

Loyaliteit aan de richting: kledingeisen en de aanstellings- vrijheid van het bijzonder onderwijs

De vrijheid van richting is een van de drie kernvrijheden van de vrijheid van onderwijs en biedt schoolgemeenschappen de mogelijkheid om binnen de school een godsdienstige of levensbeschouwelijke visie tot uitdrukking te brengen.¹ Om die reden bepaalt artikel 23 lid 5 Grondwet (hierna: Gw) bijvoorbeeld expliciet dat de overheid bij het opleggen van bekostigingsvoorwaarden de vrijheid van richting in acht moet nemen. Blijkens artikel 23 lid 6 Gw houdt de richtingsvrijheid onder andere de vrijheid in om zelf de leermiddelen te kiezen en de onderwijzers aan te stellen.

Mr. S. Philipsen*

Evenals de meeste andere (klassieke) grondrechten is ook de vrijheid van richting niet onbegrensd.² Met betrekking tot de aanstellingsvrijheid wordt de vrijheid van richting bijvoorbeeld ingekaderd door de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: AWGB). Die wet bepaalt onder andere dat bijzondere scholen bij het opstellen en vervullen van vacatures het gelijkheidsbeginsel in acht moeten nemen.³ Het uitgangspunt dat in de AWGB is neergelegd en dat daarmee ook voor het bijzonder onderwijs geldt is dat bijzondere scholen bij de selectie van docenten niet mogen discrimineren.⁴

Een onverkorte toepassing van het beginsel van gelijke behandeling op arbeidsrelaties in het bijzonder onderwijs zou de grondwettelijke vrijheid om onderwijzers op basis van de richting aan te stellen echter volledig kunnen uithollen. Om een zekere balans te vinden tussen enerzijds de vrijheid van richting en anderzijds het

recht op gelijke behandeling is in de AWGB een uitzondering opgenomen op het algemene uitgangspunt dat ook bijzondere scholen in arbeidsrelaties het gelijkheidsbeginsel in acht moeten nemen. Die uitzondering komt er kortweg op neer dat schoolgemeenschappen die oprecht uiting willen geven aan een gedeelde godsdienstige overtuiging daartoe onder voorwaarden gerechtigd zijn. Die voorwaarden zijn opgenomen in artikel 5 lid 2 AWGB.

De grondrechtenbalans die in 1994 in de AWGB werd neergelegd, was de voorbije twee decennia veelvuldig en van verschillende zijden aan kritiek onderhevig. Die kritiek heeft er uiteindelijk toe geleid dat de voorwaarden waaronder bijzondere scholen docenten op basis van de richting van de school mogen selecteren in 2015 zijn aangepast.⁵ Lange tijd bestond er onduidelijkheid over de vraag hoe dat nieuwe wettelijke toetsingskader moest worden toegepast. Recent werd die onduidelijkheid deels weggenomen toen het College voor de Rechten van de Mens (hierna: CRvDM, of College) dit nieuwe kader toepaste in een casus die draaide om een islamitische docente die vanwege haar geloof een hoofddoek droeg en als inval-leerkracht geweigerd werd op een protestants-christelijke school.⁶ In deze bijdrage zal ik nader bij het oordeel van het CRvDM stilstaan. Daarbij zal ik in paragraaf 1 eerst de uitzonderingsgrond zoals die tot 2015 gold uiteenzetten. Vervolgens wordt in paragraaf 2 het nieuwe toetsingskader besproken. In paragraaf 3 zal dan de toepassing van dit kader door het CRvDM worden beoordeeld. Om tot slot in paragraaf 4 de conclusie op te maken.

1. De AWGB tot 2015: het oude toetsingskader

Tot 2015 bevatte de AWGB verschillende uitzonderingsgronden op het algemene uitgangspunt dat het verbod om onderscheid te maken op basis van inherente persoonskenmerken ook op horizontale arbeidsrelaties van toepassing is. Ten aanzien van het bijzonder onderwijs bepaalde artikel 5 lid 2 sub c AWGB (oud) dat bijzondere scholen de vrijheid behielden om eisen te stellen over de vervulling van een functie die:

gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

* Stefan Philipsen is universitair docent staatsrecht aan de Universiteit Utrecht. De auteur dankt Guido Terpstra voor zijn waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.

