stellen dat wel rekening mocht worden gehouden met gedragingen en omstandigheden die niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit die de situatie op de bijzondere school kunnen betreffen, maar ook de situatie buiten de school.¹⁰ Concrete voorbeelden van de grensgebieden wilde de minister niet noemen, nu het volgens een eigen verantwoordelijkheid van de bijzondere school is om te bepalen welke eisen uit de grondslag van de instelling voortvloeien. In voorkomende geschillen kon bovendien de nieuw ingestelde Commissie Gelijke Behandeling (CGB) een – overigens niet bindende – uitspraak doen. Pas vijf jaar na de inwerkintreding van de AWGB deed zich een dergelijk geval bij de CGB voor. De CGB vond dat in strijd was gehandeld met de AWGB omdat de docent geen kans had gekregen om zijn standpunt naar voren te brengen, waardoor de school niet had kunnen beoordelen of van bijkomende omstandigheden sprake.¹¹ In andere uitspraken heeft de CGB een strikte toets ontwikkeld met betrekking tot de enkele-feitconstructie die eveneens toepasselijk is op wat in art. 5, tweede lid onder c, AWGB is vastgelegd.¹² Deze criteria komen kort samengevat neer op de vraag of het noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de grondslag van de bijzondere onderwijsinstelling om eisen te stellen aan bijvoorbeeld de seksuele geaardheid van de leerkracht. Die eis mag uiteraard niet het enkele feit betreffen dat een leerkracht homoseksueel is.¹³

3 Wel of geen strijd met de Europese Kaderrichtlijn Arbeid?

Sinds het Verdrag van Amsterdam heeft de Europese Unie op grond van art. 13 van het EG-verdrag de bevoegdheid om onder bepaalde voorwaarden passende maatregelen te nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.¹⁴ Spoedig na opneming van deze bepaling werden twee Europese anti-discriminatie-richtlijnen aangenomen ter daadwerkelijke bestrijding van discriminatie. De eerste betrof de zogeheten Anti-rassendiscriminatie-richtlijn.¹⁵ De tweede richtlijn, hier relevant, betrof het reguleren van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (Europese Kaderrichtlijn Arbeid)¹⁶ In 2008 werd Nederland geconfronteerd met een Europese inbreukprocedure

9 *Handelingen II* 10 februari 1993, 47-3509, vgl. ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 476, nr. 3.

10 *Kamerstukken I* 1993/94, 22 014, nr. 48.

11 Commissie gelijke behandeling, 29 april 1999, nr. 38, *AB* 2000, 71, m.nt. B.P. Vermeulen.

12 Vgl. o.a. *CGB-Advies* 2008/02, maart 2008, www.cgb.nl.

13 Zie uitgebreid de website van de Commissie Gelijke Behandeling: <http://www.cgb.nl/dossiers/onderwijs/toelating>. Zeer recent heeft de CGB een oordeel gegeven in een zaak waarbij een sollicitante die werd afgewezen voor een functie bij een evangelische school omdat ze ongehuwd samen met haar vriend op vakantie is geweest. Dit gegeven kan volgens de CGB niet als bijzondere omstandigheid worden aangemerkt waardoor de school in het ongelijk werd gesteld. *CGB*, 1 juli 2011, oordeel 2011-102, <http://www.cgb.nl/oordelen/oordeel/222118/> volledig.

14 Verdrag van Amsterdam (2 oktober 1997), *PbEG* 1997, C340, *Trb.* 1998, 11.

15 Richtlijn 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (Rasrichtlijn), *PbEG* 2000, L 180/22.

16 Richtlijn 2000/78/ van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303/16.

aangezien de Europese Commissie van oordeel was dat de enkele-feitconstructie, zoals in de AWGB vastgelegd, niet overeenkomt met de Europese Kaderrichtlijn Arbeid.¹⁷ Hoewel in art. 4, tweede lid, van de Richtlijn, onder de noemer 'wezenlijke beroepsvereisten', ook uitzonderingen mogelijk zijn op het anti-discriminatiebeginsel, stelde de Europese Commissie dat de Europese bepaling een aanzienlijk beperktere ruimte geeft tot het legitiem discrimineren dan de onder andere in art. 5, tweede lid, AWGB genoemde uitzonderingsgronden. De regering vroeg hieromtrent een oordeel van de Raad van State die in een omvangrijk advies op 18 mei 2009 tot de aanbeveling kwam de enkele-feitconstructie te schrappen en aansluiting te zoeken bij de in art. 4 (tweede lid) Europese Kaderrichtlijn Arbeid genoemde uitzonderingsgronden. Volgens de Raad kwamen die gronden vrijwel overeen met wat in de enkele-feitconstructie van de AWGB wordt beoogd.¹⁸ Dit is een enigszins merkwaardige constatering van de Raad van State, nu de Europese Commissie juist had gesteld dat de Europese Kaderrichtlijn Arbeid minder ruimte biedt voor uitzonderingen dan de AWGB.

