

Voorstel van wet van de leden Bergkamp, Venrooy–Van Ark, Yücel, Jasper van Dijk en Klaver tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling in verband met het annuleren van de enkele-feitconstructie in artikel 5, tweede lid, artikel 6a, tweede lid, en artikel 7, tweede lid, van de Algemene wet gelijke behandeling

Nr. 5 herdruk¹

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 23 december 2010 en de reactie van de indieners d.d. 23 december 2010, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling advisering is cursief afgedrukt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 7 september 2010 heeft de Tweede Kamer bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden Van der Ham, Van Miltenburg, Klijnsma, Jasper van Dijk en Van Gent tot wijziging van de Algemene wet gelijke behandeling in verband met het annuleren van de enkele-feitconstructie in artikel 5, tweede lid, artikel 6a, tweede lid, en artikel 7, tweede lid, van de Algemene wet gelijke behandeling, met memorie van toelichting.²

Het initiatiefvoorstel strekt tot het verwijderen van de enkele-feitconstructie uit de de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: Awgb). De initiatiefnemers beogen met het voorstel een verschuiving van de in de Awgb neergelegde grondrechtenbalans tussen enerzijds het discriminatieverbod en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds de vrijheid van godsdienst, van vereniging en van onderwijs, ten gunste van de eerstgenoemde categorie.

De Afdeling maakt opmerkingen over doel en reikwijdte van het voorstel, de verschuiving van de grondrechtenbalans, de verhouding tot Richtlijn 2000/78 en de positie van vakverenigingen.

1. Doel en reikwijdte van het voorstel

Uitgangspunt in de Awgb is het verbod op het maken van onderscheid op een aantal in deze wet neergelegde gronden, op het terrein van de arbeid, de diensten (waaronder onderwijs) en het lidmaatschap van beroepsorganisaties. Paragraaf 3 van de Awgb bevat echter voor instellingen en maatschappelijke organisaties op godsdienstige of andere levensbeschouwelijke grondslag en op politieke grondslag uitzonderingen op dit verbod, door hun een bepaalde vrijheid te laten om eisen te stellen, gelet op de grondslag en het doel van de betreffende instelling. Die vrijheid gaat niet zover dat in deze eisen ook onderscheid mag worden gemaakt op grond van bepaalde persoonskenmerken (onder meer ras, geslacht en hetero- of homoseksuele gerichtheid) als zodanig (het enkele feit). Maar wel kan sprake zijn van bijkomende omstandigheden die met een van de genoemde persoonskenmerken verband houden en wel de grondslag kunnen vormen voor toelaatbaar onderscheid.³

¹ I.v.m. een correctie van de datum van het adres van de Afdeling advisering van de Raad van State.

² Kamerstukken II 2009/10, 32 476.

Door het schrappen van de enkele-feitconstructie zullen de met het oog op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, van onderwijs en van vereniging opgenomen uitzonderingen op het verbod op het maken van onderscheid voor de genoemde instellingen nader worden beperkt, in die zin dat het stellen van eisen die verband houden met respectievelijk godsdienst en levensbeschouwing of met politieke gezindheid nog uitsluitend zal zijn toegestaan voor zover deze eisen niet leiden tot enig onderscheid op een van de andere beschermde gronden. Daarmee verdwijnt de ruimte die de enkele-feitconstructie thans biedt om een beroep te doen op bijkomende omstandigheden voor het maken van onderscheid op de voor de instelling relevante grond.

a. Doelen initiatiefnemers

Met het wetsvoorstel beogen de initiatiefnemers de door hen gestelde onduidelijkheid over de betekenis van de enkele-feitconstructie weg te nemen.⁴ Tevens beogen zij de met de enkele-feitconstructie geconsolideerde grondrechtenbalans tussen enerzijds het verbod op discriminatie en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (de artikelen 1 resp. 10 van de Grondwet) en anderzijds de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, van vereniging en vergadering⁵ en van onderwijs (resp. artikelen 6, 8 en 23 van de Grondwet) bij te stellen ten gunste van het discriminatieverbod en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.⁶

Uit de toelichting blijkt voorts dat de initiatiefnemers met het voorstel beogen te bewerkstelligen dat van werknemers niet langer gevraagd kan worden om de grondslag van hun school of instelling geheel te onderschrijven, zelfs tot het privéleven aan toe, omdat "een dergelijke eis een te grote inbreuk zou vormen op de persoonlijke vrijheden van het individu."⁷

Ten slotte beogen de initiatiefnemers de Awgb beter te doen aansluiten op richtlijn 2000/78/EG.⁸

b. Verhouding tussen tekst en toelichting

In 2009 heeft de Raad van State aan de regering advies gegeven over de mogelijkheden tot aanpassing van de Awgb ten aanzien van de enkele-feitconstructie.⁹ In dat advies is onder meer een aantal kernelementen onderscheiden in artikel 5, tweede lid, onder a en c, van de Awgb. De Raad identificeerde als voorwaarden dat:

- 1. de instelling een godsdienst of levensovertuiging moet hebben als haar grondslag/doel. Deze grondslag vormt het uitgangspunt bij het beroep op de uitzondering op het discriminatieverbod, in de vorm van het stellen van eisen met het oog op een te vervullen functie;*

³ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 7. Voor een weergave van kernpunten uit de parlementaire geschiedenis over de enkele-feitconstructie in het kader van de totstandkoming van de Awgb verwijst de Afdeling tevens naar de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel en naar het advies van de Raad van State van 18 mei 2009, Kamerstukken II 2009/10, 28 481, nr. 7.

⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 5-6.

⁵ De Afdeling spreekt hierna kortheidshalve meestal enkel van de "vrijheid van godsdienst" en de "vrijheid van vereniging".

⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 8.

⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 5 en 10.

⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 7 en 10. Overigens heeft het kabinet in de zomer van 2010 een gewijzigd voorstel voor een Integratiewet Awgb in internetconsultatie gegeven. In dat voorstel worden ook de hier in het geding zijnde uitzonderingsbepalingen aangepast, op een wijze die overeenkomt met het kabinetsstandpunt op de evaluatie van de Awgb en met het nader rapport op het advies van de Raad van State van 18 mei 2009 (zie www.internetconsultatie.nl/integratiewetawgb).

⁹ Kamerstukken II 2009/10, 28 481, nr. 7. Zie ook verder in het advies, onder 3.

2. *deze eisen, gelet op het doel van de instelling, nodig zijn voor de vervulling van de desbetreffende functie. Instellingen van bijzonder onderwijs kunnen in verhouding ruimere eisen stellen, namelijk "eisen over de functie, die gelet op het doel van de instelling nodig zijn voor de verwezenlijking van haar grondslag". Met deze elementen wordt de ruimte voor eisen die verband houden met de grondslag bepaald. Deze ruimte is in verband met de vrijheid van onderwijs voor onderwijsinstellingen ruimer dan die voor de overige in artikel 5 van de Awgb genoemde instellingen;*
3. *deze eisen niet mogen leiden tot "onderscheid op grond van het enkele feit van" persoonskenmerken die verband houden met een van de andere beschermde gronden. In de woorden "enkele feit" zit echter besloten dat bijkomende omstandigheden wel aanleiding kunnen zijn voor het maken van onderscheid.*

Het voorstel strekt tot het schrappen van de zinsnede "het enkele feit van". Daarmee wordt de mogelijkheid uitgesloten dat bijkomende omstandigheden die verband houden met een andere beschermde grond nog langer een rol zouden mogen spelen in het personeelsbeleid van de desbetreffende instelling. De Afdeling wijst er op dat de vraag hoe ver eisen mogen ingrijpen in de privésfeer, en of van personeelsleden van een instelling van bijzonder onderwijs geëist kan worden dat zij de grondslag van deze instelling onderschrijven, maar ten dele raakt aan het hiervoor genoemde derde element. Het antwoord op deze vraag wordt met name bepaald door het tweede genoemde element, dat ziet op de relatie tussen de grondslag van de instelling en de functie-eisen. De tekst van het voorstel zelf wijzigt niets aan dit tweede element, inhoudende dat instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke en politieke grondslag vrij zijn – mits consistent en consequent toegepast, en voor zover op zichzelf niet verband houdend met de beschermde gronden – om van hun personeelsleden te eisen dat zij de grondslag van de instelling onderschrijven. De tekst en de toelichting dekken elkaar in zoverre derhalve niet: de toelichting suggereert een ruimere strekking dan de tekst rechtvaardigt.

De Afdeling adviseert de verhouding tussen tekst en toelichting nader te bezien, en daarbij mede de inhoudelijke beoordeling te betrekken die zij hierna, in punt 2. (de verschuiving van de grondrechtenbalans), geeft.