Bij de toepassing van deze wettelijke uitzonderingsbepaling gold als uitgangspunt dat het bevoegd gezag exclusief bevoegd was de grondslag van de school te bepalen. Deze vrijheid vloeide rechtstreeks voort uit de vrijheid van richting en daarmee samenhangende noties van overheidsneutraliteit. Daaruit volgde verder dat het bevoegd gezag in beginsel ook exclusief bevoegd was te bepalen welke specifieke functie-eisen uit de richting van de school voortkomen.⁷ Uiteraard moest de grondslag van de school in de praktijk wel kenbaar (kunnen) zijn. Van het bevoegd gezag werd dan ook geëist dat de grondslag in voldoende mate uit de statuten bleek en dat hij desgevraagd in staat was uit te leggen hoe in de praktijk aan die grondslag de hand werd gehouden.

De toetsing aan artikel 5 lid 2 onder c AWGB bestond uit een aantal stappen.⁸ Eerst moest beoordeeld worden of er sprake was van een instelling voor bijzonder onderwijs.⁹ In het verlengde daarvan werd met inachtneming van het hiervoor uiteengezette uitgangspunt ook vastgesteld wat de grondslag van de school was.¹⁰

Vervolgens moest de vraag worden beantwoord of het gevoerde en op de richting gebaseerde personeelsbeleid 'nodig' was. Uit deze zinsede vloeiden twee nauw met elkaar samenhangende voorwaarden voort. Ten eerste moesten de door de school gevoerde functie-eisen consistent worden gehandhaafd. Dit betekende in ieder geval dat de school ten aanzien van gelijke functies ook gelijke eisen moest stellen.¹¹ Ten tweede volgde uit de voorwaarden dat functie-eisen in het licht van de verwezenlijking van de grondslag nodig moeten zijn; een (zekere) proportionaliteitstoets. Die proportionaliteitstoets was terughoudend. Beoordeeld diende slechts te worden of het bevoegd gezag in redelijkheid een bepaalde eis had mogen stellen. Er moest met andere woorden een zekere objectiveerbare band bestaan tussen de verwezenlijking van de grondslag en de daaraan ontleende functie-eis.¹² Er bestond in het bijzonder reden stil te staan bij de vraag of deze band aanwezig was wanneer er op de richting van de school gebaseerde functie-eisen werden gesteld aan niet onderwijzend personeel.¹³

Tot slot mochten de gestelde functie-eisen ook niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Deze enkele-feitconstructie bracht met zich dat voor zover functie-eisen ook tot onderscheid op basis van andere persoonskenmerken dan godsdienst of levensovertuiging zouden leiden, dat onderscheid uitsluitend gerechtvaardigd kon worden op basis van bijkomende omstandigheden. Daarmee erkende de AWGB dat functie-eisen die op basis van de godsdienstige grondslag van een school werden gesteld niet tot de godsdienst of levensovertuiging van de sollicitant beperkt hoefden te blijven, maar zich ook konden uitstrekken tot andere aspecten van de persoonlijke levenssfeer.¹⁴

Tot slot mochten de gestelde functie-eisen ook niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

Artikel 5 lid 2 sub c AWGB (oud) kwam onder vuur te liggen toen in 2003 de Europese kaderrichtlijn gelijke behandeling op het terrein van arbeid in werking trad (Richtlijn 2000/78, hierna ook: Richtlijn).¹⁵ De doelstelling van deze Richtlijn was een kader te bie-

den aan de hand waarvan het recht op gelijke behandeling ook in arbeidsrelaties zou doorwerken. Daarin vertoonde de Richtlijn overeenkomsten met de AWGB. De vraag die daarmee onmiddellijk opkwam was of de AWGB de Richtlijn in voldoende mate respecteerde. Dat gold bijvoorbeeld voor de enkele-feitconstructie. Volgens de regering moest die vraag volmondig positief worden beantwoord en voldeed Nederland met de AWGB aan alle door de Richtlijn gestelde eisen, maar de Europese Commissie dacht daar klaarblijkelijk anders over want zij stelde Nederland in 2008 in gebreke wegens een onjuiste implementatie van Richtlijn 2000/78.