In de literatuur is stevige kritiek op dit advies van de Raad van State geuit.¹⁹ Zo stellen bijvoorbeeld Terlouw en Hendriks zich op het standpunt dat de Raad van State de regering heeft geholpen om de Europese Kaderrichtlijn Arbeid te ontduiken. Zij zagen het volgens hen teleurstellend advies als een zoektocht naar het behoud van ruimte voor religieuze scholen om homoseksuele docenten te weigeren. Ook het Kamerlid Van der Ham (c.s.) is deze mening toegedaan aangezien hij in zijn initiatiefwetsvoorstel pleit om de enkele-feitconstructie zoals vastgelegd in art. 5 AWGB in het geheel te schrappen.²⁰ De Commissie Gelijke Behandeling heeft eveneens de wetgever geadviseerd om de omstreden enkele-feitconstructie zoals vastgelegd in art. 5 AWGB in zijn geheel te schrappen.²¹ De regering heeft daarentegen besloten de opvatting van de Raad van State grotendeels te volgen en is van oordeel dat de tekst van de huidige enkele-feitconstructie in overeenstemming kan worden gebracht door dezelfde bewoordingen te gebruiken als art. 4 (tweede lid) van de Europese Kaderrichtlijn Arbeid. Daardoor zal volgens de regering (en de Raad van State) de enkele-feitconstructie behouden blijven en in overeenstemming zijn met de Europese Richtlijn.²²

4 Bedreiging voor de onderwijsvrijheid (art. 23 Gw.)

Samenvattend kan worden gesteld dat er twee 'extremen' zijn in het weergegeven debat. Aan de ene kant staan de progressieve fracties in de Tweede Kamer, de Commissie Gelijke Behandeling, en een aantal

17 Commissie van de Europese Gemeenschappen, Ingebrekestelling, Inbreuk nr. 2006/244, vgl. ook *Kamerstukken II* 2007/08, 27 017, nr. 34.

18 Raad van State 18 mei 2009, No. Wo408.0593/1, vgl. www.raadvanstate.nl.

19 Ashley Terlouw & Aart Hendriks, 'Raad van State helpt regering Europese anti-discriminatieplicht te ontduiken', *NJB* 2009, p. 1636-1637. Vgl. tevens M.J. Strijkers, Seksuele gerichtheid en burgerlijke staat, in: C.J. Forde (red.), *Gelijke behandeling*, oordelen en commentaar 2009, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 135 e.v.

20 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 476.

21 Commissie Gelijke Behandeling, *Advies inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2000/78/EG*, 2 januari 2008, Advies 2008-02.

22 Zie daarvoor het advies van de Raad van State (18 mei 2009, No. Wo408.0593/1) en het conceptwetsvoorstel Integratiewet AWGB van de regering (<http://www.internetconsultatie.nl/integratiewetAWGB>). Zie tevens de *NJCM-Bulletin*, NTM-special, 2011, nr. 36-2, in het bijzonder: G. Terpstra, De veelzijdige werkelijkheid achter het 'enkele feit' – Pleidooi voor een fundamentele doordenking van alternatieven voor de 'enkele-feitconstructie' in het gelijke behandelingsrecht, *NJCM Bulletin*, *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*, 2011, p. 215-225. Vgl. tevens noot 3.

wetenschappers (Terlouw, Hendriks en Strijkers) die van mening zijn dat de enkele-feitconstructie moet worden geschrapt, nu deze constructie in strijd is met de Europese Kaderrichtlijn Arbeid. Aan de andere kant zijn de Raad van State en de regering de opvatting toegedaan dat de enkele-feitconstructie, zoals vastgelegd in de AWGB, kan worden geschrapt nu art. 4 (tweede lid) van de Europese Kaderrichtlijn Arbeid een vergelijkbare ruimte laat voor het weigeren van een homoseksuele leerkracht door een bijzonder school.