De initiatiefnemers hebben de verhouding tussen de tekst van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting nader bezien. Daarbij zijn zij, gelet op het advies van de Afdeling, tot de conclusie gekomen dat niet volstaan kan worden met het schrappen van de “enkele-feitconstructie”. Een juiste implementatie van richtlijn 2000/78/EG brengt met zich mee dat de betrokken wetsbepalingen opnieuw geformuleerd moeten worden. Daarvan uitgaande is de memorie van toelichting in belangrijke mate herschreven.

Overigens zijn de initiatiefnemers van mening – anders dan door de Afdeling wordt gesteld – dat door de voorgestelde wetswijziging niet de mogelijkheid wordt uitgesloten dat bijkomende omstandigheden nog langer een rol mogen spelen in het personeelsbeleid van de desbetreffende instelling. Dat is wel degelijk het geval. Als zij niet een bijkomende, maar een zelfstandige grond zijn voor bijvoorbeeld het afwijzen van een sollicitant of het ontslag van een werknemer, en daarvoor arbeidsrechtelijk gezien zwaarwegend genoeg zijn, kunnen zij dezelfde rol in het personeelsbeleid van een instelling op godsdienstige grondslag spelen als bij alle andere werkgevers. Wel mag dit niet leiden tot directe discriminatie op andere gronden dan godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid. Als het personeelsbeleid resulteert in “indirect onderscheid”, dan is dat verboden, tenzij het onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel

passend en noodzakelijk zijn (artikel 2, eerste lid, Awgb). In paragraaf 5.3 van de memorie van toelichting hebben de initiatiefnemers een uiteenzetting hierover opgenomen.

Met betrekking tot de vraag in hoeverre van werknemers van instellingen gevraagd kan worden om de grondslag van de school of instelling te onderschrijven, merken de initiatiefnemers op, dat ook een dergelijke eis getoetst zal moeten worden aan de elementen die in het wetsvoorstel zijn opgenomen. Ook hierbij geldt, dat dit niet mag leiden tot directe discriminatie op andere gronden dan godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid; en dat het, als het resulteert in een daarvan los staand “indirect onderscheid”, verboden is tenzij het objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

Over de vraag wat van werknemers geëist mag worden met betrekking tot de verwezenlijking van de grondslag van de instelling merken de initiatiefnemers op, dat het wetsvoorstel daarover geen bepalingen bevat. Die passen naar hun oordeel niet in de Awgb, maar behoren tot het domein van het arbeidsrecht, in het bijzonder de norm dat de werknemer zich als een goed werknemer dient te gedragen. In paragraaf 5.3 van de memorie van toelichting gaan de initiatiefnemers daarop nader in.

c. Proportionaliteit

De toelichting belicht de aanleiding en noodzaak van het voorstel vrijwel volledig vanuit de verhoudingen binnen het bijzonder onderwijs, en meer in het bijzonder met betrekking tot de positie van homoseksuelen binnen die verhoudingen. De reikwijdte van het voorstel is evenwel breder: het voorstel raakt tevens de instellingen op politieke grondslag (artikel 5, tweede lid, onder b), werkgevers- en werknemersorganisaties (artikel 6a) en organisaties op religieuze grondslag, niet zijnde bijzondere scholen (artikel 5, tweede lid, onder a).

De Afdeling wijst er op dat al bij de introductie van de enkele-feitconstructie vrijwel uitsluitend aandacht heeft bestaan voor de betekenis van deze constructie voor het bijzonder onderwijs. De voorbeelden van een beroep op deze constructie bevinden zich eveneens binnen dit domein;¹⁰ de initiatiefnemers dragen buiten dit terrein geen knelpunten aan. Bovendien reiken de uitzonderingsbepalingen voor de andere instellingen minder ver dan die voor het bijzonder onderwijs. Gelet hierop is naar het oordeel van de Afdeling de voorgestelde nadere inperking van de reikwijdte van de uitzonderingsbepalingen ook voor andere instellingen dan bijzondere scholen onvoldoende gemotiveerd. De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen en zo nodig de reikwijdte van het wetsvoorstel te beperken.

Op de positie van het bijzonder onderwijs en de overige instellingen wordt nader ingegaan in punt 2.

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

¹⁰ Cgb-oordelen 1999-38 en 2007-100.

2. Verschuiving van de grondrechtenbalans

Zoals hiervoor al is opgemerkt, bevat de Awgb voor het terrein van de arbeid, de diensten (waaronder onderwijs) en het lidmaatschap van beroepsorganisaties een grondrechtenbalans. Deze balans betreft enerzijds het grondwettelijk verbod op discriminatie en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds de grondwettelijke vrijheid van godsdienst, van vereniging en van onderwijs. Bij het aanbrengen van een beperking van een van bovengenoemde vrijheden is de wetgever gebonden aan de beperkingsbevoegdheden van artikelen 6, 8 en 23 van de Grondwet en van daarmee parallelle bepalingen in mensenrechtenverdragen alsmede – nu de materie van het wetsvoorstel bestreken wordt door Richtlijn 2000/78 - het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Daar wat betreft de vrijheid van onderwijs artikel 23 van de Grondwet ten opzichte van de mensenrechtenverdragen en het Handvest de meest vergaande bescherming biedt, volstaat de Afdeling in zoverre met een beoordeling van het wetsvoorstel in het licht van deze grondwetsbepaling. Wat betreft de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van vereniging bieden de mensenrechtenverdragen en het Handvest meer specifieke bescherming. In dit advies wordt volstaan met een toetsing aan het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), nu, voor zover van belang voor het voorliggende voorstel, het Handvest, blijkens artikel 52, derde lid, geen verdergaande bescherming biedt.

2.1. Algemene overwegingen

De genoemde grondrechtenbalans is de resultante van de afweging die de wetgever destijds heeft gemaakt in de Awgb. De Afdeling merkt op dat bij elk van de daarbij betrokken grondrechten bepaalde vrijheden in het geding zijn. Deze vrijheden kunnen worden benaderd vanuit twee invalshoeken: die van de individuele persoon en die van de gezamenlijkheid van personen binnen een bepaalde collectiviteit. Elk van beide invalshoeken leidt in zijn toepassing in het wetgevingsproces tot de erkenning van diversiteit in de samenleving. Enerzijds is er de invalshoek van vormen van diversiteit op het niveau van individuele personen, gewaarborgd door grondrechten die met name zijn gericht op bescherming van de persoonlijke autonomie. Daarnaast is er de invalshoek van vormen van diversiteit op het niveau van collectiviteiten. Het gaat in dat geval om organisatorische verbanden, veelal gestalte gegeven in de vorm van privaatrechtelijke rechtspersonen, ingericht door (groepen van) personen die aldus aan de hun toekomende individuele vrijheidsrechten gestalte en werking willen geven. Ter effectuering van deze vrijheidsrechten moeten deze organisatorische verbanden aanspraak kunnen maken op een zekere mate van autonomie. In het oog moet worden gehouden dat eventuele beperkingen die in dat opzicht worden gesteld aan de betreffende organisatie op hun beurt zullen doorwerken op het niveau van de individuen die deel uitmaken van dat organisatorisch verband en op de mogelijkheden die zij aldus willen scheppen om gestalte te geven aan hun individuele vrijheidsrechten. Bij spanning tussen de grondrechten die bij deze invalshoeken aan de orde zijn, moet gezocht worden naar een evenwicht dat aan beide voldoende recht doet.

De toelichting bij het voorstel neemt uitdrukkelijk de vrijheid van de individuele persoon als primair uitgangspunt. Daarmee stellen de initiatiefnemers het geven van ruimte voor diversiteit, gewaarborgd door vrijheid op individueel niveau, voorop.¹¹ De Afdeling benadrukt echter nogmaals dat grondrechten ook waarborgen vormen voor pluriformiteit op

¹¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 6: het is van belang "dat de wetgever zich zoveel mogelijk onttrekt aan discussies wat een invulling is, of zou kunnen zijn, van bijvoorbeeld een orthodoxe geloofsbeleving, en zich concentreert op de randvoorwaarden waarbinnen een ieder de vrijheid heeft naar eigen inzicht het leven in te richten".

het niveau van groepen en organisaties. Deze pluriformiteit is verbonden met en wordt beschermd door de vrijheidsrechten van de betreffende groep of organisatie en de daarbij aangesloten leden. Bij de herijking van de genoemde grondrechtenbalans waartoe het voorstel strekt, zullen daarom beide gezichtspunten voldoende tot hun recht moeten blijven komen. De initiatiefnemers wijzen in dit verband terecht op een nevenschiktheid van de betreffende grondrechten.¹² Zoals zij hierna zal uiteenzetten, is de Afdeling van oordeel dat het voorstel, gezien vanuit het perspectief van het voorgaande, onevenwichtig is. Dat geldt nog in versterkte mate waar het voorstel zich richt op het bijzonder onderwijs, en daarmee een beperking vormt op de vrijheid van onderwijs zoals gewaarborgd in artikel 23 van de Grondwet.