De bezwaren van de Europese commissie zijn later zo geïnterpreteerd dat de grondrechtenbalans die in de AWGB was neergelegd te ver was doorgeslagen in de richting van de instellingen op godsdienstige grondslag, waartoe ook de bijzondere scholen behoorden.¹⁶ Als reactie op die ingebrekestelling werden van verschillende zijden, o.a. door de Raad van State en de Commissie Gelijke Behandeling, adviezen uitgebracht over de vraag of Nederland daadwerkelijk de Europeesrechtelijke verplichtingen schond. In de debatten die daarop in de Tweede Kamer volgden concentreerde de discussie zich al snel op de toelaatbaarheid en wenselijkheid van de enkele-feitconstructie.¹⁷ Daarbij stond vooral de positie van de homoseksuele docent in het bijzonder onderwijs centraal. Om in die positie verbetering te brengen werd er een initiatiefwetsvoorstel ingediend dat uiteindelijk leidde tot het schrappen van de enkele-feitconstructie en het aanpassen van de bewoordingen van artikel 5 lid 2 sub c AWGB (oud), zodanig dat die beter aansloten bij de tekst van Richtlijn 2000/78.¹⁸

2. De AWGB vanaf 2015: het herziene toetsingskader

In 2015 werd de AWGB gewijzigd. Nog altijd hebben instellingen voor bijzonder onderwijs de mogelijkheid om ten aanzien van personen die voor haar werkzaam (zullen gaan) zijn onderscheid te maken op grond van godsdienst of levensovertuiging:

voor zover deze kenmerken vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling. Een zodanig onderscheid mag niet verder gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die van de voor haar werkzame personen mag worden verlangd, en mag niet leiden tot onderscheid op een andere in artikel 1 genoemde grond, onverminderd artikel 2, eerste lid.

Een eerste verschil tussen deze nieuwe uitzonderingsgrond en artikel 5 lid 2 sub c AWGB (oud) lijkt te zijn dat de AWGB nu een meer directe band eist tussen de op de richting terug te voeren functie-eis en de functie-uitoefening. Artikel 5 lid 2 sub c AWGB (oud) verleende aan bijzondere scholen een bevoegdheid om eisen te stellen die 'nodig zijn voor de verwezenlijking van de grondslag'. Die mogelijkheid werd bijvoorbeeld niet toegekend aan andere instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag. Zij mochten alleen eisen stellen 'die gelet op het doel van de instelling nodig waren voor de vervulling van de functie'. In dit verschil kwam tot uitdrukking dat de wetgever ervan uitging dat functie-eisen die aan docenten werden gesteld en die voldoende samenhang vertoonden

met de richting van de school gerechtvaardigd konden worden ook als ze niet direct aan de uitoefening van de functie raakten. De redenering daarbij was dat in bijzondere onderwijsinstellingen kennis, waarden en normen worden overgedragen overeenkomstig de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van de school. Dat betekende ook dat de te stellen eisen betrekking moesten kunnen hebben op omstandigheden die niet rechtstreeks voortvloeiden uit de vervulling van de functie binnen de instelling.¹⁹ Ook nu lijken (algemene op de persoonlijke levenssfeer betrekking hebbende) loyaliteitseisen gezien de tekst van artikel 5 lid 2 AWGB niet volledig uitgesloten, maar wel wekt de formulering artikel 5 lid 2 AWGB de indruk dat onder het nieuwe toetsingskader een indringender beoordeling van de loyaliteitseis in het licht van de functie-uitoefening nodig zal zijn.²⁰

