

Bij Kabinetsmissive van 30 december 2008, no. 08.003754, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt een aanvraag om advies, op grond van artikel 15, tweede lid, van de Wet op de Raad van State, inzake de zogenoemde enkele-feitconstructie in de Algemene wet gelijke behandeling.

Inhoud

1. Adviesaanvraag; uitgangspunten
 - a. Aanleiding
 - b. Adviesaanvraag
 - c. Uitgangspunten van het advies
 - d. Inhoud van het advies
2. Artikel 5, tweede lid, Awgb
 - a. Inleiding
 - b. Inhoud; globale strekking
 - c. Kernelementen
3. Artikel 4 van de Kaderrichtlijn
 - a. Inleiding
 - b. Inhoud; globale strekking
 - c. Kernelementen
4. De omzetting van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn in de Awgb
 - a. Inleiding
 - b. Methode(n) van implementatie
 - c. Implementatie van artikel 4 van de Kaderrichtlijn: typologie van organisaties
 - d. Omzetting van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn in de Awgb
5. Kerkgenootschappen c.a.

Bijlage 1: Parlementaire geschiedenis inzake de enkele-feitconstructie

Bijlage II: Overzicht van taalversies van artikel 4 Kaderrichtlijn en van implementatiewetgeving in enkele andere EU-lidstaten

1. Adviesaanvraag; uitgangspunten

a. Aanleiding

De Europese Commissie is van oordeel dat Nederland bij de implementatie van de Richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (hierna: de Kaderrichtlijn)¹ in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) onvoldoende heeft aangesloten bij de richtlijnterminologie, en is een inbreukprocedure begonnen op grond van artikel 226 EG-Verdrag. Op 31 januari 2008 heeft zij daartoe een met redenen omkleed advies uitgebracht.² In dat advies stelt zij onder meer, dat de definities van direct en indirect onderscheid in artikel 1 Awgb niet stroken met de definities van directe en indirecte discriminatie in artikel 2 van de

¹ Richtlijn 2000/76/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, PbEG L 303.

² Met redenen omkleed advies van 31 januari 2006, nr. 2006/2444.

Kaderrichtlijn, en dat de tekst van de Awgb algemene uitzonderingen op het discriminatieverbod voor kerken en andere organisaties op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag bevat die niet overeenstemmen met de ten behoeve van deze organisaties in artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn meer specifiek geformuleerde uitzonderingen.

In reactie op het met redenen omkleed advies heeft de regering in verschillende stappen aanpassingen van de gelijkebehandelingswetgeving aan de desbetreffende richtlijn aangekondigd. In het eerste deel van het kabinetsstandpunt over de tweede evaluatie van de Awgb is onder meer aangekondigd dat de term "onderscheid" vervangen zal worden door de term "discriminatie".

Op andere punten is nog geen standpunt ingenomen. Zo zal de regering pas na ontvangst van het onderhavige advies van de Raad een standpunt bepalen inzake een mogelijke herformulering van de uitzonderingen voor kerken en (andere) instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag.³

b. Adviesaanvraag

Één van de punten van kritiek in het met redenen omkleed advies van de Europese Commissie heeft betrekking op de uitzondering in artikel 5, tweede lid, Awgb.⁴ Daarin is de zogenoemde "enkele-feitconstructie" opgenomen.⁵ Deze constructie vormt de wettelijke neerslag van het zoeken naar een balans tussen het grondwettelijk verbod op discriminatie (artikel 1 van de Grondwet) en de grondwettelijke vrijheid van godsdienst, van vereniging en vergadering en van onderwijs (artikelen 6, 8 en 23 van de Grondwet). Het met redenen omkleed advies stelt dat deze enkele-feitconstructie moet worden herijkt met het oog op verenigbaarheid met artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn.⁶

De regering heeft ter zake de volgende vraag aan de Raad voorgelegd:

„Zijn er mogelijkheden, en zo ja welke, om de artikelen van de Awgb waarin de zogenoemde enkele-feitconstructie voorkomt, zodanig aan te passen aan de terminologie en/of de strekking van de Europese richtlijn 2000/78/EG dat de enkele-feitconstructie geschrapt wordt, terwijl de destijds in de Awgb neergelegde balans tussen grondrechten - in het bijzonder de balans tussen het nondiscriminatiebeginsel en de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs - behouden blijft.”

c. Uitgangspunten van het advies

De Raad heeft eerder, in zijn advisering over de implementatie in de Awgb van de zogenoemde Anti-rassendiscriminatie-richtlijn⁷ en de Kaderrichtlijn, aangedrongen op een zo nauwkeurig

³ Kamerstukken II 2008/09, 28 461, nr. 5.

⁴ De Raad wijst er volledigheidshalve op dat artikel 5, tweede lid, Awgb in het "dictum" van het advies van de Commissie niet genoemd wordt. Kritiek op deze bepaling komt echter uitdrukkelijk in het corpus van het advies aan de orde.

⁵ Deze zelfde constructie is ook opgenomen in de artikelen 6a, tweede lid, en 7, tweede lid, Awgb.

⁶ Ook Commissaris voor de mensenrechten van de Raad van Europa, Thomas Hammarberg, uit in zijn rapportage van 11 maart 2009 over Nederland aan de Parlementaire assemblee van de Raad van Europa zijn bezorgdheid over de enkele-feitconstructie in de Awgb en beveelt aan deze te schrappen (nrs 125-128 en aanbeveling 28).

⁷ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstemming; PbEG L 180.

mogelijke aansluiting bij de richtlijnterminologie.⁸ In dit advies zal de Raad zich daarom kunnen beperken tot het beantwoorden van de aan hem gestelde vraag van de regering naar de mogelijkheden tot aanpassing aan de Kaderrichtlijn van de artikelen van de Awgb waarin de enkele-feitconstructie voorkomt. De beslissing of, en zo ja hoe, zo'n aanpassing dient plaats te vinden, is aan de regering. Dit betekent dat dit advies zich uitsluitend richt op de juridisch-technische vraag welke modaliteiten tot expliciete aanpassing van de Awgb aan de Kaderrichtlijn er zijn binnen de randvoorwaarde van het behoud van de huidige grondrechtenbalans.

De Raad neemt als eerste uitgangspunt voor de beantwoording van de aan hem gestelde vraag de gehouwenheid van Nederland om de Kaderrichtlijn nauwgezet te implementeren. In dit verband gaat hij er overigens van uit dat in de definitiebepalingen van de Awgb – zoals is aangekondigd in het eerste deel van het kabinetsstandpunt op de tweede evaluatie van de Awgb – het begrip “onderscheid” vervangen zal worden door het begrip “discriminatie” zoals omschreven in de Kaderrichtlijn.⁹ Daarnaast vloeit uit dit uitgangspunt voort dat bepalingen in de Awgb die aan organisaties ruimte bieden om bij hun personeelsbeleid op basis van hun godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag te differentiëren, recht moeten doen en voldoende uitdrukking moeten geven aan de essentiële elementen en voorwaarden van artikel 4 van de Kaderrichtlijn. Gelet op de adviesaanvraag, zal de Raad zich in dit advies beperken tot het tweede lid van artikel 4.¹⁰

Tegelijkertijd en evenzeer vormt een uitgangspunt dat bepalingen als artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn – net als het thans geldende artikel 5, tweede lid, Awgb – gelezen moeten worden als de neerslag van het streven naar een evenwichtige balans tussen enerzijds het beginsel van gelijke behandeling en anderzijds de vrijheid van godsdienst, de vrijheid van het confessioneel onderwijs daarbij inbegrepen. Dit impliceert dat deze bepalingen mede uitgelegd moeten worden in het licht van de communautaire bepalingen en de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht die beogen die vrijheden te waarborgen.¹¹

d. Inhoud van het advies

De Raad zal hierna eerst de twee cruciale bepalingen – artikel 5, tweede lid, Awgb¹² en artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn – analyseren op hun essentiële elementen. Hij zal daartoe, in paragraaf 2, beginnen met de oudste van de twee regelingen, de Awgb (Wet van 2 maart 1994). Bij deze analyse zal aandacht worden gegeven aan de totstandkomingsgeschiedenis van deze wet, en aan die van de enkele-feitconstructie in het bijzonder. Vervolgens komt, in paragraaf 3, een overeenkomstige analyse van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn (Richtlijn van 27 november 2000) aan de orde. Immers, inzet van de vraagstelling is de nauwgezette implementatie van deze bepaling.

⁸ Zie met name Kamerstukken II 2002/03, 28 770, A; en verder Kamerstukken II 2001/02, 28 169, B blz. 5 en 6; Kamerstukken II 2001/02, 28 187, A, blz. 4 en 5; Kamerstukken II 2006/07, 30 967, nr. 4, blz. 2; Kamerstukken II 2008/09, 31 632, nr. 4, blz. 2-4.

⁹ Kamerstukken II 2008/09, 31 832, nr. 5, blz. 2.

¹⁰ En slechts en marge ingaan op het eerste lid van artikel 4, dat een meer algemeen bereik heeft.

¹¹ Zie voor een overeenkomstige redenering Hof van Justitie 8 november 1953, Commissie/Verenigd Koninkrijk, 165/52, Jur. 1983, 3431.