Een belangrijk uitgangspunt van de vrijheid van godsdienst, van vereniging en van onderwijs is steeds geweest dat een instelling een ruime bevoegdheid heeft om te bepalen welke personen, gezien haar grondslag en doel, tot haar werknemers- en cliëntenbestand behoren. De huidige Algemene wet gelijke behandeling heeft daaraan belangrijke grenzen gesteld. Zo kunnen instellingen zich alleen op deze vrijheid beroepen voor zover zij een duidelijk verwoorde godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke visie hebben, welke niet alleen in woord maar ook in daad consequent en consistent nageleefd wordt. Daarenboven mag, ook als sprake is van zo een nageleefde visie, geen onderscheid gemaakt worden op grond van bepaalde persoonskenmerken als zodanig (het enkele feit). Als evenwel sprake is van bijkomende omstandigheden, of als deze persoonskenmerken niet aan de orde zijn, heeft de instelling onder de huidige Awgb nog steeds een ruime marge – het bijzonder onderwijs nog meer dan andere organisaties - om op deze visie gegronde criteria te hanteren bij het selecteren van personeelsleden en cliënten. Zoals ook de initiatiefnemers erkennen, komt deze marge zowel in het bijzonder onderwijs als in andere sectoren maar aan een beperkte groep organisaties toe,¹³ namelijk alleen aan die organisaties die van hun leden/deelnemers vragen dat zij deze grondslag onderschrijven.

Blijkens de Memorie van toelichting – die overigens op dit onderdeel geen neerslag heeft gevonden in de tekst van het voorstel (zie hiervoor, onder 1) - beogen de initiatiefnemers deze vrijheidsmarges verder in te perken. Zij menen dat van een persoon slechts verwacht mag worden dat hij binnen de school¹⁴ respect voor de grondslag betoont. Daartoe wordt aangevoerd dat thans binnen nagenoeg elk kerkgenootschap onderling afwijkende standpunten worden ingenomen, en dat de diversiteit binnen zelfs de orthodoxe stromingen geen eenduidig beeld oplevert, ook niet inzake bijvoorbeeld homoseksualiteit. Deze diversiteit slaat ook neer in de opvattingen binnen het docentencorps van daaraan gelieerde onderwijsinstellingen, welke soms schuren aan of zelfs in strijd zijn met de grondslag. Derhalve mag, aldus de initiatiefnemers, van docenten niet een volledig onderschrijven van de grondslag gevraagd worden; respect voor de grondslag is voldoende.¹⁵

Naar het oordeel van de Afdeling is deze argumentatie niet valide. Ten onrechte wordt daarin uit de diversiteit van visies, zoals die blijkt uit de toelichting ook bestaat binnen kerkelijke stromingen van orthodoxe signatuur, afgeleid dat die diversiteit ook binnen de daaraan gelieerde organisaties tot uitdrukking moet kunnen komen, zodat daarbinnen ook respect

¹² Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 1.

¹³ Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 5.

¹⁴ Zoals gezegd, concentreert de toelichting zich nagenoeg uitsluitend op het bijzonder onderwijs. De ter zake daarvan ontvouwde gedachtegang geldt overigens ook voor andere identiteitsgebonden instellingen, Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 10.

¹⁵ Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 5-6 en 8-10.

opgebracht moet worden voor degenen die de grondslag weliswaar respecteren, maar niet vol onderschrijven. Het is evenwel niet de stroming of het kerkgenootschap¹⁶ die/dat in dit verband drager is van de vrijheid van godsdienst en van onderwijs, maar het krachtens de statuten bevoegd gezag van de betreffende organisatie.¹⁷ Dit bevoegd gezag komt het recht toe om de grondslag uit te leggen en – binnen de grenzen van eisen van consistentie en consequentie, en zonder dat zulks neerkomt op onderscheid louter op persoonskenmerken – op basis daarvan vorm te geven aan zijn personeels- en cliëntenbeleid. En ook daar waar de uitleg van de grondslag door de individuele leerkracht, ouder of cliënt afwijkt van die van het bevoegd gezag, prevaleert binnen genoemde grenzen de visie van het bevoegd gezag. In deze zin overwoog de Hoge Raad in het Maimonides-arrest, dat de op de grondslag van een orthodox-joodse school gebaseerde weigering van een leerling betrof, "dat het ten processe vaststaat dat die weigering in overeenstemming is met het toelatingsbeleid van de Stichting dat steunt op haar uitleg van in haar statuten neergelegde toelatingsnormen, alsmede dat het daarbij gaat om toelatingsnormen van religieuze aard die ertoe strekken de (religieus) joodse identiteit van de school te handhaven. De in artikel 23 van de Grondwet aan het bijzonder onderwijs gewaarborgde "vrijheid van richting" weegt, mede gelet op artikel 6 van de Grondwet en artikel 9 van het EVRM, zo zwaar dat het aan degene die (zoals te dezen de Stichting) een instelling van bijzonder onderwijs in stand houdt, in beginsel – behoudens bijzondere omstandigheden waarvan hier geen sprake is – jegens ouders van een kind dat volgens de door hem [haar] ten aanzien van die instelling gehanteerde toelatingsnormen van religieuze aard niet voor toelating in aanmerking komt, vrijstaat de door die ouders verlangde toelating te weigeren, ook al hebben die ouders (zoals te dezen B.) een sterke en op redelijke gronden berustende voorkeur voor het onderwijs dat aan de betrokken instelling wordt gegeven, en ook al is de betrokken instelling de enige die onderwijs van deze richting verzorgt".¹⁸ Dienovereenkomstig heeft de Awgb-wetgever zich op het standpunt gesteld dat de vaststelling van de betekenis van de grondslag en van de noodzaak voor die grondslag van de daaruit afgeleide eisen primair bij het bevoegd gezag ligt¹⁹, welke slechts terughoudend door de Commissie gelijke behandeling en de rechter getoetst dient te worden.²⁰ De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te passen.

Tegen de achtergrond van het voorgaande zal de Afdeling hierna het voorstel bezien in het licht van achtereenvolgens de vrijheid van onderwijs, de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van vereniging waar die zich richt op politieke partijen.

¹⁶ Tenzij de statuten van de betreffende organisatie zelf het beleid van het bestuur laten afhangen van de oordeelsvorming binnen een kerkgenootschap. Ook dan is het echter de rechtspersoon, die in vrije wil de invulling vastlegt en doet uitleggen.

¹⁷ Zo is niet relevant of het ook binnen orthodoxe geloofsgemeenschappen steeds lastiger is om een scheidslijn aan te brengen tussen geoorloofde en niet geoorloofde opvattingen of gedragingen binnen een geloofsgemeenschap (Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 6): het gaat om de eenduidigheid van de visie van het bevoegd gezag van de betreffende instelling.

¹⁸ HR 22 januari 1988, AB 1988, 96. A fortiori geldt dit uitgangspunt voor benoeming van het personeel, dat immers in sterkere mate dan leerlingen identiteitsdrager is: Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 22; Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, blz. 44.

¹⁹ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 18; Kamerstukken II 1992/92, 22 014, nr. 5, blz. 50-51 en nr. 10, blz. 21.

²⁰ Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, blz. 51-52; Hof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem) 24 juli 2007, NJCM-Bulletin 2007, blz. 499: "In verband met dat laatste [de vrijheid van richting] past de rechter overigens terughoudendheid bij de beoordeling van de vraag of een leerling beantwoordt aan de religieuze grondslag van een school"; Commissie gelijke behandeling 15 juni 2007, oordeel 2007-100; van belang is "dat de vaststelling van het doel en de betekenis van het personeelsbeleid primair bij de instelling ligt".

2.2. De vrijheid van onderwijs

De vrijheid van instellingen van bijzonder onderwijs om de eisen te stellen aan het personeel die zij nodig achten voor de verwezenlijking van hun grondslag vloeit voort uit de in het tweede lid van artikel 23 van de Grondwet verankerde vrijheid om onderwijs te (doen) geven. Deze vrijheid is voor het bekostigd onderwijs nader uitgewerkt in de vrijheid van richting en inrichting zoals neergelegd in het vijfde en zesde lid van deze bepaling.

De Awgb als zodanig betekende destijds een inperking van de grondwettelijke vrijheid van de desbetreffende instellingen. Consensus over die wettelijke regeling kon onder andere bereikt worden door het opnemen van de woorden "het enkele feit van" in onder meer artikel 5, tweede lid. Dat is een uitdrukking van de waarborg dat bijzondere scholen ook onder de werking van de Awgb een personeelsbeleid kunnen voeren dat aan leerkrachten de eis stelt dat zij de overtuiging van de school mee dragen en uitdragen. Het voorstel tot het schrappen van de enkele-feitconstructie leidt naar het oordeel van de Afdeling ten opzichte van de vigerende wet tot een inperking van de vrijheid van richting, in de zin dat het bevoegd gezag minder eisen zal mogen stellen dan thans nog mogelijk is.