Het nieuwe artikel 5 lid 2 AWGB sluit aan bij artikel 4 lid 2 Richtlijn 2000/78. Die richtlijnbevestiging biedt kaders waarbinnen de wetgeving die op het moment dat de Richtlijn werd vastgesteld reeds van kracht was, moet blijven. Artikel 4 lid 2 Richtlijn 2000/78 bestaat uit twee onderdelen. In de eerste alinea schrijft deze bepaling voor dat onderscheid op basis van godsdienst alleen gerechtvaardigd is voor zover de gestelde functie-eisen ‘vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie.’ Dit deel van artikel 4 lid 2 Richtlijn 2000/78 is opgenomen in de eerste volzin van artikel 5 lid 2 AWGB. De tweede alinea van artikel 4 lid 2 Richtlijn 2000/78 bevestigt vervolgens dat wanneer de hiervoor genoemde eisen worden gerespecteerd de Richtlijn het recht van organisaties op godsdienstige grondslag onverlet laat om van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen. Tijdens het wetgevingsproces dat leidde tot aanpassing van de AWGB is ervoor gekozen ook dit onderdeel van Richtlijn 2000/78 in artikel 5 lid 2 AWGB op te nemen. Er bestond evenwel onduidelijkheid over de vraag in hoeverre de tweede alinea van artikel 4 lid 2 Richtlijn 2000/78 zelfstandige betekenis had, of slechts bevestigde wat reeds uit de eerste alinea volgde.²¹ Uiteindelijk hebben de initiatiefnemers deze passage zo uitgelegd dat zij daarin een begrenzing zagen van de mogelijkheid om op richting gebaseerde functie-eisen te stellen. De initiatiefnemers stelden dat dit criterium in ieder geval in relatie tot artikel 5 lid 2 AWGB met zich mee zal brengen dat een lid van een op religieuze gronden georganiseerde gemeenschap niet alle standpunten van die gemeenschap volledig hoeft te onderschrijven.

Ook onder het nieuwe toetsingskader blijft het uitgangspunt dat de overheid niet treedt in de beoordeling van de grondslag als zodanig.

Het laatste element uit artikel 5 lid 2 AWGB dat ook in Richtlijn 2000/78 is terug te vinden is dat het onderscheid niet mag leiden tot onderscheid op een andere in artikel 1 AWGB genoemde grond. Dan gaat het in het bijzonder om direct onderscheid op basis van een ander persoonskenmerk. Niet valt uit te sluiten dat religieuze aanstellingsvoorwaarden ook zullen leiden tot indirect onderscheid. Een dergelijk onderscheid kan op grond van de in artikel 2 lid 1 AWGB genoemde voorwaarden gerechtvaardigd worden zo bepaalt artikel 5 lid 2 AWGB expliciet.

Ook onder het nieuwe toetsingskader blijft het uitgangspunt dat de overheid niet treedt in de beoordeling van de grondslag als zodanig. Dit uitgangspunt is sterk verankerd in zowel de nationale rechtspraak en constitutionele traditie als in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU en Hof) en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (Hierna EHRM). Het recht op zelfinterpretatie van religieuze gemeenschappen volgt rechtstreeks uit de vrijheid van godsdienst en de daarmee nauw verbonden vrijheid van richting. Beide grondrechten eisen van de overheid terughoudendheid in het vellen van een inhoudelijk oordeel over de grondslag. Dat laat natuurlijk onverlet dat voor zover aan de grondslag van een school ontleende functie-eisen inbreuk maken op de grondrechten van anderen de overheid de verschillende betrokken rechten met elkaar in balans zal moeten brengen.²²

Nu de wetgever ervoor heeft gekozen in de formulering van artikel 5 lid 2 AWGB aansluiting te zoeken bij de formulering van artikel 4 lid 2 Richtlijn 2000/78, zal bij de uitleg van artikel 5 lid 2 AWGB de jurisprudentie van het HvJEU over Richtlijn 2000/78 een belangrijke, zo niet doorslaggevende rol spelen. Lange tijd was die jurisprudentie afwezig. Het duurde tot 2018 voor het HvJEU voor de eerste maal uitleg gaf aan de verschillende toetsingscriteria uit artikel 4 lid 2 Richtlijn 2000/78.²³

In zijn jurisprudentie stelt het HvJEU voorop dat de toelaatbaarheid van een verschil in behandeling op grond van godsdienst of levensovertuiging afhangt van het bestaan van een objectief verificerbaar en rechtstreeks verband tussen de door de werkgever gestelde beroepsvereiste en de betrokken activiteit. Een dergelijk verband kan zoals ook uit artikel 5 lid 2 AWGB valt op te maken voortvloeien uit de aard van die activiteit – bijvoorbeeld wanneer het gaat om het deelnemen aan de bepaling van de grondslag van de betrokken kerk of organisatie of het meewerken aan zijn verkondigingstaak – of uit de voorwaarden waaronder die activiteit moet worden verricht – bijvoorbeeld de noodzaak om een geloofwaardige vertegenwoordiging van de kerk of organisatie naar buiten toe te waarborgen. Deze voorwaarde brengt vooral tot uitdrukking dat de band tussen de functie-eis en de grondslag van de instelling niet volledig gesubjectiveerd mag worden.²⁴ Het maakt duidelijk dat in tegenstelling tot de grondslag die door de overheid in de meeste gevallen niet kan worden getoetst, wel beoordeeld kan worden of de eisen die aan de functie worden gesteld in het licht van de in de grondslag wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd zijn. In veruit de meeste gevallen waarin richtinggerelateerde beroepsvereisten aan docenten worden gesteld zal deze voorwaarde geen zelfstandig obstakel vormen. Het zwaartepunt van de beoordeling zal uiteindelijk liggen bij de drie elementen “wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd”. Daarbij geldt wel dat naarmate de relatie tussen de grondslag en de functie-eisen sterker is, ook sneller aan deze voorwaarden zal worden voldaan.