¹² De Raad beperkt zich in dit advies tot artikel 5 Awgb, de bepaling waarin de enkele-feitconstructie het meest uitgesproken aan de orde is. Hij gaat er daarbij van uit dat de in dit advies ontvouwde gedachtegang van overeenkomstige toepassing is op dezelfde constructie in de artikelen 6a, tweede lid, en 7, tweede lid, Awgb.

In paragraaf 4 zal de Raad de teksten van beide bepalingen bezien in relatie tot elkaar. Hij is van oordeel dat er goede gronden zijn om de vraag van de regering, of aanpassing van de Awgb aan de terminologie en/of strekking van de richtlijn – inclusief schrapping van de enkele-feitconstructie – mogelijk is, positief te beantwoorden.¹³ Hij zal daartoe aangeven op welke wijzen vorm zou kunnen worden gegeven aan de implementatie van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn in een nieuw (onderdeel van) artikel 5 van de Awgb. De Raad ziet ten slotte aanleiding in paragraaf 5 van dit advies enkele opmerkingen te maken over kerkgenootschappen, bezien in relatie met deze implementatie.

2. Artikel 5, tweede lid, Awgb

a. *Inleiding*

Bij de totstandkoming van de Awgb is uitgebreid aandacht besteed aan de verhouding van het in artikel 1 van de Grondwet neergelegde gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod tot de overige grondrechten.¹⁴ Dat lag ook voor de hand, nu de Awgb beoogde het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod ook in verhoudingen tussen burgers onderling vast te leggen, waardoor beperkingen aan de vrijheden van burgers gesteld werden. Grondrechten staan niet op zichzelf, maar vinden hun begrenzing onder meer in de mogelijke aantasting van andere grondrechten. In een geval als dit, waarin grondrechten tot elkaar in gespannen verhouding staan, zal de wetgever allereerst trachten zelf een afweging tussen verschillende grondrechten te maken. Voorts mag worden verwacht dat hij, met het oog op een zorgvuldige weging van de verschillende grondrechtenbelangen die in concrete zaken op het spel staan, aan de juridische beslissers (rechters, Commissie gelijke behandeling) de voor deze weging relevante criteria zal aanreiken. Zo is de enkele-feitconstructie in de Awgb het resultaat van een dergelijke afweging door de wetgever van alle betrokkenen, door grondrechten beschermde belangen van burgers. Het betreft in dit geval in het bijzonder de verhouding tussen het non-discriminatiebeginsel en de vrijheid van godsdienst en van onderwijs.

b. *Inhoud; globale strekking*

Artikel 5, eerste en tweede lid, Awgb luidt als volgt:

1. Onderscheid is verboden bij:
 - a. de aabieding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking;
 - b. arbeidsbemiddeling;
 - c. het aangaan en het beëindigen van een arbeidsverhouding;
 - d. het aanstellen tot ambtenaar en het beëindigen van het dienstverband van een ambtenaar;
 - e. arbeidsvoorwaarden;

¹³ Er zijn geen indicaties dat de Nederlandse rechtspraak inzake artikel 5 Awgb niet in overeenstemming is met de voorwaarden in artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn. De zelfevaluatie van de Commissie gelijke behandeling over 1999-2004 en de tweede externe evaluatie van de Awgb over dezelfde periode leveren geen aanwijzingen op waaruit kan blijken dat de daadwerkelijke toepassing van de Awgb op de hier relevante punten met de richtlijn in strijd zou zijn (Commissie gelijke behandeling, Het verschil gemaakt. Evaluatie AWGB en werkzaamheden CGB 1999-2004, Utrecht 2005; M.L.M. Hertogh. P.J.J. Zoontjens (red.), Gelijke behandeling; principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling, Nijmegen 2006).

¹⁴ Het discriminatieverbod in de Awgb betreft blijkens artikel 1, eerste lid, de gronden godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

- f. het laten volgen van onderwijs, scholing en vorming tijdens of voorafgaand aan een arbeidsverhouding;
 - g. bevordering;
 - h. arbeidsomstandigheden.
2. Het eerste lid laat onverlet:
- a. de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat;
 - b. de vrijheid van een instelling op politieke grondslag om eisen te stellen, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de vervulling van een functie, waarbij deze eisen niet mogen leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit van ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat en
 - c. de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs 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.

Het parlementaire debat over het wetsvoorstel heeft zich voor een belangrijk deel toegespitst op de enkele-feitconstructie in artikel 5, tweede lid, Awgb.¹⁵ Deze constructie beoogt vast te leggen dat bepaalde persoonskenmerken (onder meer ras, geslacht en hetero- of homoseksuele gerichtheid) als zodanig in redelijkheid niet als een criterium kunnen worden beschouwd dat bij de arbeid in een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag relevant mag zijn. Er kan evenwel sprake zijn van bijkomende omstandigheden die verband houden met een van de genoemde persoonlijke kenmerken en relevant zijn voor het functioneren binnen zo een instelling.¹⁶

De parlementaire discussie spitste zich voornamelijk toe op het bijzonder onderwijs, en vooral op de vraag of bijzondere scholen op godsdienstige grondslag, met een beroep op die grondslag, een homoseksuele leerkracht zouden mogen weigeren of ontslaan. Uitkomst van dat debat was dat onderscheid op grond van seksuele gerichtheid in beginsel niet toelaatbaar is, maar dat er bijkomende gedragingen kunnen zijn die verband houden met de seksuele gerichtheid van de desbetreffende persoon en die wel relevant zijn in het kader van de aanstelling en ontslag van onderwijspersoneel. De betekenis van de enkele-feitconstructie was er met name in gelegen om duidelijk te maken dat het verbod op ongelijke behandeling differentiatie enkel op basis van persoonskenmerken uitsluit, maar anderzijds ruimte laat aan instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om van hun medewerkers te vragen dat zij zich in woord en gedrag loyaal betonen aan die grondslag.¹⁷

¹⁵ Zie voor een weergave van relevante passages uit de parlementaire geschiedenis betreffende de enkele-feitconstructie Bijlage I bij dit advies.

¹⁶ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz 7.

¹⁷ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 7-8; Kamerstukken I 1992/93, 22 014, nr. 212c, blz. 10-11.

c. *Kernelementen*

Met het oog op de gestelde vraag zal de Raad zich thans richten op een nadere analyse en interpretatie van de voor de beantwoording van de adviesvraag essentiële elementen in het tweede lid, onder a. en c. van artikel 5 Awgb.¹⁸

De Raad onderscheidt in artikel 5, tweede lid, Awgb de volgende essentiële elementen:

– *Godsdienst/levensovertuiging als grondslag/doel van de instelling*

Een beroep op de uitzonderingsbepalingen komt slechts toe aan instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag. Dit impliceert dat overheidsinstellingen en andere ten opzichte van godsdienst of levensovertuiging neutrale instellingen zich daar niet op kunnen beroepen. Vervolgens gaat een beroep op deze bepalingen slechts op, indien de gestelde eisen gerelateerd zijn aan het doel van de instelling. Naar het oordeel van de Raad kan onder het "doel van de instelling" niets anders begrepen worden dan de (verwezenlijking van de) godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van de instelling. Het is aan de instelling om zelf de eigen godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag te definiëren en uit te leggen, gezien de vrijheid van godsdienst, en voor bijzondere scholen ook gezien de vrijheid van onderwijs.¹⁹ Dat neemt echter niet weg dat de vrijheid op grond daarvan eisen te stellen; wordt begrensd door de voorwaarde dat deze "nodig zijn", en niet neerkomen op weigering op grond van het enkele feit van bepaalde persoonskenmerken.

– *Onderdeel a; eisen die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de vervulling van een functie en*

– *onderdeel c; eisen over de functie, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag*

De onderdelen a en c bevatten op het punt van toelaatbare functie-eisen formuleringen die niet identiek zijn.

Onderdeel a, eisen nodig voor de vervulling van een functie:

Eisen van instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke Grondslag moeten "nodig zijn voor de vervulling van een functie". Zij moeten dus zien op kwalificaties in termen van bekwaamheid en geschiktheid voor de functie; de gestelde voorwaarden terzake dienen rechtstreeks aan de functie gerelateerd te zijn. De functie en wat daarvoor nodig is, wordt mede ingekleurd door grondslag/doel van de instelling; de vaststelling welke betekenis toekomt aan grondslag/doel van de instelling ligt primair bij de instelling zelf. In het kader van een juridische toetsing zullen de Commissie gelijke behandeling en/of de rechter hebben te beoordelen of er redelijkerwijs een duidelijke objectiveerbare band bestaat tussen het doel/de grondslag van de instelling en de eis die wordt gesteld met het oog op de vervulling van de functie.²⁰ Daarbij is niet voldoende dat de eisen voortvloeien uit de formele grondslag; door de instelling moet aannemelijk gemaakt worden dat ze ook materieel voor de grondslag relevant zijn.²¹

¹⁸ Onderdeel b van artikel 5, tweede lid. Awgb, dat betrekking heeft op instellingen op politieke grondslag /politieke gezindheid, is niet in de analyse opgenomen, omdat discriminatie op grond van politieke gezindheid niet door de Kaderrichtlijn bestreken wordt.

¹⁹ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 51 blz. 51.

²⁰ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, blz. 51-52.

²¹ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 10, blz. 21.