Schrappen van de enkele-feitconstructie kan verstrekkende gevolgen hebben voor het (constitutionele) systeem van het bijzonder onderwijs in Nederland, zoals vastgelegd in art. 23 Gw. Voor deze bijdrage zijn met name de leden vijf en zes van art. 23 Gw. relevant. Het vijfde lid bepaalt dat de wetgever deugdelijkheidseisen kan stellen aan het onderwijs dat geheel of ten dele uit de openbare kas wordt bekostigd, met die kantenkanttekening dat de vrijheid van richting voor het bijzonder onderwijs in acht wordt genomen. Het zesde lid stelt dat deze eisen voor het algemeen vormend lager onderwijs zodanig worden geregeld, dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs betreffende de keuze en der leermiddelen en *de aanstelling der onderwijzers* wordt geëerbiedigd.²³ De cursivering geeft de kern van mijn betoog aan.²⁴

De enkele-feitconstructie zoals in 1994 in de AWGB vastgelegd moet in die zin worden opgevat als een beperking van art. 23 Gw. Het schrappen van de enkele-feitconstructie zoals voorgesteld door Kamerlid Van der Ham (c.s.), de CGB en een aantal wetenschappers, zou mijns inziens betekenen dat er strijd ontstaat met het grondwettelijk gegarandeerde recht op de vrijheid van onderwijs (art. 23, lid 5 en 6, Gw.). Een dergelijke aanpassing zou dan ook verstrekkende gevolgen kunnen hebben voor het sinds 1917 grondwettelijk verankerde systeem van de gelijke bekostiging van bijzondere scholen in Nederland. Destijds is gekozen voor een systeem van gelijke financiering met behoud van de eigen identiteit, waaronder in ieder geval de bevoegdheid dient te worden begrepen van het zelfstandig kunnen bepalen wie als leerkracht wordt aangesteld. Het schrappen van de enkele-feitconstructie laat geen ruimte meer voor het schoolbestuur om op grond van bijzondere (bijkomende) omstandigheden een homoseksuele leraar op een bijzondere school te weigeren dan wel te ontslaan. Hoe verwerpelijk men het ook vindt om een leerkracht te ontslaan op grond van bijzondere omstandigheden die niet samenhangen met het enkele feit van zijn (of haar) homoseksualiteit, voor dit systeem is in 1917 grondwettelijk gekozen en heeft een genuanceerde uitwerking gekregen in de Algemene wet gelijke behandeling. Wellicht dat de tekst van art. 4, tweede lid, Kaderrichtlijn Arbeid (zoals ook grotendeels is overge-

23 Het begrip lager onderwijs is in de loop van de jaren van overeenkomstige toepassing verklaard op het middelbare en hoger onderwijs.

24 In een hiervoor eerder aangehaalde passage van minister Dales werd reeds naar deze grondwettelijke bepaling verwezen, waarmee dus werd gedoeld op deze zinsede van art. 23, zesde lid, Gw.

nomen in het conceptwetsvoorstel Integratiewet AWGB) dezelfde ruimte laat als de huidige enkele-feitconstructie. In deze bepaling wordt immers ook gesproken van wezenlijke beroepsvereisten, maar volgens de tegenstanders van de enkele-feitconstructie is die ruimte er als gezegd niet.

5 Conclusie

De conclusie is dan ook dat een wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling waarbij de enkele-feitconstructie zou worden geschrapt, grote gevolgen heeft voor het (constitutionele) grondrecht op de vrijheid van onderwijs zoals vastgelegd in art. 23 Gw. Een aanpassing van de AWGB op grond van de Europese Kaderrichtlijn Arbeid zal dan ook zorgvuldig moeten gebeuren. Vermoedelijk noopt deze Richtlijn niet tot een fundamentele aanpassing van de huidige enkele-feitconstructie en van het schrappen daarvan is eveneens geen sprake, hoewel sommigen daar anders over denken. Indien de 'enkele-feitconstructie' uit de Algemene wet gelijke behandeling (ooit) zou moeten worden geschrapt, dan komen onderdelen van de vrijheid van onderwijs (artikel 23, lid 5 en lid 6, Gw.) in gevaar. Voorzover men in Nederland over zou willen gaan om de enkele-feitconstructie te schrappen, dan zal tevens een fundamentele keuze moeten worden gemaakt over het behoud van de grondwettelijke vrijheid van onderwijs in Nederland. Dat is mijns inziens een keuze die enkel door de Grondwetgever kan worden gemaakt.