Volgens het HvJEU houdt ‘wezenlijk’ in dat de functie-eis die leidt tot onderscheid op basis van godsdienst ‘noodzakelijk’ moet zijn vanwege het belang van de betreffende beroepsactiviteit voor de bevestiging van die grondslag of van de uitoefening door die kerk of deze organisatie van haar recht op autonomie. Dit criterium vertoont overeenkomsten met de voorwaarde dat functie-eisen in het licht van de grondslag ‘nodig’ moeten zijn, zoals artikel 5 lid 2 sub c AWGB (oud) dat eiste. Daarmee kan dit criterium worden uitge-

legd als een eis van een consistente toepassing van de grondslag. Ook het HvJEU lijkt dit criterium op die wijze toe te passen.²⁵

De voorwaarde dat functie-eisen “legitiem” moeten zijn brengt vervolgens tot uitdrukking dat de functie-eisen die op de richting van de school zijn gebaseerd niet mogen dienen om een doel na te streven dat geen verband houdt met de grondslag. De AWGB evenals Richtlijn 2000/78 beogen uitsluitend de oprechte wens van schoolgemeenschappen om de school naar een bepaalde religieuze overtuiging vorm te geven, te accommoderen. Dat geldt ook als die wens leidt tot onderscheid op basis van godsdienst. De grond voor een dergelijke accommodatie komt te vervallen wanneer de gestelde functie-eisen en het daaruit voortvloeiende onderscheid niet door de grondslag gerechtvaardigd kunnen worden. Dan is immers niet langer sprake van een oprechte poging de grondslag in gemeenschappelijkheid te beleven.

Tot besluit brengt het criterium “gerechtvaardigd” volgens het Hof met zich dat bijvoorbeeld een bijzondere school verplicht is om in het licht van de feitelijke omstandigheden van het specifieke geval aan te tonen dat het vermeende risico van aantasting van haar grondslag of haar recht op autonomie waarschijnlijk en ernstig is, zodat de invoering van een functie-eis inderdaad noodzakelijk is. Volgens het Hof leidt deze voorwaarde tot een evenredigheidstoets. Deze toets brengt met zich dat het gestelde vereiste passend moet zijn en niet verder mag gaan dan noodzakelijk om het gestelde doel te bereiken.²⁶ Het is vooral op dit onderdeel dat de nieuwe uitzonderingsbepaling in de AWGB om een concretere, meer op de omstandigheden van het geval toegesneden, beoordeling vraagt. Daar komt bij dat de beoordelingsmaatstaf ook strenger lijkt dan de maatstaf die gold onder artikel 5 lid 2 sub c AWGB.

Tot besluit nog een tweetal losse opmerkingen over het toetsingskader. Ten eerste geldt dat voor zover een bijzondere school ook een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van haar docenten eist, de beoordeling van de toelaatbaarheid vooral zal geschieden op basis van de criteria ‘wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd’.²⁷ Ten tweede zij nog opgemerkt dat artikel 5 lid 2 AWGB uitsluitend onderscheid op basis van godsdienst of levensovertuiging rechtvaardigt. Wel mag direct onderscheid op basis van godsdienst en levensovertuiging leiden tot indirect onderscheid op een andere in artikel 1 AWGB genoemde grond als dat indirecte onderscheid op basis van artikel 2 lid 1 AWGB op zichzelf ook gerechtvaardigd kan worden.