Onderdeel c, eisen over de vervulling van een functie, nodig voor de verwezenlijking van de grondslag:

In verband met de vrijheid van onderwijs (artikel 23 van de Grondwet) is de uitzonderingsmogelijkheid voor instellingen van bijzonder onderwijs ruimer geformuleerd dan die voor andere instellingen, hetgeen tot uitdrukking gebracht wordt door de frase "over de vervulling van een functie, nodig voor de verwezenlijking van de grondslag". Het doel van een instelling voor bijzonder onderwijs omvat mede de overdracht aan leerlingen van de normen en waarden die zij bepalend acht voor haar grondslag, hetgeen mag meewegen bij de beoordeling van de geschiktheid met het oog op een functie in het bijzonder onderwijs.²² Dit brengt met zich dat, anders dan bij de instellingen als bedoeld onder a, waarbij sprake moet zijn van eisen die rechtstreeks voortvloeien uit de functie, confésionele scholen ook eisen mogen stellen die "betrekking kunnen hebben op omstandigheden die niet rechtstreeks voortvloeien uit de vervulling van de functie binnen de instelling, maar daarvoor wel van belang zijn"²³, en dus "ook betrekking (kunnen) hebben op gedragingen van personeelsleden buiten de instelling".²⁴

Onderdeel a en c, de eisen zijn nodig gelet op het doel:

Beide onderdelen hebben gemeen dat de gestelde eisen in het licht van het doel van de instelling "nodig zijn". In dit criterium ligt ten eerste het evenredigheidsbeginsel besloten: de gestelde functie-eis moet nodig zijn om het doel van de instelling adequaat te realiseren, in de zin dat realisering van dat doel zonder die eis – met minder stringente criteria – niet of onvoldoende mogelijk is.

Het criterium houdt ook in, dat de instelling de functie-eisen consequent moet toepassen. Het is niet toelaatbaar dat met het beroep op zo een eis ten aanzien van vergelijkbare functies onderscheid gemaakt wordt in de zin dat in het ene geval geëist wordt dat de grondslag onderschreven en uitgedragen wordt, en in het andere geval niet. Een dergelijke inconsistentie rechtvaardigt de conclusie dat de gestelde eis in dat geval niet nodig kan worden geacht.²⁵

Geen onderscheid op grond van "het enkele feit"

Zoals hiervoor reeds is aangegeven, beoogt de enkele-feitconstructie vast te leggen dat inherente persoonskenmerken als zodanig in redelijkheid niet als een criterium kunnen worden beschouwd dat bij arbeid in of toelating tot een identiteitsgebonden instelling met het oog op die identiteit relevant kan en mag zijn. Er kunnen evenwel bijkomende omstandigheden zijn die verband houden met een dergelijk persoonskenmerk en die wel relevant zijn met het oog op de identiteit.²⁶

De enkele-feitconstructie heeft de parlementaire behandeling gedomineerd. Met name is gediscussieerd over de vraag of het een christelijke school vanwege de vrijheid van onderwijs toegestaan is een samenwonende homoseksuele leraar te weren, omdat zijn levenswijze niet met de grondslag van die school verenigbaar zou zijn. Andere

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

²³ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 8 en 17; Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5 blz. 83.

²⁴ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 18.

²⁵ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, blz. 44 en nr. 10, blz. 22. Dit consistentievereiste werd eerder reeds geformuleerd in het Malmonides-arrest (HR 22 januari 1988, AB 1988, 95), waarin van een bijzondere school bij het maken van onderscheid bij de toelating van leerlingen verwacht werd dat zulks berustte op een vast, op de grondslag van de school berustend beleid.

²⁶ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 7.

casusposities kwamen veel minder aan bod. Dat is onder meer te begrijpen vanuit het feit dat artikel 5, tweede lid, onderdeel c, Awgb, meer dan de andere uitzonderingsgronden, ruimte biedt om met het oog op de grondslag niet alleen eisen te stellen die rechtstreeks uit de functie voortvloeien, maar ook eisen die betrekking hebben op gedragingen van personeelsleden buiten de instelling,²⁷ en daarmee meer mogelijkheden biedt dan de andere bepalingen in artikel 5, tweede lid, om in de persoonlijke levenssfeer te kunnen treden.

Uit de plenaire behandeling in de Tweede Kamer²⁸ en de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer²⁹ blijkt in ieder geval dat weigering louter vanwege het samenleven niet gedekt wordt door de uitzondering van artikel 5, tweede lid, onderdeel c, Awgb: dat zou namelijk een vorm van onderscheid wegens het enkele feit van homoseksuele gerichtheid zijn. Het schoolbestuur zal dus moeten aantonen dat het samenwonen in samenhang met aanvullende omstandigheden afbreuk doet aan het uitdragen van de identiteit van de school, en zal derhalve bijkomende omstandigheden aannemelijk moeten maken op grond waarvan er meer in het geding is dan "het enkele feit"; op het schoolbestuur ligt derhalve de bewijslast.³⁰

Sinds de inwerkingtreding van de Awgb in 1994 zijn slechts enkele zaken voor de Commissie geijde behandeling (Cgb) gebracht waarin de toepasselijkheid van de enkele-feitconstructie aan de orde is geweest. De Cgb toetst in die zaken stringent, in overeenstemming met de wetshistorie.³¹ Voor zover bekend zijn in de 15 jaar dat de Awgb van kracht is geen zaken voor de rechter gebracht waarin een beroep op de enkele-feitconstructie een rol speelde. In de zaken waarin de enkele-feitconstructie niet aan de orde was, maar het enkel ging om de al dan niet aanwezige loyaliteit van de werknemer ten aanzien van de grondslag van de instelling, heeft de Cgb aan de instelling – in overeenstemming met de doelstelling van de wetgever – beoordelingsruimte gegund. In deze zaken speelde homoseksuele gerichtheid geen rol.

3. Artikel 4 van de Kaderrichtlijn

a. *Inleiding*

De Kaderrichtlijn is tot stand gekomen op basis van artikel 13 van het EG-Verdrag. Deze bepaling, bij het Verdrag van Amsterdam ingevoegd in het EG-Verdrag (1999), geeft de Raad van de Europese Gemeenschap de bevoegdheid maatregelen te nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden. De Kaderrichtlijn ziet enkel op het terrein van de arbeid en betreft uitsluitend het verbod van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. Voor de bescherming van de gronden geslacht en ras/etnische afstamming zijn afzonderlijke richtlijnen vastgesteld.³² De Europese rechtsorde op

²⁷ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 18.

²⁸ Handelingen II 1992/93, blz. 3508.

²⁹ Kamerstukken I 1992/93, 22 014, nr. 212c, blz. 10; in dezelfde zin Kamerstukken I 1993/94, 22 014, nr. 48a, blz. 12.

³⁰ Handelingen II 1992/93 blz. 47-3516 en 47-3517.

³¹ Cgb-oordelen 1999-38 en 2007-100.

³² Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, PbEG L 39. alsmede Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot

het terrein van de gelijke behandeling ontwikkelt zich overigens steeds verder. Recent heeft de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn uitgebracht inzake gelijke behandeling op grond van godsdienst of levensovertuiging handicap, leeftijd en seksuele gerichtheid buiten het terrein van de arbeid.³³

b. Inhoud; globale strekking

Artikel 4 van de Kaderrichtlijn luidt als volgt:

1. Niettegenstaande artikel 2, leden 1 en 2, kunnen de lidstaten bepalen dat een verschil in behandeling dat op een kenmerk in verband met een van de in artikel 1 genoemde gronden berust, geen discriminatie vormt, indien een dergelijk kenmerk, vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgevoerd, een wezenlijke en bepalende beroepsvereiste vormt, mits het doel legitiem en het vereiste evenredig aan dat doel is.

2. De lidstaten kunnen op het moment van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale wetgeving handhaven of voorzien in toekomstige wetgeving waarin op de datum van vaststelling van deze richtlijn bestaande nationale praktijken worden opgenomen, die bepaalt, dat in het geval van kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, voor wat betreft de beroepsactiviteiten van deze organisaties een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging van een persoon geen discriminatie vormt indien vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend de godsdienst of overtuiging een wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie. Dit verschil in behandeling wordt toegepast met inachtneming van de grondwettelijke bepalingen en beginselen van de lidstaten en van de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, en mag geen op een andere grond gebaseerde discriminatie rechtvaardigen.

Mits de bepalingen van deze richtlijn voor het overige worden geëerbiedigd, laat deze richtlijn derhalve het recht van kerken en andere publieke of particuliere organisaties waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd, onverlet om, handelend in overeenstemming met de nationale grondwettelijke en wettelijke bepalingen, van personen die voor hen werkzaam zijn, een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie te verlangen.

Uit de overwegingen bij de Kaderrichtlijn blijkt, dat uitgangspunt is dat de Gemeenschap met deze richtlijn de grondrechten als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht in acht neemt. Overweging 1 bij de Kaderrichtlijn verwijst naar de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, waarop de Europese

het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen, en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, PbEG L 269; Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstemming, PbEG L 180.

³³ Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid d.d. 2 juli 2008, COM(2008) 426 definitief.