De vrijheid van richting wordt, waar het de vrijheid van het bevoegd gezag van bijzondere scholen met betrekking tot de aanstelling van leerkrachten betreft, door de rechter ruim uitgelegd.²¹ Het bevoegd gezag definieert de grondslag van de school. De overheid is niet in de positie om ten gronde te beoordelen of bepaalde door het bevoegd gezag gestelde eisen uit die grondslag voortvloeien.²² Wel toetst de rechter tamelijk "vol" of de school consistent is bij het hanteren van eisen die nodig zijn voor de verwezenlijking van de grondslag.²³

De Afdeling wijst in dit verband op de achtergrond van de vrijheid voor de aanstelling van leerkrachten. Deze achtergrond is gelegen in het recht van ouders om hun kinderen op te voeden volgens hun eigen levensbeschouwelijke waarden. Nu de school bij de opvoeding van kinderen een belangrijke rol speelt, is het van wezenlijk belang dat ouders vrij zijn om een school te kiezen of te stichten die past bij hun godsdienst of levensovertuiging. In zoverre zijn ook artikel 2, Eerste Protocol, bij het EVRM, artikel 18, vierde lid, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel 13, vierde lid, van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten in het geding. Leerkrachten spelen een centrale rol bij de overdracht van waarden binnen het onderwijs. Vandaar dat scholen van bijzonder onderwijs bij de totstandkoming van de Awgb onder meer de ruimte is toegekend om te eisen dat leerkrachten leven in overeenstemming met de grondslag van de school. Het schrappen van de woorden "het enkele feit" betekent, zoals al opgemerkt, dat deze ruimte wordt beperkt. Dat is ook het oogmerk van de initiatiefnemers.

²¹ De vrijheid van richting strekt zich verder uit dan het woord "aanstelling" suggereert. Ook het beëindigen van het dienstverband van leerkrachten kan onder deze vrijheid worden gebracht. Zie Ktg. Amsterdam 11 februari 1983, AB 1983, 277 en Ktg. Zwolle 7 maart 1991, NJCM-Bulletin 1991, 302. Zie voor de ruimte die de vrijheid van richting biedt het al eerder genoemde Maimonides-arrest (HR 22 januari 1988, AB 1988, 96). Zoals hiervoor aangegeven, geldt dat het bevoegd gezag aan leerkrachten strengere eisen kan stellen dan aan leerlingen.

²² Het is – behoudens uitzonderlijke omstandigheden – niet aan overheidsorganen om te bepalen of sprake is van legitieme geloofsopvattingen: "but for very exceptional cases, the right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate" (EHRM 26 oktober 2000, nr. 30985/96 (Hasan en Chaush tegen Bulgarije), §78).

²³ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem) 24 juli 2007, NJCM-Bulletin 2007, blz. 499: "Een en ander brengt mee dat de in beginsel aan het bestuur van de bijzondere school toekomende vrijheid leerlingen te weigeren op grond van de eigen (religieuze) richting van de school zijn beperking vindt in de verplichting om zich consistent naar de eigen, vaste, (beleids)regels omtrent toelating te houden en deze stelselmatig toe te passen."

Van hen mag daarom worden verwacht dat zij toereikend motiveren waarom hun voorstel in overeenstemming is met artikel 23 van de Grondwet.

De Afdeling zal hierna het voorstel allereerst bezien vanuit die eis tot adequate motivering. Die motivering kan, zoals hiervoor in 2.1 is betoogd, niet liggen in de veronderstelde pluriformiteit binnen orthodox-religieuze stromingen.

Vervolgens zal zij nog ingaan op de betekenis van kerk(tucht)rechtelijke maatregelen voor het voorstel.

a. *Motivering: parallel met de beperking van de keuze van leermiddelen; maatschappelijke ontwikkelingen*

De toelichting trekt, ter nadere motivering, een parallel met de wettelijke beperking van de vrije keuze van leermiddelen.²⁴ Ook deze vrijheid vormt een onderdeel van de vrijheid van richting. De wetgever heeft het (steeds verder gaan van het) stellen van eisen op het terrein van de vrije keuze van leermiddelen²⁵ op zichzelf niet strijdig geacht met artikel 23 van de Grondwet; als voorbeeld wordt gewezen op het opnemen van de evolutietheorie in het centraal examen biologie. Dit leidt, aldus de toelichting, tot de conclusie dat de wetgever ook gerechtigd is nadere beperkende regels te stellen betreffende de vrijheid van aanstelling van leerkrachten.

Naar het oordeel van de Afdeling gaat de toelichting hiermee voorbij aan het feit dat de wettelijke beperkingen van de vrije keuze van leermiddelen in verband staan met de deugdelijkheidseisen die de wetgever mag stellen, gelet op artikel 23, vijfde en zesde lid, van de Grondwet. Bij deze verfijning van de eisen is echter steeds de vraag aan de orde hoe ver de wetgever kan gaan zonder aantasting van de in deze bepalingen neergelegde vrijheid van richting. Bij het stellen van deugdelijkheidseisen zal de wetgever niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is, en zal hij de vrijheid van richting in acht hebben te nemen. Zo kan van scholen wel geëist worden dat zij binnen het biologieonderwijs aandacht besteden aan de evolutietheorie, als een in de wetenschap dominante hypothese, maar mogen scholen niet verplicht worden deze theorie als "de" waarheid te presenteren.

Ook voor de aanstelling van leerkrachten gelden bepaalde deugdelijkheidseisen; deze hebben betrekking op hun beroepskwalificaties. Beperking van de vrijheid van aanstelling van leerkrachten, die immers op geloofwaardige, loyale wijze de grondslag van de school moeten uitdragen, is echter van geheel andere orde. Een dergelijke beperking raakt veel eerder aan de vrijheid van richting, en treedt veel eerder in de ruimte die een school moet hebben om te kunnen waarborgen dat de normatieve uitgangspunten van de school overgedragen worden.

De toelichting wijst daarnaast op maatschappelijke ontwikkelingen, alsook op juridische en beleidsmatige ontwikkelingen van de afgelopen 20 jaar.²⁶ Een redelijke uitleg van artikel 23 van de Grondwet kan meebrengen dat de vrijheid van onderwijs zich niet verzet tegen de toepassing van in het algemeen rechtsverkeer geldende eisen.²⁷ Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van een eventuele aanpassing van de Awgb, zoals nu voorgesteld, met een beroep op een redelijke uitleg van artikel 23 van de Grondwet, kunnen belangrijke maatschappelijke en juridische ontwikkelingen sinds de totstandkoming van de Awgb mogelijk een rol spelen. In de toelichting ontbreekt evenwel een specifieke verwijzing naar

²⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 9.

²⁵ Bedoeld zal zijn: de onderwijsdoelen en -eindtermen.

²⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 10.

²⁷ Zie ook het dienovereenkomstige standpunt van de regering bij de totstandkoming van de Awgb. Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 10, blz. 23.

ontwikkelingen die aan deze verandering zouden hebben bijgedragen en die van betekenis kunnen worden geacht voor de uitleg van artikel 23 van de Grondwet. Daarbij moet worden aangetekend dat niet lichtvaardig kan worden geconcludeerd dat maatschappelijke ontwikkelingen een rechtvaardiging vormen voor wijziging van de uitleg van de grenzen van een grondrecht.²⁸ Grondrechten vervullen immers ook een waarborgfunctie, met name ten behoeve van minderheden, waartoe ook orthodoxe religieuze stromingen gerekend moeten worden. Dat veronderstelt een hoge mate van stabiliteit in de uitleg ervan.²⁹

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan, en daarbij de verdergaande beperking op de vrijheid van richting die uit het voorstel voortvloeit, mede in het licht van de hiervoor genoemde invalshoek van pluriformiteit ook op het niveau van groepen, alsnog dragend te motiveren. Daarbij zal eveneens in ogenschouw genomen moeten worden dat de vrijheid van deze groepen om in hun beleid ter zake van personeel en leerlingen de richting in acht te nemen door de huidige Awgb reeds aanzienlijk is ingeperkt, in de zin dat bijvoorbeeld weigering louter vanwege het samenleven in een homoseksuele relatie geldt als een vorm van verboden onderscheid wegens het enkele feit van homoseksuele gerichtheid.³⁰ En tevens zal daarin betrokken moeten worden dat het – zoals ook de initiatiefnemers constateren³¹ – gaat om een beperkte problematiek³² die enkel speelt binnen de sfeer van minderheidsgroepen.

De initiatiefnemers hebben de memorie van toelichting zodanig aangepast, dat de onderwerpen die de Afdeling brengt onder het begrip “grondrechtenbalans” nu in een aparte paragraaf 6 worden behandeld.