3. Toepassing van de AWGB door het CRvDM

In oktober 2018 werd het CRvDM voor de eerste maal geroepen om het nieuwe AWGB toetsingskader toe te passen.²⁸ De casus waarin het College een oordeel gaf draaide om een islamitische docente die vanwege haar geloof een hoofddoek droeg. Zij werkte via een uitzendbureau als invalleerkracht. Op een bepaald moment wordt zij door dat uitzendbureau naar een protestants-christelijke school in Den Haag gestuurd om daar voor die dag te werken. Aldaar aangekomen krijgt zij van de directeur te horen dat zij niet welkom is op de school omdat het dragen van een hoofddoek onverenigbaar is met het geldende personeelsbeleid. Dat personeelsbeleid beoogt uitwerking te geven aan de grondslag van de school en komt erop neer dat van docenten wordt verwacht dat zij het protestants-christelij-

ke gedachtegoed waarop de school gegrond is moeten kennen, respecteren en uitdragen. Dit betekent volgens de school dat het personeel zowel in woord als gebaar niet expliciet een andere godsdienstige overtuiging mag uitdragen. Ook anderszins mogen docenten zowel in woord als gedrag geen bijdrage leveren die strijdig is met de verwezenlijking van de grondslag. Daaronder wordt ook verstaan dat docenten geen kleding mogen dragen die expliciet refereert aan een andere godsdienstige overtuiging dan de protestants-christelijke, zoals het dragen van een keppeltje, hoofddoek of chador.

De beoordeling van het College richt zich op de vraag of de school de gestelde kledingvoorschriften daadwerkelijk mocht stellen. Volgens het CRvDM is het beroepsvereiste dat een leerkracht niet naar twee verschillende geloofsovertuigingen verwijst – namelijk in woord naar het protestants-christelijke gedachtegoed en in gedrag naar het islamitische gedachtegoed – wezenlijk van aard, onder meer om verwarring bij leerlingen te voorkomen. Dit verwarringsargument legt op dit punt van de beoordeling evenwel weinig gewicht in de schaal. Het is immers een argument dat in een onderwijssituatie bijna altijd op zal gaan. Het toetsingskader zoals dat uit artikel 5 lid 2 AWGB volgt eist een concretere beoordeling waarbij de wijze waarop de school probeert de grondslag uit te dragen en te beschermen mee moet spelen. Daar komt bij dat ook als er in pedagogische zin geen verwarring ontstaat aan schoolgemeenschappen de vrijheid toe kan komen om functie-eisen te stellen die uit de richting voortvloeien. Dat geldt in het bijzonder voor kledingvoorschriften zolang die voorvoorschriften maar consistent worden gehandhaafd.

De kledingvoorschriften waren volgens het College ook legitieme beroepsvereisten, immers noch gesteld noch gebleken was dat het beroepsvereiste een ander doel diende dan het waarborgen van de grondslag van de bijzondere school.

De kledingvoorschriften waren volgens het College ook legitieme beroepsvereisten, immers noch gesteld noch gebleken was dat het beroepsvereiste een ander doel diende dan het waarborgen van de grondslag van de bijzondere school. Daarna komt de vraag op of de kledingvoorschriften ook gerechtvaardigd zijn. Daar volgt het College het verweer van de school. De school stelde dat de kledingvoorschriften gerechtvaardigd zijn, omdat het geloofwaardig uitdragen van de grondslag van de school door leerkrachten de kledingvoorschriften noodzakelijk maakt. Daarbij hechtte het College waarde aan het feit dat de school vaak gebruik moet maken van invalleerkrachten. Opvallend is dat de toetsing door het College op dit punt weinig vertelt over de concrete omstandigheden van het geval. De motivering van het oordeel doet daarmee erg summier aan en de vraag komt op of ook op dit punt niet een te abstracte beoordeling heeft plaatsgevonden. Een dergelijke abstracte beoordeling, lijkt immers niet in overeenstemming met de jurisprudentie van het HvJEU. Volgens die jurisprudentie dient beoordeeld te worden of de kledingvoorschriften in het specifieke geval noodzakelijk zijn. Deze beoordeling brengt volgens het HvJEU onder andere een proportionaliteitstoets met zich. Daarbij komt ten aanzien van de concrete casus waarover het College moest oordelen de vraag op of aan invaldocenten – zeker wanneer zij slechts voor een korte periode op de school werkzaam zijn – altijd dezelfde eisen kunnen wor-