Unie blijktens artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie is gegrondvest; daarin wordt ook naar het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) verwezen. In artikel 2, vijfde lid, van de Kaderrichtlijn is opgenomen dat de richtlijn onverlet laat de nationale wettelijke bepalingen die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor, onder andere, de bescherming van de rechten en vrijheden van derden. Aldus wordt benadrukt, dat de Gemeenschap de fundamentele rechten en vrijheden (waaronder de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs, mede neergelegd in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie) met deze richtlijn beoogt te eerbiedigen. Artikel 6 van het EU-Verdrag, zoals dat komt te luiden na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, bepaalt dat het Handvest van de Grondrechten dezelfde rechtskracht heeft als het EU-Verdrag. Volgens artikel 10 van dit Handvest erkent de Unie dat eenieder recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst heeft.

Expliciet verwijst daarnaast overweging 24 bij de Kaderrichtlijn naar de aan de Slotakte van het Verdrag van Amsterdam gehechte Verklaring nr. 11 betreffende de status van kerken en niet-confessionele organisaties. De Unie verklaart hierin de status die kerken en religieuze verenigingen en gemeenschappen volgens het nationale recht in de lidstaten hebben, te zullen eerbiedigen en daaraan geen afbreuk te zullen doen. In dit verband kunnen – zie overweging 24 – de lidstaten specifieke bepalingen handhaven of vaststellen inzake de wezenlijke, legitieme en gerechtvaardigde beroepsvereisten die voor de uitoefening van beroepsactiviteiten in de interne sfeer van kerkgenootschappen kunnen worden verlangd. Aldus vormen deze overweging en Verklaring een uitdrukking van de vrijheid van godsdienst, een der beginselen als bedoeld in artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Onder de vigour van het Verdrag van Lissabon zal Verklaring nr. 11 omgezet worden in een verdragsartikel (het toekomstige artikel 16 C van het EG-Verdrag).

Ten slotte zijn relevant de artikelen 149 en 150 van het EG-Verdrag. Uitgaande van de eerbiediging door de Europese Gemeenschap van de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de inhoud van het onderwijs en de opzet van het onderwijsstelsel en van beroepsopleidingen, merken deze bepalingen het Europese beleid als aanvullend-stimulerend aan. Onder de door het Europese beleid te eerbiedigen vrijheid van de lidstaten voor de inhoud van het onderwijs en de opzet van het onderwijsstelsel is mede te begrijpen het duale karakter van het Nederlandse onderwijsbestel en de daaruit voortvloeiende vrijheid van het bijzonder onderwijs ter zake van de selectie van leerkrachten en overig personeel.³⁴

³⁴ In dit verband wijst de Raad op het hiervoor genoemde voorstel voor een richtlijn inzake gelijke behandeling op grond van godsdienst of levensovertuiging, handicap, leeftijd en seksuele gerichtheid buiten het terrein van de arbeid (COM(2008) 426 def.), waarin de vrijheid van de lidstaten om toe te laten dat bij de toegang van leerlingen tot onderwijsinstellingen verschil op grond van godsdienst of levensovertuiging gemaakt wordt uit artikelen 149 en 150 van het EG-Verdrag afgeleid wordt; zie artikel 3, derde lid, en de toelichtende tekst. *A fortiori* vloeit uit deze bepalingen voort dat het de lidstaten toegestaan is om ten aanzien van onderwijskrachten – die immers veel meer dan de leerlingen dragers zijn van de identiteit van de instelling – een selectievrijheid op grond van godsdienst of levensovertuiging, zoals in Nederland verankerd in artikel 23, vijfde en zesde lid, van de Grondwet en artikel 5, tweede lid, onder c Awgb (zie Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 22), in stand te laten.

In het met redenen omkleed advies geeft de Europese Commissie aan waarom zij bij de omzetting van de uitzonderingsbepaling van de Kaderrichtlijn sterk hecht aan een nauwgezette implementatie. De Commissie meent dat de uitzonderingen op het beginsel van non-discriminatie niet gelezen kunnen worden als generieke vrijstellingen. De nationale wetgeving moet de grenzen van de uitzondering waarin artikel 4 van de Kaderrichtlijn voorziet dan ook duidelijk aangeven. De teksten van de uitzonderingsbepalingen in de Awgb zijn in dat licht bezien te algemeen en te ruim geformuleerd, en vormen in zoverre dan ook niet een volledige en nauwkeurige implementatie van de richtlijn, aldus de Europese Commissie.

c. Kernelementen

Met het oog op de door de regering gestelde adviesvraag, en uitgaande van het belang van een correcte implementatie, zal de Raad hierna een nadere analyse geven van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn. Hij zal daartoe de kernelementen van deze bepaling identificeren en analyseren. De Raad wijst er, net als de Commissie in haar met redenen omkleed advies van 31 januari 2008, op dat deze bepaling mede gezien de preambule onmiskenbaar ten doel heeft een grondrechtenbalans te realiseren waarin — net als in artikel 5, tweede lid, Awgb — gepoogd is zowel het gelijkheidsbeginsel als de vrijheidsrechten tot hun recht te laten komen.

De Raad onderscheidt in artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn de volgende essentiële elementen:

- *Kerken en andere publieke of particuliere organisaties op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag*

Tot de hier bedoelde andere organisaties behoren scholen en organisaties (zoals zorginstellingen, welzijnsorganisaties, etc.) met een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag. Dat kerken in het tweede lid expliciet worden genoemd, is een aanwijzing dat ook zij onder de reikwijdte van de richtlijn vallen, voor zover het gaat om het gebied (arbeid en beroep) waarover de richtlijn zich uitstrekt.

- *Vershil in behandeling gebaseerd op godsdienst of overtuiging*

Het verschil in behandeling moet, wil het toelaatbaar zijn, terug te voeren zijn op de godsdienst of overtuiging³⁵ waarop de instelling gebaseerd is. Eisen die geen verband hebben met die grondslag mogen op basis van dit artikellid niet gesteld worden. Gezien het belang van de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van onderwijs is het in hoge mate aan de organisaties zelf om te bepalen of er een dergelijk verband is,

- *Aard van de beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend*

Of het een organisatie is toegestaan een verschil in behandeling te maken gebaseerd op godsdienst af overtuiging en in welke mate dat geoorloofd is, hangt af van de aard van de activiteiten, het type organisatie en de context waarin de beroepsactiviteiten worden uitgeoefend. Zo zijn de interne organisatie van kerkgenootschappen en de positie van bepaalde medewerkers daarbinnen zodanig verbonden met de kern van het belijden en de uitoefening van een godsdienst, dat deze instellingen voor bepaalde functies, waaronder zeker ook

³⁵ De term 'overtuiging' in artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn moet opgevat worden als 'levensovertuiging' of 'levensbeschouwing'. Zie de Engelse en de Duitse taalversies (opgenomen in Bijlage II), die respectievelijk de termen 'belief' en 'Weltanschauung' hanteren.

het geestelijk ambt, op dit punt vergaande eisen mogen stellen. En de positie van het confessioneel onderwijs is een specifieke, omdat het onderwijs identiteitsbepalend kan zijn in de vorming van kinderen overeenkomstig een bepaalde godsdienst of overtuiging, welke in lijn is met de overtuiging van hun ouders, zodat er ook voor functies binnen dit onderwijs meer ruimte moet zijn om nadere eisen te kunnen stellen.

- Godsdienst of overtuiging als wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste gezien de grondslag; geen discriminatie op andere grond
Anders dan het eerste lid van artikel 4, dat voorschrijft dat het doel dat met het beroepsvereiste beoogd wordt, legitiem is, vereist het tweede lid zulks niet. Daarentegen vereist het tweede lid wel, dat het beroepsvereiste gezien de grondslag van de instelling wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd is. De Raad duidt dit vereiste aldus, dat organisaties op godsdienstige en levensbeschouwelijke grondslag in vergelijking tot overige instellingen een ruimere marge hebben in het bepalen van hun doeleinden in relatie tot hun grondslag en van de met het oog daarop te stellen beroepsvereisten. Deze organisaties mogen functievereisten stellen die direct herleidbaar zijn tot hun godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag. Anderzijds gaat die vrijheid niet zover, dat met een beroep op uit de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag voortvloeiende criteria discriminatoire eisen die op andere specifieke persoonskenmerken zien, gesteld mogen worden. Dat komt ook tot uitdrukking in het in de volgende volzin van artikel 4, tweede lid, gestelde, dat de beroepsvereisten geen op een andere grond gebaseerde discriminatie mogen rechtvaardigen. De Raad ziet daarin slechts een explicitering van wat reeds geheel besloten ligt in de hiervoor genoemde voorwaarde dat, waar van toepassing, beroepsvereisten wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd zijn gezien de godsdienst of levensovertuiging die de grondslag vormt van de desbetreffende instelling.³⁶ Wordt aan die voorwaarde niet voldaan, dan is het discriminatieverbod geschonden.

- Verlangen van een houding van goede trouw en loyaliteit
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 echterdat 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 4³⁷. De desbetreffende bewoordingen maken duidelijk dat de eisen op basis van godsdienst en levensovertuiging in zoverre verder gaan dan rechtstreeks op de

³⁶ In de hierna, onder 4.d., geformuleerde tekstvarianten laat de Raad opneming van deze passus dan ook achterwege. Dat is overigens in lijn met de meerderheid van de in Bijlage II genoemde implementatiewetgeving van een aantal andere EU-lidstaten.