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

²⁸ De Afdeling tekent hierbij aan, dat de Awgb-wetgever destijds van oordeel was dat het niet bij de beoordeling van een identiteitsgebonden instelling mogen betrekken van "bijkomende omstandigheden" – hetgeen het wetsvoorstel beoogt – moet worden aangemerkt als een miskennis van de vrijheden van de artikelen 6, 8 en 23 Grondwet. Dat geldt, aldus de Memorie van toelichting, in versterkte mate voor religieuze of levensbeschouwelijke instellingen op het terrein van het onderwijs (Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 7). Zie ook Kamerstukken I 1992/93, 22 014, nr. 212c, blz. 11: "Waar wel rekening mee mag worden gehouden zijn gedragingen en omstandigheden die niet leiden tot onderscheid op grond van het enkele feit. [...] het wetsvoorstel belet bijzondere scholen aldus niet om een personeelsbeleid te voeren dat aan leerkrachten de eis stelt dat zij de overtuiging van de school meedragen en uitdragen. Zo'n verbod zou grondrechten aantasten, niet beschermen."

²⁹ Aldus J. van der Hoeven, "Onderwijs en discriminatie – de artikelen 1 en 23 Grondwet", *Nederlands tijdschrift voor onderwijsrecht* 1989, blz. 4-18.

³⁰ Handelingen II 1992/93, blz. 3508; Kamerstukken I 1992/93, 22 014, nr. 212c, blz. 10; Kamerstukken I 1993/94, 22 014, nr. 48a, blz. 12. Aldus ook de Commissie gelijke behandeling, in lijn met deze wetsgeschiedenis: CGB 29 april 1999, oordeel 1999-38 en 15 juni 2007, oordeel 2007-100.

³¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 5.

³² Tot op heden zijn er twee zaken beslist door de Commissie gelijke behandeling (oordelen 1999-38 en 2007-100). Er zijn nog geen zaken voor de rechter gebracht waarin de enkele-feitconstructie een rol speelde.

Met betrekking tot de vraag of het wetsvoorstel in overeenstemming is met artikel 23 van de Grondwet merken de initiatiefnemers erop, dat zij daarvoor een uitvoerigere motivering hebben opgenomen in de nieuwe paragraaf 6 van de memorie van toelichting. Daarbij hebben zij opgemerkt, dat het in het algemeen zo moge zijn dat niet lichtvaardig kan worden geconcludeerd dat maatschappelijke ontwikkelingen een rechtvaardiging vormen voor wijziging van de uitleg van de grenzen van een grondrecht, maar dat dit niet weg neemt dat er in het onderhavige geval onmiskenbaar zwaarwegende maatschappelijke en juridische ontwikkelingen zijn die een beperking van de vrijheid van onderwijs rechtvaardigen. Deze ontwikkelingen zijn uitgekristalliseerd in richtlijn 2000/78/EG. Die geeft niet alleen uitdrukking aan maatschappelijke ontwikkelingen, maar is ook juridisch verplichtend. Daarom hoeft op het vorenstaande betoog van de Afdeling, voor zover dat betrekking heeft op wat in de oorspronkelijke memorie van toelichting is opgemerkt over maatschappelijke ontwikkelingen, niet nader te worden ingegaan.

De initiatiefnemers kunnen het oordeel van de Afdeling over het mogelijk onevenwichtig zijn van het wetsvoorstel niet plaatsen. Het ligt ook niet voor de hand dat dit een gevolg zou zijn van het schrappen van de enkele-feitconstructie, gelet op eerdere adviezen van de Raad van State. In zijn advies van 18 mei 2009 (Kamerstukken 2009-2010 28481 en 27017, nr.7) is de Raad van oordeel dat er goede gronden zijn om de vraag of aanpassing van de terminologie en/of strekking van de richtlijn – inclusief schrapping van de enkele feitconstructie – mogelijk is, positief te beantwoorden. De Raad doet daar twee tekstvoorstellen voor. Het thans voorliggende wetsvoorstel is gebaseerd op tekstvariant A van de Raad van State. Dat naar de mening van de initiatiefnemers uiteindelijk de grondrechtenbalans waarschijnlijk toch iets verschuift, komt doordat de richtlijn en het wetsvoorstel uitdrukkelijk geen discriminatie op andere gronden dan godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid toestaan. De Raad laat dat element achterwege, omdat het in de ogen van de Raad overbodig zou zijn. De initiatiefnemers achten dit element echter zó belangrijk dat het – mede gelet op de onduidelijkheid van de huidige wet – nu uitdrukkelijk in de wet opgenomen moet worden.

De initiatiefnemers menen in de herschreven memorie van toelichting nog uitvoeriger te hebben gemotiveerd waarom een eventuele beperkte verschuiving van de grondrechtenbalans leidt tot een beter en fair evenwicht. Daarbij hebben zij erop gewezen dat die balans kan veranderen, als ook de samenleving verandert.

Dat daarbij ook in ogenschouw genomen zou moeten worden, dat de vrijheid van bijzondere scholen om in hun beleid ter zake van personeel en leerlingen hun richting in acht te nemen reeds door de huidige Awgb is ingeperkt, ligt naar de mening van de initiatiefnemers dan ook niet voor de hand. Indien nu, na verloop van 20 jaar na de totstandkoming van de Awgb, een iets verdere inperking aan de orde is, kan dat gezien worden als een gevolg van veranderingen in de samenleving en het compromiskarakter van de enkele-feitconstructie. Ooit gemaakte compromissen hebben, zeker als zij rechtsonzekerheid opleveren, niet altijd het eeuwige leven. Ook internationale regelgeving kan tot gevolg hebben dat, korter of langer na het tot stand komen van nationale wetgeving, deze wetgeving moet aanpassen. Dit kan echter geen reden zijn om de correcte implementatie van een richtlijn jaren uit te stellen.

Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat het gaat om een beperkte problematiek, die enkel speelt binnen de sfeer van minderheidsgroepen. Ook dan kan er aanleiding zijn voor wetgeving, juist ook met betrekking tot de Awgb, die immers beoogt minderheidsgroepen te beschermen. De gedachte dat dit kan botsen met de belangen van andere minderheidsgroepen, en dat daarbij tot een zekere balans moet worden gekomen, ligt reeds ten grondslag aan de

Awgb en aan richtlijn 2000/78/EG. Aanpassing van de Awgb aan de latere richtlijn leidt naar het oordeel van de initiatiefnemers tot een faire balans, die in overeenstemming is met Europese normen en waarden.

b. Kerk(tucht)recht

De initiatiefnemers spreken zich in de toelichting niet uit over de verhouding van het voorstel tot kerk(tucht)rechtelijke maatregelen.³³ Wel stellen zij in een opiniestuk in het dagblad Trouw: "Voor de goede orde: we doen met ons wetsvoorstel niets af aan het recht van scholen om onderscheid te maken op het lidmaatschap van bijvoorbeeld een orthodoxe kerk. Ook vakbonden, religieuze omroepen en bijvoorbeeld het Leger des Heils mogen dit verlangen. Maar daar moet het bij blijven."³⁴ Dit standpunt impliceert dat een instelling van bijzonder onderwijs mag blijven eisen dat haar leerkrachten lidmaat zijn van een kerkgenootschap dat past bij haar grondslag.³⁵ Daarmee heeft dat kerkgenootschap het voortouw in de desbetreffende besluitvorming, waaraan de instelling zich onderwerpt.

Ingevolge artikel 3 van de Awgb geldt het verbod op het maken van onderscheid niet voor (onder meer) kerkgenootschappen. Aldus staat het een kerkgenootschap vrij om (op kerkrechtelijke gronden) het lidmaatschap te weigeren of dit (als kerktuchtrechtelijke maatregel) te ontnemen aan een persoon op grond van onder meer aan persoonskenmerken (bijvoorbeeld homoseksuele gerichtheid) gerelateerde bijkomende omstandigheden die zich niet verdragen met de leer van dat kerkgenootschap, ook als dat op andere terreinen zou neerkomen op een verboden onderscheid op grond van een der in de Awgb beschermde gronden. Indien een instelling van bijzonder onderwijs vervolgens de uitkomst van de besluitvorming van het betreffende kerkgenootschap zou aanvaarden als bepalend voor de aanstelling of het ontslag van haar medewerkers, zal dat onder omstandigheden moeten worden aangemerkt als een vorm van indirect onderscheid. Het wetsvoorstel leidt ertoe dat instellingen van bijzonder onderwijs in dat geval geen beroep meer kunnen doen op de uitzondering van artikel 5, tweede lid, onderdeel c, van de Awgb, omdat de gestelde eis van het lidmaatschap van een bepaald kerkgenootschap leidt tot indirect onderscheid.³⁶

Het voorgaande betekent dat in een situatie als hiervoor bedoeld, sprake is van een botsing van grondrechten, tussen enerzijds de vrijheid van onderwijs, met name die van richting, bezien in samenhang met de vrijheid van godsdienst van kerkgenootschappen, en anderzijds de aanspraak op gelijke behandeling. De toelichting gaat niet in op het standpunt van de initiatiefnemers, zoals uiteengezet in Trouw, dat suggereert dat de hiervoor geschetste gevolgtrekking (door de binding aan het lidmaatschap van een kerkgenootschap kan de huidige ruimte om onderscheid te maken gehandhaafd worden) niet aanvaardbaar is. Aannemend dat de initiatiefnemers ook dat standpunt in hun voorstel hebben betrokken,

³³ "De huidige wet creëert ook in praktische zin problemen. Onderscheid op basis van geloofsrichting is thans wel mogelijk, in die zin dat van bijvoorbeeld een docent gevraagd kan worden dat hij of zij lid is van een bepaald kerkgenootschap. Initiatiefnemers wijzen er echter op dat binnen vrijwel elk kerkgenootschap standpunten worden ingenomen of ingenomen standpunten worden bediscussieerd" (Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 6).