den gesteld als aan reguliere docenten. Dat de school daarbij vaker invaldocenten gebruikt is een gezichtspunt dat in deze afweging mee kan wegen, maar kan zeker niet het enige en waarschijnlijk ook niet het doorslaggevend gezichtspunt zijn. Het doel van de proportionaliteitstoets, zo erkent ook het College, is immers te beoordelen of 'in het licht van de feitelijke omstandigheden van het specifieke geval het risico op aantasting van de grondslag van school of haar autonomie waarschijnlijk en ernstig is' [cursivering toegevoegd]. Het had in de rede gelegen bij deze afweging ook aandacht te besteden aan bijvoorbeeld de duur waarvoor de docente moest invallen, voor welke klas en vooral aan de omstandigheid dat de school in de praktijk ook andersgelovigen aanneemt, zolang dat andere geloof niet in kleding tot uitdrukking komt.

Tot slot komt het College tot het oordeel dat geen sprake is van onderscheid op een andere in artikel 1 genoemde grond. Ook deze conclusie is niet zonder meer vanzelfsprekend. Op basis van het oordeel van het CRvDM lijkt het door de school gevoerde identiteitsbeleid erop neer te komen dat uitsluitend personen die vanwege hun religie een bepaald kledingstuk dragen niet op de school werkzaam kunnen zijn. Het feit dat iemand een andere godsdienst aanhangt vormde voor de school immers geen beletsel om op de school werkzaam te zijn. In de praktijk komen dit soort regels erop neer dat in veruit de meeste gevallen islamitische vrouwen het slachtoffer van deze regel zullen zijn. Dat ook de school islamitische vrouwen als een belangrijke adressant van haar kledingvoorschriften beschouwde blijkt onder andere ook uit de beleidsnotitie waarin de kledingvoorschriften zijn opgenomen. Die notitie die door het College wordt aangehaald geeft als voorbeeld van kleding die onverenigbaar is met de grondslag van de school: een keppeltje, hoofddoek of chador. Daarmee lijkt het door de school gevoerde beleid tenminste ook neer te komen op onderscheid op basis van geslacht en dan had moeten worden onderzocht of dit onderscheid gerechtvaardigd kon worden.

4. Conclusie

Op basis van het hiervoor besproken oordeel kan de voorzichtige conclusie getrokken worden dat het CRvDM nog altijd veel ruimte laat aan bijzondere scholen om de grondslag van de school te beschermen en in gemeenschap de gedeelde godsdienstige overtuiging te beleven. De vraag is evenwel of het College op dit punt niet te veel ruimte laat en niet indringender op basis van de concrete omstandigheden van het geval had moeten toetsen. In ieder geval was het beter geweest als het College op dit punt meer duidelijkheid had geboden. Uit het oordeel van het College lijkt te volgen dat de school de grondslag uitsluitend door middel van kledingvoorschriften handhaaft. In het licht van deze constatering had het CRvDM in het bijzonder meer aandacht moeten besteden aan de context waarbinnen de kledingvoorschriften functioneren en aan de wijze waarop de kledingvoorschriften zich verhouden tot andere door de school genomen maatregelen om de grondslag te waarborgen. Dat geldt zeker als de school ter borging van de grondslag in de praktijk niet alleen kledingvoorschriften stelde.

Noten

1. Er bestaat al enige tijd debat over de reikwijdte van de vrijheid van richting. Ik heb mij altijd op het standpunt gesteld dat de richting uitsluitend kan verwijzen naar de

- godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslag van de school en niet ook pedagogische en didactische visies kan omvatten, zie hiervoor: S. Philipsen, *De vrijheid van schoolstichting*, Rotterdam 2017, p. 62. Zie voor de meer methodologische kritiek op de ruime interpretatie van de vrijheid van richting: J.R. Groen, 'De betekenis van de vrijheid van richting in het onderwijsrecht', *NTOR* 2012, p. 219-231.
2. Onbegrensde grondrechten zouden al snel onhanterbaar zijn: B.P. Vermeulen, *De Tijdelijke Wet Arbeidsbemiddeling Onderwijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, 29-31.
3. De AWGB is ook van toepassing op de toelating van leerlingen, zie i.h.b. artikel 7 lid 2 AWGB.
4. Op basis van een van de in de AWGB genoemde persoonskenmerken.
5. Overigens geldt hetzelfde voor de selectie van leerlingen.
6. CRvDM 11 oktober 2018, 2018/102.
7. *Kamerstukken II 1990/91, 22014, nr. B, p. 8.*; zie op dit punt ook: S. Philipsen, 'Verlof en de selectie van leerlingen op grond van richting', *School en Wet* 2014-3, p. 11.
8. Zie voor deze stappen onder andere CGB Advies 2008/02, p. 9-10.
9. Zie t.a.v. deze beoordeling bijv. CGB 2011/74.
10. In het verleden is door de Commissie gelijke behandeling het begrip 'grondslag' ruim geïnterpreteerd. Daaronder moesten niet alleen godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslagen worden geschaard, zie voor deze interpretatie van de AWGB CGB 2010/20; idem CRvDM 2014/93.
11. *Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 10, p. 22*; Zie in gelijke zin ook: HR 22 januari 1988, NJ 1988, 891 (Maimonides).
12. *Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 5, p. 44 en 51*; zie in deze zin ook CGB 2012/126.
13. CGB 2005/102.
14. Vgl. A. Vleugel, 'Het belang van de grondwettelijke aanstellingsvrijheid van het confessionele onderwijs', in: H. Post en G. van der Schyff, *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: WLP 2014, p. 239.
15. Zie i.h.b. art. 4 lid 2 Richtlijn 2000/78; J.H. Gerards, 'De Algemene wet gelijke behandeling en de enkele-feitconstructie – the saga continues...', *TvCR* 2014, p. 244-261.
16. Zie voor een volledige uiteenzetting van deze geschiedenis o.a. Gerards 2014 en R. Nehmelman, 'Hoe een enkel feit tot een nieuwe schoolstrijd leidt?' In: *Broeksteeg en Terlouw, Overheid, recht en religie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 239-256.
17. De constructie als zodanig stond reeds vanaf het begin onder druk.
18. *Stb* 2015/200.
19. Zie *Kamerstukken II 1990/91, 22014, nr. 3, p. 7-8*; *Kamerstukken II 2009/10, 28481, nr. 7, p. 5-6*.
20. In het verleden concretiseerde de beoordeling van de relatie tussen de grondslag, de functie-eis en de functie-uitoefening zich vooral rondom het criterium dat er een objectieve band moest bestaan tussen de verwezenlijking van de grondslag en de functie-eis. Die beoordeling was in de meeste gevallen (zeer) marginaal, zie bijv. CGB 2005/102.
21. Zie onder verwijzing naar het advies van de Raad van State; *Kamerstukken II 2013/14, 32476, nr. 10, p. 13*; *Kamerstukken II 2013/14, 32476, nr. 9*.
22. Zie op dit t.a.v. de notie van een grondrechtenbalans op dit punt ook: G.Th. Terpstra, 'De veelzijdige werkelijkheid achter het enkele feit', *NJCM* 2011, p. 215-225.
23. HvJEU (GK) 17 april 2018 EHRC 2018/127 (Egenberder) en HvJEU (GK) 11 september 2018, EHRC 2018/214 (IR). Lange tijd was de enige richtinggevendende jurisprudentie ten aanzien van grondrechtconflicten in arbeidsrelaties afkomstig van het EHRM. Zie o.a. EHRM 23 september 2010, EHRC 2010/138, m.nt. Overbeeke; zie ook de noot van Gerards onder HvJEU 17 april 2018 EHRC 2018/127. In die jurisprudentie kende het EHRM altijd ook betekenis toe aan Richtlijn 2000/78. Die Richtlijn gaf daarmee richting aan de wijze waarop het EHRM tot een afweging van botsende grondrechten kwam.
24. Zie in die zin ook de Conclusie bij C-414/16, p. 20.
25. Zie in deze zin bijvoorbeeld HvJEU (GK) 11 september 2018, EHRC 2018/214 (IR).
26. HvJEU (GK) 11 september 2018, EHRC 2018/214 (IR).
27. HvJEU (GK) 11 september 2018, EHRC 2018/214 (IR).
28. CRvDM 11 oktober 2018, 2018/102.