³⁷ Zie overeenkomstig de omzetting in de Belgische en Duitse wetgeving, opgenomen in bijlage II. De Ierse Employment Equality Act drukt dit criterium in negatieve zin uit met de frase "undermining the religious ethos of the institution".

functie betrokken beroepsvereisten dat ook andere gedragselementen 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.

4. De omzetting van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn in de Awgb

a. Inleiding

De, vraag van de regering die in dit advies moet worden beantwoord, richt zich op een juiste omzetting van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn in de Awgb, met vermijden van de enkele-feitconstructie en binnen de randvoorwaarde van behoud van de grondrechtenbalans waarvan de enkele-feitconstructie de uitdrukking is. In dit deel van het advies zal de Raad deze omzetting behandelen. Daarbij zal hij zich beperken tot artikel 5 van de Awgb.³⁸

Allereerst zal kort worden stil gestaan bij de methode(n) van implementatie van richtlijnen. Waar het in dezen gaat om de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, zal vervolgens worden ingegaan op de vraag welke soorten van organisaties kunnen worden onderscheiden die, als het gaat om een wettelijke regeling, belang hebben bij erkenning van en ruimte voor vrijheid in dit opzicht. Daarna komt de vraag naar de omzetting zelf aan de orde. Ter beantwoording van die vraag zal de Raad aangeven dat de kernelementen van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn zoals deze naar voren zijn gekomen in de analyse in paragraaf 3 zodanig samenvallen met overeenkomstige kernelementen die naar voren zijn gekomen uit de analyse van artikel 5 Awgb in paragraaf 2, dat een herformulering van artikel 5 in overeenstemming met artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn zeer wel mogelijk is op zodanige wijze dat de waardenbalans in de huidige tekst van artikel 5 ten volle behouden blijft.

b. Methode(n) van implementatie

Algemeen

Volgens artikel 249 van het EG-Verdrag is een richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, maar wordt aan de nationale instanties de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen. Deze bepaling laat de lidstaten vrij bij de keuze van de middelen en wegen voor de uitvoering van de richtlijn. Deze vrijheid doet echter niet af aan de verplichting van elke lidstaat om in het kader van zijn nationale rechtsorde alle maatregelen te treffen die nodig zijn om de volle werking van de richtlijn overeenkomstig het ermee beoogde doel te verzekeren!³⁹

³⁸ Zie voetnoot 12

³⁹ zaak 14/53 Von Cotson, Jur. 1984. bladzijde 1891, r.o. 15.

Dit houdt mede in dat elke richtlijn correct en tijdig wordt geïmplementeerd in de nationale Rechtsorde. Correcte implementatie kan worden bereikt langs verschillende wegen variërend van letterlijke omzetting tot ‘vertaling’ van de richtlijnterminologie naar de nationale systematiek en terminologie.⁴⁰

Daarmee is echter niet al op voorhand duidelijk hoe implementatie in een specifiek geval dient plaats te vinden. In de rechtspraak van het Hof van Justitie is een nadere specificatie te vinden die van belang is voor de wijze van omzetting van de Kaderrichtlijn. Deze specificatie heeft betrekking op het vereiste van duidelijke en nauwkeurige implementatie.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist de omzetting van een richtlijn in nationaal recht niet noodzakelijkerwijs dat de bepalingen ervan formeel en woordelijk in uitdrukkelijke en specifieke wettelijke voorschriften worden opgenomen. Naar gelang van de inhoud van de richtlijn kun ook worden volstaan met een algemene juridische context, mits deze daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn maar op voldoende duidelijke en nauwkeurige wijze verzekert, zodat, ingeval de richtlijn rechten voor particulieren in het leven beoogt te roepen, de begunstigden al hun rechten kunnen kennen en deze zo nodig voor de nationale rechterlijke instanties kunnen doen gelden.⁴¹

Voorts is het van belang er op te wijzen dat de vaststelling van nationale maatregelen die een richtlijn naar behoren uitvoeren niet betekent dat de richtlijn niet langer gevolgen heeft: ook na vaststelling van deze maatregelen blijft een lidstaat namelijk gehouden daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn te verzekeren. Derhalve kunnen particulieren zich voor de nationale rechter tegenover de Staat beroepen op bepalingen van een richtlijn die inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende precies zijn, in alle gevallen waarin de volledige toepassing van de richtlijn door de nationale implementatiemaatregelen niet daadwerkelijk verzekerd is. Dit laatste is niet alleen aan de orde in geval van niet-uitvoering of onjuiste uitvoering van deze richtlijn, maar ook ingeval de nationale maatregelen die de betrokken richtlijn naar behoren uitvoeren niet zodanig worden toegepast dat het met de richtlijn beoogde resultaat wordt bereikt.⁴²

De kaderrichtlijn

In verband met de implementatie van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn is allereerst het Coleman-arrest van het Hof van Justitie van belang.⁴³ Het Hof overweegt daarin ten aanzien van de doelstelling van de Kaderrichtlijn dat deze „met betrekking tot arbeid en beroep een algemeen kader beoogt te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van een van de in artikel 1 ervan genoemde gronden (...), teneinde in de lidstaten het beginsel van gelijke

⁴⁰ Zie ook S. Prechal, *Directives in EO Law*, second, completely revised edition, Oxford, 2008, blz. 32-33; "Verbatim reproduction may have the advantage that, at least at first sight the Member State has complied with its obligation. The obvious disadvantage is then, however, that national legislation may use unfamiliar terms. Consequently, there is no guarantee that the implementing measures will be understood, interpreted, and applied correctly.

Although it may be preferable and may correspond more with the character of the directive, implementation by way of 'translation' of the directive into national legal equivalents is also not unproblematic. In the first place, it may be that the equivalent national concepts and terms simply do not exist or that their equivalence is only one in appearance. (...) Furthermore, directives themselves are often vague and open to a variety of interpretations, since they must accommodate different national legal concepts and constructions. Their vagueness may also be the result of political compromise within the Council."

⁴¹ Zaak 131/88, Commissie/Duitsland, Jur. 1991, bladzijde 825, r.o. 6.

⁴² Zaak C-82/00, Jur. 2002, bladzijde J-06325. Marks & Spencer, r.o. 27.

⁴³ Arrest van 17 juli 2008 in zaak C-303/08, Coleman-Attridge Law/Steve Law, r.o. 49 (nog niet gepubliceerd).

behandeling ten uitvoer te leggen. (...) (D)eze richtlijn heeft tevens tot doel, binnen de Gemeenschap gelijke voorwaarden met betrekking tot gelijke behandeling in arbeid en beroep te scheppen.” In het recente arrest inzake Age Concern heeft het Hof met betrekking tot de implementatie van de Kaderrichtlijn zijn rechtspraak over de wijze van omzetting bevestigd.⁴⁴

Uit deze arresten, die betrekking hebben op omzettingstechnieken in het algemeen en op de omzetting van de Kaderrichtlijn in het bijzonder, valt, naar het oordeel van de Raad, af te leiden dat een letterlijke omzetting niet onverkort noodzakelijk is, maar dat hoe dan ook wel de essentiële elementen, waaronder de kernbegrippen, uit de te implementeren richtlijn(bepaling) hun plaats moeten krijgen in de nationaalrechtelijke bepaling(en). In zoverre zal zoveel mogelijk sprake moeten zijn van een ‘letterlijke omzetting’. Voor zover daarbij begrippen uit de Kaderrichtlijn worden weggelaten, zal dat in de memorie van toelichting toereikend kunnen worden gemotiveerd als deze begrippen op goede gronden als redundant kunnen worden beschouwd. Voor het overige zal de omzetting de al genoemde techniek van de ‘vertaling’ moeten toepassen.

De omzetting van de Kaderrichtlijn zal aldus bestaan uit een synthese van de beide technieken – letterlijke vertaling en inhoudelijke omzetting. Daarbij is een zekere bandbreedte aanwezig. De Kaderrichtlijn is in de verschillende Europese lidstaten dan ook op uiteenlopende wijzen geïmplementeerd. Bijlage II bevat een beknopt overzicht van voorbeelden van implementatie in een zestal lidstaten (België, Duitsland, Frankrijk, Ierland, Portugal, Verenigd Koninkrijk), dat de verscheidenheid⁴⁵ illustreert.

Naar het oordeel van de Raad laat de Kaderrichtlijn voldoende ruimte voor twee benaderingswijzen. Enerzijds is het mogelijk in een tekstvariant nauw aan te sluiten bij de tekst van artikel 4, tweede lid, van de richtlijn, door deze zo precies mogelijk met weglating van overbodige elementen in de Awgb op te nemen. Anderzijds is een tekstvariant mogelijk waarin, uitgaande van het systeem van de Awgb, de kernelementen van artikel 4, tweede lid van de richtlijn zijn opgenomen. Daarvan uitgaande formuleert de Raad hierna onder de twee tekstvarianten.

c. Implementatie van artikel 4 van de Kaderrichtlijn: typologie van organisaties

Artikel 4 van de Kaderrichtlijn plaatst bepaalde functievereisten buiten het discriminatieverbod, en richt zich op een verscheidenheid van organisaties die een verschil in behandeling mogen maken in verband met ‘wezenlijke beroepsvereisten’. Uit deze bepaling vloeit een differentiatie in vrijheid/ruimte voort tussen de verschillende organisaties waarop artikel 4 betrekking heeft. Dit geldt meer in het bijzonder voor artikel 4, tweede lid, waar het gaat om organisaties die hun grondslag

⁴⁴ Arrest van 5 maart 2009 in zaak C-388/07, Age Concern (nog niet gepubliceerd), ro. 42: “De omzetting van een richtlijn in nationaal recht vereist trouwens niet altijd dat de voorschriften ervan formeel in een uitdrukkelijke en specifieke wettelijke bepaling worden opgenomen. Zo heeft het Hof geoordeeld dat de uitvoering van een richtlijn, naargelang van de inhoud ervan, in een lidstaat kan geschieden door middel van algemene beginselen of een algemene juridische context, wanneer deze geschikt zijn om daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn te verzekeren en de uit deze algemene beginselen of deze algemene juridische context voortvloeiende rechtssituatie. Ingeval de richtlijn rechten voor particulieren in het leven beoogt te roepen, voldoende bepaald en duidelijk is en dat de begunstigden in staat zijn kennis te krijgen van al hun rechten en deze zo nodig geldend te maken voor de nationale rechterlijke instanties.”