³⁴ Trouw van 29 oktober 2010.

³⁵ Zie in deze zin met betrekking tot de huidige Awgb Kamerstukken I 1992/93, 22 014, nr. 212c, blz. 12: "Indien een schoolbestuur als vaste lijn hanteert, dat uitsluitend leden van een of meer kerkgenootschappen aan die school verbonden kunnen zijn, is het op zich niet in strijd met het wetsvoorstel, consequenties te verbinden aan het verlies van dat lidmaatschap."

³⁶ Door de Awgb bestreken gevallen waarbij langs deze weg leraren zijn geweigerd, zijn tot op heden niet voorgelegd aan de rechter of de CGB. Zie voor een zaak waarin op de Awgb werd geanticipeerd, en waarin het verliezen van het lidmaatschap van een kerkgenootschap als voldoende grond voor ontslag werd aangemerkt: Ktg. Zwolle 7 maart 1991, NJCM-Bulletin 1991, 302.

adviseert de Afdeling de toelichting in verband met het voorgaande aan te vullen en daarbij te motiveren waarom de initiatiefnemers hun voorstel ook in zoverre in overeenstemming achten met artikel 23, meer in het bijzonder het tweede, vijfde en zesde lid, van de Grondwet.

De initiatiefnemers zijn enigszins verbaasd dat de Afdeling in haar advies verwijst naar een opinieartikel, in plaats van louter de memorie van toelichting als uitgangspunt te nemen voor haar advies. Zij hebben in de memorie van toelichting een uiteenzetting opgenomen, waarin zij motiveren waarom zij het wetsvoorstel in overeenstemming achten met artikel 23 van de Grondwet. Zij zien geen aanleiding om daarin ook in te gaan op een specifieke casus, zoals de door de Afdeling beschrevene. Daarvoor zou een nadere precisering van de casus nodig zijn. Zij onderschrijven wel de analyse van de Afdeling, dat het mogelijk is dat een toegestaan onderscheid op grond van godsdienst tevens indirect onderscheid op grond van ras, geslacht of seksuele gerichtheid op kan leveren. In dat geval zullen instellingen van bijzonder onderwijs als gevolg van het wetsvoorstel voor dit laatste onderscheid inderdaad geen beroep meer kunnen doen op de uitzondering van artikel 5, tweede lid, van de Awgb. Dat wordt slechts anders indien sprake is van een zelfstandig, indirect onderscheid op grond van ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, dat niet voortvloeit uit onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid. In dat geval kunnen deze instellingen in de systematiek van de Awgb nog wel een beroep doen op artikel 2, eerste lid, van de wet. Het is niet aan de initiatiefnemers om zich uit te spreken over de uitkomst van deze toetsing, nu die volledig afhankelijk is van de bijzonderheden van de casus en van wat de betrokken instelling aanvoert omtrent de legitimiteit van het doel en het passend en noodzakelijk zijn van het middel.

2.3. De vrijheid van godsdienst

Het wetsvoorstel beoogt de enkele-feitconstructie inclusief het beroep op "bijkomende omstandigheden" niet alleen te schrappen voor zover deze het bijzonder onderwijs betreft, maar ook wat betreft andere maatschappelijke instellingen op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag. In punt 1, onder c werd reeds opgemerkt dat de in de toelichting gegeven motivering voor die brede reikwijdte onvoldoende is. De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, zoals gewaarborgd in artikel 9 van het EVRM en in artikel 6 van de Grondwet, waarborgt niet alleen de vrijheid van het individu, maar, daarvan afgeleid, ook die van op basis van godsdienst of levensovertuiging gevormde groepen en organisaties.³⁷ Tot die vrijheid behoort de organisatorische autonomie, daaronder begrepen het recht om zelf te bepalen wie tot de organisatie behoort en wie niet.³⁸ Een beperking van deze vrijheid tot zelfbepaling dient dan ook in het licht van de toepasselijke beperkingsclausules voldoende gemotiveerd te zijn.

De toelichting schiet op dit punt naar het oordeel van de Afdeling tekort. Zij concentreert zich op de instellingen van bijzonder onderwijs en vooronderstelt kennelijk dat de aldus ontvouwde argumentatie ook van toepassing is op andere identiteitsgebonden instellingen. In punt 2.2 is de Afdeling al ingegaan op de ontoereikendheid van de motivering in de

³⁷ EHRM 26 oktober 2000, nr. 30985/96 (*Hasan en Chaush tegen Bulgarije*), § 62: "the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection Article 9 affords"; Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, blz. 11: "De voorgestelde bepalingen beogen ook aan rechtspersonen en aan groepen en organisaties zonder rechtspersoonlijkheid rechten en aanspraken te verlenen voor zover dat naar de aard van het betreffende grondrecht zin kan hebben"; zie aldaar ook blz. 29, ter zake van de vrijheid van godsdienst.

³⁸ EHRM 23 september 2010, nr. 425/03 (*Obst tegen Duitsland*).

toelichting ten aanzien van het bijzonder onderwijs. Daaraan dient in dit verband toegevoegd te worden dat de uitzonderingsbepalingen voor de andere instellingen in de huidige Awgb minder ver reiken dan die voor het bijzonder onderwijs. Voor confessionele scholen geldt dat deze ook eisen (over de vervulling van de functie) 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".³⁹ Voor de andere identiteitsgebonden instellingen geldt daarentegen, dat de gestelde eisen nodig moeten zijn voor de vervulling van de functie, dus rechtstreeks uit de functie moeten voortvloeien.⁴⁰ Door daarnaast ook de ruimte weg te nemen die de enkele-feitconstructie inzake bijkomende omstandigheden biedt, wordt diep getreden in het recht op zelfbepaling waarop deze instellingen aanspraak moeten kunnen maken teneinde de vrijheidsrechten van hun leden te kunnen effectueren.

Gelet hierop, en gelet op het gegeven dat de door de initiatiefnemers aangestipte problemen exclusief zien op het bijzonder onderwijs en zij geen indicatie geven van wezenlijke problemen in andere sectoren, is naar het oordeel van de Afdeling een nadere inperking van de reikwijdte van de uitzonderingsbepalingen voor die andere sectoren onvoldoende gemotiveerd.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen en zo nodig de reikwijdte van het wetsvoorstel te beperken.

De initiatiefnemers hebben bij het wetsvoorstel het – in 2002 ook door de Raad van State aanbevolen – afschaffen van de enkele-feitconstructie als uitgangspunt genomen, overal waar die in de wet voor komt. Hierboven hebben zij reeds uiteengezet, dat zij van mening zijn dat die constructie als zodanig – dus ook buiten de sfeer van het bijzonder onderwijs – tot veel onduidelijkheid aanleiding geeft. En dat zij bij het herschrijven van de toelichting zijn uitgegaan van de volledige reikwijdte van het wetsvoorstel.

Daarnaast is sprake van een principiële keuze, waar het gaat om het uitgangspunt dat het onverlet laten van het recht om onderscheid te maken op grond van godsdienst, levensovertuiging of politieke gezindheid geen op een andere grond gebaseerde discriminatie mag rechtvaardigen.

Bovendien is ook in alle sectoren het correct en consequent implementeren van richtlijn 2000/78/EG aan de orde. Ook waar die richtlijn niet van toepassing is, ligt het vanuit het belang van een eenduidige terminologie en redactie in de Awgb voor de hand om de systematiek van richtlijn 2000/78/EG te hanteren,

Met betrekking tot vakverenigingen hebben de initiatiefnemers gevolg gegeven door de Afdeling geadviseerde aanpassing aan het ASLEF-arrest. Dit zal hierna nog aan de orde komen.

De initiatiefnemers hebben in paragraaf 6.3 van de memorie van toelichting een passage opgenomen met betrekking tot eventuele strijd met de vrijheid van godsdienst. De strekking daarvan is, dat het nog maar de vraag is of in dit geval wel sprake is van beperkingen van de vrijheid van godsdienst, zoals gewaarborgd in artikel 9 van het EVRM en artikel 6 van de Grondwet. Voor zover dat toch het geval zou zijn, zijn deze beperkingen gerechtvaardigd op grond van het tweede lid van artikel 9 EVRM. Zij zijn in een democratische samenleving noodzakelijk voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, namelijk het recht om niet gediscrimineerd te worden op grond van ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat.