⁴⁵ Mede gezien tegen de nationaal-rechterlijke achtergrond.

vinden in godsdienst/levensovertuiging. De Awgb kent een overeenkomstige differentiatie.

De differentiatie tussen deze organisaties volgt deels uit de verschillen tussen het eerste en het tweede lid van artikel 4 van de Kaderrichtlijn; deels vloeit zij voort uit de fundamentele vrijheden en andere beginselen die aan het tweede lid van artikel 4 van deze richtlijn ten grondslag liggen (zie nader paragraaf 3, onder b). Artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn heeft betrekking op beroepsactiviteiten van/in "kerken en andere publieke of particuliere organisaties, waarvan de grondslag op godsdienst of overtuiging is gebaseerd". Artikel 4, tweede lid, biedt deze organisaties de ruimte voor een verschil in behandeling op basis van godsdienst of levensovertuiging, en stelt voorwaarden voor het gebruik van deze ruimte. De omvang van deze ruimte varieert naar gelang de aard en intensiteit van het verband tussen de aard van de beroepsactiviteiten en de grondslag.

Gelet op de aangehaalde bepalingen onderscheidt de Raad in het kader van de vraagstelling van de regering in ons land de volgende vier typen organisaties, met een oplopende mate van vrijheid tot het maken van verschil in behandeling, meer in het bijzonder waar het gaat om godsdienst/levensovertuiging.

I. Organisaties zonder godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag (zoals overheden, openbare en algemeen bijzondere scholen en commerciële organisaties). Aan deze organisaties komt niet een beroep toe op een godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag nu deze voor hen niet aan de orde is. Als het gaat om het maken van verschil bij het stellen van beroepsvereisten, geldt daarom voor hen, waar van toepassing uitsluitend het reame van artikel 4, eerste lid, van de Kaderrichtlijn. Deze organisaties vallen, voor zover hier relevant, onverkort onder het verbod van artikel 5, eerste lid, van de Awgb.

II. Organisaties op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag in het maatschappelijk middenveld die ten aanzien van hun personeel een consistent en consequent beleid voeren gericht op de verwezenlijking van hun grondslag. Ingevolge artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn mogen deze instellingen van hun personeel loyaliteit aan de grondslag verlangen, voor zover rechtstreeks gerelateerd aan en van belang voor de vervulling van een functie. In de Awgb worden deze instellingen bestreken door artikel 5, tweede lid, onder a.

III. Confessionele onderwijsinstellingen die ten aanzien van hun personeel een consistent en consequent beleid voeren gericht op de verwezenlijking van hun grondslag. Ook deze instellingen kunnen van hun personeel loyaliteit aan de grondslag verlangen. Dit betreft dan allereerst rechtstreeks aan de functievervulling binnen de school gekoppelde vereisten. Voorts betreft deze loyaliteit ook criteria die niet rechtstreeks aan deze functievervulling gekoppeld zijn, maar die betrekking kunnen hebben op gedrag buiten de instelling. Bij dat laatste moet het dan gaan om criteria die noodzakelijk geacht kunnen worden voor de verwezenlijking van de grondslag, indien deze vereist dat het betrokken personeelslid, met het oog op de voorbeeldfunctie die hij heeft en zijn geloofwaardigheid, de grondslag van de instelling ook elders meedraagt en uitdraagt. Ingevolge artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn kan en mag aan gedragingen buiten deze instellingen daarom betekenis worden toegekend

voor zover het gaat om de beoordeling of nog gesproken kan worden van loyaliteit en trouw aan de grondslag van de instelling. Deze vereisten mogen echter niet zo ver gaan dat zij discrimineren op grond van in de richtlijn genoemde andere gronden dan godsdienst/levensovertuiging, zo volgt uit het tweede lid van artikel 4. In dat geval zou namelijk niet langer sprake zijn van legitieme beroepsvereisten. Artikel 5, tweede lid, onder c, Awgb bevat een vergelijkbare regeling.

Het verschil tussen de confessionele onderwijsinstellingen en de onder II. genoemde andere instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag is gebaseerd op de specifieke aard en positie van het onderwijs, waarbinnen de overdracht aan leerlingen van identiteitsbepalende normen en waarden plaats moet kunnen vinden. Voor deze conclusie zijn de artikelen 149 en 150 van het EG-Verdrag, juncto artikel 6, derde lid, van het EU-Verdrag relevant. De expliciete eerbiediging van de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de inhoud van het onderwijs en de opzet van het onderwijsstelsel en van beroepsopleidingen alsmede de eerbiediging van de nationale identiteit van de lidstaten, rechtvaardigt de conclusie dat de lidstaten bij de toepassing van de genoemde richtlijntekst aan confessionele onderwijsinstellingen op dit punt een ruimere vrijheid mogen laten dan aan de overige instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag.

iv. Kerkgenootschappen

Aan kerkgenootschappen (waaronder hier ook te verstaan: hun zelfstandige onderdelen, alsmede de lichamen waarin zij zijn verenigd⁴⁶) komt voor de vervulling van functies (waaronder het geestelijk ambt) een nog ruimere vrijheid toe bij het stellen van vereisten waaraan bekleders van die functies moeten voldoen. De eigen en bijzondere positie van de kerkgenootschappen volgt uit het feit dat de staat zich, omwille van de vrijheid van godsdienst en de scheiding van kerk en staat, afzijdig moet houden van het kerkelijk 'personeels- en cliëntenbeleid' en andere intern-kerkgenootschappelijke aangelegenheden. Dat beleid betreft immers een kernaspect van de organisatorische vrijheid van godsdienst (als gewaarborgd in de artikelen 6 Grondwet en 9 EVRM), die bovendien veelal nauw verbonden is met de vrijheid bepaalde inhoudelijk-theologische opvattingen te huldigen en aan de interne organisatie ten grondslag te leggen.⁴⁷ Deze vrijheid vindt in het EU-recht expliciet erkenning in artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn en in de andere in paragraaf 3b genoemde documenten; zij wordt in de Nederlandse wetgeving onder meer gewaarborgd in artikel 3 Awgb⁴⁸, artikel 2:2 BW en artikel 2, eerste lid, onder c van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1 945.⁴⁹

d. Omzetting van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn in de Awgb

Artikel 2 van de Kaderrichtlijn bevat een verbod op discriminatie op een of meer van de in artikel 1 opgenomen gronden. Deze gronden zijn: godsdienst/overtuiging; handicap; leeftijd; seksuele gerichtheid. Artikel 4 van de Kaderrichtlijn biedt ruimte voor het maken van uitzonderingen op dit verbod. Het eerste lid van artikel 4 van de Kaderrichtlijn bevat een algemene uitzonderingsbepaling over wezenlijke beroepsvereisten ten aanzien van elk van de in artikel 1 neergelegde gronden.⁵⁰ Bij de

⁴⁶ Zie de desbetreffende formulering in artikel 3 Awgb.

⁴⁷ Aldus op grond van artikel 9 EVRM: EHRM 14 december 1999, AB 2000, 73 (Serif); EHRM 26 oktober 2000, AB 2001, 163 (Hasan en Chaush).

⁴⁸ Aldus de toelichting bij deze bepaling in Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 15.

⁴⁹ In deze zin HR 30 mei 1986, NJ 1986, 702.

⁵⁰ Artikel 2 van de Awgb bevat vergelijkbare uitzonderingsbepalingen over wezenlijke beroepsvereisten, maar dan voor de gronden ras en geslacht. Die gronden vormen geen onderdeel van de Kaderrichtlijn; de desbetreffende

beantwoording van de aan de Raad gestelde vraag gaat het echter in het bijzonder om het tweede lid van artikel 4.

Ten aanzien van de omzetting van de Kaderrichtlijn waar het betreft een mogelijke uitzondering op de grond godsdienst/overtuiging - de grond waarop de adviesaanvraag ziet - geldt dat Nederland destijds op dit punt niet heeft gekozen voor aansluiting bij de tekst van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn, maar voor het in stand laten van de bepalingen in de artikelen 3 en 5, tweede lid, van de Awgb ten aanzien van kerkgenootschappen en instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag, waaronder onderwijsinstellingen op een dergelijke grondslag. De regering was van mening dat deze bestaande wettelijke bepalingen voldeden aan de vereisten van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn.⁵¹

Artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn geeft de lidstaten onder meer de mogelijkheid om te voorzien in toekomstige wetgeving waarin nationale praktijken worden opgenomen zoals deze bestonden op het moment van vaststelling van de Kaderrichtlijn, met dien verstande dat uit de richtlijn voortvloeit dat deze nieuwe wetgeving moet voldoen aan de in het tweede lid neergelegde voorwaarden. In dit verband is van belang dat er geen aanwijzingen zijn dat de Nederlandse praktijk zoals deze zich in de loop der jaren op de voet van het huidige artikel 5 Awgb heeft ontwikkeld niet in overeenstemming is met de voorwaarden in artikel 4, tweede lid, Kaderrichtlijn.⁵² Zo bezien, zal een eventuele herformulering van het huidige artikel 5 Awgb, om buiten twijfel te stellen dat dit artikel geheel in lijn is met (de voorwaarden in) artikel 4, tweede lid, Kaderrichtlijn, de bestaande praktijk in dezen dan ook niet behoeven te raken.

Zijn er mogelijkheden... ?

De vraag van de regering betreft allereerst de mogelijkheden om de Awgb ten aanzien van de enkele-feitconstructie aan te passen aan de Kaderrichtlijn, op voorwaarde van behoud van de grondrechtenbalans in artikel 5 Awgb. De Europese Commissie heeft zich op het standpunt gesteld dat de uitzonderingen op het beginsel van non-discriminatie strikt moeten worden geïnterpreteerd. De nationale wetgeving moet de grenzen van de uitzondering waarin artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn voorziet duidelijk aangeven, aldus het met redenen omkleed advies van de Commissie. De Raad beziet de door de regering gestelde vraag over de mogelijkheden tot aanpassing van de Awgb tegen de achtergrond van dit standpunt van de Europese Commissie.

Op basis van de analyses in de paragrafen 2 en 3, en uitdaande van de voorgaande subparagrafen, is de Raad van oordeel dat de door de regering gestelde vraag positief kan worden beantwoord. Hij komt tot dit oordeel na een onderlinge vergelijking van de kernelementen van het huidige artikel 5, tweede lid, Awgb en die van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn.

uitzonderingsbepalingen in artikel 2 van de Awgb vormen de implementatie van richtlijnbe­palingen die op dezelfde wijze zijn geformuleerd als artikel 4, eerste lid, van de Kaderrichtlijn.

Ten aanzien van de grond seksuele gerichtheid geldt dat Nederland bij de implementatie van de Kaderrichtlijn deze grond niet heeft betrokken bij het formuleren van de uitzonderingsbepaling voor wezenlijke beroepsvereisten. De richtlijn verplicht daar echter ook niet toe. Ten aanzien van de grond leeftijd en handicap geldt dat de uitzonderingen op deze punten niet zijn opgenomen in de Awgb, maar in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid resp. de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte.

⁵¹ Kamerstukken II 2002/03, 28 770, nr. 3, transponeringstabel II, blz. 21.

⁵² Zie noot 13.

Beide artikelen hebben betrekking op de sfeer van arbeid/beroep. In beide valt een onderscheid te maken tussen;

a. een meer *analytisch* deel.

Het gaat daarbij om het bereik van de bepaling (datgene waarop zij betrekking heeft).

Dit betreft:

- het doel van het verschil in behandeling en de legitimiteit daarvan, bezien in verband met godsdienst/levensovertuiging als grondslag;
- de aard van de beroepsactiviteiten en de context waarin ze worden uitgeoefend, bezien in relatie tot het doel van het verschil in behandeling.

b. een meer *normatief* deel.

Het gaat daarbij om de ruimte die de instelling toekomt bij het hanteren van de criteria op grond waarvan zij een verschil in behandeling maakt/wenst te maken. Tevens gaat het hierbij om de beoordeling door een eventuele externe beoordelaar (de rechter of de Commissie gelijke behandeling) van het gebruik van die ruimte bij het maken van een verschil in behandeling.

Hier zijn aan de orde:

- de te stellen beroepsvereisten, beoordeeld vanuit de eis dat deze wezenlijk zijn en legitiem en gerechtvaardigd, gelet op het doel;
- de evenredigheid van de te stellen beroepsvereisten indien bezien in relatie tot dat doel;
- het verlangen van een houding van goede trouw en loyaliteit jegens de grondslag van de instelling.

De hiervoor bedoelde vergelijking heeft de Raad gebracht tot de conclusie dat het inderdaad mogelijk is om een nieuwe wetstekst te formuleren waarin de kernelementen — zowel analytisch als normatief — van elk van beide genoemde artikelen volledig tot uitdrukking komen. Dit is mogelijk omdat alle kernelementen die in paragraaf 2 zijn onderscheiden in artikel 5 Awgb naar het oordeel van de Raad materieel volledig worden gedekt door de in paragraaf 3 geanalyseerde kernelementen van — het jongere — artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn. Dit betekent dat implementatie van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn in een nieuw onderdeel van artikel 5 Awgb de grondrechtenbalans van het huidige artikel 5 volledig intact zal laten. Voorwaarde daarvoor is dan uiteraard wel dat deze implementatie alle kernelementen van artikel 4, tweede lid, in zich sluit, zodat op voorhand verzekerd is dat in dezen geen twijfel behoeft te bestaan.

...en zo ja, welke...?

De regering heeft de Raad tevens gevraagd om een positief antwoord op de door haar gestelde vraag te adstrueren door aan te geven hoe een eventuele aanpassing van de Awgb zou kunnen geschieden.

Uitgangspunt voor de Raad is dat elke nieuwe tekst van artikel 5, hoe zij ook wordt Geformuleerd, moet voldoen aan de eis dat de in paragraaf 8 geanalyseerde kernelementen van artikel 4, tweede lid, een plaats hebben in deze tekst. Immers, anders zou niet worden voldaan aan de eis van correcte implementatie. Inachtneming van dit uitgangspunt brengt met zich dat eventuele tekstvarianten materieel gezien aan elkaar gelijkwaardig moeten zijn.

Hiervoor, onder 4.b., heeft de Raad uiteengezet dat de lidstaten bij implementatie een zekere keuzeruimte toekomt. In het kader van (de materie van) dit advies ziet de Raad voor het gebruik van die keuzeruimte uit een oogpunt van wetgevingstechniek de volgende twee (hoofd)wegen die kunnen leiden tot een tekstvariant voor een nieuw (onderdeel van) artikel 5 Awgb:

A. Een tekstvariant die in opzet en systematiek zo dicht mogelijk aansluit bij artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn.

Implementatie langs deze weg, op een wijze die recht doet aan elk van de kernelementen zoals in dit advies geanalyseerd, zou kunnen leiden tot een tekst(onderdeel) van een nieuw artikel 5 Awgb als hierna geformuleerd:

Een verschil in behandeling op grond van eisen die verband houden met godsdienst of levensovertuiging door:

*a. instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag;
b. scholen voor bijzonder onderwijs op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag*

vormt geen discriminatie indien deze eisen vanwege de aard van de onderscheiden specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling en de houding van goede trouw en loyaliteit die nodig zijn voor de verwezenlijking daarvan.

B. Een tekstvariant die in opzet en systematiek aansluit bij de opzet van het huidige artikel 5, tweede lid, van de Awgb.

Implementatie langs deze weg, op een wijze die eveneens recht doet aan elk van de kernelementen zoals in dit advies geanalyseerd, zou kunnen leiden tot een tekst(onderdeel) van een nieuw artikel 5 Awgb als hierna geformuleerd:

Het eerste lid⁵³ laat onverlet:

a. de vrijheid van een instelling op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag om eisen te stellen die nodig zijn voor de vervulling van een functie en die gelet op de grondslag en de aard van de specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen met het oog op een houding van goede trouw en loyaliteit aan deze grondslag;

b. de vrijheid van een instelling van bijzonder onderwijs om eisen te stellen over de vervulling van een functie⁵⁴ die nodig zijn voor de verwezenlijking van de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag⁵⁵ en die gelet op de grondslag en de aard van de specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend, een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen met het oog op een houding van goede trouw en loyaliteit aan deze grondslag.

⁵³ Deze terugverwijzing sluit aan bij de overeenkomstige terugverwijzing in de aanhef van het huidige tweede lid van artikel 5 Awgb.

⁵⁴ I.p.v. eisen 'voor de vervuiling van een functie', zoals onderdeel a. luidt.

⁵⁵ I.p.v. eisen 'die nodig zijn voor de vervulling van een functie', zoals onderdeel a. luidt.

In de beide tekstvarianten is het vereiste van legitimiteit van het beroepsvereiste zo opgevat, dat instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag een grote vrijheid toekomt bij het formuleren van het doel dat met het vereiste wordt beoogd. Deze vrijheid gaat echter niet zo ver dat daarmee, onder de noemer van die grondslag en het op basis daarvan geformuleerde doel, tevens discriminatie toelaatbaar zou worden die is gerelateerd aan een of meer van de andere persoonskenmerken waarop het discriminatieverbod van de Kaderrichtlijn ziet. Anders gezegd: het stellen van eisen die zien op een of meer van deze andere anti-discriminatiegronden is uitsluitend gerechtvaardigd te achten voor zover deze eisen voldoende kunnen worden herleid tot de godsdienst/levensbeschouwing die de grondslag van de instelling vormt.