³⁹ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 8 en 17; Kamerstukken II 1991/92, 22 014, nr. 5, blz. 83.

⁴⁰ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 18.

Het vorenstaande impliceert, dat de initiatiefnemers het gevoel van de Afdeling dat door het wetsvoorstel diep wordt getreden in het recht op zelfbepaling waarop de hier aan de orde zijnde instellingen op godsdienstige, levensbeschouwelijke en politieke grondslag aanspraak moeten kunnen maken, niet herkennen.

Het institutionele aspect van de vrijheid van godsdienst, dat hier door de Afdeling advisering aan de orde wordt gesteld, ziet eerst en vooral op kerkgenootschappen. In de tweede plaats kan het ook van belang zijn voor bijzondere scholen. Pas in de derde plaats zou het wellicht ook van belang kunnen zijn voor andere instellingen op godsdienstige grondslag.

De positie van kerkgenootschappen is bij het onderhavige wetsvoorstel niet in het geding. Zij hebben een aparte uitzonderingspositie in artikel 3 Awgb.

Op de positie van bijzondere scholen zijn de initiatiefnemers hiervoor al ingegaan.

In deze paragraaf stelt de Afdeling advisering de positie van andere instellingen op godsdienstige grondslag aan de orde.

De jurisprudentie van het EHRM die in dit verband door de Afdeling wordt aangehaald betreft echter louter de positie van kerkgenootschappen.

In de zaak van Hasan en Chaush tegen Bulgarije ging het vooral om het belang van een goede scheiding tussen kerk en staat. Het moge zo zijn – zoals de Afdeling in voetnoot 36 vermeldt – dat in die zaak het EHRM stelde dat *“the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection Article 9 affords”*, maar dat betekent nog niet, dat bij iedere instelling op godsdienstige grondslag steeds bij al zijn activiteiten sprake is van het belijden van godsdienst; en evenmin dat beperkingen daarvan, en een toetsing aan het tweede lid van artikel 9 EVRM, niet aan de orde kunnen komen.

Ook in de zaak van Obst tegen Duitsland ging het om een kerkgenootschap. De uitspraak van het EHRM in die zaak kan gezien worden in het licht van “het recht van om zelf te bepalen wie tot de organisatie behoort en wie niet”, maar dat betekent nog niet dat in gevallen waarin het gaat om het institutionele aspect van de vrijheid van godsdienst tegenover het individuele, fundamentele mensenrecht op gelijke behandeling, de belangenafweging die bij de toepassing van het tweede lid van artikel 9 EVRM aan de orde is steeds uit moet vallen in het voordeel van de vrijheid van godsdienst; zo deze al aan de orde is. In wezen is die belangenafweging al gemaakt door richtlijn 2000/78/EG: als het gaat om discriminatie op grond van godsdienst weegt de vrijheid van godsdienst zwaarder; gaat het om discriminatie op andere gronden, dan prevaleert het recht op gelijke behandeling. De uitspraak van het EHRM in de zaak Obst tegen Duitsland is daarmee niet in strijd.

Het ging in die zaak overigens niet zozeer om de vraag of Obst wel of niet lid kon blijven van de Mormoonse kerk en op die grond gediscrimineerd mocht worden, als wel om de botsing tussen de vrijheid van godsdienst en het recht op privacy, en om de vraag of Obst zich wel of niet als een goede werknemer had gedragen en zich had gehouden aan de loyaliteit die de kerk als werkgever in de civielrechtelijke arbeidsrelatie van hem mocht verlangen.

2.4 . Politieke partijen

Blijkens de toelichting wordt met het voorstel tevens beoogd dat politieke organisaties bij het aannemen van personeel nog slechts kunnen "aansturen op politieke affiniteit".⁴¹ In dat verband is toetsing aan de artikelen 10 en 11 van het EVRM en artikel 8 van de Grondwet van belang. Het EHRM heeft herhaaldelijk het belang van pluriformiteit binnen een

⁴¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 10.

democratische samenleving benadrukt.⁴² De Raad van State heeft in dit verband gewezen op het belang van politieke partijen als uitdrukking van maatschappelijke pluriformiteit.⁴³ Om deze pluriformiteit tot haar recht te laten komen, zal het, tenminste voor sommige functies binnen politieke partijen, noodzakelijk zijn dat onderschrijven van het gedachtegoed van de partij kan worden geëist. De Afdeling noemt in dit verband als voorbeeld de functie van directeur van het wetenschappelijk bureau van een partij.

Daarbij is van belang, zoals reeds onder 2.3 werd overwogen, dat de uitzonderingsbepaling in de huidige Awgb voor instellingen op politieke grondslag minder ver reikt dan die voor instellingen van bijzonder onderwijs. Voor die laatste instellingen geldt dat deze ook eisen (over de vervulling van de functie) 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".⁴⁴ Voor de andere identiteitsgebonden instellingen geldt daarentegen, dat de gestelde eisen nodig moeten zijn voor de vervulling van de functie, dus rechtstreeks uit de functie moeten voortvloeien.⁴⁵ Het wegnemen van de ruimte die de enkele-feitconstructie inzake bijkomende omstandigheden biedt, beperkt de organisatorische autonomie van deze instellingen verregaand.

Gelet op het bovenstaande en gelet op het feit dat de toelichting geen indicatie geeft van wezenlijke problemen met de enkele-feitconstructie bij politieke partijen, is naar het oordeel van de Afdeling de uit het voorstel voortvloeiende nadere inperking van de reikwijdte van de uitzonderingsbepaling voor politieke partijen onvoldoende gemotiveerd.

De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen en zo nodig de reikwijdte van het wetsvoorstel te beperken.

De initiatiefnemers verwijzen naar de opmerkingen die zij hiervoor hebben gemaakt ten aanzien van instellingen van bijzonder onderwijs en andere instellingen op godsdienstige grondslag. Waar met betrekking tot deze instellingen nog een verband gelegd kon worden met grondrechten – onomstreden bij de relatie tussen het bijzonder onderwijs en de vrijheid van onderwijs; soms wat ver gezocht bij de relatie tussen andere instellingen en de vrijheid van godsdienst – is zo'n relatie er niet tussen politieke partijen en een specifiek op politieke gezindheid betrekking hebbend grondrecht. Wel is de vrijheid tot vereniging van belang. Dat neemt niet weg dat de initiatiefnemers instemmen met wat de Afdeling opmerkt over het belang van politieke partijen als uitdrukking van maatschappelijke pluriformiteit. Dat belang heeft ook erkenning gevonden in de huidige Awgb, waar het gaat om de relatie tussen instellingen op politieke grondslag en hun werknemers, personeelsleden en eventuele andere betrokkenen (art. 5, tweede lid, onder b, en artikel 6a, tweede lid, onder b). Voorts speelt het een rol in artikel 6a, tweede lid, onder a, waar het gaat om werkgevers- of werknemersorganisaties of verenigingen van beroepsgenoten. In beide gevallen wordt aan deze instellingen ruimte gelaten om onderscheid te maken op grond van politieke gezindheid, godsdienst of levensovertuiging.

Het onderhavige wetsvoorstel brengt daarin geen wezenlijke verandering. Het wijzigen van de clausulering "nodig voor de vervulling van een functie" (in artikel 5) respectievelijk "gelet op haar doel, nodig voor de verwezenlijking van haar grondslag" (in artikel 6a) in "voor zover

⁴² EHRM 8 december 1999, nr. 23885/94 (*Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) tegen Turkije*); EHRM 13 februari 2003, nrs. 41340/98, 41342/98, 41343/98 en 41344/98 (*Refah Partisi tegen Turkije*), § 102.

⁴³ Adviesaanvraag inzake opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet, Kamerstukken II 2007/2008, 31 570, nr. 3, blz. 19.

⁴⁴ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 8 en 17; Kamerstukken II 1991/1992, 22 014, nr. 5, blz. 83.

⁴⁵ Kamerstukken II 1990/91, 22 014, nr. 3, blz. 18.

deze kenmerken vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen” (artikel 5) respectievelijk “voor zover deze kenmerken vanwege de aard van de betrokkenheid of de context waarin specifieke activiteiten worden uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd vereiste vormen” (artikel 6a) vloeit voort uit het uitgangspunt van de initiatiefnemers om zo veel mogelijk aan te sluiten bij de redactie van artikel 4 van richtlijn 2000/78/EG. In de memorie van toelichting zijn de initiatiefnemers daar nader op ingegaan.

Deze wijziging is naar hun mening niet wezenlijk, gelet op de belangen van politieke partijen. Daarbij is mede van belang dat de vraag welke eisen aan werknemers kunnen worden gesteld ter verwezenlijking van de grondslag van de instelling moet worden beantwoord in het kader van de arbeidsrechtelijke vraag of de betrokkene zich als een goed werknemer gedraagt. In ieder geval is aan de initiatiefnemers niet bekend tot welke problemen dit bij politieke partijen zou kunnen leiden. Daarbij wijzen zij erop, dat instellingen op politieke en godsdienstige grondslag in de relatie tot hun werknemers en leden – binnen de grenzen van de wet – onderscheid mogen maken op beide kenmerken.

3. *Implementatie Kaderrichtlijn*

De initiatiefnemers verwijzen in de memorie van toelichting⁴⁶ naar de discussie over de verhouding van de enkele-feitconstructie tot de Richtlijn tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (hierna: de Kaderrichtlijn)⁴⁷. De Europese Commissie is van oordeel dat Nederland bij de implementatie van de Kaderrichtlijn in de Awgb⁴⁸ onvoldoende heeft aangesloten bij de richtlijnterminologie en is een inbreukprocedure begonnen op grond van artikel 226 van het EG-Verdrag. Op 31 januari 2008 heeft zij daartoe een met redenen omkleed advies uitgebracht.⁴⁹ Eén van de punten van kritiek in dit met redenen omkleed advies heeft betrekking op de uitzondering in artikel 5, tweede lid, van de Awgb: de enkele-feitconstructie.⁵⁰ 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. De Europese Commissie stelt dat uit artikel 5, tweede lid, van de Awgb niet duidelijk blijkt dat aan de "dubbele test" moet worden voldaan, namelijk dat het doel legitiem moet zijn en het vereiste evenredig aan dat doel.

De regering heeft in het voorgaande aanleiding gezien de Raad van State om advies te vragen over de mogelijkheden om de artikelen van de Awgb waarin de zogenoemde enkele-feitconstructie voorkomt zodanig aan te passen aan artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn dat de enkele-feitconstructie wordt geschrapt, maar met behoud van de bestaande grondrechtenbalans. De Raad van State heeft op 18 mei 2009 advies uitgebracht.⁵¹ Gezien de adviesaanvraag van de regering heeft de Raad zich daarbij beperkt tot de technisch correcte implementatie van de Kaderrichtlijn, binnen de door de regering gestelde randvoorwaarde van behoud van de in de Awgb neergelegde grondrechtenbalans. In zijn advies heeft de Raad de kernelementen van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn geïdentificeerd zoals die bij correcte implementatie gewaarborgd zouden moeten worden. Daartoe behoort de eis dat godsdienst of overtuiging een wezenlijk, legitiem en

⁴⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 476, nr. 3, blz. 6-8 en 10.

⁴⁷ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, PbEG L 303.

⁴⁸ Die overigens al eerder tot stand was gekomen.

⁴⁹ Met redenen omkleed advies van 31 januari 2008, nr. 2006/2444.

⁵⁰ Deze zelfde constructie is ook opgenomen in de artikelen 6a, tweede lid, en 7, tweede lid, Awgb. Het wetsvoorstel schrapt de woorden "het enkele feit van" uit alle genoemde artikelen.

⁵¹ Advies van 18 mei 2009, Kamerstukken II 2008/09, 28 481, nr. 7.

gerechtvaardigd beroepsvereiste moet zijn, gezien de grondslag van de desbetreffende instelling.

De Awgb maakt, ook in het voorstel van de initiatiefnemers, gebruik van de uitzondering van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn. Dit betekent dat de Nederlandse wetgever niet voorbij kan gaan aan hetgeen dienaangaande in de Kaderrichtlijn is bepaald. De verplichting tot correcte implementatie geldt ongeacht de precieze wijze waarop in de Awgb inhoud wordt gegeven aan de grondrechtenbalans, met dien verstande dat de criteria van de Kaderrichtlijn de grenzen bevatten voor de desbetreffende belangenafweging door de Nederlandse wetgever. In zijn bovengenoemde advies heeft de Raad van State, uitgaande van de adviesaanvraag, laten zien welke mogelijkheden er zijn voor correcte implementatie van de Kaderrichtlijn. De Afdeling merkt op dat met het schrappen van "het enkele feit" elementen uit de richtlijn die zien op de legitimiteit van het doel en op de evenredigheid van het (beroeps)vereiste nog niet in de wettekst geïmplementeerd zijn. Zij adviseert het voorstel op deze punten alsnog bij de tekst van artikel 4, tweede lid, van de Kaderrichtlijn te laten aansluiten.

De initiatiefnemers hebben het wetsvoorstel aangepast overeenkomstig het advies van de Afdeling.

4. Vakverenigingen

Onverminderd het gestelde in onderdeel 1.c. maakt de Afdeling van de gelegenheid gebruik de initiatiefnemers op het volgende te wijzen. Artikel 6a, eerste lid, van de Awgb houdt een beperking in van de vrijheid van vereniging. Het desbetreffende verbod van onderscheid ziet op (de toegang tot) het lidmaatschap van werkgevers- en werknemersorganisaties en verenigingen van beroepsgenoten, en de voordelen die voortvloeien uit een lidmaatschap. In het tweede lid van artikel 6a wordt in verband met de vrijheid van vereniging echter ruimte geboden aan op godsdienstige, levensbeschouwelijke of politieke grondslag gebaseerde organisaties om eisen te stellen in verband met hun grondslag.⁵² De huidige bepaling laat geen ruimte voor vakverenigingen op religieuze of levensbeschouwelijke grondslag om het enkele feit van politieke gezindheid een rol te laten spelen bij de toelating tot het lidmaatschap. Het voorgestelde schrappen van de enkele-feitconstructie beperkt de thans bestaande ruimte nog verder.

In dit verband is met name artikel 11 van het EVRM van belang. Het EHRM heeft in het ASLEF-arrest benadrukt dat vakbonden in het algemeen vrij moeten zijn om in overeenstemming met de eigen interne regels de toelating tot en ontzetting uit het lidmaatschap te organiseren.⁵³ De vrijheid van vereniging op grond van artikel 11 EVRM brengt met zich dat vakverenigingen onderscheid moeten kunnen maken op grond van politieke gezindheid, aldus het EHRM. Dit arrest is van belang voor (de naleving van) artikel 6a, tweede lid, onderdeel a van de Awgb en voor de voorgestelde wijziging daarvan.⁵⁴ Dat

⁵² De vrijheid van vereniging is daarnaast ook in het geding bij de inrichting van rechtspersonen die bijzonder onderwijs in stand houden, zoals die wordt geraakt door artikel 5, tweede lid, onderdeel c, en artikel 7, tweede lid, van de Awgb. Voor hen lost de toetsing van een inbreuk van de vrijheid van vereniging zich evenwel op in de toetsing aan de specifieke vrijheid van (in)richting van artikel 23, tweede, vijfde en zesde lid, Grondwet (zie hierboven, onder 2.1.).

⁵³ EHRM 27 februari 2007, nr. 11002/05 (Associated society of locomotive engineers & firemen (ASLEF) tegen het Verenigd Koninkrijk), § 39. Een inperking is wel mogelijk wanneer een vakbond zijn dominante positie zou misbruiken. Dit kan aan de orde zijn 1) wanneer het uitsluiten van het lidmaatschap niet plaatsvindt in overeenstemming met de interne regels, 2) waar deze regels "wholly unreasonable" of arbitrair zijn, of 3) waar de uitsluiting zou resulteren in "exceptional hardship" (ASLEF-arrest § 43).

⁵⁴ Zoals ook gesteld door E.A. Alkema in zijn noot bij dit arrest in NJ 2008, 2.

vakverenigingen op religieuze of levensbeschouwelijke grondslag het enkele feit van politieke gezindheid geen rol mogen laten spelen bij de toelating tot het lidmaatschap leidt tot spanning tussen artikel 6a, tweede lid, onderdeel a, van de Awgb en artikel 11 van het EVRM. Deze spanning zou kunnen worden weggenomen door politieke gezindheid als grond niet langer een plaats te geven in vorengenoemd artikelonderdeel.

In het licht van het bovenstaande adviseert de Afdeling de initiatiefnemers het ASLEF-arrest te betrekken bij de (motivering van de) door hen voorgestelde aanpassing van de formulering van artikel 6a, tweede lid, onderdeel a, van de Awgb.

De initiatiefnemers hebben het wetsvoorstel zodanig aangepast, dat aan het advies van de Afdeling tegemoet wordt gekomen. Deze aanpassing impliceert, dat vakverenigingen op godsdienstige grondslag, binnen de grenzen van de wet en voor zover dat voortvloeit uit hun grondslag, niet alleen onderscheid mogen maken op grond van godsdienst, maar ook op grond van politieke gezindheid.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Bergkamp
Venrooy–Van Ark
Yücel
Jasper Van Dijk
Klaver