Met het oog op nauwe aansluiting bij de tekst en systematiek van het huidige artikel 5 van de Awgb is in variant B het onderscheid tussen confessionele scholen en andere organisaties op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag uit een oogpunt van de vrijheid die hun toekomt specifiek uitgeschreven. In variant A komt dit verschil tussen de twee typen organisaties en de daarmee verbonden differentiatievrijheid tot uitdrukking door te spreken van ‘onderscheiden specifieke beroepsactiviteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend’.

Om richting te geven aan een correcte interpretatie van een eventueel voorstel voor een nieuwe tekst van artikel 5 Awgb en aan de toepassing ervan, zal een desbetreffend wetsvoorstel vergezeld moeten gaan van een duidelijke memorie van toelichting. Daarin zal zorgvuldig moeten worden uiteengezet waarom de aanpassing wordt voorgesteld, en waarom deze voldoet aan de uitgangspunten zoals hiervoor in dit advies onder punt 1c aangeduid. De Raad vertrouwt er op dat de regering in dit advies voldoende handreiking vindt voor het opstellen van zo’n toelichting.

5. Kerkgenootschappen c.a.

De regering gaat in de adviesaanvraag aan de Raad ook in op artikel 3 Awgb. Artikel 3 bepaalt dat de Awgb niet van toepassing is op rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, alsmede binnen andere genootschappen op geestelijke grondslag, en op het geestelijk ambt. De regering stelt in de adviesaanvraag dat artikel 3 “geen generieke, categorische uitzondering (biedt) op het verbod van onderscheid voor kerkgenootschappen. Slechts ten aanzien van het geestelijk ambt en interne rechtsverhoudingen binnen het kerkgenootschap verleent dit artikel een vrijstelling die valt binnen de reikwijdte van zowel artikel 4, eerste lid als ook binnen de reikwijdte van artikel 4, tweede lid, van de richtlijn.” Daarvan uitgaande, laat de regering in de adviesaanvraag weten dat zij niet voornemens is artikel 3 te wijzigen naar aanleiding van de evaluatie en de ingebrekestelling.

De regering wijst er in verband met artikel 3 Awgb in haar adviesaanvraag terecht op dat de Europese Unie de grondrechten en verwante beginselen waarborgt, waaronder de vrijheid van godsdienst en het beginsel van de scheiding van kerk en staat. Artikel 4 van de Kaderrichtlijn, uitgelegd in het licht van die vrijheid en dat beginsel, biedt ook naar het oordeel van de Raad materieel dezelfde bescherming aan de vrijheid van godsdienst als die welke is beoogd met het thans geldende artikel 3 Awgb. Eisen die afwijken van algemene gelijkheidsnormen en (religieus gefundeerde) criteria, die

specifiek zien op het geestelijk ambt en andere dragende functies binnen een kerkgenootschap, zijn immers zozeer verbonden met de grondslag en het functioneren van dat genootschap, dat ze aangemerkt dienen te worden als wezenlijke beroepsvereisten. Daarmee worden deze eisen ten volle beschermd door de uitzonderingsgronden van artikel 4 van de Kaderrichtlijn.⁵⁶ Het is uitsluitend aan het kerkgenootschap om te bepalen of de gestelde criteria gezien zijn grondslag noodzakelijk zijn om de desbetreffende functie te kunnen uitoefenen. Onder het begrip beroepsvereiste moeten ook begrepen worden de met het (geestelijk) ambt samenhangende toelatingsvoorwaarden voor de ambtsopleiding.

Tegen de achtergrond van het voorgaande en ter afsluiting van dit advies, ziet de Raad reden om aandacht te vragen voor de verhouding tussen artikel 3 Awgb en een eventueel nieuw geformuleerd artikel 5 van de Awgb. Indien zou worden besloten tot implementatie van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn in een nieuw (onderdeel van) artikel 5 Awgb, op de wijze zoals de Raad heeft aangereikt in paragraaf 4 van dit advies, komt namelijk ook de vraag aan de orde of het passend of nodig is de bijzondere positie die de kerkgenootschappen en het geestelijk ambt toekomt, voor zover het gaat om het terrein van de arbeid, wettelijk te blijven regelen in het huidige, afzonderlijke artikel 3 Awgb. De Raad acht het ook mogelijk om de bijzondere positie van kerkgenootschappen c.a. wettelijk te regelen als een onderdeel van een nieuw artikel 5, als de specifieke plaats in de Awgb waarin artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn ingevolge dit advies adequaat kan worden omgezet. Zou artikel 3 Awgb ongewijzigd blijven bestaan terwijl artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn zou worden omgezet in een nieuw artikel 5 Awgb, dan zou dat, voor zover het gaat om het terrein van de arbeid, aanleiding kunnen geven tot de vraag naar de onderlinge verhouding tussen beide artikelen. Met een herschikking als hiervoor bedoeld van de verhouding tussen artikel 3 en een eventueel nieuw artikel 5 Awgb zal, naar mag worden verwacht, ook kunnen worden tegemoet gekomen aan de kritiek van de Europese Commissie op dit punt.

Indien de wettelijke regeling van (de bescherming van) de bijzondere positie van de kerkgenootschappen c.a. ten aanzien van het terrein van de arbeid zou worden overgebracht van artikel 3 naar een nieuw artikel 5 Awgb, zal uiteraard zo'n nieuw artikel 5 wel zodanig moeten worden aangevuld dat ook kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen daarin expliciet een afzonderlijke plaats hebben. Als een desbetreffende bepaling zou worden toegevoegd aan artikel 5, zal bovendien het betreffende onderdeel van de memorie van toelichting ondubbelzinnig duidelijk moeten maken dat en waarom bij de toetsing van het personeelsbeleid in intern-kerkelijke verhoudingen een nog grotere terughoudendheid betracht.

⁵⁶ Zie in dezelfde zin de Commissie gelijke behandeling (CGB-Advies/2008/02 inzake de ingebrekestelling), die constateert "dat er geen aanwijzing is dat de Richtlijn (de Kaderrichtlijn) heeft beoogd de benoeming van personen die een geestelijk ambt vervullen, zoals pastoors, Imams en vergelijkbare functionarissen aan banden te leggen. De juridische grondslag voor deze bevinding is gelegen in de afbakening van de gelijkheidsrechten ten opzichte van andere grondrechten. Met het oog op de vrijheid van godsdienst en het beginsel van scheiding van kerk en staat zou kunnen worden aangenomen dat de Richtlijn kerkgenootschappen vrijlaat hun organisatie in te richten, in het bijzonder ten aanzien van de benoeming van hun geestelijk leiders". Een soortgelijke vaststelling — er is niet beoogd de vrijheid van kerkgenootschappen ter zake aan banden te leggen — geldt ook ten aanzien van Richtlijn 76/207 inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid. In de implementerende wet, de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen is in artikel 5, derde lid, onder a met het oog op die vrijheid een uitzondering voor het geestelijk ambt opgenomen als een categorie waarvoor het geslacht bepalend kan zijn. Deze uitzondering is gebaseerd op een vergelijkbare richtlijnbeepaling als artikel 4, eerste lid van de Kaderrichtlijn (zie B.P. Vermeulen, 'Kerkgenootschap en geestelijk ambt', in Zoontjes/Hertogh (red.), a.w., blz. 231-238). A fortiori moet artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn, dat specifiek beoogt een vergaande autonomie voor kerkelijke organisaties zeker te stellen, geacht worden hiertoe voldoende ruimte te bieden.

moet worden dan het geval is bij toetsing van de gemaakte uitzondering als het gaat om confessionele instellingen, waaronder confessionele onderwijsinstellingen meer in het bijzonder.⁵⁷ Indien daarbij zou worden gekozen voor de in tekstvariant B weergegeven methode van implementatie zou, gelet op de systematiek van die variant zulks bovendien in de tekst van een apart toe te voegen onderdeel tot uitdrukking moeten komen. Dat zou kunnen door te bepalen dat het verbod op discriminatie onverlet laat de vrijheid van kerkgenootschappen om in verband met de vervulling van een functie,⁵⁸ waaronder het geestelijk ambt, eisen te stellen ten behoeve van de verwezenlijking van de grondslag.⁵⁹ Voor het laatste gedeelte van dit toe te voegen onderdeel zou vervolgens aangesloten kunnen worden bij de desbetreffende tekst ("die gelet op de grondslag ..." etc.) van de onderdelen a. en b.

Voor de goede orde merkt de Raad ten slotte nog op dat bij een eventuele aanpassing van artikel 5 Awgb zoals hierboven bedoeld, en het in verband daarmee bezien van artikel 3, recht dient te worden gedaan aan het feit dat rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen c.a. voor zover liggend buiten het terrein van de arbeid niet vallen onder de werkingssfeer van de Kaderrichtlijn.

De Raad heeft geen bezwaar tegen openbaarmaking van dit advies.

De Vice-President van de Raad van State,

57 Zie daartoe ook paragraaf 4.0. onder iv van dit advies.

58 I.p.v. 'over de vervulling van de functie', zoals onderdeel b luidt.

59 I.p.v. 'nodig voor de verwezenlijking van de grondslag', zoals onderdeel b luidt.